**MINUTA - SOBRE DELITOS AMBIENTALES Y DAÑO AMBIENTAL. BOLETÍN N° 12.398-12**

*18.02.2019*

1. **CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY**

Con fecha 21 de enero de 2019 el Presidente de la República envió el mensaje N° 339-366 con el que inicia un proyecto de ley sobre delitos ambientales y que promueve un sistema de prevención de daños al medio ambiente.

El proyecto de ley opta por establecer como tipo base en su artículo 2° una regla general que sanciona conductas graves que afectan al medio ambiente, correspondientes a la pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo al medio ambiente o a alguno de sus componentes. Asimismo, el artículo 3° contempla un tipo calificado por afectación grave de zonas especialmente protegidas. Ambos tipos penales son también imputables a título de imprudencia en el proyecto. Cabe señalar que el artículo 4° entrega criterios para determinar cuando la afectación es grave en los términos exigidos por los tipos penales.

Junto con los delitos ambientales ya mencionados, el proyecto opta por tipificar dos conductas vinculadas al éxito de la Superintendencia de Medio Ambiente en la fiscalización y eventual sanción. Así, el artículo 6º del proyecto sanciona la entrega de información falsa en relación con obligaciones emanadas de la normativa medio ambiental. Por su parte, el artículo 7º sanciona la obstrucción injustificada a la fiscalización de la Superintendencia.

Una decisión político-criminal particularmente relevante del proyecto es la de entregar a la Superintendencia del Medio Ambiente el monopolio de la acción penal respecto de los delitos ambientales que contempla el proyecto de ley, además de la exigencia de una condición de procesabilidad, consistente en que el Tribunal Ambiental deba determinar la existencia de un daño ambiental mediante sentencia de término ejecutoriada. Según el proyecto, ello permitiría que los órganos especializados decidan cuándo es necesaria la intervención penal en la materia, haciendo la persecución de los delitos más eficiente y oportuna. Respecto de los tipos de los artículos 2 y 3, la SMA deberá formularse querella y respecto de los tipos de los artículos 6 y 7 podrá ejercer denuncia o querella.

El proyecto también otorga la posibilidad de que la Superintendencia del Medio Ambiente solicite la entrega de una autorización al Ministro de Corte de Apelaciones para la realización de un catálogo de medidas intrusivas. La entrega de la autorización está sujeta a requisitos particularmente exigentes y los afectados por la autorización podrán reclamar ante el Ministro de Corte de Apelaciones que expidió la orden.

Finalmente, el proyecto busca modificar el artículo 1° de la Ley 20.393 sobre Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, incorporando al catálogo de delitos base los delitos contenidos en los artículos 2º, 3º y 6º del proyecto de ley. Ello, con el objetivo de establecer un modelo de prevención de delitos o *compliance*, de manera de evitar que las empresas incurran en daños al medio ambiente.

1. **PROBLEMAS**
2. **Penas y multas no desincentivan la conducta. Ley a medida de las empresas**

Al insertar estos delitos en aquellos contemplados en el artículo 1° de la Ley 20.393 sobre Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, incorporando al catálogo de delitos base los delitos contenidos en los artículos 2, 3 y 6 del proyecto de ley, se reconoce que el caso tópico que la ley considera (y para el cual se dicta) es aquel en que una empresa quebranta la normativa penal ambiental. Existe el problema de que respecto de las empresas que suscriban un modelo de *compliance* no se hará efectiva la responsabilidad penal respecto de ellas sino respecto de aquel en quien se sitúe el incumplimiento final del deber de cuidado. La ley contempla penas de presidio efectivo, precisamente, porque las empresas (personas jurídicas de derecho privado) no pueden ser objeto de este tipo de sanciones penales.

Las multas que contempla el proyecto de ley, sanciones que sí pueden ser impuestas a las personas jurídicas de derecho privado, son abiertamente bajas. El tipo penal que amenaza la mayor pena de toda la ley contempla un baremo superior de multa de aproximadamente 33 millones de pesos. El monto es bajo y puede ser internalizado por la estructura de costos de una empresa de mayor tamaño, como una minera, por lo que en concreto no existe una adecuada distribución de los incentivos penales a fin de disuadir la comisión de la conducta típica.

1. **Requisitos para el ejercicio de la acción penal respecto de los tipos de los artículos 2 y 3 del proyecto de ley**

El proyecto establece como requisito para ejercer la acción penal ambiental, que el tribunal ambiental haya establecido el daño por sentencia ejecutoriada y las medidas de reparación del medio ambiente dañado. Conforme al mensaje eso permitiría que un tribunal especializado sea el que determine previamente si el menoscabo cumple o no con los criterios de significancia establecidos en la ley y ordene la ejecución de medidas de reparación del medio ambiente dañado.

Se entrega a la SMA la facultad exclusiva de iniciar la acción penal una vez que se haya determinado la existencia del daño ambiental por los tribunales especializados. Esto puede significar un prejuzgamiento respecto de ciertos elementos del tipo objetivo que deben ser materia de prueba en el proceso penal, lo cual supone vulnerar la normativa probatoria en términos de infracción al principio de inmediación. El juez no puede adquirir convicción extraprocesal de los hechos, ello supondría una vulneración de garantías de los imputados.

1. **Superintendencia del Medio Ambiente como único legitimado para el ejercicio de la acción penal es políticamente sesgado e inconstitucional**

La investigación de los delitos señalados en los artículos 2 y 3 sólo se podrán iniciar por querella formulada por el Superintendente del Medio Ambiente, sin que sea admisible denuncia o querella de terceros. El proyecto de ley indica que el Superintendente deberá interponer la querella una vez que la existencia del daño ambiental significativo haya sido establecida por sentencia definitiva firme del Tribunal Ambiental correspondiente. No obstante el inciso segundo indica que el mismo deberá emitir una resolución fundada en caso de que decidiera no interponer la querella. Hay un problema de técnica legislativa, pues es imposible que deba interponer la querella y luego se le dé la facultad de no interponerla.

En efecto, a través de esta decisión de política-criminal se excluye a la sociedad civil en su conjunto de la posibilidad de iniciar el proceso penal mediante el ejercicio de la acción penal, sea por querella o denuncia. Además se excluye al Ministerio Público, toda vez que los distintos tipos exigen una determinada actuación (querella o denuncia) de la Superintendencia de Medio Ambiente para iniciar el proceso penal. Esto es abiertamente inconstitucional según el artículo 83 de la Constitución, como se verá más adelante.

1. **La naturaleza jurídica de la SMA debiera excluir el monopolio de la acción penal, además es contrario a la Constitución**

Más grave es la naturaleza jurídica de la SMA y en particular la estructura de su organización. La Ley N° 20.417 en su artículo 1 establece: “Créase la Superintendencia del Medio Ambiente, como un servicio público funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio del Medio Ambiente”. El artículo 4 prescribe “El Superintendente de Medio Ambiente, quien será el Jefe de Servicio, será nombrado por el Presidente de la República de conformidad a lo establecido en la ley Nº 19.882”.

Lo anterior presenta el problema de una posible utilización política del procedimiento penal en materia ambiental y un prejuzgamiento respecto de aquellas acciones que vale la pena llevar adelante, en tanto en cuanto la Superintendencia se encuentra sometida a la supervigilancia del Presidente de la República y no goza de autonomía constitucional como el Ministerio Público, concedida por nuestro ordenamiento jurídico para evitar la utilización política de la persecución penal.

1. **Superintendencia del Medio Ambiente como único legitimado para el ejercicio de la acción penal es contrario a la Constitución**

El artículo 83 de la Constitución Política de la República establece en su inciso segundo: “El ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal”. De modo que la decisión de radicar la acción penal ambiental de manera exclusiva en la Superintendencia de Medio Ambiente es abiertamente inconstitucional.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha indicado: El hecho de que la persecución penal provenga de los órganos del Estado, explica que la víctima no pueda ocupar el mismo lugar ni el mismo rol que ocupa el Ministerio Público en el sistema. A pesar de ello, el Código Procesal Penal diseña una especie de equivalencia entre el Ministerio Público y la víctima. En ese sentido, podemos apreciar que mientras el Ministerio puede archivar provisionalmente, no iniciar investigación, cerrar la investigación o formalizar, la víctima puede querellarse en cualquier momento, desistirse y abandonar la querella. De este modo, a pesar de que no son equivalentes con las facultades del MP, se establecen facultades equiparables para que la víctima pueda hacer valer sus intereses en el proceso. Pero unas son potestades públicas, es decir, poderes jurídicos para imponer conductas, y las otras, derecho. (STC 2680, c. 25)

En consecuencia, las normas sobre legitimación para ejercicio de la acción penal, en este caso, vienen dadas por la Constitución y en ellas debe incluirse a quienes se ha considerado legitimados activos para reclamar del daño en sede civil. En efecto, la correcta solución constitucional a este problema es una remisión al artículo 54 de la Ley N° 19.300 que establece quiénes pueden ejercer la acción de reparación del daño ambiental del artículo 53 de la misma ley.[[1]](#footnote-0)

1. **Facultad de la SMA de ejercer medidas intrusivas es dudosa en términos de respeto a garantías de los imputados. Ministerio Público detenta exclusividad constitucional en la dirección de la investigación penal**

El artículo 9 de la ley puede presentar problemas en términos de política criminal en lo que dice relación con la admisibilidad de la prueba que se ha obtenido con ocasión de la autorización de medidas intrusivas por parte de la Corte de Apelaciones respectiva.

Dicho artículo concede a la SMA facultades que anticipan actuaciones de investigación de delitos. Si bien contempla normas sobre los requisitos que se deben cumplir para su otorgamiento, el uso de prueba que se ha obtenido con ocasión de un procedimiento administrativo sancionatorio debiera ser, en principio, excluido del proceso penal en tanto en cuanto el Ministerio Público detenta la exclusividad de la dirección de la investigación penal (“dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito”, art. 83 CPR).

Esta exclusividad con que el MP dirige la investigación penal no impide el control de sus actuaciones, sino que, por el contrario, requiere de mecanismos legales que aseguren que la actividad persecutoria se someta a aquella exigencia. Más aún, la consagración de la aludida exclusividad de la investigación penal tuvo por objeto facilitar el control judicial y de otros organismos respecto de las actuaciones del Ministerio Público. (STC 1394, cc. 17 y 18)

1. **INFORME DEL PLENO DE LA CS**

Indica que la consagración de mayores atribuciones a la SMA parece una decisión política razonable, sin embargo, la manera en que el proyecto establece esta política podría ser criticable y hasta producir resultados de objetable constitucionalidad. Lo anterior respecto de los puntos indicados como críticos en esta minuta, a saber, a) los requisitos procesales que establece la ley para dar lugar a la investigación de delitos ambientales y b) el rol que entrega la legislación propuesta a la SMA en las investigaciones penales por los delitos de los artículos 2 y 3 del proyecto de ley.

En orden a analizar la letra a), el pleno de la CS compara este proyecto con el reformado artículo 64 de del DL 211. En este sentido, la CS indica “salvo que exista una poderosa razón en contra, los delitos de acción penal pública deben investigarse y perseguirse y esta actividad debe ser desempeñada de manera exclusiva por el organismo Constitucional creado a tal efecto, a saber, el MInisterio Público” (art. 83 de la CPR).

La CS da curso a un análisis para determinar si existe un razón poderosa. Para ello considera la naturaleza del delito; el grado de discrecionalidad y control que se entrega a la SMA en la materia y las condiciones y fines procesales que guían los procedimientos de fiscalización medioambiental, además de la existencia de la delación compensada en materia de libre competencia.

Sobre las facultades investigativas de la SMA, la CS indica que el conocimiento de medidas intrusivas en sede penal debiera quedar sometido a las reglas generales, esto supone que debiera radicarse en los Juzgados de Garantía y no en un Ministro de la Corte de Apelaciones.

1. Distinciones más profundas han sido propuestas en el derecho español donde se ha propuesto distinguir entre ofendido, perjudicado y víctima, siendo esta última necesariamente legitimada activa respecto de la acción penal. *Ver:* Luis de García, Elena. *El derecho al medio ambiente: de su tutela penal a la respuesta procesal*. p. 165 y ss. [↑](#footnote-ref-0)