

Valentina Durán Medina y Ximena Insunza Corvalán¹

OPINIÓN SOBRE EL PROYECTO DE LEY Y LAS MOCIONES PARLAMENTARIAS QUE SANCIONAN LOS DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE²

A ser presentada ante la Comisión de Medio Ambiente del Senado, en la Sesión 8 abril de 2019, Edificio del Congreso en Santiago.

Tabla de contenido

INTRODUCCIÓN	2
I. ANÁLISIS CRÍTICO DEL PROYECTO DE LEY DEL EJECUTIVO	2
A. Contexto general	2
B. Tipificación del delito ambiental	4
C. Papel de la SMA	7
D. Consideraciones de procedimiento penal	9
E. Otras modificaciones	10
II. ELEMENTOS DE LOS BOLETINES QUE PUEDEN ILUSTRAR LA DISCUSIÓN	12
III. CONTEXTO INTERNACIONAL Y LA FIGURA DEL ECOCIDIO	13

¹ Valentina Durán, abogada, Master (DEA) en derecho ambiental de las Universidades de Paris I y Paris II, profesora asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile donde es directora del Centro de Derecho Ambiental y profesora del curso clínico de derecho ambiental y resolución de conflictos.

Ximena Insunza Corvalán, Abogada, Universidad de Chile, *LL.M. McGill University*. Magíster en Políticas Públicas, Facultad de Economía y Negocios, Universidad de Chile. Subdirectora Escuela de Pregrado, profesora Asistente de Derecho Ambiental e investigadora del Centro de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Ministra Suplente del Segundo Tribunal de Santiago (2015-2018).

² Boletines n°5654-12, 8920-07, 9367-12, 11482-07 y 12.121-12 refundidos.

INTRODUCCIÓN

En primer lugar, quisiéramos agradecer la invitación a la Comisión de Medio Ambiente del Senado. Ello pues siempre es un honor poder aportar en la discusión legislativa, y en este caso particular, tener nuevamente la oportunidad de referirnos sobre esta materia que a nuestro juicio es sumamente relevante. Ya, en noviembre del año 2018, previo a que el Ejecutivo presentara el proyecto de ley, acudimos a este mismo lugar para dar a conocer nuestro parecer sobre la idea de tipificar penalmente conductas que atentan contra el medio ambiental.

Hoy día contamos con un proyecto de ley enviado por el Ejecutivo además de los comparados de las mociones de los parlamentarios que nos ha hecho llegar muy amablemente la Secretaría de la Comisión. De esta manera, nuestra presentación se estructurará en los siguientes términos: a) Análisis crítico del proyecto de ley presentado por el Ejecutivo el 21 de enero de 2019, b) Elementos de los Boletines (N°s 5654-12, 8920-07, 9367-12, 11482-07 y 12.121-12 refundidos) que pueden ilustrar la discusión, c) Contexto internacional y figura del ecocidio.

I. ANÁLISIS CRÍTICO DEL PROYECTO DE LEY DEL EJECUTIVO

A. Contexto general

La discusión sobre la creación de un delito ambiental es de larga data, pero cabe destacar que en la última Evaluación de Desempeño Ambiental efectuada por la OCDE y dada a conocer en 2016, dicho organismo internacional señaló que “a diferencia de la mayoría de los países miembros de la OCDE, en Chile no se aplican sanciones penales por delitos ambientales.”, disponiendo que “Chile debería materializar su intención de imponer una responsabilidad penal a varias categorías de delitos ambientales graves y establecer diferencias claras entre las infracciones posibles de sanciones administrativas y aquellas punibles mediante sanciones penales.”

En ese sentido, la materialización de un proyecto de ley que aborda esta materia es algo muy relevante -aunque no cumpla necesariamente con el mandato de distinguir entre infracciones administrativas y crímenes penales. Asimismo, también es destacable que el proyecto del ejecutivo proponga una modificación al artículo 10 de la Ley N° 20.393, que establece la **responsabilidad penal de las personas jurídicas** en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica -sin perjuicio de lo que se debe perseguir es la prevención en materia ambiental de manera amplia y no sólo del daño ambiental-, pues implica **una férrea decisión en cuanto a elevar la responsabilidad de los agentes productivos de nuestro país.**

Del mismo modo, es destacable que el proyecto establezca en su Mensaje la necesidad de establecer **figuras culposas**, es decir, tipos que reconozcan que el daño (según los términos del Ejecutivo, pero podríamos agregar también en su caso el peligro) es causado por un actuar no solo doloso sino que negligente o culposo.

Sin ir más lejos, la reciente modificación al delito del artículo 136 de la Ley de Pesca, introducida mediante la Ley N° 21.132 publicada el 2 de febrero pasado, introduce la hipótesis culposa en el delito contaminación de aguas que afecten los recursos hidrobiológicos, además de considerar también para éste y otros delitos, la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Creemos que esta novedad va en el sentido correcto.

Volviendo al proyecto de ley que nos ocupa, estimamos que contiene ejes y dimensiones de diseño de política pública que no compartimos. De hecho, las preguntas más simples, a saber **¿qué es lo se quiere proteger? ¿qué conductas vamos a penalizar? ¿Quién realizará dicha persecución? y ¿Cómo lo hará?** no tienen una respuesta coherente o consistente con nuestra normativa ambiental ni con nuestra política criminal.

Se desprende del Mensaje del proyecto de ley, y así también lo ha planteado el Ejecutivo, que las prioridades de su propuesta serían (1) la prevención general (2) la reparación del daño

ambiental y (3) la sanción penal como *última ratio*³. Sin embargo, como veremos, estimamos que el proyecto no obtiene este resultado.

Teniendo, en consecuencia, claridad sobre el contexto en el que se produce este debate en la actualidad abordaremos, a continuación, la tipificación del delito ambiental.

B. Tipificación del delito ambiental

Existe consenso que, aún con la modificación del año 2010, nuestra institucionalidad y regulación ambiental no cuentan con herramientas suficientes para brindar la protección que como sociedad quisiéramos darle al medio ambiente.

Es insoslayable que la respuesta respecto de las infracciones a los instrumentos de gestión ambiental, luego de la creación de la Superintendencia del Medio Ambiente, ha experimentado un avance significativo, pero todavía estamos en deuda, y es en este ámbito en el que el derecho penal tiene cabida. Concebido siempre como una respuesta de *última ratio*, estimamos que el derecho penal debe también proteger el bien jurídico medio ambiente, en respuesta a la escala de valores de nuestros tiempos.

En consecuencia, en cumplimiento del deber constitucional de velar por el ejercicio del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y de tutelar la preservación de la naturaleza, la tipificación del delito ambiental tiene que hacerse cargo de aquellas hipótesis y aquellos vacíos regulatorios que implican un riesgo o una afectación relevante para nuestro medio ambiente, ya sea que haya o no infracción normativa. La propuesta del Ejecutivo claramente no va en esa línea.

Y podemos afirmar esto, porque yerra, tal como lo anticipamos en noviembre al no hacerse cargo de los distintos conceptos claves en esta materia, a saber: **riesgo, contaminación, impacto ambiental y daño ambiental**. Si bien en esa oportunidad, expusimos sobre la inconveniencia de asociar un delito con la definición legal de contaminación, **el proyecto**

³ Exposición del Subsecretario del Medio Ambiente Sr. Felipe Riesco en conversatorio realizado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, el día 2 de abril de 2019.

actual va más allá y supedita la respuesta penal a la declaración del daño ambiental por un órgano jurisdiccional. lo que a todas luces parece incomprensible.

Claramente, el proyecto no hace la necesaria distinción entre los distintos regímenes de responsabilidad, esto es, la responsabilidad civil, la responsabilidad administrativa y la responsabilidad penal, las que están concebidas de manera distinta e independiente en nuestro ordenamiento jurídico, no por mero capricho, sino porque responden a finalidades distintas.

A todas luces, la responsabilidad penal debe configurarse como una respuesta distinta a la administrativa y a la civil. Sin embargo, el proyecto, tal como está, las hace interdependientes. Y al hacerlas interdependiente, hace remota e improbable la condena a quienes cometan este delito, por las barreras que impone. Así, esta vinculación convierte a la respuesta penal en ineficaz, carente de sentido y claramente no apta para satisfacer los requerimientos que la sociedad espera al pensar en el Estado como poder punitivo.

En primer lugar, asociar la ocurrencia del delito ambiental al daño ambiental, luego de la respuesta administrativa, la que sólo puede presentarse en su ámbito de competencia - infracciones a los instrumentos de gestión ambiental (RCA, Normas, PP y PD, planes de manejo, REP)- es limitado, pues quedarán sin respuesta punitiva muchas conductas culposas y dolosas que atentan contra el medio ambiente y causan daño ambiental.

Volvemos a profundizar las limitaciones de la SMA, que solo fiscaliza el cumplimiento de determinados instrumentos, ignorando los riesgos, daños y afectaciones al ambiente que causan conductas y omisiones que se presentan fuera del marco estricto de estos instrumentos de gestión.

En segundo lugar, compartimos plenamente las críticas de la Corte Suprema, y las expuestas la semana pasada por el Fiscal Nacional, que fue acompañada de una minuta muy documentada y fundada que tuvimos la oportunidad de leer.. La tipificación de los delitos ambientales es compleja y su desarrollo debe ser idóneo para que sea eficaz.

En nuestra opinión, ni este proyecto de ley ni el anteproyecto del código penal cumplen con las expectativas. Creemos que la afectación al medio ambiente o a sus componentes debe ser

el eje rector, pero no puede asociarse estrictamente a ninguno de los conceptos antes reseñados (contaminación, impacto ambiental y daño ambiental) sino que debe tener una expresión propia con las características que exige el derecho penal. Creemos que es aquí donde se debiera abocar y focalizar el trabajo legislativo.

En tercer lugar, en materia ambiental, la oportunidad es crucial, de manera que no se comprende que la querrela sólo pueda ser interpuesta *“una vez que la existencia del daño ambiental significativo haya sido establecida por sentencia definitiva firme del Tribunal Ambiental correspondiente, sin que sea admisible denuncia o querrela de terceros.”*, como dispone el artículo 5 del proyecto. Tampoco resulta entendible limitar la actividad de terceros, a través de querrelas o denuncias, parece contradictorio con el rol que la ciudadanía tiene y exige en materia ambiental, y desde luego plantea una barrera inaceptable al derecho de acceso a la justicia ambiental que es componente fundamental de la noción de democracia ambiental recogida en el Principio 10 de Río, y en el Acuerdo de Escazú.

Insistimos, en consecuencia en **la creación de uno o más tipos penales que tenga un fundamento en el peligro o riesgo (exposición a agentes que arriesguen o pongan en peligro la salud de las personas o los ecosistemas y elementos del medio ambiente) o en el resultado (afectación de la salud de las personas o de los elementos del medio ambiente)**, debiendo caso a caso probarse los hechos y ponderarse éstos de acuerdo a su contexto.

Se debe, en consecuencia, dejar de lado los conceptos de daño ambiental contemplados en el artículo 2 y los de significancia especificados en el artículo 3 y contemplar uno o más delitos tanto culposos como dolosos y tanto de peligro como de resultado, para todos los componentes del medio ambiente con penas similares.

Por otra parte, las penas asignadas en la propuesta del Ejecutivo son muy bajas o se condicen con la gravedad de los atentados al medio ambiente. Para que opere la prevención general debe existir la posibilidad concreta de privación de libertad para las personas naturales, y sanciones graves para las personas jurídicas.

C. Papel de la SMA

En nuestro entender, el proyecto también se equivoca al darle el monopolio de la acción penal a la Superintendencia del Medio Ambiente, tal como se aprecia en el artículo 5 “*Las investigaciones de los hechos señalados en los artículos 2 y 3, sólo se podrán iniciar por querrela formulada por el Superintendente del Medio Ambiente [...]*”.

La acción penal pública en materia ambiental debiera quedar en manos del Ministerio Público, la Superintendencia debe continuar con su labor fiscalizadora y sancionadora de instrumentos de gestión ambiental y no inmiscuirse en materia penal. No se trata sólo de un tema de independencia, sino de diseño institucional, la incorporación de estas figuras *sui generis* atentan con la política criminal de nuestro país.

Este tema ha sido abordado acertadamente por la Corte Suprema y el Ministerio Público, por lo que no quisiéramos repetir los argumentos que ustedes ya han escuchado y que compartimos en su totalidad, sin embargo, es necesario agregar algo que no ha sido relevado, y es que el proyecto le exigirá a un un mismo órgano de la Administración del Estado que **guíe una investigación con el objeto de generar los antecedentes necesarios para superar al menos tres estándares probatorios distintos**⁴, a saber:

(a) Los casos de responsabilidad infraccional o contravencional, que se sujetan al estándar de prueba de los procedimientos administrativos, construido jurisprudencialmente a través de la interpretación del artículo 35 de la LBPA sobre la base de la “preponderancia de prueba”, bajo el filtro de los principios del *ius puniendi* estatal “matizado” y con el objeto de incentivar el *compliance*, favoreciendo los mecanismos que orienten al infractor a volver a cumplir la normativa vigente.⁵

⁴ Esta reflexión nace a propósito de una intervención del ayudante del Centro de Derecho Ambiental Matías Ortiz Méndez, a quién agradecemos sinceramente su aporte en el marco de los talleres de análisis legislativo y jurisprudencial que desarrolla el Centro de Derecho Ambiental.

⁵ Cabe tener presente que estos instrumentos operan con la noción de riesgo y, por ende, dentro del ámbito de los impactos ambientales, es decir, sólo tienen cabida en el contexto de no haberse producido daño al medio ambiente. De esta manera operan como un dispositivo de ajuste del comportamiento de los operadores, a fin de que se mantengan en el borde interno en la prevención de efectos nocivos al medio ambiente de manera eficiente (menor desgaste del aparato persecutor).

(b) Los casos de responsabilidad por daño ambiental, que se sujetan al estándar de responsabilidad civil extracontractual, también bajo el estándar de la “preponderancia de prueba” pero matizado por las presunciones que establece la ley 19.300 en su artículo 52, y con el objeto de reparar el medio ambiente dañado, favoreciendo los mecanismos que permitan una acción reparatoria oportuna y eficaz.⁶

(c) Los casos de responsabilidad penal por daño ambiental, que se deben ajustar por mandato constitucional (19 N°3) y de legislación penal (art. 340 CPP) al estándar probatorio “más allá de toda duda razonable”, que tiene por objeto garantizar la certeza necesaria para la aplicación de una potestad de última ratio del Estado, exigiendo por tanto el mayor nivel de certeza en el establecimiento de los hechos que constituyen el presupuesto para el ejercicio de dicha potestad.

Nuestra oposición al papel que el proyecto le atribuye a la SMA, no obsta a que se deba explicitar la obligación, que ya tienen los funcionarios públicos, de denunciar al Ministerio Público aquellas conductas que puedan revestir caracteres de delito, tal como deben hacerlo los funcionarios públicos conforme al artículo 175 del Código Procesal Penal. Siendo prácticos, no será esta discusión de delitos ambientales la que dé todas las soluciones a nuestras dificultades y carencias institucionales, pero sí se puede avanzar en la coordinación y coherencia.

Por último, no podemos dejar de señalar que Chile carece de una institucionalidad defensora del ambiente como son las procuradurías, ombudsman, y otras instituciones en el derecho comparado que reúnen la titularidad de distintos tipos de acciones, entre ellas las penales. En otras palabras, no existe una institucionalidad que brinde representación y asesoría jurídica a comunidades afectadas por problemas ambientales, ni tampoco existe una institucionalidad que represente a las generaciones futuras ni al medio ambiente en sí mismo. Sería interesante pensar, dado que el Ejecutivo está abierto a modificar el ámbito de acción de los servicios públicos, **en crear una institución independiente que cumpla con**

⁶ Privilegiando la elaboración de antecedentes que demuestren la factibilidad, oportunidad, y eficacia (completitud e integridad de las medidas reparatorias) de las medidas necesarias para volver el medio ambiente a su estado natural.

ese mandato y que esté en plena concordancia con lo establecido en el Acuerdo de Escazú, al que lamentablemente aún no adherimos, a pesar de haberlo promovido junto a Costa Rica.

D. Consideraciones de procedimiento penal

Apreciamos que esta Comisión haya invitado al Ministerio Público y a la Policía de Investigaciones. Creemos que la naturaleza de los problemas ambientales debe despertar algunas consideraciones de procedimiento que permitan hacer más eficaz la persecución penal en todas sus etapas.

Así por ejemplo, en el marco del trabajo del curso especializado de derecho ambiental y resolución de conflictos, o clínica ambiental, hemos sido testigos de un caso en que conociendo del delito de desacato de una sentencia de protección ambiental, incumplida por un particular, se procede a la suspensión condicional de procedimiento en que termina siendo un fiscal, sin competencias técnicas quien define condiciones de sanitarias ambientales para las cuales no está necesariamente formado ni mandatado. Lo que lleva a ilustrar que **las reglas de procedimiento penal deben tener especial consideración del carácter del medio ambiente como un bien colectivo del cual no se puede disponer libremente**. Asimismo, la suspensión del procedimiento no podría apoyarse en la ejecución de determinadas obras que requieran determinados permisos ambientales sectoriales o evaluación de impacto ambiental, sin considerar aquello. Es por eso que el establecimiento de estos delitos debe llevar aparejado un diálogo que permita establecer procedimientos que consideren por ejemplo, una “deferencia de experto” hacia otras instituciones cuando fuera el caso.

En ese sentido creemos que debiera aplicarse una regla similar a la *indemnidad de la reparación del daño ambiental*, que es una regla establecida en el artículo 44 de la Ley nº20.600 que crea los Tribunales Ambientales, que con ocasión de la tramitación de la acción de responsabilidad por daño ambiental establece que: “La acción de reparación ambiental no podrá ser objeto de transacción o cualquier otro tipo de acuerdo que exima al autor de implementar medidas de reparación ambiental del daño causado.”

De tal manera que podría limitarse la suspensión condicional del procedimiento y definir por ejemplo que proceda previa consulta o pronunciamiento de la autoridad competente y nunca contradecir las autorizaciones ambientales o sanitarias para evitar que se burle al sistema o se establezcan reglas o medidas inadecuadas, incompatibles o contradictorias.

E. Otras modificaciones

Dentro de los cambios que introduce el Ejecutivo a otras leyes, hay dos modificaciones y una omisión que quisiéramos relevar pues creemos que de aprobarse, tendrán consecuencias muy perniciosas para la protección del medio ambiente.

La primera de ellas está contenida en el numeral 5 del artículo 11⁷ y busca modificar la titularidad del ejercicio de la acción de reparación por daño ambiental. En la actualidad, existen diversos titulares, entre ellos, el Consejo de Defensa del Estado, pero a través de este proyecto se busca entregarle el ejercicio de esta a la Superintendencia del Medio Ambiente, replicándose sobre el particular, las mismas críticas relativas a la independencia, capacidad y autoridad que respecto de la acción penal. El CDE tiene no sólo una *expertise* muy importante en esta materia, sino que fue durante muchos años el que impulsó el desarrollo jurisprudencial y la respuesta de reparación en materia de daño ambiental. Además, su intervención se enmarca en el diseño institucional y no existen mayores razones en el mensaje que explique el porqué de este cambio. A nuestro parecer, si no se crea una nueva institucionalidad para la defensa del medio ambiente, no se explica que se quiera llevar esa acción al ámbito de competencia de un servicio público como la superintendencia.

⁷ Artículo 11. Introdúcense las siguientes modificaciones en la ley N° 20.600, que crea los Tribunales Ambientales: 5) Reemplázase en el número 2) del artículo 18, la expresión “por intermedio del Consejo de Defensa del Estado. Deducida demanda por alguno de los titulares señalados no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros coadyuvantes. En el caso del inciso quinto del artículo 43 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, la acción deberá siempre ejercerla el Consejo de Defensa del Estado como parte principal” por la frase “por intermedio de la Superintendencia del Medio Ambiente. Deducida demanda por alguno de los titulares señalados no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros coadyuvantes. En el caso del inciso quinto del artículo 43 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, la acción deberá siempre ejercerla la Superintendencia de Medio Ambiente como parte principal”.

La segunda modificación al catálogo de infracciones de la SMA⁸ es un conejo que “el mago saca del sombrero” sin justificación, que puede implicar serios problemas para el organismo fiscalizador y sancionador pues tratándose por ejemplo de una infracción grave siempre deberá multar como mínimo con 5001 UTAs o más lo que no sólo es desproporcionado (reiteración de una infracción leve, multada por ejemplo con 100 UTAS” sino que también deja a la SMA sin la flexibilidad necesaria para actuar frente a incumplimientos de un acto administrativo tan complejo como son las resoluciones de calificación ambiental. De hecho, sería interesante conocer cuántas infracciones clasificadas como graves por el ente sancionador han superado el umbral de las 5000 UTAs.

La omisión que quisiéramos hacer presente tiene relación con el grupo de delitos que ya han sido abordados parcialmente por nuestro ordenamiento jurídico.

En nuestro país, hemos modificado la **Ley 21.132 que Moderniza y fortalece el ejercicio de la función pública del Servicio Nacional de Pesca**, y que perfecciona y amplía el catálogo de delitos de protegen los recursos hidrobiológicos. De igual, manera se tipificó el delito de tráfico y gestión ilícita de residuos peligrosos en el **artículo 44 de la Ley REP** y ratificamos la enmienda prohibitoria al convenio de Basilea, a la que le faltan dos Estados que ratifiquen para estar vigente, que es aquella por la cual los estados de la OCDE y la UE se obligan a que en caso de tener que exportar residuos peligrosos, sólo lo harán dentro del mismo grupo de países privilegiando la autosuficiencia de cada estado y la gestión ambientalmente racional de los residuos. Asimismo, se persigue y castiga penalmente aquellos crímenes contra la vida silvestre en la **Ley CITES**, que complementan el exiguo marco jurídico penal ambiental anterior limitado e insuficiente, conformado por la Ley de

⁸ Artículo 13. Reemplázase el artículo 39 del artículo segundo de la ley N° 20.417, que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, por el siguiente:

“Artículo 39.- La sanción que corresponda aplicar a cada infracción se determinará, según su gravedad, dentro de los siguientes rangos:

- i. Las infracciones gravísimas podrán ser objeto de revocación de la resolución de calificación ambiental, clausura, o multa de cinco mil una hasta diez mil unidades tributarias anuales.
- ii. Las infracciones graves podrán ser objeto de revocación de la resolución de calificación ambiental, clausura, o multa de mil una hasta cinco mil unidades tributarias anuales.
- iii. Las infracciones leves podrán ser objeto de amonestación por escrito o multa de una hasta mil unidades tributarias anuales.”.

Caza en sus Artículos 22, 30 y 31, la Ley General de Pesca y Acuicultura en sus artículos 137 y 138, que impone sólo penas de multa a quienes capturen o realicen ciertas actividades productivas sin autorización o respecto de especies en veda, y el delito de contrabando. Previamente, la **Ley 20.923 de protección de los cetáceos** introdujo un delito con el Artículo 135 bis de la Ley de Pesca sancionando con la pena de presidio mayor en su grado mínimo y comiso al que dé muerte o realice actividades de caza o captura de un ejemplar de cualquier especie de cetáceos, y presidio menor en su grado medio, al que tenga, posea, transporte, desembarque, elabore o efectúe cualquier proceso de transformación, así como comercialice o almacene estas especies vivas o muertas.

Con todo, el proyecto de ley no se pronuncia sobre el destino de estos delitos de manera tal que coexistirán con la nueva normativa, lo que no parece razonable pues implica nuevamente un fragmentación de la respuesta en materia ambiental, esta vez en el ámbito penal, lo que tiene asociado la posibilidad de complicaciones procedimentales (concursos penales) o la búsqueda de defensas relativas a los ilícitos que tengan penas más bajas.

II. ELEMENTOS DE LOS BOLETINES QUE PUEDEN ILUSTRAR LA DISCUSIÓN

Los distintos boletines previos (N°s 5654-12, 8920-07, 9367-12, 11482-07 y 12.121-12 refundidos) que han intentado tipificar los delitos ambientales en busca de una mayor protección del medio ambiente y sus componentes tienen como elemento común garantizar el **buen funcionamiento de los instrumentos de gestión ambiental**. Creemos que la consecución de ese objetivo puede lograrse a través de agravantes en la comisión del delito penal ambiental, o en la tipificación del delito general, pero no nos parece acertada la creación de un delito especial. Pensando en el fin de prevención general, creemos que existen

importantes oportunidades de mejora en la gestión comunicacional de la SMA y en el uso que se le da al registro de sanciones.

Asimismo, los boletines antes mencionados, se hacen cargo, si bien de manera parcelada, del concepto de **riesgo**⁹, **lo que es un hito importante pues** la incorporación de esta noción al ordenamiento jurídico, tal como señalamos en noviembre, no ha sido pacífica. Efectivamente el derecho penal puede ser un buen instrumento cuando se refiere a las consecuencias penales del riesgo, cuando tipifica los “delitos de peligro” como aquellos que se perfeccionan no por la existencia de daño o lesión del bien jurídico protegido, sino por el riesgo o posibilidad de que esto suceda.

En materia ambiental la respuesta penal es necesaria por su eficacia tratándose de riesgo, en la medida que las potenciales consecuencias sean muy graves. De manera que, en consistencia con el principio de precaución que informa el Derecho Ambiental, creemos que se debe explorar la tipificación de delitos de peligro abstracto en que el resultado, concreto y lesivo, opere como agravante, tal como se hizo por lo demás con el artículo 44 de la Ley REP.

III. CONTEXTO INTERNACIONAL Y LA FIGURA DEL ECOCIDIO

Recientemente la **Organización de las Naciones Unidas** también se ha pronunciado sobre los crímenes ambientales, en la *Resolución aprobada por la Asamblea General el 21 de noviembre de 2016*, en un *reporte de 2016 de INTERPOL y de ONU Ambiente* y en un estudio reciente de ONU Medio Ambiente, titulado “El estado del conocimiento de los crímenes que tienen graves impactos en el medio ambiente”¹⁰.

Los delitos ambientales, indica el estudio de ONU Ambiente, son una de las actividades criminales más lucrativas a nivel transnacional. El valor monetario de estos ilícitos alcanzó en 2016 entre US\$ 91 mil millones y 259 mil millones anuales, siendo probablemente el

⁹ Más en Durán Valentina y Hervé Dominique, “Riesgo ambiental y principio precautorio, breve análisis y proyecciones a partir de dos casos de estudio”. Revista de Derecho Ambiental, (1), Pág. 243-250. Consultado de <https://revistaderechoambiental.uchile.cl/index.php/RDA/article/view/36.452/38086>

¹⁰ Disponible en línea en <https://www.unenvironment.org/resources/publication/state-knowledge-crimes-have-serious-impacts-environment>

cuarto crimen más rentable del mundo, después de las drogas, las falsificaciones y la trata de personas. Dicho estimado corresponde a un incremento de 26% comparado con las cifras presentadas en 2014, y se espera que incremente de 5% a 7% anualmente.

De acuerdo con el reporte del 2016 de INTERPOL y ONU Medio Ambiente, las actividades ilegales que involucran al medio ambiente, la biodiversidad o los recursos naturales son lucrativas e implican un riesgo bajo para los criminales. Los delitos ambientales no han sido considerados anteriormente como una prioridad en algunos países, lo que provoca una nula respuesta gubernamental.

Según el estudio de ONU Ambiente, existen cinco áreas de delincuencia ambiental más frecuentes a nivel mundial: (1) Delitos contra la vida silvestre, de especial frecuencia en África, Asia y América Latina, según la IUCN. (2) Tala ilegal (3) Pesca ilegal (4) Minería ilegal y (5) Contaminación y delitos conexos (incluyendo tráfico de residuos). También existen, según este estudio, varias **brechas importantes en la respuesta hacia los crímenes ambientales**. La falta de datos, conocimiento y conciencia, así como el uso limitado de la legislación, la casi nula cooperación nacional e internacional, el poco intercambio de información entre autoridades y la falta de compromiso de los actores privados y las comunidades locales debilitan la aplicación de la ley. La ONU hace un llamado a la comunidad internacional para cerrar las brechas, lanzar programas sobre la delincuencia ambiental, iniciar un plan de acción y compartir información, reconocer y abordar los delitos ambientales como una amenaza grave para la paz y el desarrollo sostenible, y fortalecer el Estado de derecho ambiental en todos los niveles.

En el ámbito internacional, como señalamos en noviembre pasado, se ha desarrollado el concepto de **ecocidio**¹¹ y se habla también de ecocidio como un acto intencional cometido en el marco de una acción generalizada o sistemática que atenta contra la seguridad del planeta.

Como una prolongación de los crímenes contra la humanidad, el crimen de ecocidio sería aplicable tanto en tiempos de conflictos armados como en tiempos de paz, y limitado a actos

¹¹ Ver los trabajos de Valérie Cabanes, Laurent Neyret (Francia) y la propuesta de Polly Higgins (UK) y otros autores de la Universidad de Londres. "Ecocide is the Missing 5th Crime Against Peace". <https://research.sas.ac.uk/search/research-project/60/ecocide-project/l-project-summary>.

intencionales. Existen grupos de trabajo que llaman a adaptar tanto el derecho penal internacional como las legislaciones penales nacionales. El ecocidio sería un quinto “crimen contra la paz”, que se sumaría a los cuatro crímenes centrales establecidos en el Estatuto de Roma en 1998: los crímenes de lesa humanidad, el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de agresión. También se promueve la introducción del ecocidio en las legislaciones domésticas, y se ha tipificado como delito en más de 10 países¹², siendo Vietnam un caso pionero al introducir en 1990 el ecocidio en su Código Penal definiéndolo como “un crimen contra la humanidad cometido por la destrucción del ambiente natural, en tiempos de paz como en tiempos de guerra”, luego del uso por el Ejército Estadounidense del agente naranja que produjo un desastre ecológico y sanitario de la mayor gravedad¹³.

El 19 de marzo pasado un conjunto de Senadores en Francia presentó precisamente un proyecto de ley sobre ecocidio¹⁴, que parte de la concepción de que el destino y la existencia misma de la humanidad son indisociables del medio natural en que ésta se desenvuelve¹⁵. El proyecto castiga el ecocidio como la “ejecución de una acción concertada tendiente a la destrucción o degradación total o parcial de un ecosistema, en tiempos de paz o de guerra, de atentar de manera grave y duradera al medio ambiente y a las condiciones de existencia

¹² Más información sobre legislaciones domésticas que han tipificado el ecocidio en <http://eradicatingecocide.com/the-law/existing-ecocide-laws/> Ejemplos: Código Penal de la República de Armenia 2003, artículo 394: Ecocidio se define como “la destrucción masiva de flora o fauna, envenenando el medio ambiente, los suelos o los recursos hídricos, así como la aplicación de otras acciones que causan una catástrofe ecológica, que se castiga con prisión por un periodo de 10 a 15 años”.

¹³ Referido en la exposición de motivos del proyecto de ley del Senado Francés (véase la siguiente nota).

¹⁴ Senado Francés, Session ordinaire de 2018-2019, Enregistré à la Présidence du Sénat le 19 mars 2019, PROPOSITION DE LOI portant reconnaissance du crime d'écocide. Texto disponible en <http://www.senat.fr/leg/pp18-384.html>, consultado por última vez el 7 de abril de 2019. Agradecemos a la asistente de investigación del Centro de Derecho Ambiental, Guadalupe Jiménez, quien aportó la referencia a este proyecto de ley.

¹⁵ Tipo penal: Art. 230-1. – *Constitue un écocide le fait, en exécution d'une action concertée tendant à la destruction ou dégradation totale ou partielle d'un écosystème, en temps de paix comme en temps de guerre, de porter atteinte de façon grave et durable à l'environnement et aux conditions d'existence d'une population.*
« *L'écocide est puni de vingt ans de réclusion criminelle et de 7 500 000 € d'amende.*
« Art. 230-2. – *La provocation publique et directe, par tous moyens, à commettre un écocide est punie de vingt ans de réclusion criminelle et de 7 500 000 € d'amende si cette provocation a été suivie d'effet.*
« *Si la provocation n'a pas été suivie d'effet, les faits sont punis de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 € d'amende.*
« Art. 230-3. – *La participation à un groupement formé ou à une entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, de l'un des crimes définis aux articles 230-1 et 230-2 est punie de vingt ans de réclusion criminelle et de 7 500 000 € d'amende.*

de una población” (la traducción es nuestra), delito penado con 20 años de reclusión y 7,5 millones de euros de multa, sancionando también, con igual pena, la incitación pública y directa, por cualquier medio, a cometer un ecocidio. El proyecto agrega otras penas tanto para personas naturales (diversas interdicciones) como para las personas jurídicas.

Estimamos que en el actual contexto de urgencia climática que se cierne sobre nosotros, y en tiempos en que comienzan a surgir importantes sentencias que reconocen derechos a la naturaleza, se hace razonable considerar por este Parlamento, un delito de ecocidio, como un crimen no solo en contra de los humanos sino del planeta y sus habitantes vivos.