

UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

**MEMORIA DE PRUEBA PARA OPTAR AL GRADO DE
LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES**

**“EL DELITO AMBIENTAL EN LA LEGISLACIÓN CHILENA,
¿UNA NECESIDAD?”**

MEMORISTA: Héctor Genaro Manríquez Barrientos

PROFESOR PATROCINANTE: Vladimir Riesco Bahamondes

Valdivia, Abril de 2005

Informe Memoria de Prueba

Señor:
Dr. Andrés Bordalí Salamanca.
Director Instituto Derecho Publico
Presente.

De mi consideración:

Por la presente y de conformidad a la reglamentación para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, informo la memoria de prueba titulada "El Delito Ambiental en la Legislación Chilena, ¿Una Necesidad?", de don Hector Genaro Manriquez Barrientos.

La memoria objeto de esta evaluación trata sobre un tema cuya regulación legislativa se ha transformado en una imperiosa necesidad en el marco de la modernización de nuestro ordenamiento jurídico y en particular de nuestro derecho ambiental y penal, como es la consagración de un delito ambiental.

En efecto, desde hace años que con el desarrollo de una acelerada conciencia y preocupación ambiental, así como a partir de la gravedad de los efectos que muchas transgresiones a la legislación ambiental generan para la comunidad nacional e internacional, ha crecido la opinión que muchas de tales transgresiones solo son compatibles con una sanción penal.

El tema en estudio se divide en una introducción y siete capítulos, donde el capítulo primero se realiza una serie de consideraciones generales que incluyen conceptos, bien jurídico protegido, así como el rol y consideraciones criminológicas del derecho penal ambiental, en el capítulo segundo se trata la relación entre la problemática medio ambiental y la noción de desarrollo sustentable, así como el deber del estado de proteger el medio ambiente, por su parte en el capítulo tercero se precisan los principios en que se sustenta la regulación penal medio ambiental, en el capítulo cuarto se realiza un completo diagnóstico de la legislación ambiental chilena y de sus aspectos medio ambientales, realizando un breve diagnóstico de la legislación comparada, en el capítulo quinto se vislumbra la forma de la futura normativa penal ambiental en Chile, se analiza el proyecto actualmente en trámite y se le compara con la

legislación española, por otro lado en el capítulo sexto se hace referencia a las leyes penales en blanco en relación con el tipo medio ambiental y en el capítulo séptimo se esbozan algunas conclusiones

Por lo expuesto, la memoria evaluada por este informe, constituye una labor investigativa, acorde con su carácter de requisito habilitante para obtener la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, además aporta al debate relacionado con el desarrollo de un derecho penal medio ambiental en nuestro país.

Por las consideraciones expuestas, soy de la opinión de calificar esta memoria con nota seis coma siete (6,7).

Sin otro particular, le saluda.



Vladimir Riesco Bahamondes
Profesor de Derecho Ambiental
Instituto de Derecho Público
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Austral de Chile.

A Pao, mi compañera.

Y, a Silvia, mi madre querida.

Sin las cuales nada hubiera sido posible.

“Sabemos que el hombre blanco no comprende nuestra manera de ser. Trata a su madre, la tierra, y a su hermano, el cielo, como si fueran cosas que se pueden comprar, saquear y vender, como si fueran corderos y cuentas de vidrio. Su insaciable apetito devorara la tierra y dejara tras de si solo un desierto”

Fragmento de la carta del Jefe Seattle.

INDICE

INTRODUCCIÓN

La cuestión general a analizar.	7
--	----------

CAPITULO PRIMERO

Consideraciones Generales.	14
1.- Precisiones terminológicas.	14
2.- Bien jurídico protegido.	17
3.- Derecho penal ambiental: rol y consideraciones criminológicas.	19

CAPITULO SEGUNDO

El desarrollo sustentable, su directa relación con la cuestión ambiental y algunas consideraciones de orden constitucional respecto a dicho concepto	
1.- El desarrollo sustentable.	23
2.- El deber del estado y de las personas de proteger el medio ambiente.	27
3.- Las restricciones al ejercicio de los derechos fundamentales con la finalidad de proteger el medio ambiente	30
4.- El derecho de todas las personas a un medio ambiente adecuado y los mecanismos jurídicos para hacer efectivo el derecho a un medio ambiente adecuado.	31

CAPITULO TERCERO

Breve mirada desde el punto de vista constitucional y los principios rectores

1.- Constitucionalización de la problemática ambiental	34
2.- Principios constitucionales de la intervención penal en materia ambiental	35
2. a. Principio de merecimiento de protección penal	36
2. b. Principio de conjunción de aspectos colectivos e individuales	38
2. c. Principio de responsabilidades compartidas.	39
2. d. Principio de la necesidad de protección penal.	40
2. e. Principio de la accesoriad administrativa	45
3.- Principio preventivo	45

CAPITULO CUARTO

Legislación ambiental actual: civil, penal y administrativa chilena y la legislación penal comparada con incidencia en la protección del medio ambiente

1.- Legislación nacional civil, penal y administrativa.	50
1. a Antecedentes constitucionales y legales.	50
1. a. 1 Antecedentes constitucionales.	50
1. a. 2. Antecedentes legales	51
1. b Situación actual de la legislación nacional	52
1. b. 1. Normas relativas a la protección del suelo.	55
1. b. 1. 1. dentro del Código Penal.	57
1. b. 1. 2. dentro del DL. Número 3.557 sobre protección agrícola. . .	57

1. b. 1. 3 dentro de la Convención contra la desertificación y la sequía	58
1. b. 1. 4 dentro de la Ley número 17.288 sobre Monumentos Nacionales.....	59
1. b. 2. Normas relativas a la protección del aire.	60
2. b. 2. 1 dentro del Código Penal.	60
2. b. 2. 2 dentro del Código Civil.	60
2. b. 2. 3 dentro del Código de Aguas.	61
2. b. 2. 4 dentro de la Ley 3.133.	61
1. b. 3. Normas relativas a la protección de las aguas.	61
1. b. 3. 1. dentro del Código Penal.	61
1. b. 3. 2. dentro del Código Sanitario.	65
1. b. 3. 3 dentro del Código de Aguas.	66
1. b. 3. 4 regulación de la Ley número 3.133, sobre Neutralización de residuos provenientes de establecimientos industriales.	66
1. b. 3. 5 dentro del DL. 2.222 de 1978, Ley de Navegación.	68
1. b. 3. 6 dentro del Decreto Supremo número 609, sobre Emisión de residuos industriales líquidos.	69
b. 4. Normas relativas a la protección de la biodiversidad	70
1. b. 4. 1 dentro del Código Penal.	71
1. b. 4. 2 dentro de la Ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente.	73
b. 5. Leyes especiales:	74
1. b. 5. 1. Ley de General de Pesca.	74
1. b. 5. 2. Ley de Bosques.	77
1. b. 5. 3 Ley de Caza.	80

1. b. Insuficiencia83
- Insuficiencia de las disposiciones penales relativas al medio ambiente, actualmente vigentes para cumplir con las obligaciones internacionales contraídas en la materia.84
- Insuficiencia de las disposiciones penales relativas al medio ambiente, para la prevención de fenómenos de grave contaminación ambiental85
- Insuficiencia de los instrumentos jurídicos actualmente disponibles para la sanción de quienes burlan el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.	86
2.- Legislación comparada.87
2. a. España87
2. b. Alemania90
2. c. Argentina	93
2. d. Brasil.	96
2. e. Perú.	98

CAPITULO QUINTO

EL TIPO PENAL

1.- Análisis del proyecto actualmente en trámite102
- Criticas al proyecto.	105
2.- Análisis de la legislación española.	110
a) Características generales de la legislación ambiental española	110
b) Análisis del tipo básico del artículo 325 del Código Penal Español.	113
c) Tipos agravados	121
d) Las sanciones de los delitos ecológicos en el derecho español y la diferenciación y compatibilidad entre sanciones administrativas y sanciones penales.	123
e) La prueba en los delitos ecológicos.	125

CAPITULO SEXTO

Normas Penales en Blanco.....	128
--------------------------------------	------------

CAPITULO SEPTIMO

Conclusiones.....	134
--------------------------	------------

Bibliografía.....	138
--------------------------	------------

INTRODUCCIÓN

La cuestión general a analizar

“Durante muchos siglos se pensó que el hombre debía dominar las fuerzas de la naturaleza y ponerlas a su servicio. Se creía, en alguna medida, que los recursos naturales eran inagotables y que la industrialización era *per se* un objetivo deseable, sin que se evaluara cuál podría ser el impacto de la actividad económica en el medio ambiente”¹.

Como lógica consecuencia, de tan errada creencia, “el proceso de deterioro de nuestro medio ambiente constituye una realidad alarmante, que no muestra señales de detenerse o, al menos, de ir en un retroceso continuo que permita anticipar un futuro en el que fuere una realidad la garantía contemplada en el artículo 19 número 8 de nuestra Constitución Política del Estado, esto es, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”².

Es así como la ciencia moderna nos muestra y demuestra la acelerada destrucción de la diversidad natural y, cada vez, vemos con más frecuencia como nuestra flora y fauna nativas y demás componentes de nuestro medio ambiente son contaminados y depredados sin clemencia y es mas existen “importantes proyectos de inversión cuyas actividades productivas descansan precisamente en tal depredación, sin tener en cuenta para nada el concepto de desarrollo sustentable”³. Lamentablemente estos fenómenos no son de ninguna manera aislados y, muy por el contrario, la destrucción de los ecosistemas se presentan con gran crudeza en todo tipo de economías y de sociedades.

¹ José Manuel Bórquez Yunge Introducción al derecho ambiental chileno y comparado, página 5

² www.bcn.cl

³ Ibid

“Pero lo mas acuciante de todo este panorama es que los efectos nocivos de los procesos contaminantes y de utilización irracional no se detienen en la destrucción de la naturaleza, puesto que mas tarde o mas temprano se derivan riesgos ciertos y directos para la vida y para la salud humanas”⁴ A lo cual debemos, por cierto agregar, la desaparición de innumerables especies animales, las cuales terminan por extinguirse al ver destruido su hábitat.

En el seno de los países desarrollados o mas bien industrializados, esto es Europa y Estados Unidos, el llamado “tema ambiental” en un primer momento solo se circunscribió al ámbito de ciertas elites intelectuales, políticas y científicas; pero luego, vemos como “...la generalización del debate impulsado por aquéllas elites, contribuyó inmensamente a este proceso” de concientización ecológica.⁵

Es mas, a juicio de la doctrina “si de algún tema puede decirse en la actualidad que está de moda y que sobre él existe un clima de opinión en todos los países industrializados es del medio ambiente y de la protección ambiental”⁶

Los países menos desarrollados solo se incorporaron con posterioridad a dicho debate.

Así es como el interés por la conservación del medio ambiente es una novedad del siglo recién pasado y por ello de data más bien reciente y, ello no solo en el ámbito científico o mas bien técnico del tema ambiental sino que, y sobre todo, en el mundo del derecho.

Pero, en cuanto al origen del proceso de deterioro al cual asistimos, este “habría que buscarlo hacia mediados del siglo XVIII, en el contexto de la denominada Revolución Industrial, que tuvo su origen en Inglaterra, principalmente”.⁷

⁴ Julio Cesar Rodas Monsalve, Protección Penal del medio ambiente, página 5

⁵ Mauricio Libster, Delitos Ecológicos, página 5

⁶ María Angeles Parra Lucan, La protección penal del medio ambiente, página 11

⁷ Mauricio Libster, Delitos Ecológicos, página 9

Por tanto, desde el punto de vista histórico, vemos como con la invención de la maquina de vapor, surgen dos procesos muy distintos, pero de un paralelismo indiscutible. El primero fue la revolución en los procesos de producción industrial y “el segundo fue un proceso sordo, inadvertido por la mayoría hasta hace unas pocas décadas, y se sustenta en la instalación de una circunstancia inédita hasta entonces: el consumo masivo de los recursos naturales”.⁸ El crecimiento de este segundo problema se dio a través de canales mas bien subterráneos a la conciencia de la sociedad, ya que no se advirtieron ni sus efectos ni sus síntomas delatores sino hasta muy avanzado el siglo XX. Es en virtud de este silencio y de esta pasividad que llegamos al punto en el cual nos encontramos actualmente, un punto culminante en el proceso de deterioro del planeta y de nuestro entorno.

Teniendo presente dichos antecedentes históricos, podemos decir que son dos los factores que han caracterizado la irrupción de la problemática ambiental en el discurso de la sociedad presente:

- a) por un parte, el deterioro objetivo, creciente e innegable del medio ambiente, y su directa incidencia en el aumento de los riesgos y la disminución de la calidad de vida de los ciudadanos, y
- b) por otro lado, el aumento de la conciencia ciudadana en torno a los procesos degradadores y los factores o causas que la originan.

Es así como, a juicio de Rodas Monsalve “la concurrencia de ambos factores ha permitido la configuración de un discurso crítico frente al sistema productivo, y el modelo de vida y consumo que en torno a él se erige”.⁹

En tal sentido es de destacar que uno de los fundamentos del modelo económico imperante, gran responsable de la realidad presente, lo constituye lo que se ha dado en llamar su determinismo mecanicista, concepción que se sustenta en la

⁸ Mauricio Libster, Delitos Ecológicos, página 10

⁹ Julio Cesar Rodas Monsalve, La protección penal del medio ambiente, página 6

errada creencia, en nuestro concepto, de la capacidad de crecimiento sostenido y lineal del sistema. Así, no es de extrañar que el desarrollo sea concebido como un proceso indefinido; en el cual, por cierto, el medio natural debe proporcionar de manera indefinida e ilimitada los recursos para su expansión. Y es justamente esta visión de imprudente optimismo, la que a juicio de Rodas Monsalve, “ha justificado el desprecio a las naturales limitaciones impuestas por el medio”.¹⁰

Como se aprecia, la sociedad presente se ve enfrentada a la búsqueda urgente de un desarrollo equilibrado o sustentable, que preserve o cuando menos proteja el medio natural y permita a las generaciones actuales y futuras una digna calidad de vida y, es aquí donde entra en juego el derecho como mecanismo de resolución de dicho conflicto, dado que la triste experiencia ha demostrado que los eventuales mecanismos extrajurídicos de control no son suficientes, adecuados ni eficientes.

Es así como, a cada vez mayor conciencia que los países han adquirido sobre el problema medio ambiental, los ha llevado a ir adoptando progresivamente medidas que tiendan a la protección del medio ambiente, entre estas medidas o herramientas se cuenta sin duda el Derecho Penal.

Ahora bien, “la necesidad de recurrir a normas penales protectoras de éste se debe a que la experiencia está cada día probando que la legislación civil y administrativa por sí sola ha demostrado ser muy ineficaz en su fuerza preventiva y protectora del medio ambiente. La denominada “delincuencia ambiental” por las Naciones Unidas ha sabido sobrepasar sin problemas los obstáculos que tales leyes han impulsado”¹¹

Y he aquí que este trabajo tiene como objetivo analizar si las medidas sancionatorias, tanto de naturaleza administrativa como de carácter civil, han tenido

¹⁰ Julio Cesar Rodas Monsalve, La protección penal del medio ambiente, página 6

¹¹ www.bcn.cl

el efecto suficiente y esperado de proteger el medio ambiente o por el contrario se hace necesario -dada la realidad del derecho comparado- la pronta dictación de mecanismos directos de protección ambiental en sede netamente penal; entiéndase, se intenta determinar si es o no necesario, dado el modelo de desarrollo imperante, el establecimiento de un “delito ambiental” en la legislación chilena.

A tal respecto, resulta necesario recordar que, si bien es cierto, como destaca de manera reiterada la doctrina constitucional nacional, ha habido un avance que ha implicado el establecimiento de la garantía constitucional ya reseñada anteriormente, la experiencia lamentablemente nos demuestra que dicha garantía “nada significa, si en los hechos tal garantía es negada permanentemente, porque su aplicación ha quedado reducida a una mera *declaración de buenas intenciones*”¹²

Y es más, las concepciones más actuales en torno a los derechos humanos concluyen que la plena realización de tales derechos solo es posible, en cuanto se proteja y respete el medio ambiente, dado que la vigencia de estos (los derechos humanos) solo será posible en un medio ambiente seguro, saludable y sano psicológicamente.

Dadas las consideraciones ya expuestas, es que el mensaje del llamado proyecto Bustos nos recuerda que “como puede verse, el derecho a un medio ambiente sano, saludable se cimienta sobre el principio de la solidaridad entre las actuales y futuras generaciones, así como sobre la solidaridad entre los medios de las actuales. Esta doble dimensión es uno de los rasgos más sobresalientes de toda la normativa que tiene por finalidad la protección del medio ambiente”¹³

Como ya se expresó, cada vez con mayor fuerza las distintas sociedades toman conciencia sobre el grave deterioro de nuestro planeta y toman, asimismo, conciencia de la necesidad inevitable de adoptar medidas más drásticas y eficaces

¹² www.bcn.cl

¹³ Ibid.

para proteger el medio ambiente; mecanismos entre los cuales, sin duda, se cuenta el derecho penal.

Preciso es considerar además que en nuestra Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente aun se conserva el modelo de responsabilidad subjetiva en lo que al daño ambiental respecta; modelo que como algunos autores sostienen -postura que compartimos- y como ya lo han consagrado las legislaciones comparadas, resulta ineficaz o a lo menos ineficiente y, por lo mismo, el modelo de responsabilidad debiera ser objetivo y por tanto debiera atenderse al resultado material del daño causado, mas que al dolo o culpa del actuar del agente.

Pero no solo se ha abordado el tema en nuestro derecho a través de la reseñada ley, sino que también a través de la dictación de una abundante legislación que ciertamente ha carecido de la organicidad, fundamentación técnica y de los mecanismos efectivos de control que hagan posible su cumplimiento y el logro de los fines para los cuales se la dictó.

Asimismo, junto a la legislación netamente civil y más bien reparatoria que ya señalamos, basada en el modelo subjetivo de responsabilidad; se ha dictado toda una serie de normas que han conformado una especie estructura orgánica institucional que en nuestro concepto no es suficiente dada la actual realidad y dado que sus sanciones se limitan al mero ámbito administrativo a través de sanciones que claramente resultan insuficientes y generalmente desproporcionadas, por no decir irrisorias, para el daño efectivamente causado, la mayoría de las veces por las grandes empresas.

Es en virtud de lo expuesto precedentemente que estimamos que existe un vacío en nuestra legislación, pues además de las sanciones administrativas y civiles ya señaladas, no se tipifica el delito ambiental o ecológico como si lo hacen la mayoría de las legislaciones modernas a través de la dictación por parte del

legislador de un tipo penal genérico protector del medio ambiente.

Pero en todo caso, compartiendo la opinión de la doctrina, creo que sería altamente inconveniente y perjudicial para el país que en la legislación ambiental prevalezcan los criterios políticos por sobre los técnicos.

En el Chile de hoy, no solo es posible compatibilizar el progreso económico con la defensa y protección del medio ambiente, sino que es urgente que ello se efectúe.

CAPITULO PRIMERO

Consideraciones Generales

1.- Precisiones terminológicas

Dicho lo anterior, y aclarado el fin perseguido, diremos que uno de los mayores problemas con que nos enfrentamos al abordar las materias ambientales, desde el punto de vista jurídico, es el de la ambigüedad conceptual que parece cruzar todo dicho campo de estudio. Así por ejemplo, como señala Libster, citando a Eugene P. Odum, la palabra ecología es empleada con frecuencia, erróneamente, como sinónimo de medio ambiente.¹⁴

Tratando de precisar conceptualmente nuestro objeto de estudio diremos que etimológicamente, ecología, proviene del griego y se compone de la raíz “oikos”, que significa casa o lugar donde se habita, y “logos”, que significa ciencia, tratado o estudio.¹⁵

La casa de la especie humana es el planeta Tierra. Visto así, la ecología estudia todos los elementos que componen el planeta, incluido el hombre, y la relación que se produce entre estos seres vivos, llámense hombres, plantas, animales, microorganismos y su ambiente. Así es como la ecología en definitiva se refiere a lo que conocemos como la naturaleza “...de la cual la humanidad es parte”.¹⁶

Así concebido, desde el punto de vista de la ecología, el hombre es también una res natural. Sin embargo, en el concepto de ambiente como señala Libster el

¹⁴ Mauricio Libster, Delitos ecológicos, página 1

¹⁵ Ibid

¹⁶ Id. página 2

hombre se perfila en su naturaleza de ser social y es su intervención modificadora de los componentes físicos naturales que lo circunda, el punto de partida de los problemas del ambiente, cuando estas modificaciones alteran, de algún modo el equilibrio de los ecosistemas o atentan contra su restablecimiento.

Es por lo anteriormente dicho que el medio ambiente debe ser concebido de manera mas amplia y abarcar todo aquello que rodea al hombre y que puede influir en el y en cual este también puede influir.

Sin embargo de lo anterior, como ya se expresó, las concepciones a este respecto nos son univocas, pues existe disparidad de criterios en la doctrina respecto a lo que debemos entender por medio ambiente.

La concepción tradicional, más restringida, a la que adscribe Martín Mateo R., equipara al medio ambiente a lo ecológico, y en tal sentido este estaría integrado solo por componentes naturales.

Sin embargo, en palabras de Libster, las concepciones más modernas afirman que este, el medio ambiente, puede ser dividido en tres sectores:

- a) el ambiente natural, esto es el aire, el agua, el suelo, la flora y fauna
- b) el ambiente construido por el hombre, o sea edificios, fabricas, caminos, etc.,
y
- c) el ambiente social, compuesto este por los sistemas sociales, culturales, económicos y políticos.

Así, la posición contraria la integran aquellos que pretenden incluir aún a aquello que hemos denominado ambiente social dentro del concepto, lo que por cierto, nos conduciría a concebir todo el derecho como derecho ambiental.

Entre estas posiciones, se sitúa una concepción intermedia que es aquella que pretende tutelar jurídicamente al medio ambiente, como por ejemplo la doctrina alemana que en palabras de Albin Eser, citado por Libster, señala que el medio

ambiente es “el compuesto por los elementos biológicos que constituyen el entorno natural dentro del cual se desenvuelve la vida del hombre”.¹⁷

Considerando lo señalado podemos afirmar que las concepciones dominantes del medio ambiente lo sitúan en relación con el hombre o con la vida.

Por otro lado, nuestra Ley de Bases Generales del Medio Ambiente número 19.300 optó por dar un concepto amplio de medio ambiente y así en su artículo 2º letra II) señaló que este es: “El sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones”.

Asimismo, en el año 1985, nuestra Corte Suprema de Justicia conociendo de un recurso de protección señaló que medio ambiente es “todo lo que naturalmente nos rodea y que permite el desarrollo de la vida y tanto se refiere a la atmósfera, como a la tierra y sus aguas, a la flora y fauna, todo lo cual conforma la naturaleza, con sus sistemas ecológicos de equilibrio entre los organismos y el medio en que viven”¹⁸

Adscribiremos en el presente trabajo al concepto de medio ambiente de Haeckel, citado por Libster, quien define a este como “el ámbito global dentro del cual viven, conviven y actúan elementos naturales y artificiales que condicionan la vida del hombre, que a su vez se desarrolla en aquél”¹⁹

¹⁷ Mauricio Libster, delitos ecológicos, página 5

¹⁸ Revista de Derecho y Jurisprudencia, año 1985, 2ª parte, sec. V, Pág. 261

¹⁹ Mauricio Libster, delitos ecológicos, página 163

2.- Bien jurídico protegido: El medio ambiente

El derecho penal o represivo encuentra justificación a su existencia, tanto desde el punto de vista ético como desde el punto de vista de su carácter instrumental, en la protección de los llamados bienes jurídicos, que en palabras de la doctrina son los valores sociales corporizados objetivamente. En tal sentido, según la opinión mayoritaria, la misión del sistema de control penal es justamente la protección de tales bienes jurídicos y, en el caso que nos ocupa “sin dudas el bien jurídico tutelado por el derecho penal ecológico es el *medio ambiente*”²⁰

Pero es este un término de difícil conceptualización lo cual, sin duda, *ha dificultado la elaboración de un tipo penal general* que proteja al medio ambiente.

En esencia, todo bien jurídico se construye a partir de la interrelación entre la norma constitucional y la realidad social, las que en palabras de Rodas Monsalve “son las fuentes para una comprensión material de dicho concepto y el fundamento de una política criminal racional”.²¹ Pero, como señala el mismo autor, postura que compartimos, es necesario tener presente que no todo bien jurídico requiere de protección penal, y por lo mismo no todo bien jurídico puede convertirse en un bien jurídico penal, generalmente bastará para su protección con la normativa civil o administrativa.

Efectivamente, para hacer aplicable la función punitiva del estado, no solo es suficiente la consagración o relevancia constitucional o la trascendencia social del bien jurídico en cuestión, es necesario además su concordancia con ciertos principios o valores de igual magnitud o importancia.

En cuanto a la relevancia constitucional, esta otorga la legitimidad imprescindible para dar relevancia a un determinado interés, sin embargo no existe

²⁰ Mauricio Libster, Delitos Ecológicos, página 172

²¹ Julio Cesar Rodas Monsalve, La Protección penal del medio ambiente, página 27

una relación lineal entre la consagración constitucional y la necesidad de una pena. Es así que en opinión de Pedrazzi, citado por Rodas Monsalve, “la tutela penal de los bienes constitucionales no debe proceder de manera automática: el derecho penal debe obedecer a su peculiar vocación y debe, sobre todo, salvaguardar su carácter subsidiario”²² Esto es, el derecho penal visto como lo hace la mayoría de la doctrina –opinión que no compartimos íntegramente- como alternativa de última ratio.

Desde otro punto de vista, como ya dijimos, pese a ser el medio ambiente un bien jurídico de difícil definición, este “...debiera ser concebido en forma amplia, sobre todo si lo pensamos como el factor determinante de la vida humana....”²³ Sin embargo, como señaló en el título anterior, hay disparidad de criterios en la doctrina en torno a lo que debe involucrar el concepto, esto es, cuál es el contenido del mismo.

Así, por ejemplo la clasificación de la Comisión Económica para Europa de la Organización de Naciones Unidas, señala que entiende que el medio ambiente está integrado por el entorno natural (esto es, por los recursos naturales vivos como la flora, la fauna, el suelo agrícola, las aguas, la atmósfera, etc.) y por el entorno creado, esto es, los bienes materiales.²⁴ Tratase como se ve de una concepción amplia.

Así también, “existe un importante sector de la doctrina que considera que el medio ambiente debe ser materia de protección penal *en si mismo*, por ser un interés de carácter autónomo e independiente de las formas en que puede brindarse a los seres humanos (Bacigalupo, Terán Lomas, Tiedemann, Pierangeli, entre otros)”²⁵ Concepción a la que adherimos.

²² Julio Cesar Rodas Monsalve, La Protección penal del medio ambiente, página 27

²³ Mauricio Libster, Delitos Ecológicos, página 172

²⁴ Ibid.

²⁵ Mauricio Libster, Delitos Ecológicos, página 173

Finalmente, debemos decir siguiendo a Libster, que el bien jurídico ambiental, en su característica más relevante, pertenece a la categoría de los bienes jurídicos colectivos, ya que afecta a la comunidad como tal, sea en forma directa o indirecta. Así, diremos que se trata de un bien jurídico que pertenece a toda la humanidad y que por lo mismo está estrechamente vinculado a las necesidades existenciales de la especie humana. “Y posiblemente estas características que hacen finalmente la vida misma y sus calidades sean las que más legitimen al derecho penal dentro de este ámbito, que significa el paradigma del interés colectivo”.²⁶

3- Derecho Penal Ambiental. Rol y consideraciones criminológicas.

Como señala Haeckel, la *ecología* puede ser entendida como “el estudio de las relaciones de un organismo con su ambiente, inorgánico y orgánico, en particular las de tipo positivo y amistoso y las de tipo negativo o enemigo con las plantas y animales con los que convive”.²⁷ Es decir, entre el hombre y su entorno no solo se produce una relación de tipo positivo sino que también es posible que el hombre afecte de manera negativa el entorno o medio ambiente que lo rodea; y, esta relación de equilibrio o desequilibrio, entre lo positivo y negativo, tiene directa incidencia en la *calidad de vida* del ser humano.

Si tenemos presente la distinción que realiza la sociología moderna entre medio social y no social vemos que la relación que se produce entre ambos medios es lógica: el hombre, a través de la historia, siempre ha tratado de someter a la naturaleza en su beneficio en pos de su supervivencia. Y es por este sometimiento de la naturaleza a la voluntad del hombre que “.....las necesidades humanas han

²⁶ Ibid.

²⁷ Op. cit. página 161

sido satisfechas de modo siempre mas o menos directo y mas o menos sofisticado, según los tiempos, por lo natural”²⁸

Pero, la realidad es que actualmente la población ha crecido de manera tan desmesurada que los recursos naturales, no siempre renovables, ya no son suficientes para garantizar las necesidades de la población mundial al ritmo y de la forma en que históricamente se ha hecho.

Es así que “...las relaciones entre el medio social y no social se han tornado conflictivas y peligrosas para la supervivencia de la especie humana” (Libster, Pág. 165) De ahí que, al tornarse conflictivas dichas relaciones, entre la acción del hombre y el medio ambiente, es al Estado a quien corresponde diseñar las correspondientes políticas públicas a objeto de proteger el interés colectivo y el bien común.

Es aquí donde entra en juego el derecho, el cual se ha transformado en un elemento imprescindible en la implementación de dichas políticas.

Pero, toda actividad de parte del Estado, “.....implica una valoración y se implementa con instrumentos jurídicos.... “²⁹ y, es así que el Estado, como decíamos, se vale del derecho para solucionar la disyuntiva que se produce entre la necesaria actividad del hombre, por una parte y la adecuada protección del medio ambiente por otra.

Es respecto a esta valoración de la que hemos hablado, que es preciso resaltar, que el derecho se encarga en última instancia de proteger o resguardar aquellos valores socialmente valiosos, de acuerdo a la escala de valores de una determinada sociedad en un momento determinado de su historia. Por ello, el bien jurídico tutelado (en este caso el medio ambiente) no es sino la representación de la valoración que la sociedad otorga a la protección de ese bien o valor. La importancia

²⁸ Mauricio Libster, Delitos Ecológicos, página 164

²⁹ Id., página 166

que ésta da a aquel valor o “bien”. Por ello, parafraseando a Libster, es posible afirmar que las leyes penales representan el más alto nivel de valores vinculados a los intereses colectivos y el bien común.

Pero, juntamente con ello, también es importante dejar establecido que las normas penales no entran en colisión con ninguna otra del derecho, ya que no se ocupan de la naturaleza jurídica de estas. Se trata de un derecho auxiliar y funciona como última ratio del sistema (ello a juicio de la opinión de la doctrina mayoritaria como se expreso).

Por lo mismo, generalmente, en la legislación las normas penales solo sirven de acompañamiento a las normas reguladoras de naturaleza administrativa o civil que son las llamadas de manera natural a regular una determinada situación en primer término.

Por tanto, “de cómo un Estado interprete el concepto de interés colectivo y bien común, así como de qué valores considera que éstos están integrados y en qué orden los coloque, dependerá el que legisle sobre ellos y con qué grado de severidad desea protegerlos”³⁰

Sin embargo, no podemos pensar que el derecho en general o en particular el derecho penal, por si solos, pueden llevar a los individuos a adherir a la norma solo en virtud del carácter de sus sanciones o de su obligatoriedad. Ello no necesariamente es así, aunque es claro que la norma fija en cierto sentido un cierto marco de conducta social y el derecho penal por el carácter de sus sanciones puede resultar desalentador de las conductas contrarias o atentatorias del bien jurídico tutelado.

Por lo anterior, es que el derecho penal por si solo, no puede ser el único instrumento para una adecuada política medioambiental ya que a él deben unirse necesariamente la educación, la información y por sobre todo la toma de conciencia

³⁰ Mauricio Libster, Delitos Ecológicos, página 168

del grupo social de la necesidad de la protección de bien tutelado. “Pero también hay que destacar que no todos los individuos tienen el mismo nivel de educación, de satisfacción de necesidades y de acceso al conocimiento de las normas”³¹ Así visto, la norma penal debe comenzar por contemplar “los supuestos que involucren a aquéllos que están en mejores condiciones de elegir y decidir libremente una conducta, y luego ir evolucionando armónicamente al par de la elevación del standard cultural específico de la comunidad a que va dirigida”.³²

Es por ello que no es posible equiparar la conducta del simple ciudadano que arroja basura domiciliaría en un lugar prohibido y que representa escaso compromiso para la salud de toda la población, con la conducta de un empresario que arroja al medio ambiente sustancias tóxicas peligrosas que ponen en riesgo la salud y supervivencia de una determinada comunidad humana, animal e, incluso vegetal. Tal afirmación implica poner, de manera correcta, los valores de la vida y la salud por sobre la protección de la propiedad como bienes jurídicos a proteger. La vida y la salud son bienes superiores que deben estar y trascender a aquellos de carácter netamente material e individual. “Y es también la clave fundamental del llamado desarrollo sustentable”³³

Dicho todo lo anterior, es innegable que el derecho penal tiene una función importantísima que cumplir en el área del derecho medioambiental, sobre todo si lo entendemos como la ultima ratio del sistema jurídico y tenemos presente la función subsidiaria de la eficacia de las demás normas del sistema.

³¹ Mauricio Libster, Delitos Ecológicos, página 169

³² Ibid.

³³ Id. página 170

CAPITULO SEGUNDO

El desarrollo sustentable y su directa relación con la cuestión ambiental

1.- El desarrollo sustentable. Caracterización general.

En nuestro mundo actual caracterizado por el nacimiento de los procesos de integración y la apertura y liberalización económica se hace imperioso adoptar todo tipo de medidas políticas, económicas y por supuesto jurídicas a objeto de establecer un equilibrio entre la preservación o, a lo menos protección, de nuestro medio ambiente y el necesario desarrollo de los países. Es así como ha surgido un nuevo concepto que intenta armonizar ambos aspectos y que se ha dado en llamar “desarrollo sustentable o sostenible”.

La importancia del adecuado equilibrio entre el crecimiento económico (y nótese que no nos referimos a *desarrollo*) y la protección ambiental es tal que los éxitos de la política económica pueden ser menoscabados si no se potencian con logros de carácter ambiental. Es necesario cambiar el enfoque de contradicción entre economía y medio ambiente, por el reconocimiento de la complementariedad de sus objetivos últimos: el bienestar de los ciudadanos.

Pero ¿en qué consiste este llamado “desarrollo sustentable o sostenible”?

El desarrollo sustentable persigue integrar las metas sociales con las metas económicas y ambientales en la búsqueda de la equidad; mas particularmente en la lucha contra la pobreza, factor limitante y critico del desarrollo de nuestro país. La equidad social se refiere a la igualdad de oportunidades en el acceso a los beneficios del desarrollo y una calidad de vida digna. Esto incluye el derecho de todos los ciudadanos, hoy y mañana, a vivir en un medio ambiente limpio, sano y

que permita, además, el disfrute de la naturaleza.

Respecto al desarrollo sustentable se han dado diversos conceptos, tanto en la doctrina como en las legislaciones, que intentan de algún modo explicarnos la naturaleza, no solo económica del mismo, sino también su dimensión social y por supuesto ética.

Así, nuestra Ley de Bases del Medio Ambiente en su artículo 2º letra g) conceptualiza el desarrollo sustentable señalando que este consiste en “el proceso de mejoramiento sostenido y equitativo de la *calidad de vida* de las personas, fundado en medidas apropiadas *de conservación y protección del medio ambiente*, de manera de no comprometer las expectativas de las generaciones futuras”

Por su parte la Comisión Mundial del Medio Ambiente y Desarrollo, patrocinada por la Organización de Naciones Unidas, en su informe “Nuestro Futuro Común” definió el desarrollo sustentable como “aquel que permite satisfacer las necesidades presentes sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las propias”. Concepto que en opinión de Fernández Bitterlich es limitado, “ya que no expresa cuál es el objetivo de él y cuál es su fundamento” ³⁴

El mismo informe señala que la armonía entre el desarrollo y el medio ambiente puede y debe constituir una meta universal; afirmación que, en opinión de cierta doctrina, fue o constituye una insoslayable alusión al desarrollo sustentable.

Fernández Bitterlich por su parte, definiendo el concepto, señala que se trata de “un proceso destinado a la satisfacción plena y sostenida de las necesidades del hombre y de toda la sociedad presente y futura, con el objeto de mejorar la calidad de vida, fundado en principios de equidad, conservación y mejoramiento del patrimonio ambiental” ³⁵

³⁴ Pedro Fernández Bitterlich, Manual de derecho ambiental chileno, página 34

³⁵ Ibid.

Y Libster, por su lado, de manera bastante simple y acertada a nuestro juicio, lo ha definido como “el desarrollo compatible con el ambiente”.³⁶

Por tanto, de lo que se trata es de armonizar la preservación del medio natural con el necesario crecimiento económico del país, ha objeto de otorgar una mejor calidad de vida, no solo a las actuales generaciones sino que también a las futuras. No podríamos pretender mejorar la calidad de vida si al mismo tiempo deterioramos el ambiente.³⁷

La propia Declaración de Principios sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de Río de Janeiro señala en su Principio Tercero lo que se conoce como “derecho al desarrollo” y que implica que lo importante es que el ser humano tiene derecho a una calidad de vida digna, “saludable y productiva en armonía con las naturaleza”

El informe de la Comisión Mundial del Medio Ambiente y Desarrollo también afirma que el “desarrollo sustentable no es un estado de armonía fijo, sino un proceso de cambio por el cual la explotación de los recursos, la dirección de las inversiones, la orientación de los procesos tecnológicos y la modificación de las instituciones concuerden tanto con las necesidades presentes como futuras”³⁸

A su vez la CEPAL (Comisión Económica para América Latina) considerando la acción del Programa de las Unidas para el Medio Ambiente, elaboró un informe en el que señala que no existirá conflicto entre desarrollo y preservación del medio ambiente cuando:

- a) se acepte que el objetivo de toda acción política nacional e internacional es mejorar la calidad de vida de la población
- b) se reconozca que la producción debe orientarse a satisfacer las necesidades básicas de la población

³⁶ Mauricio Libster, Delitos Ecológicos, página 87

³⁷ Pedro Fernández Bitterlich, Manual de derecho ambiental chileno, página 35

³⁸ Mauricio Libster, Delitos Ecológicos, página 87

c) se combinen armónicamente todos los factores de la producción, incluidos la tecnología, la mano de obra y el propio medio ambiente

d) se reconozca que la calidad de vida del ambiente es parte de la calidad de la vida y que, por tanto, es imposible tratarlo en forma separada de los demás componentes del sistema humano, y

e) los procesos de desarrollo y de manejo del medio ambiente se orienten teniendo en cuenta su contribución a la calidad de vida

Sin embargo, existen serias discrepancias entre los distintos países en cuanto a las acciones concretas seguir dado que las prioridades de las grandes potencias no son las mismas que aquellas de los países en vías de desarrollo, como nuestro país.

Como bien señala la doctrina “la contaminación ambiental plantea graves peligros. Sin embargo, la políticas que tienen por objeto controlarla distan de ser adecuadas *a pesar de que podrían mejorarse a muy bajo costo*”. (Cfr. Libster, Pág. 90). Y ello acontece dado que las políticas sectoriales respecto al tema de la contaminación ambiental o derechamente depredación ambiental, como ya se señaló, han carecido no solo de la necesaria organicidad sino que también de la necesaria fuerza coactiva y sobre todo represiva a la hora de vigilar su adecuado cumplimiento. El Estado, en su conjunto, ha sido débil a la hora no solo de fiscalizar el cumplimiento de la legislación ambiental sino que también dicha legislación es en si misma permisiva y poco drástica desde el punto de vista de sus sanciones; y, es por ello que, debe llegarse a un consenso mínimo entre los gobiernos, en tanto representantes de los ciudadanos -verdaderos depositarios del derecho en cuestión- y la gran empresa en el sentido que la protección del medio ambiente y la promoción del desarrollo económico no son desafíos separables sino más bien, como señaló el Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura: *el crecimiento*

económico, el desarrollo social y la protección del medio ambiente son compatibles. Debe entenderse que ni el desarrollo puede subsistir a expensas de recursos ambientales que se deterioran, ni el medio ambiente puede ser protegido cuando los programas de crecimiento ignoran sistemáticamente los costos de la destrucción ambiental.³⁹

Por tanto, el concepto de desarrollo sustentable debe entenderse como el adecuado equilibrio entre sustentabilidad económica (crecimiento económico), sustentabilidad medioambiental (adecuada protección ambiental) y sustentabilidad social (equidad social) y, deberá entenderse asimismo que la importancia de cada principio dependerá de la realidad particular donde se lo quiera aplicar.

2.- En cuanto al deber del estado y de las personas de proteger el medio ambiente. Algunos aspectos constitucionales.

El constitucionalismo ambiental latinoamericano se construyó en torno al deber del estado y de las personas de proteger el medio ambiente, lo que lleva implícita la idea de “desarrollo sustentable”.

Esta idea, a juicio de cierto sector de la doctrina, terminó haciéndose explícita en nuestro actual texto constitucional en el capítulo referido a las bases de la institucionalidad, en particular se consagra en el artículo 1º inciso 4º que señala que: “El estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta constitución establece”. Al respecto señala Fernández Bitterlich, que “ si

³⁹ Mauricio Libster, Delitos Ecológicos, página 100

bien es cierto que los constitucionalistas no tuvieron en mente el concepto de desarrollo sustentable, creo que el camino para lograr esta realización espiritual y material que señala la constitución es a través del desarrollo sustentable, como proceso económico, social, político y cultural...”⁴⁰

Ahora bien, desde el punto de vista de los acuerdos internacionales en la materia el Principio 4 de la Declaración de Principios sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de Río de Janeiro de 1992 agrega que:

“A fin de alcanzar *el desarrollo sostenible*, la protección del medio ambiente *deberá* constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no debe considerarse en forma aislada”.

Y por su lado el Principio 8 concluye que:

“Para alcanzar el desarrollo sostenible y una mejor calidad de vida para todas las personas, los Estados deberían reducir y eliminar las modalidades de producción y consumo insostenibles....”

En cuanto al plano interno vemos que en la actual constitución (como en la mayoría de las constituciones a nivel mundial) subyace un modelo de desarrollo económico, que se establece mediante un conjunto de disposiciones que configuran lo que se llama la “constitución económica”, que configuran el llamado Orden Público Económico, a través de los establecimiento de ciertos principios, entre los cuales en nuestro caso destaca el del rol subsidiario del estado en las materias económicas.

En estas cartas magnas las menciones al desarrollo sustentable se insertan por lo general en relación al *deber del estado* de proteger el medio ambiente o del deber del estado de planificar los recursos naturales o de promover un determinado uso de los mismos.

Es aquí donde cobran importancia los principios rectores de la normativa

⁴⁰ Pedro Fernández Bitterlich, Manual de derecho ambiental chileno, página 35

ambiental –que analizaremos en el capítulo tercero de este trabajo- dado que una cuestión importante dice relación con la forma como el Estado debe llevar a cabo el deber de proteger al medio ambiente y, esta es la relativa al principio preventivo o precautorio. En tal sentido el Principio número 15 de la Declaración de Principios sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de Río de Janeiro se refirió a tal principio señalando que:

“Con el fin de proteger el medio ambiente, los estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”.

El principio preventivo tiene al menos una expresión en el plano de las cartas fundamentales de Latinoamérica; así por ejemplo entre las más recientes la Constitución Ecuatoriana de 1998 establece en su artículo 91 inciso 2º que el Estado “tomará medidas preventivas en caso de dudas sobre el impacto o las consecuencias ambientales negativas de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica de daño”. Como sabemos una disposición similar no se contempla en nuestro texto constitucional.

Ahora bien, por otro lado, en lo que se refiere *al deber del ciudadano* de proteger el medio ambiente dicho deber solo se consagra a nivel legal en algunos países de nuestro continente y a nivel constitucional en muchos menos; así por ejemplo la Constitución Argentina en su artículo 41 prescribe que todos los habitantes tienen “el deber de preservarlo” (refiriéndose al medio ambiente por supuesto). En igual sentido la Constitución Venezolana señala en el artículo 127 que “es un derecho y un deber de cada generación proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma y del mundo futuro.....”.

3.- Las restricciones al ejercicio de los derechos fundamentales con la finalidad de proteger el medio ambiente

Gran parte de las legislaciones, como consecuencia del deber de todas las personas de proteger el medio ambiente, *han autorizado de manera explícita el establecimiento de restricciones al ejercicio de ciertos derechos fundamentales* cuando ello sea necesario ha objeto de dar efectiva protección al entorno natural.

Dentro de llamado catalogo de derechos fundamentales ello sucede, por ejemplo, con el ejercicio del derecho de propiedad y de la llamada “libertad económica”.

En el caso del derecho de propiedad nuestra legislación consagró tal restricción en la llamada “función social de la propiedad” establecida de manera explícita y directa en nuestro texto constitucional en el artículo 19 n° 24 inciso segundo, el cual señala:

“Solo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y *la conservación del patrimonio ambiental*”.

En el mismo sentido se enmarca el artículo 8° de la Constitución Colombiana de 1991 que preceptúa que “la propiedad es una función social que implica obligaciones” y “como tal, le es inherente una función ecológica”.

Pero también, como se dijo, las limitaciones no se restringen solo al ejercicio del derecho de propiedad ya que comprenden también, entre otras, las restricciones a la “libertad económica”; restricciones autorizadas en razón del “interés social” que permite incluir la cuestión ambiental como parte integrante de ese interés. Es así

como en la legislación comparada latinoamericana las disposiciones mas amplias sobre la materia se consagran en el artículo 23 de la Constitución del Ecuador de 1998, en que se reconoce y garantiza a las personas, entre otros derechos, el derecho a vivir en un medio ambiente adecuado e, inmediatamente a continuación preceptúa que: “La ley establecerá las restricciones al ejercicio de determinados derechos y libertades, para proteger el medio ambiente”.

Como se observa dicha disposición es bastante similar a la norma establecida en el número 8 del artículo 19 de nuestro texto constitucional, que en lo pertinente señala en su inciso 2º que:

“La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el ambiente”.

Tales disposiciones dan cabida a toda aquella legislación que procure “reducir y eliminar las modalidades de producción y consumo insostenibles” (Principio nº 8 de la Declaración de Principios sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de Río de Janeiro). A nuestro entender no solo en sede civil o administrativa sino que también en sede directamente penal.

4.- En lo relativo al derecho de todas las personas a un medio ambiente adecuado y los mecanismos jurídicos para hacer efectivo el derecho a un medio ambiente adecuado

En concordancia *con el deber de las personas* de proteger el medio ambiente, se ha consagrado *el derecho de todas las personas a un medio ambiente adecuado*, pasando de esta manera a integrar el catalogo de derechos fundamentales de la mayoría de las legislaciones a nivel constitucional.

Así, de las dieciséis constituciones dictadas en Latinoamérica en los últimos

25 años, nueve han incorporado este derecho, de distintas maneras; y, es mas aún la Constitución de Costa Rica de 1949 introdujo este derecho mediante reforma constitucional el año 1994 y lo mismo hizo Constitución mexicana de 1917. De tal modo hoy en día son once los países latinoamericanos que han elevado a rango constitucional tal garantía.

Este derecho a un medio ambiente adecuado fue incorporado por primera vez en un texto constitucional a nivel latinoamericano en la Constitución de Perú de 1979 siendo nuestra constitución la siguiente al incorporar en su artículo 19 número 8 el derecho de todas las personas a “vivir en medio ambiente libre de contaminación”.

Lo dicho reviste una importancia fundamental, sobre todo desde el punto de vista de la labor jurisdiccional, ya que los tribunales en los conflictos jurídico-ambientales se han basado principalmente en el ejercicio que se ha hecho de las acciones constitucionales reguladas precisamente para la defensa de los derechos fundamentales. A ello han obligado los problemas que aun persisten en los sistemas procesales respecto de la tutela de los *intereses colectivos y difusos*.

En tal sentido el Principio 1 de la Declaración de Principios sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de Río de Janeiro declara que:

“Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas *con el desarrollo sostenible*. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza”

¿Pero desde el punto de vista de la tutela de tales derechos sucede lo mismo?

En la conferencia de Río de 1992, se manifestó por parte de los gobiernos allí reunidos, la preocupación por la “efectividad” del derecho ambiental y más precisamente por el acceso a los respectivos procedimientos judiciales y

administrativos.

De ello nace la importancia de dejar claro, en lo posible mediante una disposición expresa, que el derecho a un medio ambiente adecuado se encuentra tutelado por las garantías procesales propias de todos los derechos fundamentales, tal como lo hizo nuestra carta fundamental a través del recurso de protección en el artículo 20 inciso segundo. Igual camino han seguido la mayoría de las legislaciones latinoamericanas; siendo, en todo caso, aún deficientes los mecanismos jurisdiccionales tutelares del derecho señalado.

Finalmente, debemos señalar que desde el punto de vista de nuestra legislación la Ley de Bases del Medio Ambiente junto con definir “desarrollo sustentable”, define también los conceptos de conservación y protección que emplea al definir al primero. Así, en concreto, señala que “... conservación del patrimonio ambiental es el uso y aprovechamiento racionales o la reparación, en su caso, de los componentes del medio ambiente, especialmente de aquellos propios del país o que sean únicos, escasos o representativos del país con el siguiente objetivo, asegurar su permanencia y capacidad de regeneración, debiendo entenderse que se refiere a componentes bióticos y abióticos”.⁴¹

⁴¹ Pedro Fernández Bitterlich, Manual de derecho ambiental chileno, página 39

CAPITULO TERCERO

Breve mirada desde el punto de vista constitucional

1.- Constitucionalización de la problemática ambiental

Como ya se señaló en el capítulo anterior -pero allí referido al concepto del desarrollo sustentable- el constitucionalismo ambiental en Latinoamérica se ha construido en base al deber del Estado y también de las personas de proteger el medio ambiente.

En tal sentido, lo que la doctrina llama el “enverdecimiento” de los textos constitucionales de la región se inició, desde el punto de vista histórico, con la incorporación, dentro del listado de deberes del estado (como lógica contrapartida al catálogo de garantías de las personas), de la protección del medio ambiente en la Constitución de Panamá de 1972, la que en su artículo 160 prescribió que:

“Es deber del Estado velar por las condiciones ecológicas, previniendo la contaminación del ambiente y el desequilibrio de los ecosistemas, en armonía con el desarrollo económico y social”.

Esta tendencia fue seguida por todas las constituciones de los años setentas y ochentas, como ya se señaló en el punto cuarto del Capítulo Segundo de este trabajo; tendencia que no se detuvo y, es más continuó en la última década del siglo pasado con la Constitución de Colombia, la que dispuso que en su artículo 79 que “es deber del estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines”. Por su parte la Constitución del Paraguay del año 1993 señaló en su artículo 7 que “constituyen objetivos prioritarios de interés social preservación, la

conservación, la recomposición y el mejoramiento del ambiente, así como su conciliación con el desarrollo humano integral”. Agrega en seguida que “estos propósitos orientarán la legislación y la política gubernamental”. En el mismo sentido la Constitución peruana de 1993 dispone en su artículo 67 que “El Estado determina la política nacional del ambiente” y “promueve el uso sostenible de sus recursos naturales”.

Lamentablemente como sabemos, de acuerdo a la clasificación de las Constituciones del jurista Lowenstein la mayoría de los textos constitucionales de nuestro continente no pasan de ser textos de carácter meramente semántico. Ello, de acuerdo a dicha clasificación, implica que consagran un régimen jurídico (dentro del cual por supuesto se incluyen las garantías fundamentales, como la que estudiamos) que no es apropiado a su realidad social, económica, política y cultural; razón por la cual, la mayoría de las veces, gran parte de sus disposiciones no pasan de ser una mera declaración de buenas intenciones. De tal forma, todas estas declaraciones en torno a la protección del medio ambiente que se consagran en los textos positivos constitucionales de nuestro continente se enfrentan a una realidad sociopolítica y económica que impide su cabal cumplimiento, ya sea por la deficiente estructura institucional o derechamente por la falta de voluntad política de las autoridades de turno, mas preocupadas de dar sustento a la población presente que de proteger de manera adecuada el medio que proveerá el sustento a las generaciones futuras.

2.- Principios constitucionales de la intervención penal en materia ambiental

Existen en la materia ambiental, como en otras áreas del derecho, ciertos principios que informan no solo el proceso legislativo sino que también la aplicación

e interpretación de las normas ambientales; principios que resultan fundamentales a la hora de determinar tanto la responsabilidad de los particulares como de los estados por la deterioros ocasionados al medio ambiente. Revisaremos solo algunos de ellos; a saber, aquellos que tiene una mayor relación con el objetivo del presente trabajo.

2. a. Principio de merecimiento de protección penal

Muñoz Conde, señala que “un bien jurídico es merecedor de protección cuando de acuerdo con la convicción general se considera como valioso”.⁴²

Es en tal sentido que, el creciente interés de la ciudadanía por la protección del medio ambiente, preocupación fundada en la depredación y contaminación medioambiental, ha llevado a los estados a adoptar dentro de su legislación ciertos mecanismos de control, entre los cuales por cierto se plantea la necesidad de acudir a instrumentos o mecanismos de tipo penal, como ya se a señalado con anterioridad.

Es así como la doctrina plantea que en el ordenamiento jurídico actual, se ha comprobado que la estrechez de la visión antropocéntrica estricta es incapaz de asegurar, no ya la protección de los recursos naturales sino, también, el control de los graves riesgos que se ciernen sobre la vida y la salud de las personas derivados de los fenómenos contaminantes.⁴³ A lo cual se debe adicionar además que en la actualidad el medio ambiente ha sido redescubierto como un valor ético y que ante su notoria e innegable destrucción se declara su protección redefinido como bien jurídico.

La tendencia actual se asienta en una visión, ya no antropocéntrica en torno al fenómeno de la protección de la naturaleza, sino que ecocéntrica. En tal sentido,

⁴² Julio Cesar Rodas Monsalve, La Protección penal del medio ambiente, página 133

⁴³ Id., página 134

por un lado el XII Congreso Internacional de la AIDP de 1979, en sus recomendaciones señala que: “Para una protección eficaz del ambiente es indispensable reconocer junto a la protección de la vida humana y la salud, valores como el agua, el aire o el suelo, que constituyen en la actualidad el mínimo a proteger desde la perspectiva penal”. La misma visión ecocéntrica adopta la Resolución de la 17 Conferencia de Ministros Europeos de Justicia al señalar que sería aconsejable elaborar una lista de infracciones para prever una protección adecuada, por el derecho penal, del agua, el suelo, el aire, la fauna, la flora y los elementos del medio ambiente merecedores de protección, así como el hombre en este medio ambiente.

Incluso desde alguna perspectiva más avanzada no solo se propone dar protección al medio ambiente, sino que ir un paso más allá y reconocer que la naturaleza y el ambiente tienen en cuanto tales una subjetividad autónoma. Como señala Rodas Monsalve, es esta la posición defendida por Eser y también por Paul.⁴⁴ “En tal sentido considera Eser (1989, 246), que al igual que se reconocen derechos y deberes a entidades no humanas, como sociedades, sindicatos, el mismo Estado, no es impensable que a estos bienes ambientales (animales, por ejemplo) se les reconozca como verdaderos y propios sujetos de derecho”.⁴⁵ Según Eser ello permitiría lograr dos objetos: primero, “que al afrontar la tutela jurídica del medio ambiente, el hombre no se considere solamente como usurpador de la naturaleza sino como parte y componente de la misma y que, al confrontar economía y ecología, el antropocentrismo egoísta no se lleve, unilateralmente la mejor parte. Y en segundo lugar, que permitiría entender que para una tutela eficaz, el bienestar

⁴⁴ Julio Cesar Rodas Monsalve, La Protección penal del medio ambiente, página 134

⁴⁵ Ibid.

particular puede ceder ante la responsabilidad para con el género humano y la conservación de la naturaleza.⁴⁶

Concluyendo señalaremos que -dada la característica de ultima ratio del derecho penal- el hecho que un bien jurídico sea merecedor de protección jurídica no significa necesariamente que ella deba ser de tipo penal.

Marinucci afirma que una verdadera política criminal no se debe retrotraer solamente al juicio de merecimiento, pues se caería en una visión retributiva del derecho penal donde la pena adquiere un rol estigmatizante y de reafirmación de valores; aún cuando los bienes jurídicos tengan elevado valor - relevancia constitucional- el derecho penal debe verse como una técnica de tutela que protege, pero a la vez destruye bienes de tanta importancia como la libertad, por ello la política de bienes jurídicos debe completarse con el juicio de necesidad de pena.⁴⁷

2. b. Principio de conjunción de aspectos colectivos e individuales

En el campo del derecho tradicionalmente se distinguía, y aun se hace, entre el llamado derecho público, que se ocupa de las relaciones de los poderes entre sí y de estos para con la ciudadanía y, por otro lado, estaba el llamado derecho privado que regía las relaciones de los privados entre si.

Hoy en día dicha distinción -dado los avances de las ciencias jurídicas- está cada día más obsoleta, no solo por las nuevas realidades que deben ser regidas por el derecho sino que además “han surgido intereses que son públicos y/o privados, pero que al afectar a masas de ciudadanos y al conjunto de bienes en general, se

⁴⁶ Julio Cesar Rodas Monsalve, La Protección penal del medio ambiente, página 134

⁴⁷ Id., página 135

convierten en colectivos sin llegar a ser exclusivamente públicos”⁴⁸ y, es este justamente el caso del medio ambiente.

Es así como en el derecho ambiental se entrelazan normas tanto de derecho público como privado. “Así, este principio rector vuelca su efectividad al servicio de la regulación de los diferentes elementos y procesos naturales que componen el ambiente natural y humano. Por ello el ordenamiento ambiental se caracteriza por ser sistémico, en tanto que la regulación de conductas que determina no se realiza aisladamente, sino considerando el comportamiento de los elementos naturales y de las distintas interacciones, como consecuencia de las actuaciones del hombre.”⁴⁹

2. c. Principio de responsabilidades compartidas

Este principio mas que con la responsabilidad de los particulares tiene que ver derechamente con la responsabilidad de los estados en materia ambiental y, sobre todo y en particular con las acciones que estos debieran adoptar para proteger y preservar de manera adecuada el entorno natural y, es justamente por ello que este principio se impone en forma conjunta a todos los causantes de actividades dañosas para el medio ambiente.

En tal sentido en doctrina se afirma que “en materia de derecho ambiental el estado denunciante pone abiertamente en juego la responsabilidad internacional de otro estado, a causa de la violación de un principio de naturaleza general -el respeto de los derechos humanos- mas que del daño sufrido (Principio 22 de la Declaración de Estocolmo)”⁵⁰ Y dado que generalmente los estados responsables de las

⁴⁸ Silvia Jaquenod de Zsogon, El derecho ambiental y sus principios rectores, página 383

⁴⁹ Ibid. página 383

⁵⁰ Id., página 382

actividades dañosas evitan asumir la responsabilidad por los deterioros ocasionados es que la verdadera perjudicada resulta ser finalmente la biosfera.

Es por ello que el artículo 30 de la Carta de derechos y deberes económicos de los Estados preceptúa que: “La protección, la preservación y el mejoramiento del medio ambiente para las generaciones futuras es responsabilidad de todos los estados” (adoptando por ejemplo, a nuestro juicio, una legislación penal adecuada a los tiempos que corren, como se ha sostenido en este trabajo). Continúa tal artículo señalando que: “Todos los Estados deben tratar de establecer sus propias políticas ambientales y de desarrollo de conformidad con esa responsabilidad. Todos los Estados tienen la responsabilidad de velar para que las actividades dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente.....”.

2. d. Principio de la necesidad de protección penal

Respecto a este principio, como se apreciará mas adelante, se produce una de las más ricas discusiones en términos jurídicos y prácticos, a tal punto que se llega a discutir la naturaleza misma del derecho penal dentro de esquema jurídico y la función que este debe desempeñar.

Así, se señala por parte de la doctrina, poniendo como ejemplo el caso español, que en el caso del artículo 45 del Constitución de dicho país se “ha determinado no solamente el juicio de merecimiento de pena, sino también el de necesidad de pena, pues en el apartado tercero del precepto se crea un mandato dirigido al legislador de establecer sanciones penales “o” en su caso administrativas.”

51

⁵¹ Julio Cesar Rodas Monsalve, La protección penal del medio ambiente, página 135

Y es esta misma doctrina la que discute respecto de la conveniencia del establecimiento a nivel constitucional de estos mandatos al legislador en orden a consagrar sanciones no solo en el ámbito administrativo, sino que derechamente penas en el campo propiamente penal. A tal respecto, la doctrina se encuentra marcadamente dividida.

Una parte de la doctrina, específicamente Prats Canut, afirma que “es positiva la inclusión de mandatos de política penal en el texto constitucional, en cuanto que ello es coherente con un concepto de bien jurídico constitucionalmente orientado e, igualmente, desde una perspectiva político criminal puede contribuir a reforzar la función simbólica que desempeña el derecho penal cara a la consolidación de la conciencia colectiva en torno a la necesidad de proteger los bienes jurídicos colectivos reconducibles a la idea de *interessi diffusi*”.⁵²

En el mismo sentido se pronuncia De la Cuesta Arzamendi, quien acogiendo de manera positiva los planteamientos del profesor Dies Ripollés y de Gonzalez Rus sostiene que dadas las dificultades que alzan contra recurso directo a las convicciones generales, por razones jurídicas y políticas debe el texto constitucional servir para determinar, sobre la base del concepto constitucional, los bienes jurídicos dignos de tutela.⁵³

Sin embargo no toda la doctrina está conteste en tal visión, muy por el contrario, otro sector de la misma entre los cuales podemos citar a Gimbernat son de la opinión que establecer un mandato constitucional en tales términos es altamente inconveniente y citan como razones “en primer lugar, que la protección penal ni es la única que puede dispensar el Estado, ni es siempre la mas eficaz: a veces se convierte en auténticamente contraproducente. En segundo lugar, que un precepto

⁵² Julio Cesar Rodas Monsalve, La protección penal del medio ambiente, página 136

⁵³ Ibid.

así se opone a la tendencia absolutamente dominante en la ciencia y, en la legislación penal actual, a la descriminalización de conductas. Finalmente, que no se debe atar de manos constitucionalmente al legislador penal en muy discutido y discutible tema de política criminal”⁵⁴

En el mismo sentido anterior y, en términos fuertísimos se expresa Vercher Noguera, citado por Rodas Monsalve, señalando que: “Las voces que desconocen la secundariedad del derecho penal y propugnan el uso directo de mismo para la protección del medio ambiente, pertenecen a sectores que concientes de la caótica situación ambiental, pretenden resolver el problema con el uso exclusivo y rígido del derecho penal y una miope visión del castigo ejemplarizador”⁵⁵

Discrepamos de esta segunda posición, si bien reconocemos que es aconsejable permitir al legislador un campo de discrecionalidad para aquilatar la eficacia práctica de otros mecanismos de control a través de los cuales se pudiere eventualmente proteger de cierta manera el bien jurídico en cuestión -como sería la persecución de la responsabilidad civil por el daño causado o las de tipo administrativo- ya que creemos que, más allá de cualquier consideración de dogmática jurídica, más allá de las tendencias actuales en la materia, el tema en cuestión respecto de este bien jurídico en particular apunta mas bien a la eficacia de las normas y, es por ello que se hace imperiosa la necesidad de contar con un mandato constitucional que obligue al legislador a proteger de manera adecuada el medio natural. Y ese mecanismo a nuestro entender, mas allá de las consideraciones señaladas, tiene que ver con el derecho penal y su función, no solo ejemplificadora sino que mas bien disuasiva de aquellas conductas dañosas del medio natural.

⁵⁴ Julio Cesar Rodas Monsalve, La protección penal del medio ambiente, página 136

⁵⁵ Ibid.

Y es justamente por esto que concordamos con la postura que se muestra partidaria de la inclusión de un mandato directo en el texto constitucional, mandato que como bien sabemos en nuestra legislación chilena actual no existe ni siquiera de manera indirecta; siendo, a nuestro juicio, uno de los principales motivos del porque, desde el punto de vista jurídico y en los hechos, el medio ambiente se encuentra en estado de desprotección. De tal forma, hacemos nuestra la posición sustentada por Rodas Monsalve y “discrepamos de Gimbernat cuando afirma que la protección penal del ambiente natural se opone a la descriminalización, en cuanto consideramos que uno de los objetivos fundamentales de dicho movimiento político-criminal, es la redefinición de los objetos de protección del sistema penal para de un lado, erradicar aquellos que han perdido su legitimidad en cuanto obedecen a concepciones morales (tipos penales de los cuales aún sobran ejemplos en nuestro actual Código Penal), o cuya vulneración no acarrea dañosidad social y, de otro, para dotar de una verdadera relevancia nuevos intereses desconocidos en otras épocas, y que son consecuencia de la evolución social, económica y tecnológica actual”⁵⁶

Por lo tanto, es este aspecto creemos necesario y respaldamos la consagración constitucional vía modificación de nuestra carta básica, específicamente mediante la inclusión de un inciso tercero al n° 8 del artículo 19, que exprese abiertamente la necesidad (y que se traduzca en un mandato directo al legislador) que existe de proveer al sistema de protección del auxilio coercitivo y disuasivo de la ley penal. Necesidad que, como ya se expuso en otra parte de este trabajo, se ve respaldada en la escasa incidencia de las sanciones establecidas en sede tanto civil como administrativa; sanciones que hasta ahora – y ello es innegable, para quienes propugnan la despenalización de las conductas- han sido

⁵⁶ Julio Cesar Rodas Monsalve, La protección penal del medio ambiente, página 138

francamente insuficientes e ineficaces en la protección –y ni siquiera decimos preservación- del medio ambiente. Lo anterior se refuerza aún más, si vemos la realidad de la institucionalidad administrativa chilena en la materia ambiental: dispersa, difusa, con escasa incidencia técnica en la toma de decisiones, etc.

Avala nuestra posición el hecho que “existe un consenso en el derecho comparado, sobre la conveniencia del instrumento penal en un sistema de protección. Como se señala en la Resolución del Consejo de Ministros Europeos de Justicia, “el derecho penal tiene un papel importante que jugar en la protección del medio ambiente teniendo en cuenta, su validez de último recurso”.⁵⁷

Finalmente deberse tenerse claro que, una vez determinada la necesidad del establecimiento de una norma a nivel constitucional que obligue al legislador de manera directa, la discusión debe centrarse en como delimitar de manera adecuada las áreas o aspectos que quedarán bajo el marco sancionatorio de cada disciplina y que atribuya al derecho penal la sanción de los atentados mas graves al medio ambiente (adoptando como lo hace el modelo español el criterio de la gravedad); puesto que no se trata de sancionar penalmente todas las conductas contra el medio natural, sino que aquellas que revistan grados de dañosidad importantes y, en los demás dejar el espacio necesario para que opere principalmente, a nuestro entender, el derecho administrativo pero que lo haga de manera coherente, armónica y eficaz.

⁵⁷ Julio Cesar Rodas Monsalve, La protección penal del medio ambiente, página 139

2. e. Principio de la accesoriedad administrativa

Este principio se refiere a la necesidad de tener en cuenta al momento de elaborar el tipo penal los límites del riesgo permitido fijados por la autoridad administrativa. Como señala González Guitián: “con este concepto, se quiere poner de manifiesto el hecho, de que si bien normas penales y administrativas tienen un ámbito distinto de aplicación, participan en una tarea común y que están unidas por un vínculo que no se puede renunciar”⁵⁸

Herzog, citado por Rodas Monsalve, afirma que este principio está íntimamente vinculado con el fenómeno de la “administrativización” del derecho penal propiciado por la estructura social y económica de la llamada “sociedad del riesgo” propia de los Estados posindustriales⁵⁹

3.- Principio preventivo

He decidido analizar este principio separadamente de los principios ya analizados, teniendo presente la enorme importancia y vigencia que tiene en la normativa ambiental actual, tanto nacional como comparada.

Pues bien, la complejidad de los problemas ambientales actuales ha exigido un giro en las políticas públicas y privadas desde aquellas primeras de tipo correctivo y de carácter legislativo y tecnológico, a las más actuales de tipo preventivo e incluso precautorio donde se combinan los instrumentos reguladores (legislación y otros) y los científico-tecnológicos con los incentivos económicos (fiscales y otros), los integradores (políticas integrales) y, las más novedosas, las políticas que acentúan la

⁵⁸ Julio Cesar Rodas Monsalve, La protección penal del medio ambiente, página 146

⁵⁹ Ibid.

participación social en la gestión ambiental, intentando implicar al conjunto de la sociedad en la resolución de esos problemas y, además, si bien es cierto que en última instancia el Derecho Ambiental descansa en un dispositivo sancionador, sus objetivos son fundamentalmente preventivos.

Sabemos y entendemos que la represión lleva implícita siempre la finalidad u objetivo de prevención, en tanto y en cuanto lo que persigue es, precisamente por vía de amenaza y castigo, evitar que se produzcan los supuestos que dan lugar a la sanción. La amenaza posterior en materia ambiental deviene por lo general en especialmente ineficaz, puesto que los daños ambientales son, en ciertos casos de tal envergadura, que tal coacción posterior difícilmente puede llegar a compensarlos, ni siquiera minimamente.

Además las sanciones (en la mayoría de los casos solo administrativas o civiles) suelen ser de escasos montos lo cual, sin duda alguna, desencadena en que habitualmente se prefiera por parte de los sujetos contaminantes, pagar la multa que cesar la comisión de sus conductas ilegítimas.

Resulta de tal forma que en esta materia son absolutamente necesarias e indispensables aquellas acciones que se anticipan y previenen cualquier tipo de degradación ambiental, en lugar de limitarse a constatar, e intentar a posteriori reparar, los daños ambientales. De esta forma es claro que la adopción de actitudes y estrategias previsoras es fundamental sobre todo en las fases iniciales de decisión, en los objetivos de la política ambiental, en el espíritu de las normas y en el acto preventivo ambiental propiamente tal.

Es justamente por lo expuesto que un cuerpo normativo cuya base este asentada en el principio preventivo no sólo redundará en beneficio de la sociedad sino, y primordialmente, en la conservación de los recursos naturales que constituyen la base y el mas estricto límite de aquéllas.

Pero ¿qué es este principio o de que hablamos cuando nos referimos a él?

Este término se refiere al Principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo acordada en la Cumbre de la Tierra celebrada de Río de Janeiro en el año 1992, a la cual se ha hecho referencia en otras partes de este trabajo. Introduce, como parte de la legislación internacional, el principio de que, en los casos en que exista amenaza de daño grave o irreversible, *la falta de certidumbre científica total no se utilizará como razón para posponer medidas rentables para la prevención de la degradación medioambiental.*

Textualmente el reseñado Principio nº 15 expresa:

“Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”

El principio preventivo pretende evitar que se produzcan problemas ambientales y, en tal sentido opera sobre la premisa de que la superación de los problemas ambientales, una vez producidos, es más costosa y menos eficaz que su prevención y su objetivo es permitir que las autoridades reaccionen, tanto de antemano como cuando ya existe daño, con un límite de certeza científica inferior al que se solía aplicar hasta ahora.

La "certeza científica" ha quedado atenuada mediante el concepto de "motivos razonables de preocupación". El principio preventivo da al Gobierno la flexibilidad y la capacidad de maniobra necesaria para reaccionar cuando ocurren las cosas, antes de tiempo o en cuanto suceden, de forma que sea posible prevenir

o reducir las consecuencias negativas mientras se analizan y evalúan las presuntas causas del daño.

Los partidarios del principio preventivo afirman que, si se hubiera recurrido a él en el pasado, se podrían haber evitado -o, al menos, mitigado- muchos de los efectos negativos de los nuevos avances científicos y tecnológicos.

Desde la segunda mitad del Siglo XX se ha producido un cambio cualitativo que ha implicado que ahora los riesgos de cualquier tipo son de dimensión mundial, duración indefinida y consecuencias incalculables, y no ofrecen compensaciones.

Así por ejemplo en el derecho comparado la Unión Europea confía en que, al incorporar el principio preventivo a los tratados internacionales y acuerdos multilaterales, este se convierta en un criterio indiscutible al que recurran los gobiernos para supervisar y regular la ciencia y la tecnología en todo el mundo. Aunque Estados Unidos ha integrado ciertos aspectos del principio preventivo en algunas de sus normas medioambientales, en general, el punto de vista y los criterios estadounidenses son mucho menos estrictos que los de la Unión Europea.

Estados Unidos considera que el nuevo régimen normativo de Europa, más estricto, es una soga en el cuello de las exportaciones estadounidenses, y está decidido a impedir que el principio preventivo se convierta en norma inapelable para todo el mundo. El Consejo Nacional de Comercio Exterior de Estados Unidos es el que mejor ha expresado la inquietud del Gobierno y la industria de su país ante las posibles repercusiones del principio preventivo. Ha dicho que el recurso de la Unión Europea a este principio "impide, en la práctica, todas las exportaciones de productos considerados peligrosos procedentes de Estados Unidos y otros países ajenos a la Unión Europea, y ahoga la innovación y los avances científicos e

industriales".

Los defensores del principio preventivo explican que la enorme dimensión de las intervenciones científicas y tecnológicas actuales deben tener forzosamente repercusiones importantes y duraderas en el resto de la naturaleza, y que esas repercusiones pueden llegar a ser catastróficas e irreversibles.

CAPITULO CUARTO

Legislación ambiental actual: civil, penal y administrativa chilena y la legislación penal comparada con incidencia en la protección del medio ambiente

1. Legislación nacional civil, penal y administrativa

1. a. Antecedentes constitucionales y legales

1. a. 1. Antecedentes constitucionales:

Sin duda el hito mas importante en la historia constitucional de nuestro país, desde la óptica de la normativa ambiental, lo constituye la consagración de resguardos normativos ambientales a nivel constitucional; lo cual, como ya se ha expresado, se estableció de manera explicita por primera vez en la Constitución Política de 1980.

La Constitución, a propósito del reconocimiento y establecimiento de los derechos y deberes constitucionales, se encarga de asegurar por primera vez en un texto de esta envergadura el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y, no solo ello, sino que además impone al Estado el deber de "velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza", como lo expresa el numeral 8 del artículo 19 del texto fundamental; a lo cual, por cierto, debemos agregar, desde ya, lo expresado en el numeral 26 del mismo artículo 19 que expresa que este derecho no podrá ser afectado en su esencia.

Además de ello, ha objeto de tutelar el pleno y efectivo ejercicio de este derecho, nuestra Constitución Política establecido una acción para tutelar las garantías en el artículo 20 inciso 2º, mas conocida como de recurso de protección.

Por otra parte, el texto constitucional avanzó notablemente en materia de protección ambiental, al reconocer que la función social de la propiedad comprende, entre otras materias, cuanto exija "la conservación del patrimonio ambiental", en el numera 24 del mismo texto magno.

1. a. 1. Antecedentes legales:

En todo caso, con anterioridad a la consagración constitucional de esta garantía, a lo largo de la historia del derecho nacional, la norma jurídica ambiental se ha plasmado de diversas formas en la legislación.

Es así como gran cantidad de las normas jurídicas dictadas en Chile han incidido en materias ambientales, aun mucho antes de que el concepto de medio ambiente o la noción de protección ambiental se legitimara en el conjunto de la sociedad.

De esta forma, actualmente se existen cerca de 1.300 disposiciones que de una manera u otra tienen relevancia ambiental; normas entre las cuales se cuentan, por ejemplo, textos cuya vigencia formal data del 7 de Septiembre del año 1916, como es el caso de la ley número 3.133, sobre neutralización de residuos y su reglamento.

Esta normativa ambiental, conformada por una gran cantidad de disposiciones, aborda la temática ambiental en ocasiones de forma directa o

indirecta, según corresponda. Se trata de normas de diferente rango, dictadas directamente por las autoridades competentes y aquellas que han sido incorporadas al derecho nacional, como los Acuerdos y Tratados Internacionales.

1. b Situación actual de la legislación nacional

Como resulta evidente de la presentación de las diversas mociones parlamentarias surgidas en la materia -una de las cuales se analiza detalladamente en el capítulo V de este trabajo- no existe en Chile una protección penal sistemática y enfocada precisamente a la protección del medioambiente en sí, como no existía en la mayor parte de las legislaciones del siglo pasado, básicamente porque al consolidarse la codificación decimonónica, no había una preocupación por el medio ambiente como la que vemos hoy en día. En ese sentido, nuestra legislación se encuentra en un estadio de desarrollo del derecho penal ambiental que podríamos denominar de “prescindencia”, en que (como también sucede en otros países, como por ejemplo Argentina), la regulación penal de hechos que podrían considerarse como de contaminación o peligro de contaminación o daño ambiental, ha de buscarse en disposiciones del Código Penal y de leyes especiales, que no han sido establecidas directa e independientemente con ese propósito, sino con el de proteger otros bienes que, al momento de la codificación o al dictarse las diversas leyes especiales, se consideraron como dignos de una protección penal, atendiendo a la protección penal de intereses generales (como sucede con algunos delitos contra la salud

pública) o específicos en algunos casos (como en muchas leyes especiales).⁶⁰

Ahora bien, desde el punto un punto de vista general, la legislación nacional ambiental ha experimentado significativos cambios y ha evolucionado notoriamente en los últimos 10 años principalmente a través de la dictación de la Ley número 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente ya que hasta la entrada en vigencia de esta ley no existía en Chile una ley marco que regulara el tema ambiental.

En efecto, el 14 de septiembre de 1992 el Congreso Nacional recibió el Mensaje Presidencial con la presentación del Proyecto de Ley de Bases Generales del Medio Ambiente. El 1 de marzo de 1994 se promulgó la Ley N° 19.300.

Su publicación es un hito en la Política Ambiental y su aplicación ha permitido avances importantes en la gestión ambiental del país. Ella se caracteriza por su gradualidad y realismo, que permiten considerar las condiciones de factibilidad en el mediano y largo plazo, siendo uno de los principales instrumentos para alcanzar los objetivos de la política ambiental por cuanto todos los cuerpos legales dictados con posterioridad se basan en ella.

Entre los instrumentos de gestión ambiental, el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) desempeña el papel más importante: se aplicó en forma voluntaria desde el año 1992 y se estableció con carácter obligatorio por ley en 1997. El nuevo reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (D.S. número 95/2001 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, MINISEGPRES) fue publicado en el Diario Oficial el día 7 de Diciembre de 2002.

⁶⁰ Jean Pierre Matus Acuña, Análisis Dogmático del Derecho Penal Ambiental Chileno, www.scielo.cl

Este Decreto Supremo modifica el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y se encuentra vigente a partir de la fecha de su publicación, incorporando el principio preventivo en la legislación ambiental nacional.

Desde el punto de vista de los organismos ambientales, la institución ambiental más importante en Chile es la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA), fundada en Junio de 1990 mediante el Decreto número 249 del Ministerio de Bienes Nacionales. Es la institución del Estado que tiene como misión promover la sustentabilidad ambiental del proceso de desarrollo y coordinar las acciones derivadas de las políticas y estrategias definidas por el gobierno en materia ambiental de los distintos servicios públicos.

En todo caso, como ya se señaló con anterioridad, “no existen en la ley número 19.300 ni en los otros instrumentos ambientales mecanismos de carácter penal establecidos directamente para sancionar a quienes causen un grave daño ambiental o burlen derechamente el sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, haciendo ilusorias sus finalidades”⁶¹

El sistema establecido en la Ley 19.300 solo contempla sanciones de carácter civil y de carácter administrativo.

- *En cuanto a las sanciones civiles* estas se refieren solo a daños ambientales y se enmarcan, como ya hemos dicho anteriormente, dentro del llamado sistema subjetivo de responsabilidad; lo que lo transforma en un sistema bastante deficitario en lo que a la protección de los intereses de la víctima se refiere.

- “Lamentablemente, tampoco el sistema fiscalizador de *carácter administrativo* dispuesto en el artículo 64 de la Ley número 19.300

⁶¹ Jean Pierre Matus Acuña, Análisis Dogmático del Derecho Penal Ambiental Chileno, www.scielo.cl

parece suficiente para los propósitos antes enunciados, básicamente por reducir su aplicabilidad al control del adecuado cumplimiento de las condiciones en que se autorizaron los proyectos o actividades sometidos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, dejando a las Comisiones Regionales y Nacional del Medio Ambiente impedidas de aplicar la fuerte multa que allí se dispone (hasta 500 UTM), a quienes sencillamente burlan el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental o causan graves daños ambientales no vinculados a proyectos o actividades sujetos a dicho sistema, etc.”⁶²

Solo nos referiremos a las principales normas en materia de protección de suelos, aire y atmósfera, aguas y protección de la biodiversidad y lo haremos, no solo desde el punto de vista penal, sino también civil y administrativo ya que, como quedará patente más adelante, son escasas las normas propiamente penales.

Es por lo anterior que se analizan separadamente las leyes de Pesca, Bosques y Caza, puesto que estas a diferencia del resto de la legislación si establecen tipos penales dentro de sus respectivas normas.

1. b. 1. Normas relativas a la protección del suelo

Es preciso señalar, en primer término que La ley de Bases Generales del Medio Ambiente, número 19.300, no estableció norma específica alguna que se refiera a la protección de los suelos. Solo en el artículo 39 de esta encontramos una norma bastante sucinta que señala:

⁶² Jean Pierre Matus Acuña, Análisis Dogmático del Derecho Penal Ambiental chileno, www.scielo.cl

Artículo 39: “La ley velará porque el uso del suelo se haga en forma racional, a fin de evitar su pérdida y degradación”

Ahora bien, considerando la relativa novedad de la temática, es bastante comprensible que no se cuente con un sistema integrado a nivel legal de la regulación de los suelos.

“Es evidente que la proximidad física del suelo y su fácil accesibilidad ha motivado que se convierta en el lugar donde se depositan los desechos en general, fenómeno este que se ha visto agravado en los últimos años con el continuo incremento en la generación de residuos así como el aumento en la peligrosidad de los mismos. Asimismo, el uso masivo de fertilizantes, tales como los fosfatos o el nitrato, el vertido de aguas residuales ácidas o alcalinas procedentes de industrias, puede llegar a modificar un suelo o incluso el aporte de plaguicidas o de productos radiactivos pueden ser causa de una contaminación grave del suelo, al igual que las actividades tendientes a la eliminación de los residuos”⁶³

Debemos señalar además, que en nuestro país la mayoría de las normas sobre la materia apuntan a la contaminación de los suelos en zonas urbanas, que es donde se concentran la gran mayoría de las industrias potencialmente contaminantes. Sin embargo, el DL número 3.557 sobre Protección Agrícola, al cual nos referiremos mas adelante, regula de manera expresa la situación de los establecimientos industriales, fabriles o mineros que contaminen o puedan contaminar las tierras agrícolas.

⁶³ Jean Pierre Matus Acuña, Análisis Dogmático del Derecho Penal Ambiental Chileno, www.scielo.cl

1. b. 1. 1. dentro del Código Penal

En cuanto a la protección de los suelos, no existe a este respecto un delito en nuestro Código Penal que castigue como tal la grave contaminación de los suelos o la alteración de sus propiedades, y solo de manera muy indirecta, la degradación del suelo podría, eventualmente, ser objeto de sanción vía el delito de usurpación contemplado en el artículo 462 del Código punitivo, siempre y cuando esta usurpación sea dolosa y tenga por finalidad alterar o destruir los términos o límites de una propiedad.

1. b. 1. 2. dentro del DL. Número 3.557 sobre protección agrícola

El DL 3.557 entró en vigencia con fecha 9 de Febrero de 198, quedando encargado en Servicio Agrícola y ganadero (SAG) dependiente de Ministerio de agricultura. Los artículos 9 y 11 de dicho D.S. contemplan importantes normas respecto de la protección del suelo.

Artículo 9: "Los propietarios, arrendatarios o tenedores de predios rústicos o urbanos pertenecientes al Estado, al fisco, a empresas estatales o a particulares, están obligados, cada uno en su caso, a destruir, tratar o procesar las basuras, malezas o productos vegetales perjudiciales para la agricultura, que aparezcan o se depositen en caminos, canales o cursos de agua, vías férreas, lechos de ríos o terrenos en general, cualquiera que sea el objeto a que estén destinados.

Por su parte el artículo 11, respecto del control de la contaminación preceptúa:

Artículo 11: "Los establecimientos industriales, fabriles, mineros o de cualquiera otra índole que manipulen productos susceptibles de contaminar la agricultura se

encuentran obligados a adoptar oportunamente las medidas técnicas y prácticas que sean precedentes a fin de evitar o impedir la contaminación.

Agrega el inciso 3º de este artículo 11 que “en casos calificados de contaminación, el Presidente de la República puede ordenar la paralización total o parcial de las actividades y empresas artesanales, industriales, fabriles y mineras que lancen humos, polvos o gases o que vacíen en las aguas productos o residuos que, comprobadamente, perjudiquen la salud de los suelos o causen daño a la salud, vida, integridad o desarrollo de los vegetales o animales”

1. b. 1. 3. dentro de la Convención contra la desertificación y la sequía

Es esta una Convención de las Naciones Unidas que es Ley de la República por disponerlo así el Decreto Supremo número 2.065 de fecha 13 de Febrero de 1998. Dicha convención consta de un Preámbulo y 40 artículos.

En lo pertinente a este trabajo, el artículo 1º, letra a) de la Convención señala que “por desertificación se entiende la degradación de las tierras de zonas áridas, semiáridas y subhúmedas secas resultantes de diversos factores, tales como las variaciones climáticas y las actividades humanas”.

Por su parte el artículo 2º de la Convención señala que:” El objetivo de la presente Convención es luchar contra la desertificación y mitigar los efectos de la sequía, en los países afectados por sequía grave o desertificación, en particular en África, mediante la adopción de medidas eficaces en todos los niveles, apoyadas por acuerdos de cooperación y asociación internacionales, en el marco de un enfoque integrado acorde con el Programa 21, para contribuir al logro del desarrollo sostenible en las zonas afectadas. 2. La consecución de este objetivo exigirá la

aplicación en las zonas afectadas de estrategias integradas a largo plazo que se centren simultáneamente en el aumento de la productividad de las tierras, la rehabilitación, la conservación y el aprovechamiento sostenible de los recursos de tierras y recursos hídricos, todo ello con miras a mejorar las condiciones de vida, especialmente a nivel comunitario”.

1. b. 1. 4 dentro de la Ley número 17.288 sobre Monumentos Nacionales

En Concepto del profesor Matus Acuña: “Directamente, solo podría entenderse que el artículo 38 de la Ley de Monumentos Nacionales permitiría la sanción penal de quienes degraden o contaminen seriamente los suelos de los “Santuarios de la Naturaleza”, entendiéndose que dicha contaminación sería una forma de “causar un perjuicio” a tales “monumentos naturales””⁶⁴

Efectivamente la ley número 17.288 de fecha 4 de febrero de 1970, señala:

Artículo 38: “Los particulares que destruyan u ocasionen perjuicios en los Monumentos Nacionales o en los objetos o piezas que se conserven en ellos o en los Museos, sufrirán las penas que se establecen en *los artículos 485 y 486 del Código Penal*, sin perjuicio de la responsabilidad civil que les afecte, para la reparación de los daños materiales que hubieren causado en los aludidos Monumentos o piezas”

⁶⁴ Jean Pierre Matus Acuña, Análisis Dogmático del Derecho Penal Ambiental Chileno, www.scielo.cl

1. b. 2. Normas relativas a la protección del aire y la atmósfera

1. b. 2. 1 dentro del Código Penal

Actualmente no existe en nuestro Código Penal, y en general en nuestra legislación, ningún crimen o simple delito que castigue fenómenos de grave contaminación del aire y solo se contemplan ciertas faltas en algunos numerales del artículo 496 del Código Penal:

Artículo 496: “Sufrirán la pena de multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales:

- 20: El que infringiere las reglas de policía en la elaboración de objetos fétidos o insalubres, o los arrojaré a las calles, plazas o paseos públicos.
- 22: El que no entregare a la policía de aseo las basuras o desperdicios que hubiere en el interior de su habitación.
- 29: El que en contravención a los reglamentos construyere chimeneas, estufas u hornos, o dejare de limpiarlos o cuidarlos.

Todas figuras que carecen de aplicación real y práctica, lo que implica que en los hechos no existe figura delictiva alguna que proteja la pureza del aire o la atmósfera.

1. b. 2. 2 dentro del Código Civil

Nuestro código privado se pronuncia del tema de la calidad del aire y así señala en su artículo 937 que: “Ninguna prescripción se admitirá contra las obras que corrompan el aire o lo hagan conocidamente dañoso”.

1. b. 2. 3 dentro del Código de Aguas

El inciso 2º del artículo 124, en el mismo sentido que la norma del Código Civil se pronuncia, la norma contenida en el artículo 124 inciso del Código de aguas que prescribe: “Sin embargo, ninguna prescripción se admitirá a favor de las obras que corrompan el aire o lo hagan conocidamente dañoso”

1. b. 2. 4 dentro de la Ley 3.133

Esta ley que, como veremos mas adelante, contiene normas fundamentales respecto de la calidad de las aguas, también se pronuncia respecto del aire (en similares a las normas ya citadas del Código Civil y del Código de Aguas). Así, está ley prescribe en su artículo 6º que: “Ninguna prescripción se admitirá a favor de las obras que corrompan las aguas o las a hagan conocidamente dañosas”

Además, en su artículo 2º señala que: “La neutralización de los residuos a que se refiere el inciso 1º del artículo anterior, será necesaria en los establecimientos ubicados en las poblaciones o vecindades de ellas, siempre que dichos residuos *contaminen el aire...*”

1. b. 3. **Normas relativas a la protección de las aguas**

1. b. 3. 1. dentro del Código Penal

a) En primer término, el Código Penal, tipifica algunos delitos dentro del párrafo 14, del Título VI del Libro II, que se refiere a “crímenes y simples delitos *contra la salud*

pública”, principalmente en los artículos 314, 315 y 316. En estos se regulan algunos delitos relacionados con la contaminación del agua destinada al consumo público, presumiéndose que están destinados al consumo público los comestibles, aguas u otras bebidas elaboradas para ser ingeridas por un grupo de personas indeterminadas.

Hago notar que el bien jurídico protegido no es el medio ambiente sino que la salud pública como queda claro del solo tenor literal del título del párrafo 14 que se refiere explícitamente a: “crímenes y simples delitos *contra la salud pública*”. En todo caso, indirectamente se protege de esta manera al medio natural.

Artículo 314: “El que, a cualquier título, expendiere otras sustancias peligrosas para la salud, distintas de las señaladas en el artículo anterior, contraviniendo las disposiciones legales o reglamentarias establecidas en consideración a la peligrosidad de dichas sustancias, será penado con presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales.

Artículo 315: “El que envenenare o infectare comestibles, aguas u otras bebidas destinados al consumo público, en términos de poder provocar la muerte o grave daño para la salud, y el que a sabiendas los vendiere o distribuyere, serán penados con presidio mayor en su grado mínimo y multa de veintiuna a cincuenta unidades tributarias mensuales.

El que efectuare otras adulteraciones en dichas sustancias destinadas al consumo público, de modo que sean peligrosas para la salud por su nocividad o por el menoscabo apreciable de sus propiedades alimenticias, y el que a sabiendas las vendiere o distribuyere, serán penados con presidio menor en su grado máximo y multa de seis a cincuenta unidades tributarias mensuales. Para los efectos de este

artículo, se presumirá que la situación de vender o distribuir establecida en los incisos precedentes se configura por el hecho de tener a la venta en un lugar público los artículos alimenticios a que éstos se refieren.

La clandestinidad en la venta o distribución y la publicidad de alguno de estos productos constituirán circunstancias agravantes.

Se presume que son destinados al consumo público los comestibles, aguas u otras bebidas elaborados para ser ingeridos por un grupo de personas indeterminadas.

Los delitos previstos en los incisos anteriores y los correspondientes cuasidelitos a que se refiere el inciso segundo del artículo 317, sólo podrán perseguirse criminalmente previa denuncia o querrela del ministerio público o del Director General del Servicio Nacional de Salud o de su delegado, siempre que aquéllos no hayan causado la muerte o grave daño para la salud de alguna persona. En lo demás, los correspondientes procesos criminales quedarán sometidos a las normas de las causas que se siguen de oficio.

No será aplicable al ministerio público ni a los funcionarios del Servicio Nacional de Salud respecto de estos delitos, lo dispuesto en los números 1 y 3 del artículo 84, respectivamente, del Código de Procedimiento Penal”

Este delito se agrava si se produce la muerte o enfermedad grave de una persona (artículo 317 del Código Penal); agravación que implica comprobar la relación de causalidad entre la contaminación de las aguas y la muerte o enfermedad de la persona.

Artículo 316: “El que diseminare gérmenes patógenos con el propósito de producir una enfermedad, será penado con presidio mayor en su grado mínimo y multa de veintiuna a treinta unidades tributarias mensuales”

b) En segundo lugar, se cita el artículo 459 del Código Penal, que protege más bien la mantención de los caudales antes que la contaminación misma de las aguas.

Artículo 459: “Sufrirán las penas de presidio menor en su grado mínimo y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, los que sin título legítimo e invadiendo derechos ajenos:

1. ° Sacaren aguas de represas, estanques u otros depósitos; de ríos, arroyos o fuentes; de canales o acueductos, redes de agua potable e instalaciones domiciliarias de éstas, y se las apropiaren para hacer de ellas un uso cualquiera.

2. ° Rompieren o alteraren con igual fin diques, esclusas, compuertas, marcos u otras obras semejantes existentes en los ríos, arroyos, fuentes, depósitos, canales o acueductos.

3. ° Pusieren embarazo al ejercicio de los derechos que un tercero tuviere sobre dichas aguas.

4. ° Usurparen un derecho cualquiera referente al curso de ellas o turbaren a alguno en su legítima posesión.

c) En último término, el artículo 480 del Código Penal señala:

Artículo 480: “Incurrirán en las penas de este párrafo los que causen estragos por medio de sumersión o varamiento de nave, inundación, destrucción de puentes, explosión de minas o maquinas de vapor, y en general por la aplicación de cualquier

otro agente o medio de destrucción tan poderoso como los expresados”

De los artículos transcritos queda claro, como se vera mas adelante, que a diferencia de otras legislaciones comparadas *no existe en el Código Penal de nuestro país un norma que establezca o tipifique en el Código punitivo el llamado delito ecológico*, como aquí se ha señalado reiteradamente.

1. b. 3. 2. dentro del Código Sanitario

Este se refiere en particular a las Aguas y sus Usos Sanitarios en el Libro III denominado: “de la Higiene y Seguridad del Ambiente y de los Lugares de Trabajo”, Título II: “de la higiene y seguridad del ambiente”, Párrafo I titulado: “de las aguas y sus usos sanitarios”, que contempla los artículos 69 a 76, ambos inclusive.

Las normas más relevantes respecto de la materia que nos ocupa la contienen los artículos 73, 74 75 del Código Sanitario. Estos artículos en síntesis señalan que:

- a) Prohíbe descargar aguas servidas y residuos o mineros en ríos o lagunas, o en cualquier otra fuente o masa de agua que sirva para proporcionar agua potable a alguna población o que sirva o que sirva para riego o para balneario, sin que previamente se proceda a su depuración (artículo 73);
- b) No se podrán ejecutar labores mineras en sitios donde se han alumbrado aguas subterráneas en terrenos particulares ni en aquellos lugares cuya explotación pueda afectar el caudal o la calidad natural del agua, sin previa autorización del Servicio de Salud, el cual fijará las condiciones de seguridad y el área de protección de la fuente o caudal correspondiente (artículo 74);

- c) Prohíbese el uso de aguas contaminadas para la crianza de moluscos o el cultivo de vegetales y frutas que se consumen sin cocer o crecen a ras de tierra (artículo 75).

1. b. 3. 3. dentro del Código de Aguas

El Código de Aguas contiene escasas normas sobre la protección de la calidad del agua.

Así, por ejemplo:

- El artículo 14 de dicho código obliga al titular del derecho de aprovechamiento de aguas a no contaminar las aguas que aprovecha y a devolverlas, por lo menos, con calidad similar a la que se recibió.

- Por su parte, el artículo 92 expresa:

Artículo 92: "Prohíbese botar a los canales sustancias, basuras, desperdicios y otros objetos similares, que alteren la calidad de las aguas"

Esta última solo establece sanciones de carácter administrativo que serán de cargo de las respectivas municipalidades.

1. b. 3. 4. regulación de la Ley número 3.133, sobre Neutralización de residuos provenientes de establecimientos industriales

El actual reglamento de esta ley es el Decreto Supremo número 351, de 23 de Febrero del año 1993 que deroga el anterior. Dicha ley consta de solo 9 artículos; su artículo 1º prescribe:

Artículo 1º: "Los establecimientos industriales, sean mineros, metalúrgicos, fabriles o de cualquiera otra especie no podrán vaciar en los acueductos, cauces artificiales o naturales, que conduzcan aguas o en vertientes, lagos, lagunas o depósitos de agua,

los residuos líquidos de su funcionamiento, que contengan sustancias nocivas a la bebida o al riego, sin previa neutralización o depuración de tales residuos por medio de un sistema adecuado y permanente. En ningún caso se podrá arrojar a dichos cauces o depósitos de agua las materias sólidas que puedan provenir de esos establecimientos ni las semillas perjudiciales a la agricultura”

Señala también la ley que la obligación de neutralizar los residuos señalados en el artículo 1º ya citado, es también necesaria en los establecimientos ubicados en las poblaciones o vecindades de ellas, siempre que dichos residuos contaminen el aire o puedan dañar las alcantarillas u otro sistema de desagüe en que se vacíen, y cuando no contengan sustancias nocivas a la bebida o al riego” (Artículo 2º)

Ahora bien, la ley sanciona la contravención de los artículos 1º y 2º, ya señalados, con multas de una a mil Unidades Tributarias Mensuales, en caso de reincidencia y prescribe en el artículo 4º, segunda parte, que: “Serán responsables de las contravenciones a los artículos 1º y 2º de esta ley, los empresarios o administradores que estén a cargo de los establecimientos, sin perjuicio de su derecho a repetir contra quienes corresponda”

Además, en el artículo 5º se establece una verdadera acción popular que pueden interponer las municipalidades respectivas y los particulares interesados; esto es toda persona que tenga interés en proteger el medio ambiente, ya que no se refiere solo a los particulares afectados, sino que a cualquier persona.

Finalmente, el artículo 6º consagra una norma que resulta fundamental al momento de perseguir la responsabilidad por la eventual contaminación de las aguas al expresar que: “Ninguna prescripción se admitirá a favor de las obras que corrompan las aguas o las hagan conocidamente dañosas”.

1. b. 3. 5. dentro del DL. 2.222 de 1978, Ley de Navegación

Este DL. de 31 de Mayo de 1978, contiene importantes normas en su articulado respecto del tema de la contaminación de las aguas; en particular, en su Título IX titulado “De la contaminación”, Párrafo I: “Del derrame de hidrocarburos y otras sustancias nocivas”, artículos 142 y 143. Señalase también que la autoridad a quien corresponde supervigilar el cumplimiento de tales normas es la Dirección General de Territorio Marítimo y Marina Mercante.

Señala la ley:

Artículo 142: “Se prohíbe absolutamente arrojar lastre, escombros o basuras y derramar petróleo y sus derivados o residuos, aguas de relaves de minerales u otras materias nocivas o peligrosas, de cualquier especie, que ocasionen daños o perjuicios en las aguas sometidas a la jurisdicción nacional, y en puertos, ríos y lagos”

“De la lectura de esta disposición queda claro que la intención del legislador fue la de evitar que el mar, ríos y lagos se transformen en un lugar de depósito de “lastre, escombros o basuras”⁶⁵

“Este cuerpo legal, como señaláramos precedentemente, define lo que se entiende por “sustancia contaminante”, concepto amplísimo que abarca toda materia cuyo vertimiento o derrame esté prohibido en conformidad al reglamento, y está prohibido arrojar cualquier basura, lastre o escombros u otras materias nocivas o peligrosas que puedan ocasionar daño o perjuicios a las aguas, debiendo tener claro que, por disposición del propio cuerpo legal, se presume que todo desecho o vertimiento que se arroje al agua produce “daño ecológico”, presunción legal (Art.

⁶⁵ José Manuel Borquez Yunge, Introducción al derecho ambiental chileno y comparado, página 23

144 números 4 y 5) “. ⁶⁶

Las sanciones en este caso son meramente civiles y se rigen, a diferencia del resto de la legislación, por el sistema de responsabilidad objetiva. Regula aquello el párrafo II denominado: ‘De la responsabilidad civil por lo daños derivados de los derrames de hidrocarburos y otras sustancias nocivas’, artículos 144 a 148. En tal sentido, Fernández Bitterlich señala que “estamos en presencia de la responsabilidad objetiva seguida de la solidaridad...”⁶⁷

Pero, como se aprecia, no se contemplan responsabilidades de carácter penal para casos de grave contaminación de las aguas.

1. b. 3. 6. dentro del Decreto Supremo número 609, sobre Emisión de residuos industriales líquidos

Fue dictado por el Ministerio de Obras Públicas con fecha 20 de Julio de 1998 y modificado posteriormente el año 2000 mediante Decreto Supremo número 3.592.

Dicho Decreto Supremo establece la norma de emisión para la regulación de contaminantes asociados a las descargas de residuos industriales líquidos a sistemas de alcantarillado. Fija la cantidad máxima de contaminantes permitida para los residuos industriales líquidos, descargados por los establecimientos industriales en los servicios públicos de recolección de aguas servidas de tipo separado o unitario. La norma es aplicable a todos aquellos establecimientos industriales, talleres artesanales y pequeñas industrias que descarguen sus efluentes con una carga media diaria, medida antes de toda forma de tratamiento, superior a los límites establecidos en la propia norma.

⁶⁶ Pedro Fernández Bitterlich, Manual de derecho ambiental chileno, página 284

⁶⁷ Id., página 116

Dice la doctrina que esta norma “tiene por objeto mejorar la calidad ambiental de las aguas servidas crudas que los servicios públicos receptores de ellas, vierten a los cuerpos de aguas terrestres o marítimas, mediante el control de los contaminantes líquidos de origen industrial que se descargan en el alcantarillado”⁶⁸

Agrega Fernández Bitterlich que “como principio general, los residuos industriales líquidos no podrán contener sustancias radiactivas, corrosivas, venenosas, infecciosas, explosivas o inflamables, sean éstas sólidas, líquidas, gases o vapores, y otras de carácter peligroso”⁶⁹

b. 4. Normas relativas a la protección de la biodiversidad

Según el Convenio de Naciones Unidas sobre Conservación y Uso Sostenible de la diversidad biológica, la biodiversidad es: “La variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas”

Es de esta forma que se considera a la biodiversidad formada por tres “componentes” claramente relacionados:

- la diversidad genética
- la diversidad de especies,
- la diversidad ecológica, esto es de ecosistemas a cualquier nivel geográfico.

En el mismo sentido nuestra Ley de Bases Generales del medio Ambiente que señala:

⁶⁸ Pedro Fernández Bitterlich, Manual de derecho ambiental chileno, página 282

⁶⁹ Id., página 283

Artículo 2º: “Para todos los efectos legales, se entenderá por:

a) Biodiversidad o Diversidad Biológica: la variabilidad de los organismos vivos, que forman parte de todos los ecosistemas terrestres y acuáticos incluye la diversidad dentro de una misma especie, entre especies y entre ecosistemas”

1. b. 4. 1 dentro del Código Penal

Nuestro Código Penal en su Libro II, Título VI, Párrafo IX denominado “Delitos relativos a la salud animal y vegetal”, indirectamente protege la biodiversidad y de tal manera castiga penalmente las conductas que atenten contra está en su artículo 289. Es así que la doctrina nacional señala que:

“En estas figuras es donde mejor aparece recogida la idea del castigo a la emisión indebida de un contaminante, en los términos del artículo 2 de la Ley número 19.300 (“todo elemento, compuesto, sustancia, derivado químico o biológico, energía, radiación, vibración, ruido, o una combinación de ellos, cuya presencia en el ambiente, en ciertos niveles, concentraciones o periodos de tiempo, pueda constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental”), pero únicamente referida a aquella que pone en peligro la salud animal o vegetal o el abastecimiento de la población (de productos animales o vegetales, se entiende). Sin embargo, la falta de una clara identificación de los deberes jurídicos que debieran infringirse para cometer el delito, hacen de muy difícil aplicación práctica la fórmula utilizada por el legislador; ello, sin contar con la dificultad adicional de probar la propagación de tales sustancias y, sobre todo, su capacidad

(una vez propagadas) para poner en peligro la salud animal o vegetal o el abastecimiento de la población”⁷⁰

Efectivamente, el Código Penal prescribe:

Artículo 289:” El que de propósito y sin permiso de la autoridad competente propagare una enfermedad animal o vegetal o una plaga vegetal, será penado con presidio menor en su grado medio a máximo.

Si la propagación se produjere por negligencia inexcusable del tenedor o encargado de las especies animales o vegetales afectadas por la enfermedad o plaga o del funcionario a cargo del respectivo control sanitario, la pena será de presidio menor en su grado mínimo a medio.

Si la enfermedad o plaga propagada fuere de aquéllas declaradas susceptibles de causar grave daño a la economía nacional, se aplicará la pena asignada al delito correspondiente en su grado máximo.

El reglamento determinará las enfermedades y plagas a que se refiere el inciso anterior”.

Por otro lado, en cuanto a la protección de la flora nuestra legislación solo sanciona de manera genérica su destrucción a través del delito de incendio. Al respecto contempla nuestro Código Penal una figura dolosa (artículo 576 número 3) y una figura culposa (artículos 18 y 22 de la Ley de Bosques, que serán analizados mas adelante).

Artículo 476: “Se castigará con presidio mayor en cualquiera de sus grados:

Nº 3: Al que incendiare bosques, mieses, pastos, monte, cierros o plantíos”

⁷⁰ Jean Pierre Matus Acuña, Análisis dogmático del derecho ambiental chileno, www.scielo.cl

1. b. 4. 2 dentro de la Ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente

Dentro de la Ley 19.300 se contienen diversas normas que resultan importantes para la protección de la biodiversidad en nuestra legislación. Así citaremos por ejemplo la norma del artículo 10 letra m) de la ley; respecto del cual la doctrina ha dicho que:

“Desde luego, el artículo 10 en su letra m) señala que deberán someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental en cualquiera de sus fases. Algunas de estas actividades consideradas por la ley son aquellos proyectos de desarrollo o de explotación forestales en suelos frágiles o en terrenos cubiertos de bosques nativos de dimensiones industriales, los cuales podrán someterse a Estudios de Impacto Ambiental si presentan efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, el agua y el aire, es decir; que puedan afectar los ecosistemas que conforman los bosques nativos . Esta exigencia constituye una protección a la biodiversidad presente en los terrenos cubiertos con estos. De igual manera, aunque en menor medida, si no se dan las características expresadas, estos proyectos de explotación forestal deberán someterse a una declaración de Impacto Ambiental”⁷¹

⁷¹ Pedro Fernández Bitterlich, Manual de derecho ambiental chileno, página 306

1. b. 5. **Leyes especiales**

1. b. 5. 1. **Ley de General de Pesca y Acuicultura**, número 18.892

Fernández Bitterlich expresa que “tanto en esta Ley de Pesca y Acuicultura, como en la Ley de Caza, que veremos mas adelante, el legislador sanciona como delito los daños ocasionados al medio ambiente y a la biodiversidad, situación que es necesario destacar, *a pesar de la escasa pena y a poca efectividad en su aplicación*”.

72

Efectivamente, la Ley 18.892 de Pesca y Acuicultura contiene una serie de tipos penales en su articulado que, de una u otra manera, protegen el medio ambiente, lo que la diferencia de la gran mayoría de la normativa ambiental nacional, que como hemos visto hasta ahora, rara vez sanciona penalmente las conductas dañosas al medio natural.

Así, en su Título X denominado: “Delitos especiales y penalidades”, artículos 135 a 140 establece:

Artículo 135: “El que capturare o extrajere recursos hidrobiológicos utilizando elementos explosivos, tóxicos u otros cuya naturaleza provoque daño a esos recursos o a su medio, será sancionado con multa de 50 a 300 unidades tributarias mensuales, y con la pena de presidio menor en su grado mínimo”

Artículo 136: “El que introdujere o mandare introducir en el mar, ríos, lagos o cualquier otro cuerpo de agua, agentes contaminantes químicos, biológicos o físicos que causen daño a los recursos hidrobiológicos, sin que previamente hayan sido

⁷² Pedro Fernández Bitterlich, Manual de derecho ambiental chileno, página 288

neutralizados para evitar tales daños, será sancionado con multa de 50 a 30 unidades tributarias mensuales. Si procediere con dolo, además de la multa, la pena a aplicar será la de presidio menor en su grado mínimo.

Si el responsable ejecuta medidas destinadas a reparar el daño causado y con ello se recupera el medio ambiente, el tribunal rebajará la multa hasta en un cincuenta por ciento, sin perjuicio de las indemnizaciones que corresponda”

Respecto a esta norma la doctrina ha señalado enérgicamente que:

“Con lo importante que resulta como modelo de regulación la decisión de contemplar expresamente un delito de contaminación y el castigo de quien decide la acción material (“mandar a introducir”) aún antes de ejecutarse (lo que transforma a la figura en delito de peligro), la disposición citada deviene en la practica como de muy difícil aplicación, en primer lugar, porque no contempla la figura culposa, que es la de mayor realización fenomenológica, y en segundo término, porque no se define en ella en que consiste el daño que se pretende evitar, y del cual debe probarse una relación de causalidad con la introducción del agente contaminante, cuyo nivel de neutralización para excluir la tipicidad del hecho tampoco se encuentra fijado por la ley, a pesar de que en ella, parece entenderse implícitamente que es posible la introducción de tales agentes a las aguas, siempre que previamente estén neutralizados”⁷³

⁷³ Jean Pierre Matus Acuña, Análisis dogmático del derecho ambiental chileno, página 12, www.scielo.cl

Artículo 137: “El que internare especies hidrobiológicas sin obtener la autorización previa a que se refiere el párrafo 3º del Título II de la presente Ley, será sancionado con multa de 3 a 300 unidades tributarias mensuales, y con la pena de prisión en su grado máximo.

Si además la especie internada causare daño a otras existentes, *o al medio ambiente*, se aplicará la pena aumentada en un grado.

El que internare carnada en contravención a lo dispuesto en el artículo 122, letra b), de la presente ley, será sancionado con las mismas penas y multas señaladas en los incisos precedentes. Las especies y la carnada ilegalmente internadas caerán siempre en decomiso”.

Artículo 138: “El capitán o patrón de la nave o embarcación pesquera con que se hubiesen cometido los delitos referidos en este título, sufrirá la pena de cancelación de su matrícula o título otorgado por la Dirección General de Territorio Marítimo y Marina mercante”

Artículo 139: “El procesamiento, el apozamiento, la elaboración, la transformación y el almacenamiento de recursos hidrológicos vedados, así como también el almacenamiento de productos derivados de estos serán sancionados con multa de 3 a 4 veces el resultado de la multiplicación del valor de sanción de la especie respectiva, vigente a la fecha de la denuncia o querrela, por la cantidad de producto o recurso hidrobiológico objeto de la infracción, reducida a toneladas de peso físico de recurso, y además con la clausura del establecimiento o local en que se hubiere cometido la infracción, hasta por un plazo de 30 días.

El gerente y el administrador del establecimiento industrial serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado mínimo, y personalmente con una multa

de 3 a 150 unidades tributarias mensuales.

En caso de reincidencia en las infracciones de este artículo, las sanciones pecuniarias se duplicarán”.

Artículo 140: “En el caso de reincidencia en las infracciones a que se refiere el artículo 119 de la presente ley, las personas que resulten responsables serán sancionadas con la pena de presidio menor en su grado mínimo y las sanciones pecuniarias se duplicarán”.

1. b. 5. 2. **Ley de Bosques**

En materia de especies vegetales el marco legal está dado por:

- El Decreto Ley número 656/25, más conocido como Ley de Bosques, cuyo texto modificado fue fijado por el Decreto Supremo número 4.363/31, del Ministerio de Tierras y Colonización, y cuya última modificación le fue introducida por la ley número 18.959, y por
- El Decreto Ley 701/74, sobre Fomento Forestal, cuyo texto fue reemplazado por el Decreto Ley 2565/79, y cuya última modificación data de la ley número 19.561.
- A las cuales debe agregarse, la Ley número 18.362 sobre Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas por el Estado (SNASPE)

Ahora bien, además de normativa de carácter administrativo propia de una norma de esta especie, la llamada Ley de Bosques contiene (como vimos que también lo hace la Ley de Pesca) varios tipos penales en los artículos 18, 21 y 22, además de sanciones administrativas en el artículo 23 y una prohibición en el artículo 5º cuya contravención lleva aparejada una sanción también de carácter punitivo.

De esta forma, establece la ley que:

Art. 5: "Se prohíbe:

1° La corta de árboles y arbustos nativos situados a menos de 400 metros sobre los manantiales que nazcan en los cerros y los situados a menos de 200 metros de sus orillas desde el punto en que la vertiente tenga origen hasta aquel en que llegue al plan;

2° La corta o destrucción del arbolado situado a menos de 200 metros de radio de los manantiales que nazcan en terrenos planos no regados; y

3° La corta o explotación de árboles y arbustos nativos situados en pendientes superiores a 45%.

No obstante, se podrá cortar en dichos sectores sólo por causas justificadas y previa aprobación de plan de manejo en conformidad al decreto ley N° 701, de 1974".

La contravención a este artículo 5° será sancionada con presidio menor en su grado mínimo a medio y multa de diez a veinte sueldos vitales mensuales, como lo establece el artículo 21 de esta misma ley.

Además, "la ley de Bosques concede acción para denunciar sus infracciones, de tal manera que con respecto a las infracciones del artículo 5° cualquier persona podrá ejercer una acción en nombre de la sociedad". (Fernández Bitterlich, Pág. 220)

Artículo 18: "El empleo del fuego en contravención a lo establecido en el artículo anterior y en el reglamento a que dicho precepto se refiere, será sancionado administrativamente con una multa de hasta doce sueldos vitales mensuales para empleado particular de la industria y el comercio del departamento de Santiago. Se presumirá autor de la infracción a quien, explotando el predio en su beneficio, hubiere ordenado, permitido o tolerado la preparación del roce en el cual

se produjo el incendio.

El que rozare a fuego infringiendo lo dispuesto en el artículo precedente y en el reglamento que menciona dicha disposición y a consecuencia de ello destruyere bosques, mieses, pastos, montes, cierros, plantíos, ganados, construcciones u otros bienes pertenecientes a terceros, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo a medio.

El que, fuera de los casos contemplados en los incisos 1° y 2° del presente artículo, por mera imprudencia o negligencia en el uso del fuego en zonas rurales, o en terrenos urbanos o semiurbanos destinados al uso público, provocare incendio que cauce daño en los bienes aludidos en el inciso 2°, sufrirá la pena de prisión en su grado máximo, conmutable en multa de un décimo de sueldo vital mensual para empleado particular de la industria y el comercio del departamento de Santiago, por cada día de prisión. Lo dispuesto en el presente artículo, es sin perjuicio de la obligación de indemnizar los daños causados a terceros. Se presumirá responsable de los perjuicios a la persona a quien se hubiere sancionado administrativamente de acuerdo con lo establecido en el inciso 1°.

Art. 21: “La corta o destrucción de árboles y arbustos, en contravención a lo establecido en el Art. artículo 5°, será sancionada con la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio y multa de diez a veinte sueldos vitales mensuales”.

Art. 22: “El empleo del fuego, en contravención a las disposiciones de la presente ley y sus reglamentos y siempre que de ello no se haya seguido incendio, será castigado con presidio menor en cualquiera de sus grados y multas de seis a diez unidades tributarias mensuales.

El que rozare a fuego infringiendo las disposiciones legales y reglamentarias y a consecuencia de ello D.O. destruyere bosques, mieses, pastos, montes, cierros, plantíos, ganados, construcciones u otros bienes pertenecientes a terceros o afectare gravemente el patrimonio forestal del país, será castigado con presidio menor en su grado medio a máximo y con multa de once a veinte unidades tributarias mensuales. El que fuera de los casos contemplados en los incisos anteriores, por mera imprudencia o negligencia en el uso del fuego en zonas rurales, o en terrenos urbanos o semiurbanos destinados al uso público, provocare que cause daño en los bienes aludidos en el inciso segundo, sufrirá la pena de prisión en su grado máximo y multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales. Lo dispuesto en el presente artículo es sin perjuicio de la obligación de indemnizar los daños causados a terceros”.

Art. 23: “La infracción a las disposiciones a la presente ley que no tengan señalada una pena especial, serán sancionadas administrativamente con una multa de uno a diez sueldos vitales mensuales”.

1. b. 5. 3 **Ley de Caza**

Señala la doctrina de esta ley y su modificación que “ambos textos legales constituyen un aporte, aunque modesto a la protección de la biodiversidad en Chile”

74

Esta ley, al igual que la Ley de Pesca y la Ley de Bosques, contempla de manera expresa figuras penales. De la ley de Caza ha dicho la doctrina que: “la fauna silvestre rara, protegida o en peligro de extinción encuentra una decidida

⁷⁴ Pedro Fernández Bitterlich, Manual de derecho ambiental chileno, página 307

protección penal, integrando al derecho nacional las obligaciones contraídas en el tratado CITES, en los artículos 30 y 31 de la Ley de Caza....”⁷⁵

Tales artículos establecen que:

Artículo 30: “Se sancionará con prisión en su grado medio a máximo, con multa de tres a cincuenta unidades tributarias mensuales y con el comiso de las armas o instrumentos de caza o captura, a quienes:

- a) Cazaren, capturaren o comerciaren especies de la fauna silvestre cuya caza o captura se encuentre prohibida;
- b) Comerciaren indebidamente con especies de las señaladas en el inciso segundo del artículo 22;
- c) Infringieren lo dispuesto en el inciso primero del artículo 25;
- d) Se valieren de métodos de atracción o captura, o de terceros, para proveerse animales a que se refiere la letra a), provenientes del medio natural, vivos o muertos, o de partes o productos de los mismos;
- e) Se valieren de métodos de atracción o captura, o de terceros, para proveerse animales provenientes de cotos, criaderos, centros de reproducción, de rehabilitación o de exhibición, a menos que ello constituya otro delito que tenga una pena superior;
- f) Fueren sorprendidos en actividades de caza o de captura encontrándose suspendido o cancelado el permiso correspondiente, y
- g) Fueren sorprendidos fuera de coto cazando con arma de caza mayor, sin estar en posesión de la autorización correspondiente.

⁷⁵ Marie Claude Plumer Bodin, Programa de Armonización y Sistematización de la Normativa Ambiental Chilena: 1ª Etapa, página 227

Se presumirá como autor de los delitos descritos en el inciso anterior a quien, con fines comerciales o industriales, tenga en su poder, transporte, faene o procese animales pertenecientes a las especies indicadas en la letra a) y b) del referido inciso, o partes o productos de los mismos y no pueda acreditar que su tenencia deriva de alguna de las formas que autoriza esta ley. Las pieles transformadas en prendas de vestir terminadas no se considerarán productos o partes del animal, salvo cuando tales prendas se encuentren en curtiembres, locales de transformación, confección o venta de las mismas”

En todo caso, aclaremos de inmediato que, esta disposición es fuertemente criticada por la doctrina nacional, la cual señala que el inciso final del artículo 30 de la Ley de Caza consulta una presunción de autoría de determinados delitos, cuya constitucionalidad resulta cuestionable. Supuesto, en efecto, que se esté ante una presunción de derecho, la norma sería inconstitucional por oposición con el inciso 6º del número 3 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, que no da lugar a presunciones de derecho en materia de responsabilidad penal. Supuesto, en cambio, que se trate de una presunción simplemente legal, también habría inconstitucionalidad, esta vez por trasgresión del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece que “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley” , en relación con el inciso 2º del artículo 5º de la Constitución Política de la República, que reconoce como limitación del ejercicio de la soberanía “el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” y que establece como deber de los órganos del Estado “respetar y promover tales

derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”⁷⁶

Además de los argumentos ya expuestos, debemos agregar que, resulta claramente ilegal desde el momento que viola la garantía establecida en el artículo 4º del nuevo Código Procesal Penal, ya que presume la culpabilidad en vez de la inocencia.

Como se aprecia, toda la argumentación anterior, acertada a mi juicio, conlleva a que en los hechos se dificulte enormemente la aplicación real de esta figura delictiva en comento; haciendo ilusoria de esta manera la protección penal del bien jurídico en cuestión.

Artículo 31: “Se sancionará con presidio menor en su grado mínimo a medio, con multa de cinco a cien unidades tributarias mensuales y con el comiso de las armas o instrumentos de caza o captura, a quienes cazaren, capturaren o comerciaren habitualmente especies de la fauna silvestre cuya caza esté prohibida o de las señaladas en el artículo 22”

1. c. Insuficiencia

Esta materia la analizaremos siguiendo al profesor Jean Pierre Matus Acuña, quien clasifica las insuficiencias de la legislación penal ambiental chilena en tres categorías:⁷⁷

⁷⁶ Marie Claude Plumer Bodin, Programa de Armonización y Sistematización de la Normativa Ambiental Chilena: 1ª Etapa, página 225

⁷⁷ Jean Pierre Matus Acuña, Análisis Dogmático del derecho penal ambiental chileno, página, www.scielo.cl

- 1) Insuficiencia de las disposiciones penales relativas al medio ambiente, actualmente vigentes para cumplir con las obligaciones internacionales contraídas en la materia:

En este aspecto afirma el profesor Matus Acuña que resulta obvia la inexistencia de protección penal específicamente encaminada a proteger el medio ambiente o los elementos de este y que ello demuestra el incumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por el Estado chileno en la materia, así como también de los tratados internacionales suscritos por Chile que imponen el establecimiento de delitos ambientales en la legislación nacional.

De hecho, se puede constatar:

- a) Que existe un pleno grado de cumplimiento de respecto de la obligación de proteger penalmente el medio ambiente frente a los peligros de las armas de destrucción masiva y que ello se da a través de las figuras contempladas en las leyes 18.314 (Sobre Control de Armas) y 18.302 (Sobre Seguridad Nuclear).
- b) Que en cuanto a la protección de la biodiversidad y en especial respecto de la flora y la fauna parece cumplirse con los compromisos internacionales, a través de las normas al respecto contenidas en el propio Código Penal, en la Ley General de Pesca y en la Ley de Caza.
- c) Pero que, en cambio, no existe una protección penal específica, en los términos a que obligan los Tratados y los Convenios Internacionales suscritos por Chile y que se encuentran vigentes, por no existir tipos penales específicos o porque los existentes no ofrecen un adecuado grado de protección en los términos de los

tratados o convenciones:

- respecto de la protección penal del medio ambiente antártico (no existe legislación específica en la materia. Podría eventualmente aplicarse el artículo 136 de la Ley de Pesca, en lo que dice relación con la protección de las aguas:

Artículo 136, Ley general de Pesca:

“El que introdujere o mandare introducir en el mar, ríos o lagos o cualquier otro cuerpo de agua, agentes contaminantes químicos, biológicos o físicos que causen daño a los recursos hidrobiológicos sin que previamente hayan sido neutralizados para tratar de evitar tales daños, será sancionado....”

- del medio ambiente, en particular de los suelos frente al tráfico ilícito de desechos peligrosos, y
- de las aguas, particularmente de las marinas. La Ley de Navegación (Decreto Ley número 2.222), solo establece un régimen de sanciones de carácter administrativo.

2) Insuficiencia de las disposiciones penales relativas al medio ambiente, para la prevención de fenómenos de grave contaminación ambiental:

No existen en nuestro derecho normas que, como en el derecho comparado, sancionen la grave contaminación dolosa o culpable, de los aires, las aguas y el suelo, ni tampoco los hechos que producen serios riesgos de contaminación, como los relativos tráfico ilícito de desperdicios y sustancias altamente para el medio ambiente y aún para la salud de las personas, originados tanto en el abuso de los permisos obtenidos mediante el Sistema de evaluación de Impacto Ambiental

(SEIA), como en la codicia o maldad humana o incluso en la *negligencia de quienes, realizando actividades o proyectos peligrosos para el medio ambiente, no ponen el debido cuidado que ello exige para impedir derrames de fluidos o sustancias que podrían dañar gravemente el medio ambiente y la vida y la salud humana, animal y vegetal.*

3) Insuficiencia de los instrumentos jurídicos actualmente disponibles para la sanción de quienes burlan el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental:

Teniendo presente que el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) establecido por la Ley 19.300, fija la base de la gestión ambiental en Chile, y analizando si tal mecanismo se encuentra adecuadamente protegido para su buen funcionamiento se constata que ello no es así, por ejemplo porque (solo a vía ejemplar):

- mientras en la legislación se sanciona con las penas del perjurio a quienes presenten declaraciones juradas falsas para la realización de determinados trámites o la obtención de ciertas prestaciones, quien presenta ante el SEIA una declaración jurada falsa sobre el impacto de su actividad o proyecto no está sujeto a ninguna sanción específica.
- Igual cosa sucede con la presentación de antecedentes falsos o la omisión de otros verdaderos al presentarlos a un Estudio de Impacto Ambiental, cuya falsedad u omisión no tienen una sanción penal, mientras que sí la tendrían si se tratase de antecedentes a presentar con relación a la mayor parte de las actividades sujetas al control estatal por medio de superintendencias u otros organismos

de la administración.

2.- Legislación comparada.

En este acápite solo se analiza, de manera breve y a modo comparativo, la legislación en materia ambiental existente en algunos países.

Entre los países latinoamericanos se revisa brevemente la legislación de Brasil, Argentina y Perú, con el objeto de poner de relieve el estado de nuestra legislación ambiental a nivel regional; la cual como se verá, por ejemplo, muestra una notoria deficiencia comparada con la legislación brasileña.

Asimismo, se efectúa un breve resumen de la legislaciones ambientales tanto alemana como española que dejan en evidencia el retraso notorio de nuestra legislación en esta área del derecho; sobre todo por la rigurosidad, precisión y espíritu de conjunto que muestran. Baste decir que, ambos países, han introducido la normativa penal ambiental dentro de sus respectivos códigos penales evitando así la dispersión normativa que conlleva la dictación de leyes especiales que solo terminan por carecer de organicidad.

2. a. España.

En España, la propia Constitución Española es taxativa y contiene un mandato directo en su artículo 45 párrafo 3º al establecer que:

“Para quienes violen lo establecido en el apartado anterior, en los términos en que la ley fije, se establecerán sanciones penales, o en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado “

La protección del medio ambiente a través del derecho penal puede

efectuarse mediante dos mecanismos, a saber: incorporando en el respectivo Código Penal las correspondientes figuras delictivas o bien haciendo uso para ello de leyes especiales. En esta segunda alternativa, puede dictarse una ley específica para todos los delitos que afecten al medio ambiente o bien adicionar los preceptos penales en las respectivas normas sectoriales reguladoras de medidas de protección ambiental. De entre las alternativas descritas, claramente la elegida por el legislador español ha sido la primera de ellas al igual que el legislador alemán como se verá mas adelante.

De esta forma, el año 1995 se incorporó al nuevo Código Penal español el Título XVI del Libro II, dándose con ello un paso importantísimo en la protección del medio ambiente. Dicho Título XVI esta compuesto de cinco capítulos que incluyen desde los artículos 319 a 340, ambos inclusive y se refieren a diversas materias. En este nuevo código se revisó y reestructuró figuras penales ya conocidas, teniendo para ello presente, entre otras razones, el respeto a los valores reconocidos en la Constitución Española de 1978; y, es así como, esta nueva regulación del Código Penal de 1995 incluye el medio ambiente y los recursos naturales como bienes jurídicos merecedores de tutela penal, incrementando su protección al ampliar las conductas objeto de sanción y acentuando, al mismo tiempo la gravedad de las mismas. Es así como el legislador español intervino nuevos ámbitos sociales o económicos, protegiendo bienes jurídicos y objetos hasta esa fecha prácticamente carentes de regulación penal. Es así que, uno de los aspectos más novedosos del nuevo Código Penal está constituido por un conglomerado de figuras delictivas dirigidas a la protección, desde diversos frentes, del hábitat en el que el ser humano se desenvuelve. Este hábitat humano, según entendió el legislador español de 1995, no se restringe al medio ambiente natural,

sino que se interrelaciona con aspectos culturales, estéticos y urbanísticos.

Sin embargo, se señala por la doctrina, que pese a la evidente interrelación entre los diversos factores que convergen en este denominado hábitat humano, se debe advertir la confusión entre el concepto de “medio ambiente” como bien jurídico protegido y otros como el de “calidad de vida” o “urbanismo”.

Por otra parte, cierta doctrina española cuestionó que se utilizara sanciones penales en la protección del medio ambiente, fundándose para ello en la expresión utilizada por el constituyente español en el Artículo 45 párrafo 3 que fija como remedio a la tutela del medio ambiente “las sanciones penales o, en su caso, administrativas”; argumentando que, en tal situación, el constituyente se refería a ellas con carácter excluyente y no acumulativo. Ante ello el Código Penal español de 1995 resuelve la cuestión al limitar las sanciones penales a los casos de especial gravedad.

Efectivamente, el artículo 325 del Código Penal sanciona únicamente como delito ecológico aquéllas conductas “que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales”. De tal manera, la gravedad del peligro constituye, por tanto, el elemento valorativo que ha de ser interpretado y ponderado por los Tribunales a la hora de determinar si nos encontramos ante un ilícito penal o un ilícito administrativo.

En materia de delitos ambientales la técnica mas utilizada dice relación con los delitos de peligro concreto, en los cuales se contiene en el Código Penal el núcleo central del injusto y se remite el elemento normativo del tipo a la legislación administrativa, pues se entiende que así es posible mantener una protección permanentemente actualizada y, por lo tanto, mas efectiva que el listado de conductas descritas en una ley especial.

Lo fundamental es que, en el caso del legislador español, la tutela penal se

otorga al medio ambiente como bien jurídico autónomo, que ha de distinguirse de otros valores ya protegidos por tipos penales tradicionales como la vida o la libertad.

Es esto último lo que le da su cariz propio a la legislación española y que la pone a la cabeza de las legislaciones mas avanzadas en la materia.

Un análisis particularizado de los tipos penales españoles –en particular del artículo 325- se efectúa en el Capítulo Quinto número 2 de este trabajo, y constituye el aspecto central del mismo.

2. b. Alemania

El ordenamiento penal ambiental alemán, situado en el contexto de un sistema sancionador con vocación de uniformidad y de relativa concentración, es uno de los que atiende a los planteamientos más modernos.

Mediante ley de 28 de marzo de 1980 se introdujo en el Código Penal Alemán con fecha 01 de Julio del mismo año, un nuevo título denominado “delitos contra el medio ambiente”. Posteriormente, con fecha 27 de Julio de 1994, se reformó el Código Penal nuevamente para hacer frente a los llamados delincuentes ambientales.

Es así como la legislación alemana castiga con pena de privación de libertad de hasta cinco años o multa a aquél que, sin hallarse autorizado, contamine las aguas o de cualquier otro modo altere perjudicialmente sus cualidades.

Se establece también, en referencia al supuesto anterior, la punibilidad de la tentativa y se castiga la comisión imprudente con pena privativa de libertad de hasta tres años o multa.

De tal forma y, a modo solo ejemplar, podemos citar que:

1.- Se castiga con pena privativa de libertad de hasta cinco años o multa, a aquél

que infringiendo deberes jurídico-administrativos contamine o de otra forma altere perjudicialmente el suelo, de modo que pueda resultar dañada la salud de otra persona, la fauna, la flora, las aguas u otros bienes de considerable valor, o bien en considerable extensión.

Se prevé asimismo, para los supuestos señalados, la punibilidad de la tentativa, castigándose por su parte la comisión imprudente con pena privativa de libertad de hasta tres años o multa.

2.- Se impone pena privativa de libertad de hasta cinco años o multa aquel que en una explotación, infringiendo deberes jurídico-administrativos, ocasione alteraciones en el aire que puedan, fuera del ámbito de las correspondientes instalaciones, causar un perjuicio a la salud de otra persona, los animales, las paltazas u otros bienes de considerable valor, o bien de contaminar, o de otro modo alterar perjudicialmente las aguas, el aire o el suelo.

En los mismos supuestos, se establece en caso de comisión imprudente una pena de hasta tres años de privación de libertad o multa.

3.- Con pena de privación de libertad de hasta tres años o multa, se sanciona al que con ocasión de una explotación e infringiendo los deberes jurídico-administrativos, provocare ruidos que, fuera del ámbito de las instalaciones propias de la explotación, sena aptos para perjudicar la salud de otra persona.

En caso de comisión culposa la pena es la privación de libertad de hasta dos años o multa.

4.- Se castiga con penas de hasta cinco años de privación de libertad o multa, siendo punible también la tentativa, a aquel que, sin hallarse autorizado, *maneje, almacene, deposite, deje escapar o de otro modo se desprenda, fuera de las instalaciones destinadas al efecto o infringiendo sustancialmente procedimientos al*

efecto establecidos, de desechos que reúnan algunas de las siguientes condiciones:

a.- Que contengan o puedan contener sustancias venenosas o nocivas que puedan ocasionar enfermedades contagiosas que constituyan un peligro para las personas o los animales.

b.- Que sean cancerígenos, nocivos para la reproducción o que alteren la genética de las personas

c.- Que presenten riesgo de explosión, sea inflamable o sustancialmente radiactivos

d.- Que por su clase, calidad o cantidad sean aptos para contaminar o de otro modo alterar perjudicialmente las aguas, la atmósfera o el suelo, o bien poner en peligro la vida animal o vegetal.

Queda legalmente excluida la punibilidad de los hechos cuando, al tenor de la pequeña cantidad de los desechos vertido, puedan ser descartados efectos nocivos sobre el ambiente y, en especial sobre las personas, las aguas, el aire, el suelo y los animales y plantas considerados útiles.

En suma, brevemente entre los aspectos novedosos que encontramos en el estudio de los nuevos tipos penales ambientales existentes en el Código Penal alemán, podemos señalar:

- a) Que se trata de tipos bien detallados, a pesar de que igual se acude a la técnica de la norma penal en blanco o reenvío normativo. Específicamente, se remite a la normativa de aguas, emisiones, desechos, energía nuclear, entre otras.
- b) Que realiza una importantísima distinción entre comisión imprudente y comisión dolosa.
- c) Que se castiga también la comisión en grado de tentativa.

- d) Que establece los conceptos básicos como agua, instalaciones nucleares, mercancías peligrosas o deberes jurídicos-administrativos. De tal forma se otorga, como es lógico, mayor seguridad y certeza jurídica a la regulación.

2. c. Argentina

El Código Penal argentino, vigente desde el año 1921, en su Título VII, de los delitos contra la seguridad pública, en su capítulo IV subtítulo: *“delitos contra la salud pública. Envenenar o adulterar aguas potables o alimentos o medicinas”*, da cuenta a lo largo de sus nueve artículos (200 a 208), de lo que podríamos situar como el inicio del derecho penal ambiental argentino.

Dichos artículos han sido modificados, en algunos casos, por reformas posteriores y han ido tomando su actual configuración a través de la interpretación que la jurisprudencia de los tribunales ha hecho de los mismos. Sin embargo, debemos considerar que el Código Penal argentino de 1921, al que hacemos referencia, no tutela de forma autónoma el medio ambiente sino que solo lo hace de manera indirecta, a través de la protección de bienes jurídicos adyacentes.

Considerando dicho estado de cosas, el derecho a un ambiente sano fue incluido en la Constitución Política Argentina mediante reforma constitucional en el año 1994. El texto anterior no hacía referencia al ambiente ni al desarrollo sostenible, pero sus redactores habían prestado especial atención a las características del ambiente argentino para formular el sistema federal adoptado. Sin embargo hasta dicho año aún no se habían sancionado las normas complementarias.

La mencionada reforma de 1994 incluyó en el texto de la Constitución Política de la República Argentina un nuevo derecho individual, señalando en su artículo 41 que:

"Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

"Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

"Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales.

"Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos".

Con posterioridad a dicha reforma se han presentado en Argentina en los últimos años algunos proyectos de ley que tienen por objeto incorporar sanciones penales protectoras del medio ambiente en su articulado.

Así por ejemplo, en el año 1995 se presentó el Proyecto de Ley Básica de Protección Ambiental y Promoción del Desarrollo Sustentable que consideraba en su articulado las sanciones de carácter administrativo, las derivadas de la responsabilidad civil y contemplaba también, en su sección XII, las sanciones de carácter netamente penal. Concretamente, se refería a las agravantes, al delito culposos, a las penas accesorias de inhabilitación, a la responsabilidad de las personas jurídicas, atenuantes y eximentes, la responsabilidad penal de los funcionarios y empleados públicos y las medidas cautelares (artículos 70 a 78).

Por otra parte, el Proyecto de Ley General del Ambiente de 1997, incluye en su articulado sanciones penales de forma similar al proyecto mencionado más arriba (artículo 66 a 74).

En concreto, en la actualidad el Código Penal Argentino incrimina específicamente:

- a) La usurpación de agua y la rotura y alteración de obras hidráulicas con ese fin (artículo 182)
- b) El daño que incluye implícitamente el daño al ambiente (artículo 183 y 184)
- c) El incendio, la explosión y la inundación (artículos 186 a 189)
- d) La fabricación, suministro, adquisición, sustracción o tenencia de bombas, materiales o aparatos capaces de generar energía nuclear, materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos (artículo 189 bis).
- e) El envenenamiento o adulteración de agua potable (artículos 200 y 203), pero nada dice de las demás aguas, la no potable, lo que induce a los jueces a excluir el envenenamiento o contaminación del agua que dejado de serlo.
- f) La propagación de una enfermedad contagiosa y peligrosa para las personas (artículo 202). Advirtiendo la dificultad de acreditar la responsabilidad cuando se propaga una enfermedad el código incrimina la mera propagación.

Pero dado que es difícil describir una conducta que ha de ser distinta según las circunstancias sanitarias, el código resguarda otras normas protectoras de la salud, y en tal sentido reprime:

- 1.- La trasgresión de las leyes de policía sanitaria ambiental (artículo 206)
- 2.- La violación de medidas que la autoridad adopte para impedir la introducción o propagación de una epidemia (artículo 205). En este caso la autoridad llena el vacío.

La doctrina señala que una futura reforma del Código Penal Argentino debería agrupar en un título especial a las normas aplicables ya que el comportamiento

socialmente peligroso del delincuente ambiental presenta características homogéneas. Además, se estimularía así a la jurisprudencia y a la doctrina a ir elaborando una teoría general del derecho penal ambiental.

2. d. Brasil

La historia brasileña en derecho ambiental es riquísima y goza de la ventaja de haber establecido un orden jurídico ambiental con mayor prontitud que otros países de su entorno.

Entre las primeras normas del derecho ambiental brasileño (o más bien del ámbito de la salud pública) cabe destacar la del antiguo Código Penal de 1890, que tipificaba como delito “envenenar fuentes públicas y privadas, tanques o viveros de peces y alimentos destinados al consumo”.

Actualmente, debe tenerse presente la Ley 9.605 sancionada con fecha 12 de febrero de 1998 a la que se conoce también como *Ley de la Naturaleza*.

Dicha ley infunde mayor efectividad en la protección del medio ambiente cuya integridad es derecho constitucional de todos los ciudadanos, lo hace entre otros aspectos, a través de una actualización oportuna del abordaje penal de los delitos contra el medio ambiente - incluyendo aquellas contra patrimonio histórico y artístico y la administración ambiental.

Esta ley dispone sobre las sanciones penales y administrativas derivadas de las conductas lesivas para el medio ambiente y de otras providencias y así, hace referencia a los instrumentos de infracción penal (artículo 25); al proceso penal (artículos 26 a 29); a los delitos contra el medio ambiente, más concretamente, contra la fauna (artículos 29 a 37); contra la flora (artículos 38 a 53); contaminación y otros delitos ambientales (artículos 54 a 61); y delitos contra la administración ambiental (artículos 66 a 69).

Asimismo dicha ley 9.605, regula específicamente, pero no de manera exclusiva, la responsabilidad de las personas jurídicas, que se transforma en uno de los temas más relevantes, dado que es el ámbito de la empresa o industria donde los daños al medio ambiente son más dañosos y graves. En tal sentido, según la citada ley, las personas jurídicas serán responsables administrativa, civil y *penalmente* en los casos en que la infracción sea cometida por su representante legal o contractual, o de órgano colegiado. Las responsabilidades de las personas jurídicas no excluyen a las personas físicas autoras, coautoras o partícipes del mismo hecho.

También, se ha optado por la redacción de una norma que contempla de forma puntual los diversos componentes del medio ambiente, como la flora, la fauna, contaminación y otros delitos ambientales, sin utilizar el llamado reenvío normativo. Lamentablemente, no es esta la realidad de la mayoría de los países, ya que se han inclinado por legislar un tipo penal de delito ecológico genérico.

Como se aprecia, la legislación brasileña es notoriamente más avanzada en la materia ambiental respecto del resto de los países de la región, no solo por el hecho de contemplar normas que tipifican el delito ambiental en sí mismo; sino que también la técnica legislativa utilizada les ha permitido evitar el reenvío normativo y de tal manera evitar la dictación de leyes penales en blanco, tan criticadas por la doctrina.

2. e. Perú

La legislación ambiental peruana se caracteriza, al igual que la de otros países de América Latina, por la nutrida y variada coexistencia de normas jurídicas dictadas en distintas épocas, carentes de objetivos comunes, y sin obedecer, en la mayor parte de los casos a criterios comunes y coherentes de protección ambiental.

Desde el punto de las garantías fundamentales, la Constitución Peruana asegura que toda persona tiene derecho a la paz, la tranquilidad, al disfrute del tiempo y al descanso, así como *a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida*. A partir de este derecho fundamental, el Capítulo II se refiere al “Ambiente y los recursos naturales”.

A tal efecto, se declara que: “Los recursos naturales renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento.

Mediante Ley Orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento los particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal. Esta verdadera declaración de dominio que se efectúa a favor del Estado, refleja el grado de relevancia que tiene para el constituyente peruano la protección del ambiente; dentro de lo cual juega un fuerte rol el “interés público” que reviste esta materia. Coherentemente con lo anterior, la Constitución entrega al Estado la función de determinar la “política nacional del ambiente” y de promover el uso sostenible de sus recursos naturales; imponiéndole también el deber de conservar la diversidad biológica y las áreas naturales protegidas, como asimismo, promover el desarrollo sostenible de la Amazonía mediante una adecuada legislación.

Las citadas disposiciones constituyen un sólido basamento jurídico de rango constitucional que permiten y facilitan emprender acciones tendientes a la implementación y desarrollo del Sistema de Gestión Ambiental Peruano.

Una de las normas fundamentales en defensa del medio ambiente dentro de la legislación peruana es el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, el cual tuvo como finalidad *fijar una reglamentación de carácter orgánico* en los

distintos temas que constituyen lo ambiental, y que resultan relevantes para el desarrollo de la gestión pública del ambiente. Dicho Código fue aprobado mediante ley número 25.328 de fecha 07 de septiembre de 1990.

Tal Código declara en su título preliminar denominado “Derecho a un Ambiente Saludable que:

“Toda persona tiene el derecho irrenunciable a gozar de un ambiente saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, y asimismo, a la preservación del paisaje y la naturaleza. Todos tienen el deber de conservar dicho ambiente”

Seguidamente declara, bajo el epígrafe: “Deber de proteger el Ambiente” que:

“Es obligación del Estado mantener la calidad de vida de las personas a un nivel compatible con la dignidad humana. Le corresponde prevenir y controlar la contaminación ambiental y cualquier proceso de deterioro o depredación de los recursos naturales que pueda interferir en el normal desarrollo de toda forma de vida y de la sociedad. Las personas están obligadas a contribuir y colaborar inexcusablemente con estos propósitos”

En tal contexto a continuación y, teniendo en cuenta la relevancia que jurídicamente la Constitución le asigna al tema ambiental, el Código reconoce en forma expresa que el medio ambiente y los recursos naturales constituyen “patrimonio común de la Nación” y así prescribe que “Su protección y conservación son de interés social y pueden ser invocados como causa de necesidad y utilidad públicas”. Tal Declaración de necesidad o utilidad pública permite a la Administración del estado dictar normas de carácter ambiental que regulen o restrinjan otros derechos fundamentales y por ello diversos textos legales, a partir de la Constitución, recogen este principio.

Este interés público-ambiental reconocido en el código, sobre la base del mismo principio constitucional, constituye un fundamento legal para el ejercicio de las potestades reglamentarias y resolutivas de las autoridades ambientales, las que por la vía de la tutela y resguardo de este interés pueden definir restricciones de carácter ambiental al uso de los recursos naturales.

Inicialmente este Código *asumía la tutela penal del ambiente* en el Capítulo XXI: “De los delitos y las penas”. Sin embargo, este fue derogado íntegramente, y sus disposiciones fueron trasladadas a un nuevo título del Código Penal peruano con fecha 08 de Noviembre de 1991. El Código Penal, promulgado con fecha 03 de Abril de 1991.

De tal forma, y solo a modo ejemplar, el Título denominado:

“Delitos contra la Ecología”

“Capítulo Único: Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, señala:

Artículo 304: “Contaminación del medio Ambiente”

“El que, infringiendo las normas de protección del medio ambiente, lo contamina vertiendo residuos sólidos, líquidos, gaseosos o de cualquiera otra naturaleza por encima de los límites establecidos, y que casen o puedan causar perjuicio o alteraciones en la flora, fauna y recursos hidrobiológicos, será reprimido con pena privativa de libertad, de no menor de uno ni mayor de de tres años o con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Si el agente actuó por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de un año o prestación de servicio comunitario de diez a treinta jornadas”

Seguidamente el artículo 305 se refiere a las formas agravadas de comisión, prescribiendo:

Artículo 305: “Formas agravadas”

“La pena será privativa de libertad no menor de dos años ni mayor de cuatro años y con sesenticinco a setecientos treinta días-multa cuando:

- 1.- Los actos previstos en el artículo 304 ocasionan peligro para la salud de las personas o para sus bienes.
- 2.- El perjuicio o alteración adquieren un carácter catastrófico.
- 3.- El agente actuó clandestinamente en el ejercicio de su actividad.
- 4.- Los actos contaminantes afectan gravemente los recursos naturales que constituyen la base de la actividad económica.

Sí, como efecto de la actividad contaminante, se producen lesiones graves o muerte, la pena será.....”

Y continúa luego el Código Penal Peruano describiendo una serie de conductas delictivas contra el medio ambiente, que sin duda han contribuido a una mejor protección del mismo.

CAPITULO QUINTO

EL TIPO PENAL

1.- Análisis del proyecto actualmente en trámite

Solo se analizará el proyecto presentando con fecha 3 Junio de 1998 a través de una moción de los diputados señores Aníbal Pérez Lobos, Juan Bustos Ramírez, Zarko Luksic Sandoval, Leopoldo Sánchez Grunert, Sergio Elgueta Barrientos, José Pérez Arraigada, Sergio Ojeda Uribe, Ricardo Rincón González, Francisco Encina Moriamez y Waldo Mora Longa y, cuya finalidad es tipificar el delito ambiental dentro de la legislación nacional.

El proyecto fue ingresado sin urgencia y, al cabo de varios años prácticamente no avanzado su tramitación en el parlamento.

En su primer trámite constitucional fue analizado por la Comisión de Recursos naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente de la Cámara de Diputados, pero de dicho debate aún no se da cuenta ante la sala de Cámara.

Señalan los parlamentarios (reflexiones que compartimos) que entre las motivaciones del proyecto se encuentra el hecho de que “cada vez con mas frecuencia vemos con estupor como nuestra flora y fauna nativas, así como las aguas continentales destinadas a la agricultura, a balnearios y a la bebida humana y animal son depredadas y contaminadas sin clemencia, existiendo importantes proyectos de inversión cuyas actividades productivas descansan precisamente en tal depredación y contaminación, sin tener en cuenta para nada el concepto de desarrollo sustentable, con todas las secuelas de miserias que traerán, una vez que el recurso en explotación se haya agotado, como ha sucedido ya en otras

localidades que tuvieron un auge momentáneo con la explotación de alerce, para quedar en la actualidad sumidas en la total miseria y desamparo”⁷⁸

Agregan, criticando nuestra actual Ley de Bases Generales del Medio Ambiente (tal como lo hemos señalado reiteradamente en este trabajo), que “en esta se mantienen los principios clásicos de responsabilidad subjetiva civil en materia de daño al medio ambiente, sin perjuicio de que algunos sostienen que en estos casos, y como también se ha legislado en otros países, tal responsabilidad debiera ser objetiva atendiendo al resultado material del daño causado, mas que a la intencionalidad de su autor”⁷⁹

Y, concluyen señalando, respecto de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, algo que también hemos expresado acá, en el sentido que “existe un gran vacío, pues esta ley apunta a la responsabilidad civil por el daño ambiental, pero no se tipifica el delito ecológico contra el medio ambiente como lo hacen otras leyes marco internacionales sobre el medio ambiente”⁸⁰

Pero, veamos cuál es el texto del proyecto presentado; el cual solo consta de cuatro artículos.

Artículo 1º: “El que contraviniendo gravemente las normas primarias de calidad ambiental que establecen los valores de las concentraciones y periodos máximos o mínimos permisibles de elementos, compuestos sustancias, derivados químicos o biológicos, energías, radiaciones, vibraciones, ruidos combinación de ellos, cuya presencia o carencia en el ambiente pueda constituir un riesgo para la vida o la salud de la población, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado medio a

⁷⁸ Proyecto de delito ambiental en Chile, www.bcn.cl

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ Ibid.

máximo. Si la contravención de las normas constituye un riesgo para la protección o la conservación del medio ambiente, o la preservación de la naturaleza, la pena será de presidio menor en su grado mínimo a medio.

Si dichas variaciones se producen por negligencia grave, la pena se rebajará en un grado.

En caso de reincidencia, las penas anteriormente señaladas se aumentarán en un grado.

En los casos previstos en este artículo podrá acordarse la clausura temporal o definitiva del establecimiento, pudiendo además el Tribunal disponer la intervención de la empresa, para resguardar los derechos de los trabajadores”.

Artículo 2º: “Si como consecuencia de las conductas penales descritas en este artículo, se produjera, por imprudencia grave, la muerte de una persona o afección irreversible en su salud, la pena será la de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo”.

Artículo 3º: “Si como consecuencia de la contravención de las normas de calidad ambiental, la destrucción del medio ambiente es irrecuperable, la pena prescrita en el artículo 1º será de presidio menor en su grado medio a máximo”.

Artículo 4º: “Las penas contempladas en la presente ley se impondrán sin perjuicio de otras sanciones y reparaciones que contemple la legislación vigente para las conductas descritas en los artículos anteriores”.

Ahora bien, pese a reconocer la necesidad de la legislación que se propone en el proyecto, la doctrina lo ha criticado señalando distintos alcances respecto del mismo.

Criticas al proyecto:

1.- Matus Acuña expone que una primera crítica dice relación con que “el delito que se pretende tipificar en el proyecto reseñado, *parece reducirse únicamente a la sanción de ciertos supuestos de grave contaminación ambiental, dejando fuera de su alcance la protección del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental*, por lo que resulta por sí solo, insuficiente para la adecuada protección del medio ambiente, conforme las obligaciones internacionales contraídas y la experiencia del derecho comparado”⁸¹

La crítica resulta acertada si consideramos la experiencia comparada y entendemos que la intención de tal sanción sería amparar el correcto funcionamiento de la administración pública que se expresa, en el caso chileno (entre otros aspectos), a través de su actuación en el proceso de evaluación del impacto ambiental de un determinado proyecto.

Efectivamente, la legislación comparada, en particular la legislación española, establece un tipo penal especial en el artículo 329 del código del ramo que tiene por objetivo justamente amparar el correcto funcionamiento del aparataje público.

Así, el dicho artículo 329 del Código Penal español expresa:

“Artículo 329:

1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas, hubiere informado favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes a que se refieren los artículos anteriores, o que con motivo de sus inspecciones hubieren silenciado la

⁸¹ Jean Pierre Matus Acuña, Análisis del derecho penal ambiental chileno, página 16, www.scielo.cl

infracción de leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de seis meses a tres años o la de multa de ocho a veinticuatro meses.

2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado hubiese resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia.”

Respecto de esta norma, la propia doctrina española ha dicho que se sanciona mediante ella un supuesto específico de prevaricación agravada; aclarando que el sujeto activo es (precisamente) la “autoridad o funcionario público ambiental y la ilicitud sancionada son aquellos casos en que se informa favorablemente, siempre a sabiendas de su ilicitud, la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de las industrias y actividades contaminantes recogidas en el Código Penal, o que, en el curso de sus inspecciones, silencie las infracciones de la legalidad vigente”⁸²

Como se aprecia el proyecto en trámite claramente adolece de normas protectoras del sistema legal ambiental.

En tal sentido Matus Acuña, en su estudio denominado “Análisis Dogmático del derecho Penal Ambiental Chileno”, esboza un proyecto de Ley sobre la materia en cuyos artículos 6 y 7 propone normas que justamente tienen por objeto atacar las conductas delictuales que “afectan el correcto funcionamiento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”. Normas que compartimos por considerarlas

⁸² www.Palomallaneza.com , Pág. 5

absolutamente necesarias y de las cuales, como es evidente, el proyecto de los señores parlamentarios carece.

Matus Acuña propone cuatro artículos al respecto, dos de los cuales nos parece necesario destacar, ya que estos intentan perseguir no solo a la autoridad o funcionario que prevarica sino que también a aquella persona que “presentare un Estudio de Impacto Ambiental conteniendo datos falsos u omitiendo derechamente información”.

Artículo 6:” Será castigado como autor del delito del artículo 228 del Código Penal, el funcionario público que debiendo o pudiendo conceder un permiso o pronunciarse respecto de proyectos o actividades sometidos al sistema de evaluación de impacto ambiental, concediere dicho permiso en los casos que la ley o los reglamentos respectivos no lo permitieren, o emitiera favorablemente el pronunciamiento solicitado, cuando ello no fuere legal o reglamentariamente procedente.

Con la misma pena se castigará a los funcionarios o miembros de la Comisión Nacional o Regional del Medio Ambiente, según corresponda, que, debiendo rechazar conforme a la ley o a los reglamentos el Estudio o Declaración de Impacto Ambiental de un proyecto o actividad, no lo hagan, ya sea otorgándole su aprobación directamente o dando lugar a su aprobación por el mero transcurso de los plazos a que se refieren los artículos 17 y 18 de la Ley 19.300.

La pena señalada en los incisos anteriores se aplicará, aumentada en un grado, a los funcionarios que otorguen las autorizaciones o permisos correspondientes a un proyecto o actividad cuya Declaración o Estudio de Impacto Ambiental hayan sido rechazados por la Comisión Nacional o Regional del Medio Ambiente, en su caso.

Artículo 7: “Será castigado con las penas del artículo 210 del Código penal, el que presentare un Estudio de Impacto Ambiental conteniendo datos falsos u omitiendo derechamente información relevante acerca de la predicción y evaluación del impacto ambiental del proyecto o actividad, incluidas las eventuales situaciones de riesgo, las medidas que se adoptarán para eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto o actividad y las acciones de reparación que se realizarán, cuando ello sea procedente, el plan de seguimiento de las variables ambientales relevantes que dan origen al Estudio de Impacto Ambiental, y el plan de cumplimiento de la legislación ambiental aplicable.

Con la misma pena se castigará al que presentare una Declaración de Impacto Ambiental conteniendo datos falsos u omitiendo derechamente información relevante acerca del cumplimiento con la legislación ambiental del proyecto o actividad cuya aprobación se solicita.

Se considerará también autor del delito previsto en el artículo 210 del Código penal, al que, estando obligado por ley, reglamento o resolución de la autoridad ambiental, a efectuar mediciones de los contaminantes que emitan, o monitoreos del impacto de dichos contaminantes sobre el medio ambiente y sus componentes, emitiera o mandare emitir informes falsos o sustancialmente incompletos acerca de dichas emisiones o del impacto de las mismas, con independencia de si el proyecto o actividad en que dichas emisiones se generen esté o no sujeto al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”.

2.- Una segunda crítica dice relación con las deficiencias técnicas en la redacción del proyecto en cuestión.

En tal sentido se dijo, entre otros por el Asesor Jurídico de la CONAMA, que no es posible castigar la infracción de normas de calidad ambiental, pues estas no permiten ser “infringidas”, de su sobrepasamiento por una fuente individual porque ellas definen únicamente concentraciones máximas de contaminantes en territorios y épocas determinadas, por lo que únicamente podría hacerse una referencia a las normas de emisión, que sí tienen relación con fuentes individuales de contaminantes. Pero es mas, se dijo que aún en tal caso la sola infracción de las normas de emisión, cronogramas de reducción de emisiones, paralización o restricciones referidas situaciones especiales de emergencia ambiental, se encuentra hoy en día sancionada en nuestra legislación en el artículo 56 de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, concluyendo de tal manera que para que el tipo penal propuesto sea una norma eficaz y eficiente requiere de ser adecuado a la normativa ambiental vigente.⁸³

3.- En tercer término se critica el proyecto, ya que si se los analiza de manera rigurosa se denota claramente que este carece de una descripción medianamente precisa, a lo menos, de la conducta punible, pues ya que si al tipo penal propuesto en el artículo 1º del proyecto se le retira la frase que va después de la oración “normas primarias de calidad ambiental”, se debe concluir necesariamente que el texto propuesto sería: “El que contraviniendo gravemente las normas primarias de calidad ambiental será sancionado con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo” .

⁸³ Jean Pierre Matus Acuña, Análisis Dogmático del derecho penal ambiental chileno, pagina 17, www.scielo.cl

4.- Además, se recalcó el hecho de que el proyecto, “a pesar de contener sanciones para las personas jurídicas en su artículo 1º, no pareciera hacerse cargo cabalmente del problema de en qué casos dichas personas jurídicas serían sancionables, teniendo en cuenta que, conforme a nuestro sistema punitivo, en materia penal las personas jurídicas no responden criminalmente, sino sólo sus administradores” ⁸⁴

5.- Finalmente, el Diputado Sr. Bustos, critico el hecho que el proyecto de la forma en que fue presentado carece de incentivos para la reparación del daño ambiental.

2.- Análisis de la legislación española

a) Características generales de la legislación ambiental española

El año 1995, mediante la ley 10/1995 de fecha 23 de Noviembre de dicho año, se incorporó el Título XVI del Libro II al Código Penal español, modificando de esta forma el antiguo artículo 347 bis introducido al mismo código en el año 1990, dándose de tal forma un importante paso hacia un nuevo sistema de protección penal ambiental.

Dicha modificación incluye, como expresa la doctrina española, dentro de la regulación “el medio ambiente y los recursos naturales como bienes jurídicos merecedores de tutela penal, incrementado su protección al ampliar las conductas objeto de sanción y acentuando, al mismo tiempo la gravedad de las mismas”. Y agrega que de esta forma “la tutela se otorga al medio ambiente como bien jurídico

⁸⁴ Ibid.

autónomo, que ha de distinguirse de otros valores ya protegidos por tipos penales tradicionales, como la vida humana o la salud pública”.⁸⁵

Dicho Título XVI se denomina “De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”, y está integrado por cinco capítulos, que comprenden desde el artículo 319 al artículo 340, ambos inclusive:

- El Capítulo I viene referido a los delitos contra la Ordenación del Territorio (artículos 319 y 320);
- el Capítulo II está dedicado a los delitos contra el Patrimonio Histórico (artículos 321 a 324);
- el Capítulo III lleva por título “De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente” (artículos 325 a 331), y es el que regula los delitos contra el medioambiente propiamente tal; capítulo que como expresé anteriormente incorporó importantes novedades que implicaron un avance significativo respecto del sistema existente hasta ese momento;
- El Capítulo IV se refiere se titula “De los delitos relativos a la protección de la flora y fauna” (artículos 332 a 337), y
- El Capítulo V que se refiere a las disposiciones comunes aplicables a los capítulos anteriores (artículos 338 a 340).

En España, hasta la entrada en vigencia de las normas que hemos señalado, primero en 1990 a través del artículo 347 bis y luego en el año 1995 a través de toda la regulación que hemos descrito, la protección penal del medio ambiente se había caracterizado por su deficiente regulación.

⁸⁵ www.palomallaneza.com, Pág. 1

De los muchos comportamientos que tienen incidencia grave sobre el medio ambiente muy pocos se consideraban como delitos (contaminación, incendios forestales, riesgo nuclear y contravención de reglas de seguridad con sustancias peligrosas), y los pocos que había tipificados como tales estaban dispersos en diversos capítulos del Código Penal e incluso en leyes especiales, y las penas previstas eran llamativamente bajas, lo que hacía ilusorio su posible efecto disuasivo.

Pero, con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/95, de 23 de noviembre, la regulación de los delitos ecológicos cambio sustancialmente, y de tal forma varias conductas gravemente atentatorias contra el medio ambiente están tipificadas ahora como delitos y las penas previstas para estos delitos, y especialmente las de prisión, aumentaron hasta un punto adecuado y suficiente.

Sin embargo, cierta doctrina señala que el panorama de los delitos ecológicos se complejizó demasiado, ya que ahora son muchos más los tipos penales que se debe considerar y, además, tradicionalmente el Código Penal español, había autodefinido, con características muy delimitadas, lo que eran las conductas delictivas como por ejemplo en el caso del robo o el hurto; en cambio, bajo la actual regulación de los delitos ecológicos, es sin duda todo más complejo y está más reglamentado, de manera que para definir las acciones tipificadas como delito es preciso acudir o apoyarse en otras disposiciones legales de tipo administrativo a las que se remiten los tipos en cuestión y, que conllevan generalmente a la problemática de las leyes penales en blanco.

Aclarado lo anterior, preciso que solo se analiza acá el tipo básico descrito en el artículo 325 del Código Penal español y las formas agravadas del artículo 326.

b) Análisis del tipo básico del artículo 325 del Código Penal Español

Señala el Código Penal:

Artículo 325: “Será castigado con las penas de prisión de seis meses a cuatro años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años el que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, o las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, con incidencia, incluso, en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas, la pena de prisión se impondrá en su mitad superior”.

Por lo tanto, la ley castiga con las penas ya señaladas al que contraviniendo las leyes otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente provoque o realice directa o indirectamente:

- emisiones
- vertidos
- radiaciones
- extracciones
- excavaciones
- aterramientos
- ruidos
- vibraciones

- inyecciones
- depósitos
 - en la atmósfera
 - suelo
 - subsuelo
 - aguas terrestres, marítimas o subterráneas
- captaciones de aguas

“que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales”.

Y más aún, expresa en su parte final que *si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas se impondrá la pena en su mitad superior*, haciendo en tal caso más gravoso el castigo para el agente.

Pero, como precisa la doctrina “estas acciones sólo constituirán delito si se realizan en contravención de las leyes u otras disposiciones de carácter general y si son susceptibles de perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales”⁸⁶ Expresa además la misma doctrina, que “el artículo 325 establece una dualidad de supuestos: el equilibrio de los sistemas naturales y de las actuaciones que puedan perjudicar gravemente el mismo, y la salud de las personas y el riesgo de las acciones que puedan poner en peligro las mismas”⁸⁷ Para concluir que, el artículo 325 “exige la gravedad del peligro concreto, que, como es evidente, introduce un elemento de relatividad e inseguridad jurídica que obligará al juez a realizar lo que se

⁸⁶ www.palomallaneza.com. Pág. 1

⁸⁷ Ibid.

denomina un “juicio de peligro”, sobre todo en los supuestos en que no se haya llegado a producir un resultado más allá de la propia puesta en peligro”⁸⁸

Respecto a esta figura y, en virtud de lo anteriormente señalado, es preciso dejar en claro que, como señala Sharp citado por Connelly, se trata de un delito de riesgo o de peligro de modo que “...no es necesario causar daño efectivo para que para ser merecedor de la sanción penal, es decir, no es necesario el daño para castigar al sujeto activo, sino que este tipo se satisface sólo con la puesta en peligro del bien jurídico tutelado....”⁸⁹

No entraremos acá en la discusión que se da en torno a los delitos de peligro, ya sean abstractos o concretos, sino que solo diremos, a modo de comparación con nuestra realidad nacional que, como expresa Matus Acuña, no parece aceptable a priori “la crítica contra el establecimiento de los delitos de peligro en esta materia, pues, en primer lugar, no está puesta en duda seriamente la constitucionalidad de los delitos de peligro, sino solo su conveniencia. Y es un hecho que, tratándose de determinadas materias donde no resulta en absoluto conveniente esperar el resultado lesivo para su castigo penal, la vía adecuada es el establecimiento de delitos de peligro, tal como sucede con los delitos relativos a la salud pública, de envenenamiento de aguas o diseminación de gérmenes patógenos (artículos 315 y 316 del Código Penal), respecto de los cuales la producción de resultados lesivos para la vida o la salud de personas determinadas opera sólo como agravante de la figura de peligro básica”⁹⁰

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ “El delito Ecológico en el derecho comparado, Pág. 6, www.bcn.cl

⁹⁰ Jean Pierre Matuz Acuña, Análisis Dogmático del derecho penal ambiental chileno, pagina 19, www.scielo.cl

Expuesto lo anterior, diremos que hasta la entrada en vigor de la norma transcrita, el artículo 347 bis del antiguo Código Penal español castigaba el denominado “delito ecológico”, sancionando a quien provocare o realizare emisiones o vertidos. La acción definida con estas expresiones de emisiones o vertidos comprendía tanto la contaminación de la atmósfera como la del suelo o las aguas, así como la deposición o vertido de sustancias más sólidas que, si bien no tenían efecto contaminante, sí ocupaban o alteraban el medio natural y producían por tanto un impacto ecológico.

El hecho que las conductas antiecológicas que se castigaba penalmente solo se redujesen a estos supuestos, provocó innumerables críticas tanto de la doctrina penal como de las asociaciones ecologistas españolas, que reiteradamente solicitaban la incorporación al ámbito penal de otros comportamientos, entre los cuales se encontraban aquéllos que implican la utilización y alteración abusiva de los recursos naturales.

Ahora, como ya se ha dicho, el nuevo Código Penal ha amplió los supuestos de hecho de aquel ya derogado artículo 347 bis, introduciendo, como se ve en esta nueva redacción, nuevos supuestos de contaminación.

Pero ¿Qué entiende por contaminación el ordenamiento español y, en concreto, que entiende por contaminación del agua, del aire y por contaminación radiactiva?

Para responder a ello, en el marco regulatorio español, debemos señalar que el legislador español se ha preocupado de dictar leyes especiales que permiten en cada caso saber exactamente lo que debemos entender por tal o cual tipo de contaminación:

- Así, la Ley 28/85, de Aguas define la contaminación del agua señalando que esta es “la acción y el efecto de introducir materias o formas de la energía, o inducir condiciones en el agua que, de modo directo o indirecto, impliquen una alteración perjudicial de su calidad en relación con los usos posteriores o con su función ecológica”.
- Por su parte la Ley 38/72, de Protección del Ambiente Atmosférico, define la contaminación del aire como “la presencia en el aire de materias o formas de energía que impliquen riesgo, daño o molestia grave para las personas o bienes de cualquier naturaleza”, y
- Finalmente, el Real Decreto 1753/87 define la contaminación radiactiva como “la presencia indeseable de sustancias radiactivas en una materia, una superficie, un medio cualquiera o en una persona”.

Ahora bien, en lo que se refiere a los nuevos supuestos de hecho a los que hicimos referencia y que constituyen alteraciones del medio físico, estos quedan cubiertos en este artículo 325 y consisten, como se expuso mas arriba, en:

- *extracciones o captaciones* de agua de cualquier cauce regular como ríos, canales, pozos, marismas, pantanos o zonas húmedas.
- *extracciones o excavaciones*, como hacer hoyos o cavidades en el suelo de la tierra, minerales o rocas, que puede suponer remover el subsuelo o eliminar el manto fértil del suelo.
- *aterramientos* consistentes en volcar o arrojar tierra o en hacer terrazas que también suponen movimientos de tierras.

- *depósitos como* poner, colocar o dejar algo en algún sitio que supone cubrir o echar cualquier materia sólida (si fuera líquida sería un vertido), peligrosa o no, en el suelo el subsuelo o las aguas ocupando pues un espacio determinado y alterando sus condiciones naturales. Se incluirían aquí, entre otros supuestos, vertederos ilegales, estériles de minería o industria o aterramiento de zonas húmedas.

- *inyecciones* (introducir a presión gas o líquidos) se entiende que en el subsuelo (si fuera en el agua podría calificarse de vertido y en la atmósfera de emisión).

- *vibraciones* (movimientos u oscilaciones de un cuerpo elástico o sus partículas) producidas por algún medio exterior a él.

Por otro lado, en cuanto al medio físico potencialmente contaminado o alterado, podemos decir que este es, en general, cualquiera, ya que el texto del artículo 325 se refiere a “*atmósfera, suelo, subsuelo o aguas terrestres, marítimas o subterráneas*”. Antes, en todo caso, el artículo 347 bis, también era omnicompreensivo, pero ahora se agregó el término “subterráneas” para despejar las dudas a las que conllevaba la anterior legislación.

En cuanto al resultado de la conducta típica, este es otro de los requisitos del tipo del artículo 325, e implica que resulta necesario que alguna de estas conductas descritas “puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales”. En torno a ello, el antiguo artículo 347 bis, se refería a que las conductas pudieran perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles. Por lo que, como se ha expresado anteriormente, el resultado del delito ecológico es el resultado de peligro y no de lesión; así, el resultado del delito ecológico no es el daño ecológico, sino la posibilidad de éste se produzca.

Respecto a lo anterior, esta nueva redacción ha llevado a un cierto sector de la doctrina española a sostener que la redacción antigua era más amplia, en el sentido de que abarcaba un mayor número de situaciones, estados o condiciones del medio natural y de los cultivos, ya que al haberse acudido ahora a la expresión “equilibrio de los sistemas naturales” podría, señalan, llevar a reducir o limitar las situaciones de protección, pues utilizando una interpretación restrictiva de esta frase tan ambigua algún tribunal podría exigir, para que exista delito ecológico, un peligro de ruptura del equilibrio del ecosistema, lo que resultaría muy difícil de determinar.

Ahora bien, tratándose, como se dijo anteriormente, de un delito de peligro se hace necesario a la hora de acreditar la responsabilidad del sujeto activo acreditar con pruebas, no la existencia de un daño para el medio ambiente, sino la existencia concreta de un peligro para dicho medio.

Pero además, se exige otro elemento necesario para la configuración del delito que comentamos, cual es que las emisiones, vertidos, etcétera, tienen que realizarse como señala el artículo 325 “*contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente*”. Y, es justamente este requisito del tipo el que configura a este delito ecológico como una norma penal en blanco, o dicho de otra manera que exige, para que exista el tipo penal, la infracción de la normativa administrativa (y de esta manera la legislación española no hace más que seguir la tendencia mayoritaria en la legislación comparada en tal sentido)

En cuanto al sujeto activo del delito “son las personas físicas o jurídicas que realicen la acción típica, siendo imputables, en el caso las personas jurídicas, sus administradores de hecho o de derecho (artículo 31 del Código Penal)”⁹¹

⁹¹ www.palomallaneza.com. Pág. 2

En lo que respecta al sujeto pasivo, este “puede ser aquella persona o entidad titular del bien jurídico atacado con la conducta típica” e incluso “se podría afirmar que la propia colectividad o la sociedad en su conjunto son el sujeto pasivo de estos peculiares delitos” ⁹²

Ahora bien, en lo que se refiere a la comisión por omisión u omisión impropia, esta se va a producir “cuando aquel que tiene el deber de controlar las fuentes de riesgo que están bajo su responsabilidad y dominio directo no evita el peligro para el medio ambiente. Tal vez la omisión sea la forma más frecuente de comisión de los delitos de los delitos medioambientales” ⁹³

Y, en relación con lo anterior, ¿Qué pasa con lo relativo al dolo o culpa del sujeto activo?

Respondiendo a ello, señalaremos que en este aspecto el Código Penal español está informado por el principio de la culpabilidad en virtud de lo prescrito en el artículo 5º que señala: “No hay pena sin dolo ni imprudencia”. Lo anterior supone, por tanto, que las conductas típicas descritas, la infracción administrativa y el posible perjuicio grave al equilibrio del sistema natural, debe ser imputado al sujeto activo a título de dolo o imprudencia. El problema es que, en la generalidad de los casos, nos encontramos ante supuestos de dolo eventual, ello debido a la dificultad que supone la prueba del dolo directo en este tipo penal. Aclaro que con el dolo eventual hago referencia a aquellas conductas en que el sujeto activo del delito no quiere causar perjuicios al medio ambiente, aunque sabe que con su conducta puede perjudicarlo, y pese a ello y de todas formas las realiza. En todo, desde el punto de vista de la

⁹² Ibid.

⁹³ Ibid.

pena la comisión a título de dolo directo o de dolo eventual lleva aparejada la misma consecuencia punitiva.

Expuesto latamente lo anterior, queda claro que los requisitos necesarios para que exista el delito ecológico definido en el artículo 325 son:

1.- Provocar o realizar algunas de las conductas de contaminación o alteración del medio ya descritas.

2. Producir un peligro o riesgo grave para los ecosistemas o la salud.

3. Contravenir las normas de protección ambiental.

c) Tipos agravados

En cuanto a los tipos agravados, estos están contemplados principalmente en el artículo 326 y, además, en la circunstancia agravante de la pena impuesta en el artículo 325 en el caso de grave perjuicio para la salud de las personas.

Señala el Código:

Artículo 326: "Se impondrá la pena superior en grado, sin perjuicio de las que puedan corresponder con arreglo a otros preceptos de este Código, cuando en la comisión de cualquiera de los hechos descritos en el anterior concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Que la industria o actividad funcione clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones.

b) Que se hayan desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de las actividades tipificadas en el anterior.

- c) Que se haya falseado u ocultado información sobre los aspectos ambientales de la misma.
- d) Que se haya obstaculizado la actividad inspectora de la Administración.
- e) Que se haya producido un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico.
- f) Que se produzca una extracción ilegal de aguas en período de restricciones”

Ahora bien, este artículo 236 que acabamos leer contempla distintos tipos agravados:

- a) conductas clandestinas de desobediencia u obstaculizadoras

En tal caso, se aplica la pena superior en grado a aquellas empresas o industrias que, o bien funcionen clandestinamente sin haber obtenido la autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones, o bien hubieren desobedecido órdenes expresas de la administración, de corrección o suspensión de las actividades recogidas en el tipo básico; igualmente cuando hayan falseado u ocultado información sobre aspectos medioambientales de su actividad; o bien hayan obstaculizado la labor de inspección de la administración.

Queda claro por tanto, que lo que se sanciona es la actitud renuente de la empresa ante la actividad fiscalizadora de la administración y, por ello lo que la norma sanciona es el funcionamiento ilegal de la empresa, ya sea porque este es clandestino, desobediente, falso u obstaculizador.

b) riesgo de deterioro irreversible o catastrófico

Acá lo que determina la existencia de este tipo agravado es un elemento valorativo: el riesgo de deterioro irreversible o catastrófico, por lo cual en última instancia será en extremo relevante la labor de la judicatura a través de la interpretación que esta efectúe de tal riesgo.

c) extracción ilegal de aguas en periodo de sequía

Es este un subtipo novedoso en la regulación del tipo ecológico y, corresponde a la modalidad agravatoria que se deriva de las captaciones de agua que se recogen en el tipo básico (artículo 325). De tal manera, cuando la captación de agua se produce en un lugar y durante un periodo de restricción, dicha captación se encuadraría dentro de este subtipo agravado.

d) Las sanciones de los delitos ecológicos en el derecho español y la diferenciación entre y compatibilidad entre sanciones administrativas y sanciones penales

La mayoría de los delitos ecológicos implican la pena de prisión. En el antiguo Código Penal Español las penas privativas de libertad estaban clasificadas en reclusión, prisión o arresto. En el nuevo código del año 1995 esta clasificación se ha reducido a prisión y arresto de fin de semana.

La de prisión se divide a su vez en grave (superior a 3 años) y menos grave (de 6 meses a 3 años). La mayor parte de los delitos ecológicos tienen asignada esta pena desde los 6 meses que es el mínimo hasta 2, 3, 4 o incluso 9 años en algunos supuestos.

Con carácter general para cualquier pena de prisión prevista en el Código, el artículo 80 y siguientes establecen la posibilidad de que los Jueces o Tribunales puedan suspender la aplicación de las penas privativas de libertad, siempre que el condenado haya delinquido por primera vez y que la pena no sea superior a 2 años.

Por otra parte, lamentablemente a juicio de la doctrina española, el artículo 88 permite que se puedan sustituir las penas de prisión que no excedan de un año por arresto de fin de semana o multa, atendiendo a las circunstancias del reo y a la naturaleza del hecho delictivo. Excepcionalmente, también se podrán sustituir las que no excedan de 2 años. Pero, estas normas que, en algunos casos, pueden ser muy adecuadas para adaptar la sanción penal a determinadas circunstancias sociales, puede resultar en una pésima señal para una parte de la delincuencia ambiental que es de la denominada de cuello blanco, ya que para la mayoría de los delincuentes contra el medio ambiente (en muchos casos empresas del sector industrial) la pena de multa, por la que se puede sustituir, como hemos visto, la de prisión, no tiene ningún efecto disuasivo, ya que en la mayoría de los casos la pueden abonar sin dificultad.

En cuanto a la pena de multa, esta está presente en casi todos los delitos contra el medio ambiente y consiste en la imposición al condenado de una sanción pecuniaria por el sistema de días-multa.

Ahora bien, por otro lado, en lo que respecta a la diferenciación entre sanciones administrativas y penales, como señala la doctrina “en virtud del principio de intervención mínima, que reserva la sanción penal para los atentados que ponen el bien jurídico protegido en grave riesgo, es necesario, en el caso de los delitos ambientales y de ordenación del territorio, mantener una relación adecuada entre la

sanción penal (protección frente a las agresiones mas graves) y la sanción administrativa (protección ordinaria)”⁹⁴

Y agrega la misma doctrina que “para solucionar la cuestión práctica de compatibilidad o incompatibilidad entre sanción jurídico-penal y jurídico-administrativa hay que aplicar el principio”nos bis in idem” que garantiza, en la practica, que no se produzca una doble imposición de sanciones por un mismo hecho”⁹⁵

Señalase finalmente que, la mayoría de la jurisprudencia apunta que “solo serán compatibles la sanción penal con la sanción administrativa cuando una y otra vengan impuestas por diferentes hechos o bien se trate de la tutela de intereses públicos también distintos...”⁹⁶

e) La prueba en los delitos ecológicos

Este es uno de los aspectos que resultan, sin duda, fundamentales a la hora de pesquisar adecuadamente las conductas delictuales que se llevan a cabo sobre el bien jurídico medio ambiente.

Lamentablemente, dado que estamos en presencia de un delito de peligro y, además, por las características propias de estas acciones delictuales, resulta generalmente en extremo dificultoso acreditar la responsabilidad del agente.

En este sentido, nos enfrentamos básicamente a dos inconvenientes:

⁹⁴ www.palomallaneza.com. página 6

⁹⁵ Ibid.

⁹⁶ Ibid.

1.- En primer lugar, la acusación normalmente se encontrará con el inconveniente de demostrar la relación entre la acción y el resultado producido. Es precisamente por ello que, en la experiencia comparada, son innumerables las sentencias absolutorias en esta materia; lo que tiene lugar porque en los delitos de peligro, como es el caso del delito ambiental, para constatar o probar si una conducta provocó un resultado peligroso u originó un riesgo, tendremos que observar la realización de una acción potencialmente lesiva o dañina. Pero, precisamente, esa es la dificultad, ya que resulta muy difícil demostrar la puesta en peligro del bien jurídico protegido, si no es como sucede en algunas ocasiones en que la acción va acompañada de elementos externos que la delatan, como humos, olores u otros que facilitan la prueba de la conducta lesiva.

Por otro lado, otro de los problemas que se plantean en la búsqueda de la relación de causalidad en los delitos contra el medio ambiente es el de la “autoría accesoria”, supuesto este que se da cuando el resultado típico prohibido por la ley tiene lugar por la concurrencia de varios autores que no se han concertado previamente para la realización de la conducta típica. En estos casos, cada una de las acciones individuales, dada su baja lesividad, no constituirá delito. En este caso, la jurisprudencia comparada es unánime en señalar que ante la falta de acuerdo de los sujetos que realizan la acción, cada autor solo debe responder penalmente de manera individual por su acción.

2.- En segundo término, la toma de muestras del vertido y, que servirán como prueba durante el proceso penal son tomadas generalmente de manera irregular, y lo que es aún más grave la prueba no podrá rendirse directamente en el juicio oral y, el Tribunal de Juicio Oral (en el nuevo procedimiento), solo contará con la apreciación de los peritos para valorar los hechos; lo que evita que en estas materias

opere adecuadamente el principio de la inmediatez; teniendo presente en tal sentido que de acuerdo al nuevo procedimiento penal la prueba solo se produce en el juicio mismo y como sabemos únicamente pueden considerarse como pruebas las practicadas en el acto del juicio oral según los principios igualdad, contradicción, publicidad e inmediación, principio este último que, como ya señalamos, se verá enormemente restringido en la práctica.

Así, por ejemplo en el derecho español, podemos citar un importante fallo pronunciado respecto del entonces artículo 347 bis, hoy artículo 325, ya analizado. Se dijo allí por parte de la Sala Segunda del Tribunal Supremo Español que “el delito medioambiental regulado en el artículo 347 bis del Código Penal, es un delito de “peligro hipotético”, que requiere de que el vertido, además de prohibido, ha de ser peligroso para el medio receptor, lo cual exige acreditar en qué medida afectó al medio y cómo influyó allí existentes. Y en el caso que se juzga no se probó las características del vertido, ni su duración ni en qué forma repercutió sobre la composición de las aguas del río”.

CAPITULO SEXTO

Normas Penales en Blanco

En la regulación penal de los delitos ambientales se utiliza la técnica del reenvío normativo, lo que quiere decir que, en el respectivo Código Penal no se especifica cuáles son las conductas que constituyen delito, sino que se establece que la vulneración de normas administrativas ambientales -cuando lo sean con carácter grave- pasarán, de ser infracción administrativa, a constituir delito.

Así que podemos conceptualizar a la norma penal en blanco señalando que “es aquella que determina la sanción frente a determinadas acciones u omisiones a las que bajo ciertos supuestos se impondrá, pero encargando la precisión de esos supuestos a una norma distinta”.

De acuerdo a lo dicho anteriormente, para catalogar una actividad ilícita como delito o como infracción administrativa, tendremos que saber entonces si esa conducta ha generado o no un peligro grave para la salud de las personas o para el medio ambiente.

Independientemente de la posición doctrinaria respecto a estas normas, uno de los problemas respecto a ellas radica en que catalogar de grave un peligro es una tarea enormemente valorativa, en la que, por supuesto, intervienen las concepciones personales y la sensibilidad del juez hacia la materia, con la carga de inseguridad jurídica que ello trae aparejado.

A ello debemos agregar, además, que la dispersión, complejidad, falta de coordinación y la pluralidad de fuentes normativas hacen aún mas confuso todo este panorama.

Asimismo, existe la posibilidad que no haya una norma concreta a la que

remitirse, con lo cual, aunque se produjera el daño, al no vulnerarse una disposición administrativa en particular, no habría forma de sancionar penalmente (y tampoco administrativamente) la conducta dañosa.

Y, justamente una de las mayores críticas que se ha realizado en torno a los “delitos contra el medio ambiente”, es que, como ya señalamos, su estructura se encuentra dependiendo de otras leyes, lo cual (además de los problemas ya reseñados mas arriba) se ha tachado de poco técnico, así como totalmente ajeno al derecho penal, en virtud de que el juez debe rellenar el tipo penal mediante la calificación de la infracción administrativa que se encuentra como elemento del tipo.

Se argumenta que el reenviar el contenido de los tipos penales a leyes administrativas, lejos de proporcionar mayor claridad genera un desconocimiento, pues la regulación administrativa, específicamente la relativa al medio ambiente, se caracteriza (como ya se ha dicho reiteradamente) por ser un sector del derecho especialmente difuso, ya que está integrado por diferentes normas que van desde leyes hasta circulares, pasando por las normas técnicas y los reglamentos.

Pese a todas las críticas ya señaladas a estas normas y, aún teniendo presente, los problemas técnicos y hasta constitucionales que ellas podrían acarrear, la mayoría de la doctrina -postura que compartimos- afirma que es inevitable recurrir a las leyes penales en blanco en materia ambiental si se desea que el proceso normativo en esta materia sea armónico e integrado; especialmente, si tenemos en cuenta, una adecuada y permanente aplicación de tales normas y también si se desea evitar el desfase entre la norma de rango legal, relativamente estática e inamovible, y las políticas ambientales y normas administrativas de mas dinámica evolución y flexible ajuste en el tiempo.

En principio, el criterio debiera ser intentar la construcción del tipo penal sin remisión a otras normas, con una descripción de la conducta punible y sus

circunstancias en forma completa y acabada y solo utilizar el tipo penal en blanco en aquellas figuras en las que sea inevitable recurrir a ella. Y eso sucederá, en primer término, por la complejidad de los supuestos de hecho de la acción típica (como por ejemplo: cambios en el tiempo) o, en segundo término, porque deba amenazarse con la misma pena a conductas normadas orgánicamente en otros textos legales extrapenales.

En general, en el derecho ambiental comparado, la mayoría de las legislaciones se nutre de normas en blanco, ya que en la descripción del hecho punible –reiteramos- se remite a otras normas, fundamentalmente administrativas. Es en tal aspecto –esta remisión a la que hacemos alusión- que se dice que la norma penal en blanco viene a suponer, de hecho una delegación de la potestad legislativa en materia penal. Se critica fuertemente el hecho de dejar la norma penal en manos, no solo de un legislador al que, en muchos casos le es necesario un quórum menor, sino que incluso del poder ejecutivo, del gobierno, de la administración, lo que puede constituir todo un riesgo en la necesaria coherencia que deben tener las políticas públicas en esta materia tan sensible.

Por lo tanto, existen posturas a favor y en contra de las normas penales en blanco en materia ambiental:

1.- Opiniones contrarias al empleo de la norma penal en blanco en este contexto

Resumiendo sus argumentos principales, podemos destacar:

- Implican una grave inobservancia de las exigencias de seguridad y certeza jurídicas que presiden la tipificación en materia penal.

- Es inadmisibles que las normas que completan la figura típica sean generalmente de menor rango legal.
- Genera problemas en la relación derecho penal versus derecho administrativo, ya que conduce a pensar que, más que castigar la lesión del medio ambiente, se responde a la desobediencia a una decisión de la administración.
- Teniendo en cuenta la abundancia, y a menudo confusión, de la normativa administrativa al respecto, puede que esta no responda a la premisa de tipificar las conductas más gravemente dañosas o peligrosas para los bienes jurídicos que corresponderían al derecho penal.
- Se concede al principio de legalidad una flexibilidad incompatible con la esencia del mismo, generando inseguridad jurídica para el ciudadano, ya que su conducta será, de esta forma, punible o no dependiendo de la voluntad del ejecutivo de turno.
- Se rompe el principio fundamental de división de poderes -o de manera mas apropiada de funciones-, dado que el ejecutivo, de esta manera, asume tareas propias de la función legislativa.

2.- Opiniones favorables al empleo de la norma penal en esta materia

Entre sus argumentos principales, podemos destacar:

- Son perfectamente admisibles siempre que sean observadas las reglas generales en materia de tipos penales en blanco; ello es que

- se trate de un simple complemento técnico y ejecutivo de la ley penal.
- Las leyes penales en blanco son convenientes y necesarias, aunque puedan estar al borde del principio de legalidad.
- La remisión de la norma administrativa solo servirá para precisar los contornos específicos -lo que jamás podría hacerse por ley- y el injusto estará debidamente precisado en el tipo legal, lo cual evitará que se plantee el un problema de constitucionalidad.
- Se plantea también que -tesis de la inevitabilidad- (tesis a la que adscribimos), ellas resultan imprescindibles dado el bien jurídico en juego.
- Y finalmente diremos que, el empleo de esta técnica, es el único medio existente para proteger el medio ambiente desde el ámbito penal, precisamente si se desea hacer aquello con certeza y seguridad jurídicas.

Como se puede observar las normas penales en blanco suscitan las más profundas diferencias en la doctrina. Así, como se ha expresado, el tema se inmiscuye derechamente en la división de funciones del poder, así como también entrelaza con los principios jurídico penales de culpabilidad y de legalidad.

En síntesis:

- Desde el punto de vista teórico, las críticas a la ley penal en blanco parecen ser justificadas y la técnica utilizada es sin duda reprochable

- Pero, desde un punto de vista pragmático, es más compleja, ya que existe un problema real e indesmentible que es la contaminación y degradación del medio ambiente. Y, dada la ineficacia del derecho administrativo para combatir tal estado de cosas es necesaria la presencia del derecho penal, pese a los problemas jurídicos reseñados.

CAPITULO SEPTIMO

Conclusiones

1.- A la luz del análisis de las normas, tanto de la legislación nacional como comparada, y de las opiniones de la doctrina analizada, resulta inobjetable el hecho de que en nuestro sistema jurídico no se contempla en modo alguno un *tipo penal genérico* protector del *bien jurídico medio ambiente*.

Por el contrario, bajo el pretexto de normas especiales, encontramos una serie de normas dispersas en todo tipo de leyes y de reglamentos que impiden, no solo una cabal comprensión de las mismas, sino una dificultad cierta y evidente en su aplicación práctica. Ello queda claro al revisar lo que acá se ha expuesto en el Capítulo Cuarto.

2.- La inclusión de una figura penal genérica dentro de nuestro sistema normativo, que es lo que aquí sostengo, me parece del todo necesaria y urgente dada la realidad existente, no solo a nivel legal sino que también desde el punto de vista del modelo económico imperante; el cual, mas allá de toda consideración político-ideológica, permite, sin duda alguna, la explotación irracional de los recursos, poniendo en serio riesgo la existencia futura de los mismos.

3.- Además, la inclusión de tal figura haría aun más cierta la garantía contemplada en el artículo 19 número 8 de nuestro texto constitucional, la que hoy en día a juicio de gran parte de la doctrina, opinión que comparto, no pasa de ser una declaración de principios que no se condice con la realidad.

4.- Se ha constatado, asimismo, la ineficiencia e ineficacia con que la legislación administrativa y civil han enfrentado el tema de la protección del medio ambiente.

Efectivamente, a través de estas paginas, ha quedado claro, a mi juicio, que ambas ramas de nuestro derecho, civil y administrativa, no han cumplido en mayor medida la función de proteger el medio ambiente, talvez porque en ultimo término no es precisamente esa su función y, seguidamente porque carecen de los mecanismos sancionatorios adecuados como también de los mecanismos probatorios pertinentes a la hora de combatir las conductas dañosas.

5.- Además, como se expresó latamente, el sistema subjetivo de responsabilidad que impera en materia civil, no solo hace en extremo difícil la persecución de la responsabilidad civil del delincuente ambiental, sino que además pone a la víctima en una situación aun más difícil y desmedrada de lo que ya se encuentra producto de las acciones dañosas.

6. Me parece, en todo caso, que debe tenerse presente, que no bastará con copiar o transcribir de manera más o menos textual la experiencia comparada en la materia, ya que una legislación ambiental que se precie de moderna, como expresa la doctrina nacional, no solo debe asumir el desafío de adecuar su estructura sino que además sortear las criticas y dificultades que otras legislaciones han padecido en la materia.

En tal sentido, si bien es cierto que he tomado como modelo de comparación el caso español, no planteo por ello que nuestro legislador deba copiar la normativa de tal país, sino que se ha hecho para demostrar el atraso de nuestra ley en esta materia.

Pues bien, precisamente lo que he dicho me ha llevado a hacerme parte de las críticas formuladas por el profesor Matus al proyecto de delito ambiental en trámite en nuestro parlamento; proyecto que me parece una buena señal, un buen comienzo, pero de una notoria deficiencia, no solo desde el punto de vista de la técnica legislativa, sino que también, y por sobre todo, desde el punto de vista de sus contenidos.

7. Debo señalar también que pese a que hoy se observa, como se ha dicho, que la tendencia en el derecho comparado es a penalizar las infracciones de las normas ambientales, con el consiguiente aumento de la capacidad fiscalizadora y sancionadora del Estado, resulta desalentador comprobar que en el área del derecho penal el desarrollo teórico del tema es bastante escaso y se encuentra recién en una fase primigenia, si bien es efectivo que existen avances al respecto, como claramente lo demuestra el estudio del profesor Matus Acuña al que hemos hecho referencia en este trabajo.

8.- También, es innegable que la legislación ambiental, no solo en Chile, sino que en el resto de América Latina, sigue y seguirá presentando dificultades por factores de ineficiencia, como por ejemplo la escasa presencia (más allá del mero discurso académico o político) de la idea del desarrollo sostenible en la legislación económica, incluso en los países donde esta idea ha sido consagrada constitucionalmente, así como por el voluntarismo con que se combaten algunos problemas ambientales y la equivocada consideración que se le presta a las causas sociales que están presentes en su generación.

9. Además, compartiendo las observaciones del profesor Matus, la preocupación ambiental por los peligros que para el medio ambiente y la salud de las personas actuales y futuras generaciones representan ciertas actividades de gran potencial contaminador, propias de nuestro estadio de desarrollo económico y social, sumada a la existencia de concretas obligaciones en materia de derecho penal medioambiental, la ya decantada práctica y doctrina en el derecho comparado acerca de la necesidad de regular penalmente los atentados al medio ambiente, y las insuficiencias en la regulación penal de la materia en el derecho nacional, justifican con creces el establecimiento de sanciones propiamente penales a quienes llevan a cabo acciones que podemos caracterizar de grave contaminación ambiental.

10. ES así que, en el caso de la problemática ambiental, nos enfrentamos como sociedad y Estado a una tarea que no admite dilaciones. Ya son muchos años de políticas equivocadas en nombre de un desarrollo que no ha sido tal, que nos están llevando directamente al umbral de un punto sin regreso, como sería una crisis ambiental generalizada.

Nuestro país, aunque no lo queramos ver, se encuentra en una situación ambiental delicada, ya que algunos cambios que han sido favorables para nuestro medio ambiente, están a la vez siendo contrarrestados por problemas nuevos que tienen que ver con los procesos de globalización de la economía.

BIBLIOGRAFIA

1.- Publicaciones

- 1) **Fernández Bitterlich, Pedro:** *Manual de Derecho Ambiental Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Junio 2001 Santiago, Chile.
- 2) **Libster, Mauricio:** *Delitos Ecológicos*, Ediciones Desalma, 1993 Buenos Aires, Argentina.
- 3) **Plumer Bodin, Marie Claude:** *Programa de Armonización y Sistematización de la Normativa Ambiental Chilena: 1ª Etapa*, Editora Marie Claude Plumer Bodin, Gobierno de Chile, Marzo 2001, Santiago, Chile.
- 4) **Vega Ruiz, José Augusto de:** *El delito ecológico*, Editorial Colex, 1994, 2ª Edición ampliada y corregida, Madrid, España.
- 5) **Rodas Monsalve, Julio César:** *Protección Penal y Medio Ambiente*, Promociones y Publicaciones Universitarias S.A., 1994 Barcelona, España
- 6) **Bórquez Yunge, José Manuel:** *“Introducción al derecho ambiental chileno y comparado”*,
- 7) **Parra Lucan, María Ángeles:** *La protección del medio ambiente*, Editorial Tecnos S.A., 1992, Madrid, España.
- 8) **Jaquenod de Zsögön, Silvia:** *El derecho ambiental y sus principios rectores*, Editorial Dykinson, S.L., 3ª Edición, 1991 Madrid, España.
- 9) **Blanco Lozano, Carlos:** *La protección del medio ambiente en el derecho penal español y comparado*, Editorial Comares, 1997 Granada, España.
- 10) **Vega Jurado, Diego J.:** *La disciplina ambiental de las actividades industriales*, Editorial Tecnos, 1994 Madrid, España.

- 11) **Ballesteros, Jesús y Pérez Adán, José:** *Sociedad y Medio Ambiente*, Editorial Trotta, 2ª Edición, 2000 Madrid, España.
- 12) **Cabanillas Sánchez, Antonio:** *La reparación de los daños al medio ambiente*, Editorial Aranzadi, 1996 Pamplona, España.
- 13) **Serrano Moreno, José Luis:** *Ecología y Derecho*, Editorial Comares, 1992 Granada, España.

2.- Códigos y Leyes de la República

- 10) Constitución Política de la República de Chile de 1980
- 10) Código Penal
- 11) Código Civil
- 12) Código de Aguas
- 13) Código Sanitario
- 14) DL. Número 3.557 sobre protección agrícola
- 15) Convención contra la desertificación y la sequía
- 16) Ley 3.133 sobre Neutralización de residuos provenientes de establecimientos industriales
- 17) Ley número 17.288 sobre Monumentos Nacionales
- 19) DL. 2.222 de 1978, Ley de Navegación
- 20) Decreto Supremo número 609, sobre Emisión de residuos industriales líquidos
- 21) Ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente
- 22) Ley número 18.892, General de Pesca
- 23) Ley de Bosques, D.L. 656/25 y D.S 4363/31
- 24) Ley de Caza
- 25) Declaración de Principios sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de Río de Janeiro de 1992

3.- Constituciones, Leyes y Códigos extranjeros

- a) Constitución Ecuatoriana de 1998
- b) Constitución Argentina
- c) Constitución Venezolana
- d) Constitución Colombiana de 1991
- e) Constitución de Costa Rica de 1949
- f) Constitución mexicana de 1917
- g) Constitución de Perú de 1979
- h) Constitución de Panamá de 1972
- i) Constitución del Paraguay del año 1993

4.- Revistas

- a) Revista de Derecho y Jurisprudencia, año 1985.

5.- Referencias electrónicas

- a) www.bibliojuridica.org
- b) www.ine.gob.mx
- c) www.ilustrados.com
- d) www.revistapersona.4t.com
- e) www.palomallaneza.com
- e) www.cem.itesm.mx
- f) www.tierramerica.net
- g) www.internatura.uji.es
- h) www.medioambiente.gov.ar
- i) www.cica.es
- j) www.lexjuris.com

- k) www.rolac.unep.mx
- l) www.analitica.com
- m) www.ecolyma.cl
- n) www.monografias.com
- ñ) www.cinu.org.mx
- o) www.criminet.ugr.es
- p) www.maxpages.com
- q) www.2ni2.com
- r) www.cervantesvirtual.com
- s) www.buscon.rae.es
- t) www.colegioabogados.org
- u) www.bcn.cl
- v) www.scielo.cl
- w) www.cde.cl
- x) www.raj.org.mx
- y) www.premium.vlex.com
- z) www.grupoadela.org
- z.1) www.anepe.cl