

COMENTARIOS A PROYECTO DE LEY SOBRE DELITOS AMBIENTALES
MINUTA

Tomás Darricades Solari
tdarricades@carey.cl
Valparaíso, 9 de abril de 2019

LOS FINES DEL PROYECTO

- El proyecto de ley presentado por el gobierno mediante Mensaje N° 339-366 plantea 3 objetivos generales. El **primero** consiste en sancionar lo que identifica como las “principales hipótesis” de daño ambiental, considerando la sanción penal como de última ratio, cuestión que parece positiva tanto por la necesidad de contar con un tipo penal que sancione afectaciones graves al medio ambiente como por la importancia de dejar a salvo la utilidad y vigencia de los instrumentos administrativos de control, evitando que exista superposición de competencias o fallos contradictorios, sobre todo considerando que la institucionalidad que los sanciona es muy reciente y todavía admite mejoras en varios sentidos.
- Sin embargo, para alcanzar ese objetivo, el proyecto plantea una alternativa que está expuesta a algunas objeciones importantes desde el punto de vista de la construcción del tipo penal, como desde el acceso a la justicia ambiental, que vamos a comentar en un momento, viendo otras alternativas disponibles.
- El **segundo** objetivo del proyecto es “potenciar el rol de la Superintendencia del Medio Ambiente en la persecución de determinados delitos, tomando en cuenta que es el órgano especializado en la materia”, confiriéndole atribuciones para lograr la reparación del medio ambiente dañado. Se trata también de un objetivo necesario, pues la Superintendencia tiene una experiencia y una capacidad instalada que vale la pena fortalecer, en lugar de reemplazar con la institucionalidad penal.
- Sin embargo, hay también aquí algunas cuestiones en que la propuesta del gobierno es problemática, y que tienen que ver con la legalidad y constitucionalidad de poner a disposición de la SMA determinadas facultades intrusivas.
- Por último, el proyecto plantea como **tercer** objetivo “incorporar los delitos ambientales en la ley 20.393 (...) de modo de incentivar [su] prevención (...) mediante la elaboración de modelos de prevención”. Esta idea responde a las tendencias actuales del derecho penal, pero puede implicar algunas dificultades prácticas que, en mi opinión, desaconsejan considerarla en el proyecto de ley que se tramita, tanto porque equivoca el foco preventivo introduciendo un sistema de *compliance* adicional al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental en lugar de potenciar este último, como por cuanto reproduce el mismo tipo de consecuencias que se prevén para el régimen administrativo sancionador, con los riesgos de redundancias y superposición de competencias que eso supone.
- A mi juicio, el desafío institucional al que se enfrenta cualquier propuesta de establecimiento de delitos ambientales es el de compatibilizar la existencia de un estándar administrativo regulado, cuyo principal fin es restablecer el escenario de cumplimiento y corregir la conducta desviada, con la necesidad de dar protección penal al medio ambiente y la salud de las personas, **de modo que entre los dos**

sistemas exista una relación de énfasis, de reforzamiento, y no de redundancia o superposición.

- Veamos enseguida las propuestas específicas del proyecto de acuerdo con esos fines.

CONTENIDO DE LA PROPUESTA

- El **delito de daño ambiental** está regulado en el artículo 2 del proyecto. Para construir la tipicidad de un delito de esta clase, se debe tomar en cuenta, por una parte, la conducta típica que se sanciona y, por otra, el efecto calificado que se busca evitar. En cuanto a lo primero, el proyecto admite mejoras. Hasta ahora, la conducta que se sanciona se describe como “el que dolosamente [o culposamente en el inciso segundo] causare”, lo que por su amplitud improbablemente cumpla con el estándar de precisión de los tipos penales, lo que ya ha sido destacado por la Corte Suprema.
- A mi juicio esto se puede corregir introduciendo una tipificación de conductas que distinga la forma de afectar al medio ambiente según el componente involucrado. Tratándose de afectaciones al aire, las aguas o el suelo, debiera sancionarse la emisión, derrame o descarga de elementos, compuestos o sustancias que alteren sus propiedades y produzcan los efectos propios del daño ambiental. En ese sentido, es probable que la tipificación ideal comience considerando un delito de peligro concreto que consista en efectuar alguna de esas conductas (y que podríamos llamar para estos efectos “delito de contaminación”), y luego considerar una hipótesis calificada en caso que como consecuencia se produzca una grave afectación en tales componentes (daño ambiental).
- Los aspectos culturales y patrimoniales, que en nuestro sistema forman parte del concepto de medio ambiente, parecen más difíciles de encuadrar en esas conductas, porque pueden afectarse de muchas maneras distintas. En tal caso, creo conveniente considerar un tipo penal independiente que proteja el patrimonio cultural de afectaciones dolosas que se provoquen específicamente en ese patrimonio, fortaleciendo la legislación que ya existe en la Ley de Monumentos Nacionales.
- En cuanto a la descripción típica de los efectos que debieran tomarse en cuenta para el delito de daño, el proyecto se esfuerza por precisar, en el artículo 4, qué debe entenderse por afectación significativa, lo que en el régimen administrativo se encuentra abierto y entregado al criterio de la Administración y los Tribunales.
- Sin embargo, me parece que todavía se puede hacer un esfuerzo de precisión mayor, puesto que la descripción de los hechos constitutivos de afectación significativa tiende a coincidir con los criterios que se suelen tomar en cuenta en los procesos administrativos para ello, con lo que la distinción entre ambos regímenes, que a mi juicio es lo que debiera procurar todo proyecto que quiera reforzar a la SMA, no se cumple adecuadamente.
- De lo que se trata es que el régimen penal pueda encargarse de aquellas conductas calificadas, que han sido cometidas de manera dolosa y en las que se produce un efecto grave y pernicioso. Tratándose del daño ambiental, este efecto, que justifica la intervención penal, debiera centrarse en el daño irreparable o de improbable reparación, que altera las características del componente y deteriora claramente su capacidad de proveer servicios ecosistémicos. El establecimiento claro de un umbral “propiamente penal” para el daño ambiental, permitiría su convivencia sin

mayores problemas con un concepto de daño abierto, llamado a operar en todo el ámbito administrativo y civil.

- El proyecto, sin embargo, opta por otra alternativa, que refuerza con una decisión polémica que comentaremos enseguida.
- **Artículo 5:** Para mantener la experiencia técnica de la SMA y evitar decisiones contradictorias, el proyecto adopta, en su artículo 5, una opción que es algo extrema: delega el inicio de la persecución penal a la presentación de una querrela por parte del Superintendente, una vez que el daño ambiental haya sido declarado por sentencia judicial firme.
- La solución es extrema porque si de lo que se trataba era de mantener el “liderazgo técnico” de la SMA, así como cierta unidad en el concepto de daño ambiental, la alternativa era que, en lugar de la querrela, el proceso pudiera iniciarse con una simple denuncia fundada del Superintendente, como ocurre con todos los delitos de acción pública previa instancia particular.
- La opción de la querrela, en cambio, supone un obstáculo demasiado severo para el acceso a la justicia ambiental: la protección penal llegaría con mucha tardanza, y estaría atada a la tramitación de un procedimiento judicial completo, de manera que entre la producción del daño y la activación del proceso penal bien podrían transcurrir muchos años.
- Así, el Ministerio Público entraría a investigar en serio recién cuando la responsabilidad civil o administrativa esté determinada, y eso puede ocurrir cuando ya toda diligencia investigativa propiamente policial sea inútil. Tendría entonces el Fiscal que arreglárselas con los hechos tal y como fueron demostrados en el procedimiento administrativo, pero entonces se encontrará con que ese estándar difícilmente baste para sustentar una pena penal: los hechos se obtuvieron mediante presunciones, pueden implicar meras inobservancias y apenas cumplen con el estándar de legalidad penal.
- La prueba de los hechos constitutivos de infracción en el ámbito administrativo puede efectuarse por la simple constatación de un Ministro de Fe, lo que en materia penal se encuentra excluido de plano desde la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Penal. Eso ya genera un problema para la eventual relación ente el órgano administrativo de fiscalización y el persecutor penal, pues los hechos constatados por el primero según su propio estándar de prueba, difícilmente puedan resultar adecuados para los fines que persigue el segundo.
- Por otro lado, tampoco parece que esta idea satisfaga las garantías de un debido proceso penal desde el punto de vista del imputado, pues todas las cuestiones atinentes al tipo y sus requisitos quedarían radicadas en el conocimiento de los Tribunales Ambientales, con sus criterios y estándares de prueba, y no de los jueces de garantía o tribunal oral en lo penal, lo que me parece desaconsejable en un debido proceso.
- Una razón para mantener esta propuesta es que parece ser la única forma de evitar que se produzcan distintos tipos de daño ambiental según el tribunal que deba resolverlos, con el riesgo de decisiones contradictorias que eso supone. Pero en mi opinión, no es problemático que, eventualmente, un Tribunal Ambiental acredite la concurrencia de daño ambiental, obligando a su reparación o debiendo el titular soportar una multa por ello, y que luego un Tribunal con competencia penal, con un estándar más exigente, estime que ese daño no concurrió. El verdadero problema se podría producir al revés: si un Tribunal penal condenara a

un infractor a pesar de la absolución de un Tribunal Ambiental. Pero, en realidad, esto es sólo un problema de conceptos jurídicos y no de la realidad: los Tribunales Ambientales no realizan subsunciones como las de un juez penal ni trabajan con tipos penales, sino con una pretensión sostenida por una parte a partir de la evidencia que la justifica.

- Por eso, el problema que el gobierno busca evitar se ataca mejor con una tipificación vigorosa y restringida del daño ambiental, que deje a salvo las facultades de los Tribunales Ambientales y de la Justicia Penal ordinaria.
- Más adelante, el proyecto lleva el punto anterior demasiado lejos, al darle a la SMA facultades derechamente intrusivas que a mi juicio son inconstitucionales, por interferir con competencias entregadas exclusivamente al Ministerio Público por la Constitución (artículo 83). El **artículo 9** del proyecto me parece en ese sentido desaconsejable. El Ministerio Público ya tiene esas facultades intrusivas y no veo ninguna conveniencia de entregárselas a la SMA. Esas competencias deben ser ejercidas por un órgano con la forma institucional adecuada, como las policías o el Ministerio Público. Creo que este es un punto en que todos quienes han comentado el proyecto están de acuerdo.
- **Responsabilidad penal de la persona jurídica.** Por último, el proyecto incorpora los delitos ambientales en la ley 20.393. Esto me parece inconveniente por varias razones:
 1. La primera es que obviamente con la incorporación de la responsabilidad penal de la empresa los regímenes administrativo y penal estarían regulando a un mismo tipo de sujeto, para un mismo tipo de conducta y con un mismo tipo de sanción, lo que no parece conveniente y probablemente tampoco sea del todo legítimo. Esto sugiere, nueva, mente, que es conveniente contar con un tipo de daño ambiental calificado y restringido para efectos penales.
 2. Lo anterior es bastante claro tratándose del deber de establecer programas de *compliance* ambiental para todas las empresas. Creo que se trata de un requisito superfluo para la mayoría de ellas y parece innecesario y costoso que todas deban tener programas para evitar el daño ambiental (en realidad, no son muchas las actividades con potencial de provocar esta clase de daños). Me parece preferible fortalecer el SEIA y los proyectos que deben evaluarse en él, como herramienta preventiva ambiental preferente para evitar daños ambientales. Bien puede plantearse en este sentido la necesidad de identificar tipos de actividades que, sin estar enlistadas en el artículo 10 de la Ley 19.300, cuenten con ese potencial y deban presentar modelos de prevención, dejando en el SEIA la determinación de su contenido. En definitiva, que todas las empresas estén obligadas a que una consultora les elabore un programa de *compliance* parece una cuestión meramente formal y un poco superflua.
 3. Por último, me parece que la responsabilidad de la empresa puede terminar ayudando a que la sanción penal sea menos disuasiva de lo que podría ser: las sanciones que contempla la Ley 20.393 no son sustantivamente distintas de las consecuencias que puede imponer la Administración y, en ese sentido, no es claro que ayuden a *reforzar* el sistema. Como alternativa, me parece preferible contar con una regla de responsabilidad personal de directores y gerentes, que sea un verdadero incentivo para una actuación responsable al interior de la empresa.
- **Artículo 7.** Por último, parece buena idea introducir una tipificación por el entorpecimiento deliberado en la fiscalización, pero no se entiende por qué solamente tiene una pena de multa. En ese caso, parece mejor subir la pena (y

sancionar la oposición violenta o por vías de hecho) o dejar esta infracción entregada al régimen administrativo.

LO QUE FALTA

- Al proyecto le falta una norma que castigue los casos de elusión calificada. La elusión que no cumple con ciertos requisitos mínimos, en cambio, es preferible que se mantenga exclusivamente en el régimen administrativo, que cuenta con más herramientas para obtener un pronto cumplimiento en los casos en que eso es posible. Pero los casos más graves, que generan un efecto constatable y grave y que además van acompañadas de clandestinidad o contumacia, debieran tener una amenaza penal. En específico, ¿cuáles son esos casos?
- En primer lugar, aquellos en que no sea posible reconocer a un agente con interés en participar de una actividad regulada. Es el caso de las elusiones al sistema de evaluación de impacto ambiental, cuando implican la ejecución de actividades que afecten gravemente a la salud de las personas o al medio ambiente, en inobservancia de las órdenes expresas de la autoridad. Aquí el Derecho Penal aparece con un claro deber de refuerzo del sistema ambiental, pero para aquellos casos en que éste es ya completamente inútil para lidiar con la desobediencia, precisamente porque el infractor no tiene interés alguno en comportarse como un *"regulado"*.
- Recuerdo muy bien el caso de Minera Española, o Minera Esparta, que me tocó ver cuando trabajaba en la Superintendencia del Medio Ambiente. Se trataba de una explotación minera ilegal que se desarrollaba en un sitio prioritario para la conservación de la comuna de Maipú, por parte de una persona que desobedeció prácticamente todas las órdenes de paralización que se le dirigieron, que realizaba su actividad eludiendo los controles de la autoridad y afectando de manera grave componentes determinados del medio ambiente. Aquí fue muy evidente que los medios y fines del Derecho Administrativo resultaban insuficientes para enfrentar el problema.
- Para notar por qué este caso es tan particular, se debe tomar en cuenta que el proceso administrativo sancionador en materia ambiental dirige principalmente a sujetos determinados, que ocupan el lugar de *"regulados"* en sus relaciones con la autoridad administrativa, pues participan de una actividad económica sometida a su control y fiscalización, y justamente por tener interés en ella, tienen también interés en seguir siendo considerados como *"regulados"* para efectos de esa actividad. Por eso, en segundo lugar, la sanción administrativa busca restablecer el escenario de cumplimiento, corregir y reencausar la conducta desviada y disuadir al resto de potenciales infractores, para que esa actividad económica pueda seguir desarrollándose en términos adecuados y seguros. La mirada de la sanción administrativa, de ese modo, está puesta en el futuro. Como este es el fin, la herramienta usada debe ser eficiente, en términos de obtener con la mayor rapidez posible el restablecimiento del estándar quebrantado.
- Por eso, el desafío de la tipificación de los delitos ambientales es que permita la conservación y fortalecimiento de un sistema Administrativo fuerte y dinámico, que obtenga el rápido retorno a un escenario de cumplimiento o la corrección inmediata de la conducta desviada, dejando para el régimen penal los casos que, por su gravedad y características, no puedan ser resueltos adecuadamente sin sus herramientas punitivas.
