

Minuta exposición comisión Medio Ambiente del Senado

16 de octubre 2018

Ezio Costa Cordella
Profesor Universidad de Chile y Universidad de O'Higgins
Director Ejecutivo ONG FIMA

Honorables Senadores,

Les agradezco la invitación y sobre todo, les agradezco la preocupación por el tema. La sanción de los daños que se producen al medio ambiente y las personas es uno de los temas en los que estamos fallando como país y buena parte de esa falla se debe efectivamente a la falta de un estatuto de responsabilidad que sea adecuado.

No debemos, sin embargo, desconocer que la responsabilidad ambiental tiene características que la hacen especialmente compleja. En primer lugar, el hecho de que el medio ambiente sea un sistema complejo de interconexiones entre elementos que son y no son percibibles por los sentidos, pero de los que depende nuestra vida y salud. En segundo lugar, la innegable calidad de bien colectivo que tiene el medio ambiente y asimismo el derecho a un medio ambiente sano, cuestión que pone el acento en la importancia pública del mismo, pero también complejiza su protección. En tercer lugar, porque nuestro desarrollo, más o menos intensivo o sustentable, importa de todas maneras la utilización de parte de los elementos del medio ambiente y por lo tanto, muy posiblemente, una alteración en algún sentido del mismo. Por último, porque las características antes descritas constituyen desafíos para los requisitos jurídicos de un estatuto de responsabilidad, siendo especialmente complejo por ejemplo, la prueba del daño y de la causalidad entre un determinado daño y la acción de la cual puede provenir ese daño.

Mi presentación estará enfocada desde los objetos que pretenden protegerse con esta normativa; el medio ambiente y la salud de las personas, más que desde la dogmática del derecho penal. En esa línea, pretendo reflexionar sobre la convivencia entre los estatutos de responsabilidad ambiental, los objetivos que podría tener una normativa penal especial y las dificultades con las que podríamos encontrarnos en esta consagración, de manera de proponer algunas alternativas para superarlas, en línea con los Boletines que se discuten.

Por otra parte, de los boletines revisados, pareciera que lo más prudente es iniciar la conversación desde los Boletines 5624-12 y 9367-12, los que son muy similares y tienen la virtud de haber sido el resultado de un trabajo legislativo y académico que contiene en sí mismo la mayoría de los conflictos ya detectados en este tipo de normativa.

1. Sobre los objetos protegidos y los estatutos de responsabilidad.

La responsabilidad por daños al medio ambiente tiene hoy dos estatutos de responsabilidad con sus propias lógicas y problemáticas.

Un primer sistema es el sistema civil, que está consagrado también en la ley 19.300, en conversación con el Código Civil y que supone la posibilidad de reparar el medio ambiente dañado cuando exista un daño ambiental significativo provocado por cualquier persona. Ese estatuto civil tiene tres grandes complejidades; (i) La interpretación del concepto de "significativo" del daño ambiental, (ii) La separación de las acciones de reparación e indemnizaciones, y; (iii) La prueba del daño ambiental y de la causalidad.

Un segundo sistema, el de Responsabilidad Administrativa, está relacionado con la posibilidad que tiene la SMA de sancionar los incumplimientos a las Resoluciones de Calificación Ambiental, Planes de Prevención y Descontaminación, y a las normas de calidad y emisión, fundamentalmente. Además de los problemas de oportunidad de las sanciones y las dificultades de los procedimientos, el principal problema de este estatuto de responsabilidad es que está construido desde las normas administrativas y no desde el propio daño o riesgo. Vale decir que lo que se sanciona es el incumplimiento y no sus efectos, cuestión que si bien simplifica la fiscalización, deja a un rango de actividades fuera de la posibilidad de ser sancionadas.

En este escenario, es importante definir bien cuál es el problema que queremos abordar y en qué podría la responsabilidad penal ayudar para solucionarlo. En general, los boletines que estamos analizando se refieren a las carencias de nuestra normativa en sancionar los daños graves al medio ambiente, problemática que compartimos. Debemos agregar, sin embargo, que creemos que hay dos funciones fundamentales que una ley como esta debe cumplir. Por una parte, debe tener muy en consideración los principios de prevención y precaución, entendiendo que la normativa ambiental prefiere, por mucho, la prevención de los daños ambientales que su reparación o sanción. En ese sentido, el efecto disuasivo que pueda tener una normativa penal como la que se discute, nos parece fundamental.

En seguida, hay una función de comunicación en una ley como esta. La comunicación que se produce en términos de la protección del medio ambiente que se quiere alcanzar, y el rechazo de la sociedad a actividades que son dañinas para el ambiente y la salud de las generaciones presentes y futuras.

El establecimiento de un sistema de responsabilidad penal, por supuesto no solucionará todos los problemas que lo ambiental nos plantea, pero tiene un potencial importante y en ese sentido es indispensable mirar con cautela como es que la regulación que se establezca del mismo va a venir a llenar los vacíos de los estatutos ya existentes, en lugar de generar nuevas complejidades.

2. Sobre los requisitos de los tipos penales

Nos parece adecuado que se haga una legislación que contenga delitos de peligro, de mera actividad y de resultado. Adecuado (planteado por el Boletín 9.367-12), ya que la diversidad de formas de vulnerar el medioambiente exige esta flexibilidad. El Boletín 8.920-07 no

considera delitos de resultados si no es vinculados a la vulneración de la regulación ambiental.

Nos parece necesario cuidar puntos ciegos de cada fórmula:

- Delitos de resultado: se utilizan cuando se busca sancionar una acción tan grave que no es necesario que resulte de una infracción de ley. En boletín 9.367-12 se usa para los delitos de “grave contaminación”. El concepto “grave” es problemático si no se incorporan reglas para definirlo. Es necesario vincular estos delitos a pruebas objetivas de cantidades de emisiones y de relación causal. Estas reglas especiales deben estar contenidas en el mismo cuerpo legal.
- Delitos de peligro: Bien utilizados para sancionar la producción, transporte y almacenamiento no autorizado de sustancias contaminantes o peligrosas, sin esperar que se generen daños para considerar el actuar descrito como delito. Pero nuevamente, sustancias y cantidades deben estar fijadas en el mismo cuerpo legal o en uno preexistente.
- Delitos de mera actividad: para proteger el sistema de evaluación ambiental.

3. Sobre el concepto de daño grave

En el caso de los delitos en cuyo tipo penal se ha incorporado la noción de grave contaminación ambiental o grave daño, creemos que el requisito de gravedad es poco claro y que, al igual que el requisito de significancia que hoy contiene el daño ambiental en sede civil, podría significar una dificultad difícil de salvar para el Ministerio Público, los querellantes y jueces. En efecto, la gravedad en el caso de los boletines analizados queda supeditada a una construcción reglamentaria, en lo que vemos los siguientes problemas;

- a) No se asegura la existencia del tipo, pues el reglamento en cuestión podría nunca dictarse o hacerse muy tardíamente.
- b) El reglamento en cuestión podría contener estándares que hagan inútil la norma.
- c) En la historia reciente de la normativa ambiental, el Ministerio de Medio Ambiente no ha actuado con celeridad y eficiencia en la dictación de las normas que completan la regulación ambiental, existiendo una deuda en relación con normas de calidad y emisión, y retrasos significativos en los Planes de Prevención y Descontaminación.

Tomando lo anterior en consideración, nos parece que;

- a) En el artículo 1º se debieran dar algunas conceptualizaciones de lo que se considerará grave. Proponemos como causales de gravedad, aquellos daños que;
 - i) Impidan el funcionamiento adecuado del ecosistema de manera irrecuperable o cuya recuperación sea de más de 10 años para volver a su estado original.
 - ii) Hayan importado la muerte de uno o más individuos de una especie en peligro de extinción.
 - iii) Hayan importado la muerte o afectación grave de la salud de una o más personas. Se considerará que hay afectación grave de la salud cuando la o las personas se encuentren inhabilitadas para trabajar o ejercer sus actividades cotidianas por uno o más meses.

- iv) Importen la pérdida de servicios ecosistémicos para las generaciones actuales o futuras, que no sean recuperables o cuya recuperación pueda llevar 10 o más años.
- v) Hayan ocurrido en áreas puestas bajo protección oficial.
- vi) Que afecten de manera irrecuperable o cuya recuperación sea de más de 10 años, a valores culturales o tradicionales de pueblos o comunidades indígenas

Además, el tipo en cuestión debiera incorporar, en el artículo 10º o donde se establezcan los parámetros para determinar la gravedad de la emisión, una medida en la que se entenderá que la emisión de un contaminante será grave y proponemos que esa medida sea “sobrepasar en un 20% la norma de emisión existente o en caso de no existir norma, la norma propuesta por la OMS”.

4. Sobre la prueba y la necesidad de un delito de peligro.

Ley 19.300 utiliza sistema de responsabilidad civil para sancionar el daño ambiental. Es extremadamente difícil perseguir responsabilidades por esa vía. La dificultad probatoria se convierte en una barrera, pues las personas no tienen los medios para generar esa prueba y los demandados normalmente sí.

El estándar probatorio penal (que no haya ninguna "duda razonable" sobre la culpabilidad del acusado) sumado a la dificultad de producción de la prueba, demanda el establecimiento de presunciones *iuris tantum* (establecidas por ley que admiten prueba en contrario). Se celebran en ese sentido, los artículos 10 y 11, propuestos en el Boletín 9.367-12 (presunción judicial), pero son insuficientes.

Sin perjuicio de lo anterior, se hace igualmente necesario el establecimiento de responsabilidad estricta en algunos casos, donde el tipo debiera estar configurado, por ejemplo, por la sola emisión de determinadas sustancias en determinadas cantidades, pues muchas veces la prueba de que esa emisión produjo efectivamente un daño puede verse entorpecida, entre otras cosas, por la existencia de condiciones basales desconocidas, las sinergias con otros proyectos o actividades o la incertidumbre sobre los efectos y nexos causales.

Con todo, se propone la incorporación de una norma que sancione como delito la emisión al medio ambiente de componentes, energías o materiales en concentraciones consideradas como peligrosas. Asimismo, se propone que sean consideradas como peligrosas la emisión de sustancias en un rango que sobrepase un 50% la norma de emisión correspondiente o a falta de norma de emisión, la norma propuesta por la OMS.

5. Incorporar tipo de colaboración a la contaminación cuando esta sea por razones múltiples.

Las causas de la contaminación son generalmente múltiples. No es posible desagregar las proporciones en las que concurren las fuentes de contaminación. Por eso, creemos

importante crear un tipo cuyo verbo rector sea “colaborar o contribuir” a la grave contaminación del medioambiente o uno de sus elementos.

6. Necesidad de incluir delitos que protejan la integridad del Sistema de Evaluación Ambiental.

La burla del SEA es una práctica a sancionar como delito, por ello deben existir figuras que disuadan y castiguen a los particulares por dichas prácticas.

Nos parece muy positivo que existan tipos para sancionar la elusión del SEA en todo momento, así como por la presentación de documentación falsa o deliberadamente incompleta. Se hace necesario en este sentido incluir sanciones explícitas a los responsables de los estudios e informes presentados a la autoridad cuando éstos conozcan la falsedad de la información o lo erróneo de sus conclusiones.

Lo anterior significa no sólo sancionar al responsable del proyecto, sino también al responsable de la consultora que realiza el estudio o declaración y que para ello levanta o entrega información falsa.

Por último, nos parece bien crear un tipo que sancione el actuar doloso de los funcionarios donde se requiera que éstos hayan obtenido un beneficio de su actuar (y así se prueba soborno u otra prebenda a funcionario público). Esto porque dadas las condiciones materiales en las que actúan estos funcionarios, que el delito sea solamente aprobar proyectos que no debieron ser aprobados nos parece excesivamente gravoso para un estatuto de responsabilidad penal.

