

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE POSTGRADO
MAGISTER DERECHO PENAL, PUNTA ARENAS

“ANÁLISIS JURÍDICO DE LA PRIMERA PARTE DEL ARTÍCULO 136 DE LA LEY GENERAL DE PESCA Y ACUICULTURA A FIN DE DETERMINAR SI, CONSIDERANDO LA NATURALEZA DE LA PENA DE MULTA QUE TRAE ASOCIADA Y OTROS PRINCIPIOS DE DERECHO PUNITIVO, CONSTITUYE O NO UNA FIGURA PENAL O SANCIONATORIA ESPECIAL CUYA SANCIÓN DEBA APLICARLA EL JUEZ CIVIL QUE REFIERE EL ARTÍCULO 124 DE LA MISMA LEY.”

EUGENIO ELIAS CAMPOS LUCERO
10.607.556-5
PROFESOR GUIA SR. GERMAN OVALLE MADRID

Resumen

Por medio del presente trabajo, se pretende plantear un problema y dar una respuesta en cuanto a poder afirmar que la norma del artículo 136 de la Ley General de Pesca y Acuicultura, de verificarse, ya sea a modo de acción u omisión y que las mismas sean a título doloso y/o culposo, en su caso, trátase de una figura infraccional sancionada solo en sede civil a la luz de lo dispuesto en el artículo 124 del citado cuerpo legal o por el contrario, teniendo en consideración las sanciones a imponer en su caso, ya sea la sanción de multa y/o la pena privativa de libertad, dicha figura es realmente un tipo penal independiente que debe ser investigada y resuelta en sede penal. Asimismo, de afirmarse que el Art. 136 del cuerpo legal citado es efectivamente una figura delictual, un delito independiente, plantear la problemática si este ilícito penal tratase de un delito de peligro o un delito de lesión, de resultado, teniendo en consideración al momento de la determinación de la sanción penal el principio de lesividad en materia penal. Asimismo, en caso de operar la reparación del daño producido por el actuar ilícito, si esa reparación trae aparejada alguna consecuencia favorable para el autor al momento de la sanción o pena a imponer.

Índice

	Paginas
I. Introducción	4 - 7
II. Planteamiento de la discusión sobre la existencia o no de delito en el art. 136 L.G.P.A.	
1. Historia fidedigna del art. 136 de la L.G.P.A.	7 - 10
2. Bien jurídico protegido.	10 - 12
3. ¿Es realmente un delito aquel del Art. 136 L.G.P.A. o es una mera sanción administrativa?.....	12 - 16
4. Delito del Artículo 136 L.G.P.A. ¿delito de lesión o de peligro?.....	16 - 22
5. Autoría y Participación en el delito del artículo 136 L.G.P.A.	22 - 26
6. Iter Criminis en el delito del artículo 136 L.G.P.A.	26 - 28
7. Tribunal Competente.	28 - 30
8. Reparación del daño causado.	30 - 33
III. Principio de Lesividad al momento de sancionar.	33 - 36
IV. Conclusión.	36 - 38
V. Bibliografía.	39 - 40

I. Introducción

Es un hecho indiscutido que todo Estado debe preocuparse de la protección del medio ambiente, crear un ordenamiento sistemático y coordinado de normas que permitan poder afrontar las diversas manifestaciones del quehacer que dañen o pongan en peligro real y efectivo nuestros recursos naturales y biodiversidad. Dentro de este escenario, nuestro País, se le impone la obligación y toma de conciencia en la creación de un sistema jurídico real en razón a los diversos Tratados Internacionales sobre la materia, brindando protección al Medio Ambiente, tanto, en sede administrativa; y, como *ultima ratio*, en sede penal, estableciendo, en lo particular, normas de Derecho Penal Ambiental.

En Chile, no existe una protección penal sistemática y enfocada precisamente a la protección del Medio Ambiente, así lo opinan algunos autores nacionales¹. Nuestro país no contiene, en mi opinión, un cuerpo armado, ordenado y sistemático que permita hablar y tratar de un verdadero Derecho Penal Ambiental, sino, mas bien una creación de normas jurídicas dispersas y disgregadas en diversos cuerpos legales que no permiten una real, efectiva y eficaz protección del Medio Ambiente, con un técnica legislativa irregular, lo que nos deja como sensación, una postura mas escéptica sobre un verdadero Derecho Penal Ambiental Chileno, incluso, partiendo de la base que ni siquiera nuestro Código Penal que data ya de 1874, este no contempla tipos penales de protección a favor del Medio Ambiente, lo que plantea una problemática trascendente si advertimos que en nuestra legislación no existe ningún tipo base en relación al equilibrio de los sistemas naturales, al contrario de lo que sucede en otras legislaciones². Mas bien, nuestra legislación es muy incipiente en cuanto al desarrollo de un verdadero Derecho Penal Ambiental, en donde no existe una política criminal de protección del Medio Ambiente, solo advertimos normas que en momentos, son superabundantes, en otras, difusas y generalmente dispersas en leyes, decretos y

¹ Ver Matus Acuña, Jean Pierre y otros autores, 2003 Análisis Dogmático del Derecho Penal Ambiental Chileno, a la luz del Derecho Comparado y las Obligaciones contraídas por Chile en Ámbito del Derecho Internacional. *Ius et Praxis*, año/vol. 9, numero 002, Universidad de Talca, Talca, Chile, pp.11-57.

² Ver Silva Sánchez, Jesús-María. 1999 *Delitos Contra El Medio Ambiente*. Valencia, pagina 15 y ss.

ordenanzas, muchas de ellas de carácter administrativo, sin mayor eficacia para la protección del Medio Ambiente. Por ello, mas bien estamos enfrentados a reacciones esporádicas del sentir del momento que van dando origen a leyes especiales para salvar -en algo- los compromisos adquiridos por Chile en el ámbito internacional³, dentro de estos, es que se encuentra inmerso la Ley General de Pesca y Acuicultura (en adelante "L.G.P.A.") N° 18.892 que data de 1989.

Es por ello, que abordaremos la problemática a este artículo 136 de la Ley General de Pesca y Acuicultura N° 18.892 cuyo tenor es el siguiente:

"El que introdujere o mandare introducir en el mar, ríos, lagos o cualquier otro cuerpo de aguas, agentes contaminantes químicos, biológicos o físicos que causen daño a los recursos hidrobiológicos, sin que previamente hayan sido neutralizados para evitar tales daños, será sancionado con multa de 50 a 3.000 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 rebajara la multa hasta en un cincuenta por ciento, sin perjuicio de las indemnizaciones que corresponda".

Así, nuestra tarea será poder otorgar las herramientas y elementos que permitan discernir y comprender si efectivamente el Art. 136 L.G.P.A., de verificarse, tanto en la modalidad de acción u omisión en la conducta, si la misma es sancionada a

³ El artículo 7 de la Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares, Viena/Nueva York, de 3 de marzo de 1980, establece que "la comisión intencionada" de los actos que se detallan, relacionados con el tráfico ilícito de materiales nucleares (plutonio y uranio en su estado no mineral) "(1) será considerada como delito punible por cada Estado Parte en virtud de su legislación nacional" y que "(2) cada Estado Parte deberá considerar punibles los delitos descritos [...] mediante la imposición de penas apropiadas que tengan en cuenta la gravedad de su naturaleza". También relacionado con los materiales nucleares, el artículo I del Tratado que Prohíbe las Pruebas de Armas Nucleares en la Atmósfera, en el Espacio Exterior y el Mar, Moscú 5 de agosto de 1963, obliga a los Estados a "prohibir" "el desarrollo, la producción, el almacenamiento, la adquisición o la retención de los agentes, toxinas, armas [biológicas] , equipos y vectores", por una parte; y realizar una "explosión de prueba de armas nucleares" u "otra explosión nuclear", por otra. Finalmente, similares obligaciones establece el Artículo IV de la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su Destrucción, Londres/Moscú/Washington, 1972;

titulo doloso y/o culposo, en su caso, como también analizar desde el punto de vista de la naturaleza de la sanción, la multa, para que a partir de ello, si solo tratase de una figura infraccional que debe ser investigada y sancionada en sede civil a la luz del Art. 124 del mismo cuerpo legal o por el contrario, un delito específico, investigado y sancionado en sede penal.

Por otra parte, analizar, en caso que se concluya que es efectivamente un delito, poder dar las herramientas con el fin de determinar si tratase de una figura delictual delito de peligro o delito de lesión, luego, en razón a ello, la determinación de la sanción o pena como consecuencia del Principio de Lesividad y la lesión efectiva del bien jurídico protegido por la norma en comento.

Desde ya, es el propio artículo 136 L.G.P.A. el que nos da luces en cuanto a indagar el bien jurídico protegido por el mismo, en que estimo que el bien jurídico protegido en la norma es el “Medio Ambiente”, lo que se colige directamente de nuestro legislador en lo expresado en dicha disposición legal, por cuanto en el inciso segundo de la norma se alude a la preocupación en la recuperación del daño ocasionado con el actuar ilícito, lo que nos lleva a pensar, que si opera recuperación del daño ocasionado al -Medio Ambiente- se produce en la práctica una minorante especial al momento de la imposición de la sanción de multa. De aquello, nace otra arista a analizar, como lo es -el principio de lesividad- aplicada en el mismo, en cuanto a plantear la premisa de si la lesividad específica de este delito habrá de vincularse o no de algún modo a la afectación real del Medio Ambiente, principio de lesividad que como nos indica el Profesor Garrido Montt, viene en limitar el rol del derecho penal a la *protección de bienes jurídicos* fundamentales.⁴

Admitido que el bien jurídico protegido en esta disposición legal es el Medio Ambiente, nace la interrogante ¿será indispensable su protección penal? Antes de poder dar una respuesta, por supuesto que la cuestión no esta en la represión sino en

⁴ GARRIDO, Montt, Mario, Derecho Penal, Parte General, Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Pág. 43

la prevención, en donde debemos arbitrar todas las medidas para evitar los daños al Medio Ambiente y cuando estas han fracasado, solo en ese supuesto debemos llamar en forma excepcional al Derecho Penal para que actúe. Ahora bien, la respuesta a la interrogante antes planteada, nos lleva a estimar que efectivamente es una materia que es absolutamente necesaria y valiosa sancionar en sede penal, debido a la creación o puesta en peligro de un riesgo jurídico penalmente relevante, nunca debemos olvidar que son claros los graves daños ocasionados al Medio Ambiente, ya sea a través de la contaminación de aguas, aire y suelos, que reconocemos en nuestra legislación un vacío penal en su protección, nuestro Código Penal, como dije, no ha sido actualizado y por eso planteamos la necesidad de introducir tipos penales que nos permita en el futuro discutir cuales pueden ser las medidas mas efectivas para su instrumentalización, pero también, sin olvidar que debemos considerar la conducta y entidad o gravedad en el daño o puesta en peligro del Medio Ambiente y la realidad regional en Sudamérica⁵, eso si, dejando de lado aquellas conductas que podemos discernir como de bagatela. Más bien, el problema que se suscita, consiste básicamente en poder determinar cual es la medida de este riesgo penalmente relevante para el Medio Ambiente que amerite la aplicación de una sanción penal. Estamos ciertos, que una buena salida al problema es la de crear y utilizar la técnica de la ley penal en blanco y complementarla por vía de reglamento, el que nos indicara parámetros para determinar la existencia de grave daño o puesta en peligro que amerite la aplicación de la sanción penal, como ocurre como técnica legislativa en otros cuerpos legales.

II. Planteamiento de la discusión, la existencia o no de delito en el artículo 136 L.G.P.A.

1. Historia fidedigna del artículo 136 de la L.G.P.A.

Como ya anticipamos, respecto de dicha norma jurídica podemos advertir una mala técnica legislativa en la redacción de la disposición legal en comento, dicha

⁵ Ver MARCO DEL PONT, Luis, "El rol del Derecho penal en la protección del medio ambiente". Ponencia presentada en las Jornadas Preparatorias del IX Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Buenos Aires, 7 al 10 de Agosto de 1994.

técnica legislativa que utilizo nuestro legislador a la hora de plasmar una protección de las aguas (Medio Ambiente) en la L.G.P.A. esta dada por una ley especial, pero, con un efecto, si lo podemos decir de esta forma, un efecto inverso a la generalidad de los tipos penales, en donde primeramente se describe la figura culposa; y, en subsidio, la dolosa⁶. Ahora bien, frente a ello, resulta aconsejable poder indagar sobre la historia fidedigna del establecimiento de este artículo en particular y el cuerpo legal especial en que esta inmerso. Es por ello, que antes de la dictación de la Ley N° 19.079, la cual vino a modificar diversas disposiciones de la L.G.P.A., tanto el antiguo 102 y ahora actual artículo 136, en la que no existía duda alguna que se trataba de una figura delictual sancionada a título de falta. Sin embargo, con las modificaciones que introdujo dicha Ley N° 19.079, quedo en la actual redacción del Art. 136 que nos ocupa, dando origen a la discusión legal de que si esta nueva redacción tratase de una figura ilícita, un delito específico. Derechamente, planteo que si, absolutamente se trata de un delito el cual establece penas privativas de libertad y también pecuniarias, la multa. Es el propio Art. 136 inciso primero que por una parte, sanciona a quien “introdujere o mandare introducir”, castigando, por tanto, a quien acciona con conocimiento pleno e intención de contaminar el cuerpo de agua, como asimismo, al autor que teniendo el conocimiento de la potencialidad de causar daño por medio de los agentes contaminantes químicos, biológicos o físicos, actúa sin el debido cuidado exigido, lo que a todas luces nos sitúan frente a una figura que además de ser dolosa, también contempla una culposa, una mandatada por la imprudencia. Todo lo anterior, al decir del autor nacional Profesor Ovalle Madrid, tratase de un delito que protege el medio ambiente agua.⁷

Esta aseveración que pretendo, concuerda y tiene su correlato, ya en la propia redacción y elementos gramaticales utilizados por el legislador, ello, sin contar con la historia de su establecimiento. Esto lo digo, por cuanto el artículo 136 inciso 1º L.G.P.A.

⁶ MUÑOZ L., José, FERNANDEZ C., José Ángel “Estudio dogmático penal de los artículos 291 del Código Penal y 136 de la Ley General de Pesca y Acuicultura”. Polit. Crim-. Vol. 5, N° 10 (Diciembre 2010)

⁷ OVALLE, Madrid, German, Delito contra el Medio Ambiente y Delito de Daños en el Código Penal Español. La relación concursual entre un delito de peligro abstracto con verificación de resultado, Revista Chilena de Derecho, Vol.31 N° 1 Págs. 105-113 ^[2004].

al indicarnos la expresión “...*Si procediere con dolo, además de la multa, la pena a aplicar será la de presidio menor en su grado mínimo*” establece una pena privativa de libertad cual es la de presidio menor en su grado mínimo, con ello, nuestro legislador se esta refiriendo a una situación distinta a la contemplada en la primera parte de dicho inciso 1º, marcando la diferencia aplicable para aquella conducta desplegada por el sujeto activo que introduce o mande a introducir agentes contaminantes sin tener el debido cuidado (imprudente), mas no con intención de causar daño al cuerpo de agua. Ergo, el argumento histórico legislativo, hasta antes de la dictación de la Ley N° 19.079, la cual modifico diversos preceptos legales de la Ley N° 18.892 L.G.P.A., en lo concerniente, el art. 102 y ahora art. 136, en que antiguamente como ya indicamos, solo se sancionaba a titulo de delito falta, primeramente, con una sanción de multa ascendente de 50 a 3000 unidades tributarias mensuales y la pena de prisión en sus grados medio a máximo. Tanto es así, que en el debate legislativo de dicha ley, se discutió y así quedo establecido, el aumento de la penalidad, pasando de ser un delito falta a una categoría de simple delito, lo que al decir del Profesor Cury en que “De acuerdo con el art. 3º del C.P. “los delitos, atendida su gravedad, se dividen en crímenes, simples y faltas, y se califican de tales según la pena que les esta asignada en la escala general del art. 21”⁸. Con ello, aumentar y agravar la responsabilidad, aplicándose la pena de presidio menor en su grado mínimo a los casos en que el actor intervenga con dolo, eliminándose en la discusión la prisión en sus grados medio a máximo del ya pasado art. 102, ahora art. 136, marca la diferencia de aquél actor que solo actúa con negligencia e imprudencia y que debe ser sancionado solo con la pena de multa, la que oscilara entre los 50 a 3000 unidades tributarias mensuales. Ahora bien, esto además, cobra relevancia en relación a lo estatuido en los artículos 21, 25, 60 y art. 501 todos del Código Penal, en donde, la cuantía de la multa empleada por el legislador para sancionar al actor que comenta dicha conducta típica de manera culposa es la de una cuantía que corresponde a la de un delito como lo informa derechamente el artículo 25 del Código Penal.

⁸ CURY, Urzúa, Enrique, Derecho Penal, Parte General, Séptima edición ampliada, marzo 2005, Ediciones Universidad Católica de Chile. Pág. 248.

Otro argumento, para sumar a los ya reseñados, es la ubicación geográfica del art. 136 de la L.G.P.A., toda vez que dicho artículo se encuentra dentro del Título X, Delitos especiales y penalidades, ergo, es un delito y no una figura infraccional que deba ser sancionada por el tribunal en sede civil a como lo establece el art. 124 del citado cuerpo legal, sino, por el contrario, será un hecho ilícito investigado por el Ministerio Público en cuanto su persecución penal, como también, conocido y resuelto por los tribunales de Justicia con competencia en materia penal, sea Tribunal de Garantía o Tribunal de Juicio Oral en lo Penal.

2. Bien jurídico protegido

La protección que hace el Derecho Penal solo estará llamada en forma excepcional, como ultima ratio, buscando siempre otros mecanismos para proteger determinados intereses, salvo aquellos intereses individuales o colectivos que se consideran indispensables para la sociedad. Así, la protección de bienes jurídicos esta basada y fundamentada en el reconocimiento social de dichos intereses, no olvidando nunca que “el delito es ante todo lesión del bien jurídico y no violación del deber...”⁹.

Por ello, es necesario señalar que el Delito Ambiental o contra el Medio Ambiente, es un delito social, pues afecta las bases de la existencia social económica, atenta contra las materias y recursos indispensables para las actividades productivas y culturales, pone en peligro las formas de vida autóctonas en cuanto implica destrucción de sistemas de relaciones hombre - espacio.

Una lectura de ello, es lo que podemos referir en los delitos contra el Medio Ambiente, en la cual existe una opinión generalizada que pretende lograr por intermedio de ellos, una protección “antropocéntrica” del medio ambiente, como es la opinión del Profesor Silva Sánchez¹⁰, lo que es lo mismo, una tutela penal que gire en torno a las necesidades del hombre como factor primordial de ese Medio Ambiente, por

⁹ POLITOFF, MATUS, RAMIREZ, *Lecciones de Derecho Penal Chileno: Parte General*, (1ª Ed.), Santiago, Editorial jurídica de Chile, 2004. Pág. 66

¹⁰ Ver Silva Sánchez, Jesús-Maria. 1999 *Delitos Contra El Medio Ambiente*. Valencia.

tanto, la intervención penal estará plena y cabalmente justificada, siempre y cuando los objetivos a considerar en los respectivos tipos penales, nos permitan claramente garantizar al hombre la supervivencia¹¹. Así, resulta necesario recurrir a las palabras del Profesor Hassemer, el que nos enseña: “el bien jurídico en el derecho ambiental no es el medio ambiente por si mismo, sino solamente como medio para las necesidades de la salud y la vida del hombre”.

Por otra parte, resulta necesario tener en consideración los claros conceptos del Profesor Bustos Ramírez, en cuanto a considerar al Medio Ambiente como un Bien Jurídico Penal, a su respecto, el nos señala “En este sentido, se concibe al medio ambiente como un bien jurídico macro-social-colectivo. La primera, porque se “trata aquí de interacciones macro-sociales, relacionadas con entes de intermediación de especial importancia”, la segunda, porque están en “referencia a la satisfacción de la necesidad de carácter social y económico, están en relación a la participación de todos en el proceso económico-social”. Pues en esencia, para el autor, el medio ambiente “constituye un bien jurídico referido a la seguridad común, ya que abarca todas las condiciones necesarias para el desarrollo de todas y cada una de las personas. Su protección es un elemento fundamental de la existencia y supervivencia del mundo”¹². Hecha esa precisión, considero que el bien jurídico protegido por esta disposición legal no tan solo es la protección de la salud de animales o vegetales acuáticos, sino que de cualquier recurso hídrico, lo anterior, derivado del propio art. 136 L.G.P.A., que castiga y sanciona el acto de introducir o mandar introducir en un cuerpo de agua -agente contaminante- capaz de causar daño a los recursos hidrobiológicos. Es importante notar la diferenciación que esta disposición legal, este tipo penal presenta en comparación con aquel del art. 291 del Código Penal, en donde este ultimo, tratase de un tipo penal pluriofensivo, en que se protegen varios bienes jurídicos, pero, de forma independiente. Así, por un lado, protege, tanto la salud animal como vegetal, como

¹¹ GARCIA, Rivas, Nicolás, Profesor Dr. Universidad de Castilla- La Mancha, Delitos contra el medio ambiente, Publicaciones del Instituto de Derecho Penal Europeo e internacional, [www.cienciaspenales.net]

¹² BUSTOS, Ramírez, Juan, Derecho Penal, Parte General, Tomo III, Segunda Edición, Septiembre de 2007, Ediciones jurídicas de Santiago.

además, la salud pública, tanto en cuanto, la propagación afecte al abastecimiento de la población.

Ahora bien, pareciera ser -en principio- un problema el hecho de poder determinar que es lo que debemos entender por “recurso hidrobiológico”, la respuesta no la da el propio legislador que en art. 2 N° 37 L.G.P.A. que define lo que debemos entender por recursos hidrobiológicos, es decir, como una especie de organismo en cualquier fase de su desarrollo que tenga en el agua su medio normal o mas frecuente de vida. Lo interesante, es que esta especie tratase de aquella que deba ser aprovechada por el hombre.

3. ¿Es realmente un delito aquel del artículo 136 L.G.P.A. o es una mera sanción administrativa?

Se ha puesto en entredicho, si la disposición legal del art. 136 L.G.P.A. trata y sanciona un tipo penal o atendida a la naturaleza de la sanción aparejada (la multa) como a su mala técnica legislativa de redacción, solo estaríamos frente de una mera sanción infraccional, la que deba ser sancionada en sede civil en conformidad a lo dispuesto en art. 124 del citado cuerpo legal.

A su respecto, esta incertidumbre analizada por diversos autores nacionales, a saber, por el Profesor Piña que sostiene que estamos frente a un verdadero tipo penal¹³, que debe ser aplicado en la situación de que se introduce agentes contaminantes y que estos hayan causado un daño y que dichos agentes contaminantes no se hayan neutralizado, en tal evento, hace merecedor de las sanciones del art. 136 citado. Imputación, que por lo demás, puede ser, además, a título de imputación imprudente (culposa). También, es de la misma opinión el Profesor

¹³ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, Doctor en Derecho, Informe en Derecho Privado, año 2004.

Sr. Fernández Muñoz ¹⁴, debido que refiere que en la situación del art. 136 L.G.P.A. se contempla tanto un tipo penal doloso y otro imprudente.

Ahora bien, por un lado, resulta necesario clarificar, que en donde se ha centrado el tema de discusión, es en cuanto al hecho de la naturaleza de la sanción, derechamente, centrado en que si la pena de multa prevista para la comisión del tipo imprudente (culposo) de esta figura penal, es una sanción de carácter penal o mas bien se trata solo de una forma mas de responsabilidad infraccional, como de aquellas tantas que contempla la L.G.P.A., a modo de ejemplo, el propio articulo 116 en aquellas situaciones infraccionales en las cuales no va aparejada una sanción administrativa o al no ser contempladas en el decálogo infraccional.

Al respecto, se es del parecer que esta figura es –efectivamente- un tipo penal, es un delito, no tan solo en el plano del tipo doloso, sino que también en el plano del tipo imprudente o culposo, pensar lo contrario, es pasar por alto la afirmación que el delito imprudente es autónomo del delito doloso, que tiene su propia estructura; y, por consiguiente, siempre se puede aplicar a cualquier actividad, sólo que si el dolo es directo en el delito doloso, ciertamente el dolo eventual¹⁵, cuya estructura es de culpa o imprudencia, quedara incluida en el delito imprudente. La primera razón que podemos esbozar, entonces, es una de aquellas de geográfica de código o ubicación del tipo penal, a saber, el artículo 136 L.G.P.A. se encuentra bajo el TITULO X DELITOS ESPECIALES Y PENALIDADES. Una segunda razón, el hecho de ser reconocido por el propio legislador en aquella disposición legal del art. 136 como un delito, así, de esta forma lo experimentan los artículos 142 letra d) y art. 143 letra e) de la L.G.P.A., en cuanto hacen referencia a la caducidad de las concesiones y autorizaciones de acuicultura, como además, en cuanto hacer referencia a las causales de caducidad de las autorizaciones de pesca y permisos, en ambas disposiciones legales, se refieren como una causa de caducidad el hecho de haber sido “condenado” el titular mediante

¹⁴ FERNANDEZ MUÑOZ, José, Estudio dogmático penal de los artículos 291 del Código penal y 136 de la Ley General de Pesca y Acuicultura. A propósito del caso del Santuario de la Naturaleza Carlos Anwandter. Polit. Crim-. Vol. 5, N^o 10 (Diciembre 2010).

¹⁵ Al decir, BUSTOS, Ramírez, Juan, Derecho Penal, Parte General, Tomo III, Segunda Edición, Septiembre de 2007, Ediciones jurídicas de Santiago. Pág. 548.

sentencia firme por alguno de los *delitos* de que tratan los artículos 136 y 137, reitero, es la propia ley que indica su carácter de delito y así lo expresa literalmente.

Si a lo anterior, sumamos el argumento de carácter procesal del artículo 127 L.G.P.A. en cuanto a determinar a quien corresponde el conocimiento de los delitos relativos a la normativa pesquera y que analizaremos más adelante. Otro argumento, es en cuanto a analizar desde el punto de vista de la naturaleza de la sanción que lleva aparejada la conducta del art. 136 L.G.P.A. en caso de concurrir el tipo imprudente, esto es, la sanción de multa, aquella entendida como privación de una suma de dinero al condenado¹⁶. Desde ya, es el propio artículo 4 del Código Penal el que hace extensivo la división de los delitos y que el mismo le es aplicable a los cuasidelitos, resulta forzoso, entonces, traer a colación lo manifestado por el Profesor Cury que nos refiere “Por esto, la determinación de si un hecho punible es un crimen, un simple delito o una falta, se debe hacer atendiendo a la pena con que la ley amenaza en abstracto al autor del delito consumado, y prescindiendo de la que se aplicara al sujeto en el caso concreto, sea en atención a la índole de su participación en el, sea a la etapa de desarrollo de la conducta, sea a la concurrencia de circunstancias modificatorias de responsabilidad”¹⁷.

También otro argumento a considerar es el hecho de que no podemos desconocer lo dispuesto en el propio artículo 10 N° 13 del Código de Castigo, a saber, que en caso de cuasidelitos, la regla general, es que aquel esta exento de responsabilidad criminal, salvo los casos *expresamente* penados por la ley; y, es efectivamente aquí en que nuestro legislador en el art. 136 L.G.P.A. ,especial y expresamente sanciona al tipo imprudente (culposo) y lo hace por intermedio de esta ley especial, en cuanto a esta conducta imprudente, nuestro legislador cumple con el sistema de “*numerus clausus*”. Además, es indispensable señalar, que la sanción de multa en nuestro Código Penal esta contemplada, no tan solo para aplicarse en un delito falta, sino que también, puede constituir una pena alternativa frente a

¹⁶ BULLEMORE G., Vivian y MACKINNON R., John R., Curso de Derecho Penal, Tomo I, Parte General, Tercera Edición, aumentada y actualizada, Legal Publishing, 2010.

¹⁷ CURY, Urzúa, Enrique, Derecho Penal, Parte General, Séptima edición ampliada, marzo 2005, Ediciones Universidad Católica de Chile. Pág. 249.

determinados tipos penales de simples delitos, a modo de ejemplo, lesiones menos graves del art. 399 Código Penal, violación de morada art. 144 Código Penal, porte arma corto punzante en la vía publica art. 288 bis del Código Penal. La multa, como una sanción accesoria a un crimen o simple delito, ejemplo, en el delito de hurto simple del art. 446, delito de estafa del artículo 468 y de otras leyes especiales. Por otra parte, es el propio artículo 21 del Código Penal el que nos ilustra, en cuanto a las penas que pueden imponerse, contemplando a la multa como una pena común a los crímenes, simples delitos y faltas, la multa es una pena pecuniaria por excelencia, que consiste en obligar al condenado al pago de una suma de dinero. A causa de su flexibilidad afectiva, se la consagra como pena de crímenes, simples delitos y faltas; asimismo, opera como sanción residual, pues se considera como la pena inmediatamente inferior a la última en todas las escalas graduales del art. 60 inc. primero del Código Penal. Agregando y siendo aun mas preciso, es el propio artículo 25 inciso 6 del Código Penal, el que se refiere a la cuantía de la multa, en el caso sub lite, respecto de un simple delito, en que no podrán exceder de veinte unidades tributarias mensuales, rango dentro del cual –precisamente- se enmarca la figura delictiva del art. 136 en comento. Pero, con la excepción de la facultad del legislador, que en determinados casos, atendida la gravedad de determinadas infracciones, se contemplen cuantías de multa superior.¹⁸

Es mas, otro argumento a tener presente, es el caso de la situación considerando la naturaleza de la sanción de multa en sede penal, debido que en caso de no pagarse la multa a que fuere condenado, en donde el propio articulo 49 del Código Penal nos permite conocer la solución, debido que en caso que el sentenciado a un tipo imprudente del articulo 136 L.G.P.A. no pague la multa, nuestro legislador instaura su conversión por vía de sustitución y apremio, convirtiéndola a la pena de reclusión con un limite de no poder exceder de seis meses.

Todo lo anterior, afirma que su naturaleza de tipo penal mas no infraccional, adicionamos, el hecho que nuestro legislador en la propia L.G.P.A. en su articulo 136,

¹⁸ Artículo 25 Código Penal, modificación introducida por Ley N° 19.501, de 15 de Mayo de 1997.

al referirse a la situación de la reparación del daño causado, estimo que debe apreciarse aquello como una atenuante de responsabilidad penal, facultando al tribunal a rebajar la sanción de multa hasta en un cincuenta por ciento. Por ultimo, es el propio legislador quien hace el distingo, ejemplarizador, no obstante, reconocemos una mala técnica legislativa, al incorporar la expresión “con dolo” en la disposición legal en comento, lo que lleva en tal caso al tribunal, a sancionar, además de la multa, aplicar y sancionar con una pena privativa de libertad, cual es la de presidio menor en su grado mínimo.

Ergo, por todas estas razones y argumentos señalados, se considera, que el carácter de realización del tipo del art. 136 L.G.P.A., tratase de un delito y no de una infracción administrativa o civil, en que se entiende bajo un prisma de una responsabilidad puramente objetiva, considerando tan solo como una figura agravada o calificada aquella cuando fuere dolosa (delito) llevando al absurdo el hecho de que se castigaría la responsabilidad objetiva en sede administrativa y la dolosa en sede penal, quedando impune aquella conducta cometida con negligencia e imprudencia (culposa) la que debemos reconocer como de un rango o categoría intermedia a las mencionadas anteriormente.

4. Delito del artículo 136 L.G.P.A. ¿delito de lesión o de peligro?

El rol del Derecho Penal en la protección del Medio Ambiente y de los bienes jurídicos amparados y protegidos por el artículo 136 L.G.P.A. en el citado tipo penal, corresponde a la protección de la salud de animales o vegetales acuáticos, como además, de cualquier recurso hídrico, como asimismo, la protección del recurso hidrobiológico. Conviene, entonces, determinar cual será la clasificación objetiva del tipo penal en comento o como otros autores señalan, considerando la intensidad del ataque al bien jurídico protegido, en cuanto a saber si tratase de un delito de lesión o de peligro; y, sobre este ultimo, si es un delito de peligro abstracto o concreto.

Determinado el rango de amparo de la norma comentada, lo que resulta del todo indispensable para poder abordar la incógnita planteada, de si estamos frente a

un delito de peligro o un delito de lesión, es que importa tomar atención y considerar la efectiva salvaguarda de los bienes jurídicos protegidos por dicha figura penal. Al efecto, en una primera aproximación al tema propuesto, podemos indicar que dentro de nuestros autores nacionales, el delito de lesión, es aquel en que se produce una real y efectiva lesión o menoscabo del bien jurídico protegido por el tipo penal, por ejemplo, el patrimonio en el delito de estafa.¹⁹ Este concepto de delito de lesión es compartido por la generalidad de la doctrina nacional.²⁰ Ahora bien, en el ámbito internacional al igual que nosotros, debemos considerar o estar a el objeto de la acción del tipo penal en cuanto este debe ser -efectivamente dañado- para que estemos frente a un hecho o delito consumado, lo que interesa al momento de considerar el iter criminis o desarrollo del delito, su imputación objetiva, como veremos mas adelante²¹

Ya sabido lo que debemos considerar para estar frente a un delito de lesión, ahora es menester abordar el delito de peligro, en que estaremos en este, cuando el hecho solo supone una amenaza al bien jurídico protegido. Por consiguiente, delito de peligro son aquellos en que la consumación del tipo exige la creación de una situación de peligro para el bien jurídico. Con ello, se adelanta la intervención penal a momentos previos a la lesión del bien jurídico. Luego, de ahí deviene una sub clasificación en delito de peligro abstracto, que son aquellos en los cuales el peligro o la amenaza de afectación del bien jurídico protegido es presumido de Derecho, basta solamente con el solo hecho de ejecutarse la acción prohibida; y, por otro lado, el delito de peligro concreto, en que el peligro no se presume, sino que por el contrario, dicho peligro debe

¹⁹ BULLEMORE G., Vivian y MACKINNON R., John R., Curso de Derecho Penal, Tomo II, Teoría del Delito, Tercera Edición, aumentada y actualizada, Legal Publishing, 2010.

²⁰ Así, VARGAS, Pinto, Tatiana, Manuel de Derecho Penal Practico, Primera Edición, Abril 2010, Legal Publishing Chile.234p.; CURY, Urzúa, Enrique, Derecho Penal, Parte General, Séptima edición ampliada, marzo 2005, Ediciones Universidad Católica de Chile; GARRIDO, Montt, Mario, Derecho Penal, Parte General, Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile; OVALLE, Madrid, German, Delito contra el Medio Ambiente y Delito de Daños en el Código Penal Español. La relación concursal entre un delito de peligro abstracto con verificación de resultado, Revista Chilena de Derecho, Vol.31 N° 1 Págs. 105-113 [2004].

²¹ ROXIN, Claus, Derecho Penal, Parte General, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, Traducción de la 2ª edición alemana, reimpresión 2008, Civitas Ediciones, S.L.

ser probado²². Esta distinción entre delito de peligro concreto y delito de peligro abstracto, no esta exenta de criticas tanto a nivel de nuestra doctrina nacional, a saber, el Profesor Cury señala que “los delitos de peligro abstracto se perfeccionan mediante la sola ejecución de la acción típica, porque esta, generalmente, es hábil para crear situación de peligro real”²³ También, respecto de ellos existe discusión en el ámbito internacional²⁴, a saber, el Profesor Roxin, señala que “En cuanto a la cuestión de los criterios conforme a los cuales hay que determinar el peligro requerido en cada caso, con la creciente importancia de los delitos de peligro ha llegado a ser tan controvertida en la discusión de los últimos tiempos que precisa un tratamiento separado en el marco de la imputación”²⁵. Tan claramente como lo propone el Profesor Bustos, el cual señala “hay delitos en que su consumación esta definida por una lesión efectiva del bien jurídico, como sucede, por ejemplo, claramente en el delito de homicidio (lesión efectiva del bien jurídico vida), refiriéndose a los delitos de lesión. En otros delitos, como el delito de liberación de energía nuclear o elementos radiactivos (legislación española), basta con la mera puesta en peligro del bien jurídico, al referirse a los delitos de peligro”²⁶.

Continuando con nuestra interrogante, resulta indispensable, ahora, saber y determinar cual o cuales son las acciones u omisiones que forman parte o son constitutivas del verbo rector del tipo penal en comento. De la lectura atenta del mismo, podemos claramente distinguir dos hipótesis, a saber, primer hipótesis, “introducir” o “mandar introducir” agentes contaminantes en el cuerpo de aguas que “causen daño a los recursos hidrobiológicos”, claro esta, sin que previamente se hayan neutralizado

²² BULLEMORE G., Vivian y MACKINNON R., John R., Curso de Derecho Penal, Tomo II, Teoría del Delito, Tercera Edición, aumentada y actualizada, Legal Publishing, 2010.

²³ CURY, Urzúa, Enrique, Derecho Penal, Parte General, Séptima edición ampliada, marzo 2005, Ediciones Universidad Católica de Chile.

²⁴ Fundamentales en la literatura reciente son las monografías de Horn, 1973, Demuth, 1980; Berz, 1986; Kindhäuser, 1989, además, especialmente importantes, Schünemann, JA 1975, 792 ss.; Wolter, 1981, 197 ss. (criterio y opinión Profesor ROXIN, Claus, Pág. 403, nota al pie, Derecho Penal, Parte General, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, Traducción de la 2ª edición alemana, reimpresión 2008, Civitas Ediciones, S.L.

²⁵ ROXIN, Claus, Derecho Penal, Parte General, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, Traducción de la 2ª edición alemana, reimpresión 2008, Civitas Ediciones, S.L.

²⁶ BUSTOS, Ramírez, Juan, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Segunda Edición, Septiembre de 2007, Ediciones jurídicas de Santiago.

como lo considera la redacción de la disposición legal desarrollada. Debemos centrar atención, entonces, en las expresiones “introducir o mandar introducir”, las que veremos mas adelante al tratar sobre esta figura penal la autoría y participación; y, por otra parte, la segunda hipótesis, “causen daño”, ¿a que?, causen daño a los recursos hidrobiológicos. Llamo, entonces, la atención en la utilización de la palabra “causen”, ¿Qué es lo que pretende nuestro legislador? Al efecto, estimo que al expresar “introducir o mandar introducir” en el mar, ríos, lagos o cualquier otro cuerpo de aguas, agentes contaminantes químicos, biológicos o físicos, estos deben necesariamente originar, producir, ocasionar, engendrar daños a los recursos hidrobiológicos. Es decir, que con el actuar del actor o sujeto activo del delito, este produzca un real y efectivo daño, afectación, menoscabo, perjuicio, deterioro, detrimento del bien jurídico protegido. Entonces, estamos frente a una figura punible que de acuerdo a la clasificación objetiva de los delitos es una figura que se enmarca en los llamados delitos de lesión, por cuanto el tipo penal en comento, exige para su aplicación que se cause un daño real al bien jurídico protegido.²⁷ Por lo demás, existe un agregado, incluso, de texto legal en que, por una parte, el propio inciso primero del art. 136 L.G.P.A., al utilizar el legislador expresiones “sin que previamente hayan sido neutralizados para evitar tales daños”, por consiguiente, si yo no neutralizo los agentes contaminantes, yo no evito el daño, este se produce o dicho de otra forma, si han causado daño es debido que no han sido neutralizados por el autor; y por otra, lo descrito por el propio inciso final de tal disposición legal, a saber, “Si el responsable ejecuta medidas destinadas a reparar el daño causado y con ello se recupera el medio ambiente, el tribunal rebajara la multa hasta en un cincuenta por ciento, sin perjuicio de las indemnizaciones que correspondan”, ello, nos hace -ineludiblemente- entender que se debe producir un daño para su aplicación y sanción punitiva.

Por el contrario, estimo que en caso que el legislador hubiere pensado en un delito de peligro, con el claro propósito, como dijimos anteriormente, de adelantar la intervención penal a momentos previos a la lesión del bien jurídico, debió utilizar expresiones como “...que puedan causar daños a los recursos...”, por lo que

²⁷ ETCHEBERRY, Alfredo, Profesor Ordinario y Extraordinario de Derecho Penal de la Universidad de Chile.

deberíamos estar a las potencialidades de los agentes contaminantes de crear o puesta en peligro de causar daños a los recursos, la de utilizar la expresión de “con la finalidad, el propósito de dañar los recursos hidrobiológicos”, sin embargo, la ley no lo hace, sino que derechamente, utiliza la expresión “causen daño”, es decir, este introducir o mandar introducir agentes contaminantes en el cuerpo de agua, debe producir un detrimento al bien jurídico protegido. Por consiguiente, en esta figura penal, su consumación esta definida por una lesión efectiva del bien jurídico, un delito de lesión, de resultado, este resultado material es una cuestión perteneciente al tipo penal, un menoscabo y perjuicio al Medio Ambiente.

Debemos eso si, indicar que el hecho de considerar a la figura penal del art. 136 LGPA como un delito de resultado, no es un tema que este absolutamente fuera de discusión, por el contrario, debo indicar, que dependiendo de los intereses y las posiciones jurídicas, algunos autores nacionales consideran a este delito como aquellos delitos de peligro, así es la opinión del Profesor Matus, el cual nos señala “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 (“manda a introducir”) aun antes de ejecutarse (lo que transforma a la figura en delito de peligro)²⁸. Mas aun, otros hallando como fundamento para ello en las expresiones utilizadas por el legislador en cuanto al hecho que los agentes contaminantes “causen daños”, se debe a que dichas expresiones no implicarían una exigencia de causar un daño efectivo a tales recursos, sino que, mas bien, ellas están utilizadas con el propósito de caracterizar las potencialidades y facultades del agente contaminante, el hacer referencias a las capacidades contaminantes o inocuas de los agentes contaminantes, así, esta corriente doctrinaria, indica que las expresiones del legislador resultan sinónima de expresiones como “capaces de causar daños” o que “puedan causarlo”²⁹, por lo que para esta corriente doctrinaria nacional, considera autor de la figura del art. 136 LGPA. a quien simplemente introduce o manda introducir

²⁸ Revista Ius Et Praxis, Año 9, N° 2, Análisis Dogmático del Derecho Penal Ambiental Chileno, a la luz del Derecho Comparado y las Obligaciones contraídas por Chile en Ámbito del Derecho Internacional. Revista-praxis, Universidad de Talca.

²⁹ DE LA FUENTE, Hulaud, Felipe, informe en Derecho, Profesor de Derecho Penal, Universidad Adolfo Ibáñez, Chile.

agentes contaminantes dañinos en un cuerpo de agua, sin consideraciones a si el autor llegue a causar, producir o provocar daños o consecuencias perjudiciales a los recursos hidrobiológicos, lo que como dije anteriormente, no comparto, sino que, por el contrario, reitero, que la figura penal del art. 136 LGPA, tratase de un delito de lesión, de resultado, donde es imprescindible que la conducta desplegada por el autor, sea ella dolosa o culposa, haya afectado real y efectivamente al bien jurídico protegido, dando de esta forma una interpretación que permite la aplicación de la norma y no buscar resquicios o interpretaciones que la dejen sin efecto. Sumado a los fundamentos ya expresados, resulta necesario agregar, que es la propia historia fidedigna de la norma analizada en que los miembros de las comisiones legislativas de 1989 dejaron expresa constancia que se pretende hacer efectiva la responsabilidad penal por ciertas conductas que se estimaban de gravedad contra los recursos hidrobiológicos que su tratamiento excedía del Derecho Administrativo.³⁰

Por otra parte, concluyo, que como se dijo, se explica el carácter de delito de lesión, de resultado, por cuanto no tendría sentido el hecho de haber neutralizado los agentes contaminantes y de todas formas aplicar sanción, ya que tendríamos que atender a su potencialidad, mas no a su efectivo resultado dañoso. En otras palabras, por más peligrosos que sean los agentes contaminantes introducidos o mandados a introducir a un cuerpo de aguas, pero no se cause daño alguno, no estamos frente a esta figura delictiva, por lo que no se comparte la interpretación que fuere un delito de peligro. Nuestro legislador no atiende, al momento de aplicar penas, a si los agentes contaminantes químicos, biológicos o físicos tiene potencialidades de causar daño, de haber sido así, quedaría mas claro aun el haberse utilizado una expresión que el legislador no empleo, como lo es de “agentes contaminantes dañinos”, sin perjuicio, que aquellas situaciones, de producirse, ahora si, pudiesen ser aplicadas y sancionadas en sede administrativa y no penal, lo que de paso, nos permite reafirmar que el Derecho Penal es de ultima ratio y la aplicación correcta del principio de lesividad en materia penal, como claramente lo manifiesta el Profesor Alenza García, al señalar: “el ilícito penal debe quedar restringido a las situaciones de especial gravedad

³⁰ PIÑA, Rochefort, Juan Ignacio, Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Penal, Universidad de los Andes, Chile.

para el equilibrio de los sistemas naturales. Con ello se estarán respetando los principios de subsidiariedad y mínima intervención por parte de ambos tipos de ilícitos ambientales –lo que es necesario, si cabe, que en otros ámbitos-, al mismo tiempo que se evita que interfieran a la hora de su aplicación. Y lo que es mas importante: solo de esta manera podrán verse cumplidas las funciones –represiva, preventiva y simbólica- que deben cumplir las sanciones ambientales.”³¹

5. Autoría y Participación en el delito del artículo 136 L.G.P.A.

La estructura del delito en comento es aquella de un delito común, en la cual no resulta necesaria la exigencia de elementos o condiciones especiales para su autoría. Aquí, lo que se castiga por el legislador en el delito es la acción de “introducir” o “mandar introducir” en un cuerpo de agua agentes contaminantes que causen daño a los recursos hidrobiológicos, sin que estos hubieren sido neutralizados en forma previa. De lo anterior podemos colegir, que su conducta es la de introducir, lo que a criterio de algunos autores “El propósito de la ley es castigar el acto de introducción ya en el momento mismo en que este se realiza...”³²

Entonces, como dijimos, la acción es “introducir” la que debemos entender como “meter o hacer entrar una cosa en otra”³³, por consiguiente, lo que se debe introducir o hacer entrar en un cuerpo de aguas son los denominados agentes contaminantes químicos, biológicos o físicos, causando daños en los organismos vivientes que se encuentran en dicho cuerpo. Es una acción que su autor directamente realiza, por lo que se hace claramente aplicable y comprendido en lo dispuesto en el artículo 15 N° 1 del Código Penal, por cuanto, este autor ejecuta la acción típica de introducir agentes contaminantes en el cuerpo de agua de forma inmediata y directa, lo que se denomina coautores (ejecutores), es decir, autor ejecutor, que es aquel que realiza materialmente, en todo o en parte la conducta descrita por el tipo penal

³¹ ALENZA, García, José Francisco, Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad Pública de Navarra, Obra “Las Sanciones administrativas y penales en materia ambiental: Funciones y problemas de articulación”.

³² DE LA FUENTE, Hulaud, Felipe, informe en Derecho, Profesor de Derecho Penal, Universidad Adolfo Ibáñez, Chile.

³³ Diccionario Esencial de la Real Academia Española, Madrid, 1997, Segunda Edición, Espasa.

(introducir agentes contaminantes). Hasta aquí, la figura penal en comento no plantea mayores cuestionamientos o complicaciones en cuanto a su autoría, es mas, hubiese bastado con solo emplear dicha expresión gramatical, ya que como es sabido, todo se debe a la gran amplitud del concepto de autor que otorga nuestro legislador en el artículo 15 de nuestro Código de Castigo, al utilizar las expresiones “Se consideran autores” por lo que nuestro legislador con dicha expresión no abraza ninguna teoría en particular que permita sostener la concepción de autor, sino mas bien lo que hace, es dar vida a determinadas hipótesis de autoría y participación, para posteriormente elevarlas a la categoría de autoría, entre ellas, algunas hipótesis de complicidad que se consideran como de autoría.³⁴ De ahí mi afirmación, luego, no existen dificultades a su respecto. Es mas, estimo que con ello bastaba, como palmariamente y en forma asertiva nos enseña el Profesor Miguel Díaz y García Conlledo en su comentario al concepto de autor del Código Penal Chileno, a saber, “...no me cabe duda de que, en el CP chileno, el autor esta reflejado en cada uno de los tipos de la Parte especial, pues en cada uno de ellos se describe (evidentemente) la conducta de quien realiza el tipo. Contra la opinión de la doctrina dominante, estimo que en esos tipos de la Parte especial no solo se describe la conducta del autor inmediato individual, sino la de cualquier autor (éste, el mediato o los coautores)”³⁵.

Ahora bien, complementando y retomando, además, el legislador utilizo las expresiones “mandare introducir”, siguiendo el comentario antes dicho, dicha expresión seria sobreabundante, lo que nos lleva a pensar ¿cual es la finalidad de nuestro legislador al utilizarla? La respuesta, se debe a que de esta manera se deja de forma expresa la responsabilidad de las organizaciones o empresas, en donde básicamente, de esta forma el legislador pretendió hacer cargo de las estructuras empresariales y la dificultad que estas proyectan al momento de hacer efectivas las responsabilidades penales por quienes forman parte de la organización y tienen el poder de decisión en la misma, por consiguiente, al emplear dichas expresiones, su finalidad fue la de hacer mas practicable, armónica y facilitar la prueba al momento de la imputación a los

³⁴ POLITOFF, Lifschitz, Sergio y ORTIZ, Quiroga, Luis, Texto y Comentario del Código Penal Chileno, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición, Abril de 2002.

³⁵ DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, Miguel, La Autoría en Derecho Penal, segunda edición aumentada, Ediciones Jurídicas de Santiago, Febrero de 2011.

participes de la misma estructura, imputar a los que dan la orden para que se ejecute, por eso que está bien empleada la expresión gramatical “mandare introducir” el cual no ejecuta de forma inmediata y directa la conducta típica. Lo que por cierto, en este tipo de delitos; y, en especial, en aquellos delitos contra el Medio Ambiente, son generalmente las empresas o personas jurídicas las cuales mediante su cadena de mando dan las instrucciones a sus trabajadores o subalternos, cubriendo con un manto de dudas los elementos para poder identificar al autor material de la conducta típica. Como nos señala el Profesor Jakobs “los órganos y la estructura de la compañía se puede definir como un sistema, de tal suerte que las acciones de los órganos de la empresa, con arreglo a sus normas estructurales, pasan a ser propias de la persona jurídica”³⁶. Esta forma de autoría evidente, que utiliza nuestro legislador, al decir de la opinión unánime de la doctrina nacional sobre este punto, es que el legislador en el ámbito de la participación, hizo suyo las conductas típicas que se realizan al interior de las estructuras empresariales, facilitando y dejando fuera de toda duda que este tipo penal en comento, no solo se aplica al autor ejecutor o coautor, sino que también se les aplica, al menos, en el marco de la inducción y la autoría mediata.³⁷ Nuestro legislador, sobre este aspecto es novedoso, quizás a la par con la legislación penal internacional en materia de Medio Ambiente, así lo recoge, incluso, parte de nuestra doctrina nacional al abordar una nueva institucionalidad o ideas matrices de un proyecto para proteger penalmente el Medio Ambiente, consciente dicho proyecto de que la mayor parte de los delitos ambientales contemplados en él se cometen en el ámbito de una organización empresarial.³⁸ Pero bien, descubierta la finalidad al emplear la expresión “mandare introducir”, esta, derechamente, nos lleva al autor en los términos del artículo 15 N° 2 del Código Penal, el llamado autor mediato, aquel quien realiza el hecho utilizando a otro como instrumento.³⁹ Mas gráficamente, como lo

³⁶ Citado por el Profesor Sergio Politoff, en su artículo “El autor detrás del autor”. De la autoría funcional a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”.

³⁷ Así, ETCHEBERRY, Alfredo, Profesor Ordinario y Extraordinario de Derecho Penal de la Universidad de Chile; MUÑOZ L., José, FERNANDEZ C., José Ángel “Estudio dogmático penal de los artículos 291 del Código Penal y 136 de la Ley General de Pesca y Acuicultura”. Polit. Crim-. Vol. 5, N° 10 (Diciembre 2010).

³⁸ Revista *Ius Et Praxis*, Año 9, N° 2, Análisis Dogmático del Derecho Penal Ambiental Chileno, a la luz del Derecho Comparado y las Obligaciones contraídas por Chile en Ámbito del Derecho Internacional. Revista-praxis, Universidad de Talca.

³⁹ MIR, Puig, Santiago, Derecho Penal, Parte General, 8ª edición, 2008, Bde F.

describen los Profesores Bullemore y Mackinnon “autor mediato es quien se vale de la conducta de otro para cometer un delito”.⁴⁰ Comúnmente, denominado como obra del hombre de atrás. Con todo, dicho tipo penal, además, hace especial relevancia para su aplicación a las estructuras empresariales. Este punto, sin embargo, no es pacífico, por el contrario, sabemos que las responsabilidades penales son individuales, pero, hay un esfuerzo de las legislaciones para hacer efectiva la responsabilidad penal empresarial o de las personas jurídicas, incluso, en nuestro país⁴¹. Me atrevo a decir, que esta forma de autoría empleada por el legislador en la norma en comento, viene a ser un mecanismo que tiene por propósito superar los problemas de imputación típica de los delitos especiales en la esfera de las personas jurídicas, los cuales puedan estar dados, por una parte, debido que las personas jurídicas no responden penalmente y por otra, cuando la persona física no ha intervenido materialmente en la ejecución de hecho punible, no ha efectuado la introducción material de los contaminante en el cuerpo de agua, ambos en conjunción al caso que quien efectivamente ha ejecutado la conducta típica no es el sujeto idóneo del delito especial, vulnerando el principio de legalidad⁴². Con lo anterior, tampoco quiero decir que tratase de una excepción al principio de “*societas delinquere non potest*” que rechaza tradicionalmente la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Ahora bien, que el hecho de tener efectivamente un cargo de administrador o jefatura, directivo en una organización empresarial no es lo determinante, sino que es determinante y necesario que se haya utilizado el dominio social de la misma. Sobre este aspecto, el Profesor Jesús-María Silva Sánchez nos da una doble fórmula: a) la aplicación de la autoría mediata activa; b) la autoría en comisión por omisión. La primera, que exige acreditar la efectiva instrumentalización del subordinado mediante

⁴⁰ BULLEMORE G., Vivian y MACKINNON R., John R., Curso de Derecho Penal, Tomo II, Teoría del Delito, Tercera Edición, aumentada y actualizada, Legal Publishing, 2010.

⁴¹ Ley N° 20.393, que establece la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en los Delitos de Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismo y Delitos de Cohecho.

⁴² Al decir de BUSTOS, Ramírez, Juan, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Segunda Edición, Septiembre de 2007, Ediciones jurídicas de Santiago, “El principio de legalidad es un límite al ius puniendo que está en relación con todo el sistema penal en su conjunto. Cada momento de la dinámica penal, ya sea de la creación de la norma, ya sea de aplicación y de ejecución de la misma está formalizado por medio de la ley. El Estado no puede exceder lo que esta taxativamente señalado en la ley”.

órdenes o indicaciones que dieran lugar a la producción del hecho. En tanto, que la imputación omisiva, en la que basta con acreditar que los aspectos medio-ambientales de la empresa se halla en la esfera de competencia del sujeto y que este, pudiendo, no adopto las medidas adecuadas para la evitación del resultado.⁴³ De esta forma, se le esta dando alguna formula de solución a aquella responsabilidad de las organizaciones empresariales que la doctrina las conoce como “irresponsabilidad penal organizada”, la que tratase de aquellos casos en que la estructura empresarial y sus entramados hacen dificultosa la aplicación de una responsabilidad penal eficiente, ergo, la responsabilidad penal no corresponde a una conducta o conductas individuales, sino que a las deficiencias en la estructura empresarial, que lleva mas bien, a irresponsabilidades de hecho que jurídicas.⁴⁴ Ergo, el mensaje de nuestro legislador en la norma penal en comento, va dirigida de forma indeterminada y con indiferencia a cualquier sujeto que pueda realizar la conducta descrita en dicho tipo penal. En efecto, la utilización de las expresiones “introducir” o “mandare introducir” nos permite una interpretación amplia del núcleo de los posibles autores, no conteniendo características o condiciones especiales para su configuración.

6. Iter criminis en el delito del artículo 136 L.G.P.A.

Como indique anteriormente, el delito en comento tratase de un delito de lesión, de resultado, es decir, que haya un daño efectivamente producido al bien jurídico protegido, en la especie, que se haya producido un daño real al recurso hidrobiológico. Ahora bien, entrando al tema del iter criminis o las etapas de desarrollo del delito, como sabemos, tenemos al delito consumado, esto es, cuando se logra la realización completa del hecho típico descrito por la ley, al delito tentado, como la realización incompleta de el y que se caracteriza porque en el se da principio a la ejecución del crimen o simple delito por medio de hechos directos; y, por ultimo, al delito frustrado, en la que el acto pone todo lo necesario de su parte para que el crimen o simple delito se consume y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad, mas bien,

⁴³ Ver Silva Sánchez, Jesús-María. 1999 Delitos Contra El Medio Ambiente. Valencia, pagina 26 y ss.

⁴⁴ FEIJOO SANCHEZ, “imputación de hechos delictivos”.

su no consumación podrá deberse a un evento inesperado o a una decidida actuación de evitación del agente.⁴⁵ Todo lo anterior, bajo la atenta descripción del artículo 7º del Código Penal.

Así, respecto al delito consumado en esta figura en análisis, no existe duda alguna que se encuentra comprendido y se da en ella, tanto, en su figura dolosa como culposa, mas aun, cuando se trata de aquella forma perfecta de aparición del delito. Pero, ahora nos aparecen los problemas, el primero de ellos, guarda relación con las formas imperfectas de aparición del delito. A saber, tanto en la figura dolosa, eso si, aquella cometida con dolo directo, entendiéndolo como tal, en que el actor realiza la acción encaminada e intencionada, precisamente, a producir el resultado, de ser así, se da las formas imperfectas del delito en grado de tentativa como el delito en grado de frustrado.

La pregunta que cabe entonces hacer es, ¿qué pasa en la situación de la figura dolosa cometida con dolo eventual? A dicha interrogante, a diferencia de lo ocurrida en aquella cometida con dolo directo, el dolo eventual en que no hay una intención inmediata y precisa en la obtención del resultado, sino que en ella el actor conoce o se representa el hecho típico como una consecuencia posible de su actuar y el actúa aceptando esas posibles consecuencias, ergo, el hecho típico aparece como un resultado eventual. Luego, la diferencia con el dolo directo, es que aquí el actor no persigue o no quiere la realización del hecho típico, pero lo acepta y aprueba, esto ultimo, lo que marca la diferencia frente a la culpa consciente. Así las cosas, no puede darse una figura imperfecta de delito en grado de tentativa o frustración. Lo mismo ocurre en que caso del delito culposo de la misma figura en comento, no puede darse ni en grado tentado ni en grado de frustración, al decir del Profesor Jaime Naquira Riveros "...Para la totalidad de los autores, el delito culposo constituye una excepción, castigándose a quien ejecuta una acción que en si no es típica, pero a la que no se le imprimió toda la dirección de que se era capaz, a fin de evitar resultados lesivos para

⁴⁵ BULLEMORE G., Vivian y MACKINNON R., John R., Curso de Derecho Penal, Tomo I, Teoría del Delito, Tercera Edición, aumentada y actualizada, Legal Publishing, 2010.

un bien jurídicamente protegido. Por lo tanto, la regla general es la impunidad del cuasidelito...”⁴⁶ . Por lo demás, incluso, su punibilidad esta excluida en los artículos 4º y 10 Nº 13 del Código Penal, por lo que se sanciona solo en grado de consumado

7. Tribunal Competente

Sobre este punto, se aplican las reglas generales, lo que es recogido por el artículo 127 L.G.P.A., el cual nos indica:

“El conocimiento en primera instancia de los delitos relativos a la normativa pesquera, corresponderá a los juzgados del crimen en cuyo territorio jurisdiccional o a su proyección marítima, incluido el mar territorial y la zona económica exclusiva, se sorprenda la existencia del mismo”.

Para una mejor comprensión, es menester indicar que “mar territorial” se entiende como aquella franja de mar que se extiende a lo largo de todas las costas del país, sean del continente o de las islas. Tiene 12 millas de ancho y se fija a partir de la costa en las bajas mareas. En este territorio hay soberanía absoluta al igual que en los territorios terrestres. Cuando se delimitó el mar territorial en el siglo XIX de acuerdo al Derecho Marítimo Internacional, sólo abarcaba 3 millas de ancho. Actualmente todos los países aceptan 12 millas; y, debemos entender por zona económica exclusiva, como aquella franja de mar de 200 millas de ancho a lo largo de todas las costas del país. En esta zona el país tiene derecho exclusivo para explotar los recursos vivos y minerales, pero no tiene soberanía total como la tiene en el mar territorial. Junto al derecho que tiene sobre los recursos, el país tiene el deber de proteger las especies marinas. La Zona Económica Exclusiva coloca a Chile entre los países de mayor extensión marítima, ya que equivale a 2,4 millones de km². Si se considera que Chile sudamericano tiene una superficie aproximada de 756.000 km², la Zona Económica Exclusiva es más de tres veces mayor. Alrededor de las islas de Pascua y Salas y Gómez, Chile tiene derechos sobre 350 millas de la plataforma submarina alrededor de ellas. Aclarado lo anterior, y ahora, teniendo como referencia el artículo 127 L.G.P.A., al respecto, ya nos vienen varias precisiones, producto de que lamentablemente, esta

⁴⁶ NAQUIRA, R., Jaime, Texto y Comentario del Código Penal Chileno, Tomo I, Libro Primero – Parte General, Editorial Jurídica de Chile.

norma legal no ha sido actualizada, mas que hablar de modificada, lo digo de esta forma, a raíz que esta disposición legal se entiende tácitamente derogada, tanto en cuanto, a la utilización de la expresión “el conocimiento”, en que debemos expresar, primero, que el conocimiento de los hechos que revisten carácter de delito, su persecución penal corresponde –ahora- al Ministerio Público⁴⁷, la Fiscalía de Chile, en que los Fiscales ejercerán y sustentaran la acción penal pública, practicando todas las diligencias conducentes para el éxito de la investigación y dirigen la actuación de las policías.⁴⁸

La segunda precisión, esta dada porque ahora no corresponde su juzgamiento, a los jueces del crimen, sino que, por la misma dictación del Código Procesal Penal⁴⁹ ello corresponde en cuanto a su juzgamiento al Juez de Garantía o al Tribunal Oral en Lo Penal, según corresponda, en razón al procedimiento adoptado o la etapa en que dicho conocimiento y juzgamiento fuere resuelto, sea en un procedimiento simplificado, procedimiento ordinario, procedimiento abreviado. Ahora bien, en cuanto a saber cual será el tribunal competente, sobre esto, sigue rigiendo el artículo 157 del Código Orgánico de Tribunales, modificado, el que señala: *“Será competente para conocer de un delito el tribunal en cuyo territorio se hubiere cometido el hecho que da motivo al juicio. El juzgado de garantía del lugar de comisión del investigado conocerá de las gestiones a que diere lugar el procedimiento previo al juicio oral. El delito se considerará cometido en el lugar donde se hubiere dado comienzo a su ejecución...”*⁵⁰. Nótese que la expresión “comienzo a su ejecución” es absolutamente relevante en este tipo de delito, cuyas consecuencias pudiesen originarse en una cuerpo de agua que abarque diversas jurisdicciones y su descubrimiento no necesariamente pueda ser el mismo de aquel en que se origino el “introducir o mandare introducir”. Esto, nuestro legislador lo resuelve de una forma muy práctica, en el sentido que se “considera”

⁴⁷ Ver artículos 77 y siguientes del Código Procesal Penal.

⁴⁸ Ley N° 19.696, que establece Código Procesal Penal, publicada en el Diario Oficial de 12 de Octubre de 2000.

Ver, Ley N° 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público, de 15 de Octubre de 1999.

⁴⁹ Ley N° 19.696, que establece Código Procesal Penal, publicada en el Diario Oficial de 12 de Octubre de 2000.

⁵⁰ Artículo 157 Código Orgánico de Tribunales, modificado por Ley N° 19.708, publicada en el Diario Oficial de 05 de Enero de 2001.

cometido (ficción legal) “en el lugar donde se hubiere dado comienzo a su ejecución”.

Pregunta, ¿qué se entiende por dar comienzo a su ejecución? Para ello debemos remitirnos a los actos de ejecución del crimen o simple delito, esto es, un reenvío a lo dispuesto en artículo 7 Código Penal y lo referente a lo comentado en razón a iter criminis de la disposición legal citada.

8. Reparación del daño causado.

El artículo 136 L.G.P.A. en su inciso segundo nos dice *“Si el responsable ejecuta medidas destinadas a reparar el daño causado y con ello se recupera el medio ambiente, el tribunal rebajara la multa hasta en un cincuenta por ciento, sin perjuicio de las indemnizaciones que correspondan”*.

En un principio, esta decisión del legislador de considerar lo que para algunos autores es una circunstancia modificatoria de responsabilidad criminal, atenuante especial y que por razones de política criminal, es muy bienvenida, por otro lado, nos lleva a pensar y estimar que no es tan simple su aplicación, incluso, de darse en la especie, estimo que es obligatoria, ya que el legislador utiliza la expresión “rebajara”, lo hace en términos imperativos para el Tribunal, el que deberá efectuar la rebaja en consideración a si se dan en la especie todos los requisitos para ello.

Sin embargo, es una circunstancia modificatoria de responsabilidad criminal limitada en cuanto a su aplicación y en cuanto a sus efectos. En lo referente a su aplicación, es limitada, restringida ya que solo dice y guarda relación con la pena de multa, sea que esta se de y sanciona frente a la figura dolosa o culposa, no aplicable a la pena privativa de libertad, claro esta, en caso de la figura dolosa en la misma; y, en cuanto a sus efectos, es restrictiva debido que su efecto en caso de considerarse, permite como máximo una rebaja de punibilidad en la pena pecuniaria, rebaja de la multa, que de acogerse –obliga- al Juez a la rebaja de hasta un cincuenta por ciento de ella, lo que no es novedoso, ya que en legislaciones internacionales ya es

contemplado, al decir del Profesor Silva Sánchez en España, la llama “comportamiento post delictivo de naturaleza reparatoria”.⁵¹

Al analizar los requisitos para la concurrencia de esta modificatoria de responsabilidad penal, se requiere:

- a) Que, el actor ejecute acciones de reparación del daño causado (delito de resultado, delito de lesión),
- b) Que, con dichas acciones se recupere el Medio Ambiente, se recupere el daño o lesión causado con el introducir o mandar introducir.

En cuanto a las acciones de recuperación del daño producido, estas deben estar encaminadas y perseguir la reparación –efectiva- del daño causado y de esta forma lograr la reparación del Medio Ambiente. Lo anterior, revalida que este delito tratase de un delito de resultado, un de lesión, ya que solo se puede reparar un daño, en la medida que se haya causado, no se reparan las meras expectativas o potencialidad de causarlo, no se repara la puesta en peligro de un bien jurídico protegido. Una arista que resulta absolutamente relevante, es que debemos entender por “daño causado”, sobre esto, nuestro legislador nada dice, por lo que resulta necesario dar por establecido y en gracia del imputado, considerar como tal el daño efectivamente producido a causa y con ocasión del actuar ilícito del actor, sobre ello, es ilustrativo lo que sucede en materia de otras legislaciones en que un sector doctrinario en que se incluye a los profesores Silva Sánchez y Boix⁵², los cuales consideran que el daño al que se hace referencia es el que se produce como consecuencia inmediata de la actividad del sujeto activo y no el que se calcula a largo plazo (pues podría ser demasiado indeterminado).

Pero, ¿Qué pasa en el caso que el actor no logre una reparación total del daño producido, que no logre recuperar el Medio Ambiente?, ¿Será merecedor de rebaja punitiva?. Planteada esta interrogante, la respuesta ya viene dada, aplicándose las atenuantes generales del Código Penal. No podemos dejar de pensar que, si el

⁵¹ Ver Silva Sánchez, Jesús-Maria. 1999 Delitos Contra El Medio Ambiente. Valencia, pagina 176 y ss.

⁵² Ver Silva Sánchez, Jesús-María. 1999 Delitos Contra El Medio Ambiente. Valencia, pagina 176 y ss. , Boix, PE, 2ª edic., p. 597.

legislador hubiese omitido dicha mención, imaginémosnos no existiera el inciso 2º de la disposición citada, considero que todas formas podríamos considerar el esfuerzo positivo efectuado por el actor en la recuperación del Medio Ambiente, la reparación del daño producido, esto, en razón de hacer aplicación de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal de la parte general, la atenuante de carácter general que se contempla en el art. 11 N° 7 del Código Penal, a saber, *“Si ha procurado con celo reparar el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias”*. Dicha minorante de responsabilidad penal, el legislador en la L.G.P.A. no la excluye, como si lo hace en muy pocos casos, por ejemplo, en delito de robo con violencia e intimidación en las personas, cuya aplicación se prohíbe en artículo 450 bis del Código Penal⁵³, otro ejemplo, la propia Ley de Transito N° 18.290 que con su modificación prohíbe en forma expresa y respecto de determinados delitos la concurrencia de la atenuante del art. 11 N° 7 del Código Penal en su actual artículo 197. Ahora, al caso que nos convoca, el legislador en la Ley General de Pesca y Acuicultura nada dice, ergo, se puede alegar, invocar y otorgar la misma en el delito del art. 136 L.G.P.A. Y esta aplicación, resulta ser, incluso, mucho mas beneficiosa al actor, por cuanto su aplicación y rebaja no tan solo puede influir en la rebaja de la pena pecuniaria, la rebaja en la multa, sino que también, sus efectos se extienden a la pena privativa de libertad, facilitando su rebaja, claro si, que facultativa del tribunal, pero que de acogerse y el juez estimare podría rebajar la pena privativa de libertad, facultándose, incluso, hasta de calificarla en los términos del art. 68 bis del Código Penal. Es mas, se da la paradoja que, si el actor no repara totalmente el daño que causo al Medio Ambiente, pero, se estima por parte del Tribunal que ha efectuado un máximo de esfuerzos en ello, que ha sido celoso en su reparación o en tratar de lograrlo, sus efectos serian mayores y mas beneficiosos para el imputado que de haber recuperado totalmente el daño producido.

Por otra lado, de estimarse que reparo totalmente el daño, el imputado se hace favorecedor de la rebaja de la multa en forma obligatoria y que permitiría una rebaja hasta en un cincuenta por ciento de la pena de multa, pero además, no existe

⁵³ Artículo 450 bis Código Penal, señala, “En el robo con violencia o intimidación en las personas no procederá la atenuante de responsabilidad penal contenida en el artículo 11 N° 7.”.

obstáculo alguno, que se considere también la atenuante del art. 11 N° 7 Código Penal, ya que esta, de considerarse por el Tribunal y este –facultativamente- de rebajar la pena, en caso del delito doloso del art. 136 L.G.P.A. no solo lo obliga a rebajar la pena de multa, sino que ahora también lo faculta para rebajar la pena privativa de libertad. Con todo, sin olvidar, por ultimo, la facultad del Tribunal al momento de condenar en cuanto a la determinación de la cuantía de la pena en atención a las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal y “*a la mayor o menor extensión del mal producido*” en los términos del artículo 69 C.P.

No podemos dejar de valorar esta inclusión del legislador en el inciso segundo del art. 136 L.G.P.A. por cuanto, viene a reconocer, al menos, una apertura e incorporación de la institución de la reparación del daño, en donde permite resolver determinados conflictos penales desde un punto de vista reparador, al decir del Profesor Bustos “como una tercera vía ubicada en el contexto del sistema de sanciones penales”.⁵⁴ O, como al decir del Profesor Roxin “La reparación del daño no es, según esta concepción, una cuestión meramente jurídico civil, sino que contribuye esencialmente también a la consecución de los fines de la pena. Tiene un efecto resocializador, pues obliga al autor a enfrentarse con las consecuencias de su hecho...”⁵⁵

III. Principio de Lesividad al momento de sancionar.

Al abordar este punto, no debemos dejar de olvidar que en el proceso de análisis para que un hecho sea constitutivo de delito, es decir, fuente de responsabilidad penal, primero, debe concurrir la tipicidad; y, luego, la Antijuridicidad, como dice el Profesor Juan Bustos “un segundo momento valorativo”⁵⁶.

⁵⁴ BUSTOS, Ramírez, Juan, Derecho Penal, Parte General, Tomo III, Segunda Edición, Septiembre de 2007, Ediciones jurídicas de Santiago. Comentario en relación al artículo 340 del Código Penal Español y la atenuante cualificada de “reparación voluntaria” del daño.

⁵⁵ ROXIN, Claus, Derecho Penal, Parte General, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, Traducción de la 2ª edición alemana, reimpresión 2008, Civitas Ediciones, S.L.

⁵⁶ BUSTOS, Ramírez, Juan, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Segunda Edición, Septiembre de 2007, Ediciones jurídicas de Santiago.

Con la antijuridicidad como elemento del delito, la cual nos describe e indica la cualidad o características de un comportamiento contrario a derecho, comportamiento incompatible con el ordenamiento jurídico. Luego, para una mejor comprensión de este tema, resulta forzoso hacer la distinción entre antijuridicidad material y antijuridicidad formal, respecto de la material, es aquella que representa la perturbación o afectación de los bienes jurídicos protegidos penalmente, situaciones tuteladas por la norma por su lesión o puesta en peligro, mientras que, la antijuridicidad formal, esta vinculada y se concibe al comportamiento contrario a derecho, a la constatación de la ausencia de causas de justificación.

Sin embargo, la antijuridicidad no queda constatada con la mera verificación de que la conducta realizada bajo el amparo de una norma permisiva (antijuridicidad formal) sino que resulta absolutamente necesario la existencia de “una afección al bien jurídico protegido por la norma (antijuridicidad material) de tal forma, que es imperioso valorar mediante un juicio de imputación objetiva, si ese resultado forjo, creo el riesgo al bien jurídico penalmente protegido. Aquí es donde resulta absolutamente indispensable que, frente a una lesión del bien jurídico protegido, Medio Ambiente, protección de las aguas, recursos hidrobiológicos, debemos estar claros y ciertos que, no obstante, formalmente una determinada conducta pueda enmarcarse típicamente y que ella sea contraria a derecho, contraria al ordenamiento jurídico protegido, no lleva a pensar sin embargo, realmente una afectación, un riesgo al bien jurídico protegido? Estimo que no, considero que existen conductas que no causan daño al bien jurídico protegido en el delito en comento del art. 136 L.G.P.A. Para una respuesta clara y acorde a lo antes dicho, es que debemos considerar el disvalor del acto y disvalor de resultado, en cuanto al primero, núcleo de la tipicidad; y, el segundo, esta conexo con la afección misma del bien jurídico, exigencia derivada del “principio de lesividad (*nullum crimen sine iniuria*). Para una mejor ilustración y con la claridad de las apreciaciones del Profesor Bustos, el nos indica: “De esta forma, el injusto esta constituido por los desvalores propios de la tipicidad y de la antijuridicidad y, en esencia, por el desvalor de acto y el desvalor de resultado. Estos desvalores

esenciales y los adicionales que conforman la tipicidad y la antijuridicidad definen el injusto. Con el injusto se hace referencia a una *situación social desvalorativa*⁵⁷.

En esta primera parte, al abordar el tema de la lesividad de la figura penal en comento, resulta necesario que nunca debemos olvidar que al final viene a ser una manifestación del principio de la intervención mínima en materia penal, un Derecho Penal de *ultima ratio*, función garantizadora que se tiene al considerar el desvalor del acto y el desvalor del resultado, un límite a la intervención punitiva del Estado. Esto es reconocido por nuestros autores nacionales, a su respecto, es necesario revisar lo indicado por el Profesor Garrido Montt, el cual nos indica: “otra limitante del *ius puniendi* en un Estado social es el *principio de lesividad*, que condiciona el rol del derecho penal a la *protección de bienes jurídicos* fundamentales.”⁵⁸

Ahora bien, sabemos que el contenido material de los tipos penales esta determinado por las situaciones de riesgo de los bienes jurídicos. Por ello, que cuando hablamos del Principio de Lesividad u Ofensividad, estamos refiriéndonos a la comprobación de si en el hecho concreto se ha producido o causado una afección, un daño o resultado lesivo al bien jurídico protegido, en la especie, si en la practica se ha originado con la conducta del actor una lesión al bien jurídico -Medio Ambiente-, que siendo concordante con lo expresado anteriormente en este trabajo, lesión efectiva al bien jurídico protegido, lo anterior, en razón a la estructura correspondiente del tipo penal y su forma de consumación en el art. 136 L.G.P.A.

Ergo, la figura penal del art. 136 L.G.P.A. requiere de “un introducir” o “mandar introducir” en el cuerpo de agua y además causen daños a los recurso hidrobiológicos, causar daño al Medio Ambiente, de ahí, que es un delito de resultado, es un delito de lesión, esto es, un delito que para su consumación se ha de valorar si hubo o no una lesión efectiva de un bien jurídico protegido, esto ya dicho en los puntos anteriores, al considerar la figura especifica como un delito de resultado, por tanto, delito de lesión.

⁵⁷ BUSTOS, Ramírez, Juan, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Segunda Edición, Septiembre de 2007, Ediciones jurídicas de Santiago. Pág. 557

⁵⁸ GARRIDO, Montt, Mario, Derecho Penal, Parte General, Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Pág. 43

Así, es absolutamente necesario destacar que en nuestro derecho Penal Moderno, el hecho que se tipifiquen bienes jurídicos macro sociales, como lo es el bien jurídico Medio Ambiente, se debe a las mayores situaciones de riesgos que trae aparejado un mundo de bienestar para el ser humano, todos los efectos contaminantes que ponen en riesgo no tan solo la subsistencia sino que además, la vida humana libre de contaminación, por ello, estimo que el principio de lesividad en este tipo de delito, estará dado por el funcionamiento del sistema social, y de esta forma brindar y garantizar una protección efectiva de estos bienes jurídicos, lo que traerá como correlato la mantención de las condiciones de seguridad para que los bienes jurídicos micro sociales (vida, salud, libertad individual, entre otros) puedan desarrollarse.

Al decir del Profesor Bustos: “En consecuencia, entre estos bienes jurídicos colectivos y los bienes jurídicos micro sociales, hay una relación teleológica. El que contamina el medio ambiente, pone condiciones de peligro para la vida y salud de las personas...”⁵⁹.

Por todo lo anterior, podemos afirmar que el Estado no es libre de sancionar todo tipo de conducta, sino que solo cuando tiene un motivo legitimo y ello solo en razón a la protección de un bien jurídico inmanente, valioso, precisamente, el bien jurídico protegido en el delito tipificado en el art. 136 L.G.P.A., en la que se protege de conductas que lesionan el Medio Ambiente, bien jurídico absolutamente valioso y digno de protección penal, que de ser afectado, ser lesionado, el actor deberá ser sancionado penalmente.

IV. Conclusión

Primeramente, resulta fundamental e imprescindible indicar que la misión del Derecho Penal no es la de mejorar sin mas la situación Medio Ambiental, sancionando

⁵⁹ BUSTOS, Ramírez, Juan, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Segunda Edición, Septiembre de 2007, Ediciones jurídicas de Santiago. Pag. 563

solamente los ilícitos mas graves, evidenciando una protección fragmentaria, confusa y subsidiaria de bienes jurídicos-penales colectivos como tales, sin dejar de lado, eso si, el principio de intervención de esta rama del derecho como de última ratio.

Así, el artículo 136 L.G.P.A. contempla un tipo penal, con vida y forma independiente, que sanciona tanto a título culposo como doloso, siguiendo su lógica de redacción, que de verificarse, hace merecedor al sujeto activo como castigo de penas pecuniarias, la multa, como asimismo, penas privativas de libertad cual es la de presidio menor en su grado mínimo, lo que da el carácter de simple delito. Es la misma redacción del tipo penal la que nos da las luces para dilucidar que el bien jurídico protegido es el Medio Ambiente, la protección de los recursos hidrobiológicos en un cuerpo de agua. Por otra parte, así como criticamos su mala redacción al momento de tipificar la conducta, como dije, en un orden inverso, primero, sancionar la culposa; y, luego, de existir, la dolosa, es también novedoso y eso debe ser reconocido en cuanto que en el plano de autoría y participación, esta puede ser cometida por el sujeto activo en sus tres consideraciones del artículo 15 del Código Penal, en la que nuestro legislador pretendió hacer cargo de las estructuras empresariales y la dificultad que estas proyectan al momento de hacer efectivas las responsabilidades penales por quienes forman parte de la organización y tienen el poder de decisión, con la finalidad de hacer mas practicable, armónica y facilitar la prueba al momento de la imputación a los partícipes de la misma estructura, lo que viene a ser en nuestro país una muestra de la incipiente responsabilidad penal empresarial, mas aun, cuando precisamente en este tipo de delitos que son cometidos al interior de las estructuras empresariales, los que bajo el amparo de las mismas estructuras han facilitado muchas veces la impunidad de las conductas, lo que se pretende evitar con esta manifestación.

Por otra parte, la figura del art. 136 L.G.P.A. es un delito de resultado, un delito de lesión, toda vez que la conducta culposa o dolosa, en su caso, debe causar un daño efectivo a los recursos hidrobiológicos, por lo que al existir ese daño ambiental, es aquel que se debe reparar, efectuando acciones tendientes a la restauración del Medio Ambiente. Y, es precisamente relevante mencionar que respecto del delito del art. 136 L.G.P.A. dicha figura penal contempla a la reparación del daño producido al Medio

Ambiente, como una minorante de responsabilidad penal solo referida a la sanción de multa, sin perjuicio de la aplicación de las normas generales, a saber, del artículo 11 N° 7 C.P. particularmente, en cuanto a morigerar la sanción privativa de libertad en su caso, en la figura dolosa, siendo una manifestación del legislador por reconocer a la reparación del daño causado como una tercera vía del Derecho Penal.

V. Bibliografía

- ALENZA, García, José Francisco, Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad Pública de Navarra, Obra “Las Sanciones administrativas y penales en materia ambiental: Funciones y problemas de articulación”.
- BULLEMORE G., Vivian y MACKINNON R., John R., Curso de Derecho Penal, Tomo I, Parte General, Tercera Edición, aumentada y actualizada, Legal Publishing, 2010.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan, *El Delito Culposo*, (1ª Ed.), Santiago, Editorial jurídica de Chile, 1995.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan, *Derecho Penal: Parte General*, (2ª Ed.), Santiago, 2007.
- Código Penal, Editorial Jurídica de Chile,
- Código Procesal Penal, Editorial jurídica de Chile.
- CORTAZA VINUEZA, Carlos, “Delitos Medioambientales: ¿De Peligro (Concreto, Abstracto o Hipotético) o de lesión?, Artículo, Septiembre de 2008.
- CURY URZUA, Enrique, *Derecho Penal, Parte General*, (7ª Ed.), Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005.
- Diccionario Esencial de la Real Academia Española, Madrid, 1997, Segunda Edición, Espasa.
- FEIJOO SANCHEZ, “Imputación de hechos delictivos”.
- GARCIA, Rivas Nicolás, Profesor Dr. Universidad de Castilla- La Mancha, Delitos contra el medio ambiente, Publicaciones del Instituto de Derecho Penal Europeo e internacional, [www.cienciaspenales.net]
- GARRIDO MONTT, Mario, “Derecho Penal”, Parte General, Tomo I y II, Editorial Jurídica de Chile.
- Ley Nº 18.892.- General de Pesca y Acuicultura
- Ley Nº 20.393, que establece la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en los Delitos de Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismo y Delitos de Cohecho.
- MARCO DEL PONT, Luis, “El rol del Derecho Penal en la protección del medio ambiente”. Ponencia presentada en las Jornadas Preparatorias del IX Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Buenos Aires, 7 al 10 de Agosto de 1994.
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre, (Ed), *Derecho Penal del Medio Ambiente: estudios y propuesta para un nuevo Derecho Penal Ambiental Chileno*, Santiago, Editorial jurídica de Chile, 2004.
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre, (et alii), “Análisis dogmático del derecho penal chileno, a la luz del derecho comparado y las obligaciones contraídas por Chile en el ámbito del derecho internacional. Conclusiones y propuestas legislativa fundada para una nueva protección penal del medio ambiente en Chile”, *Ius et Praxis* Vol. 9 Nº 2 (2003).
- MIGUEL DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, *La autoría en el Derecho Penal*, segunda edición aumentada con un nuevo prologo del autor y un apéndice sobre la regulación de la autoría y la participación en el Código Penal Chileno, Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago, año 2011.

- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, (8ª Ed.), Montevideo, BdeF, 2008.
- MUÑOZ L., José FERNANDEZ C., José Ángel “Estudio dogmático penal de los artículos 291 del Código Penal y 136 de la Ley General de Pesca y Acuicultura. A propósito del caso del Santuario de la Naturaleza Carlos Anwandter.”
- NAQUIRA, R., Jaime, *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, Tomo I, Libro Primero – Parte General, Editorial Jurídica de Chile.
- Navarro, Guillermo Rafael y otros, *Delitos contra la Salud y el Medio Ambiente*, (1ª Ed.), Buenos Aires, Hammurabi, 2009.
- OVALLE MADRID, German, “Delito contra el medio ambiente y delito de daños en el Código Penal Español. La relación concursal entre delito de peligro abstracto con verificación de resultado”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 31 N° 1, Págs. 105-113 (2004).
- PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Derecho Penal: Fundamentos de la Responsabilidad*, Santiago, Abeledo Perrot, 2010.
- POLITOFF, MATUS, RAMIREZ, *Lecciones de Derecho Penal Chileno: Parte General*, (1ª Ed.), Santiago, Editorial jurídica de Chile, 2004.
- POLITOFF, Lifschitz, Sergio y ORTIZ, Quiroga, Luis, *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición, Abril de 2002.
- ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General*, Madrid: Thomson-Civitas, 2008.
- SILVA SANCHEZ, J., *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Montevideo, (2ª Ed.), BdeF, 2010.
- SILVA SANCHEZ, J., *Delitos contra el medio ambiente*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- VARGAS PINTO, Tatiana, *Manual de Derecho Penal Practico: Teoría del Delito con casos*, (1ª Ed.), Santiago, Abeledo Perrot, 2010.
- VELASCO CABALLERO, Francisco, “La Protección del Medio Ambiente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1) (comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso “López Ostra contra España”). *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 15, Num. 45. Septiembre-Diciembre 1995.
- VOLK, Klaus, *La Verdad sobre la Verdad y otros estudios*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007.