



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Ambiental

**Propuesta de Régimen Sancionatorio Penal Ambiental en
base a un Sistema Mixto de Responsabilidad, como
Instrumento de Prevención de Daños al Medio Ambiente.**

Tesis para optar al Grado de Magíster en Derecho Ambiental.

ALUMNO:
Jorge Andrés Cash Sáez

PROFESOR GUÍA:
Sr. Marcelo Castillo Sánchez

Santiago de Chile,
mayo, 2011.

ÍNDICE

INTRODUCCION	1
CAPITULO I		
NOCIONES GENERALES DEL DERECHO AMBIENTAL	5
I. CONCEPTO	5
II. EVOLUCIÓN CONTEMPORÁNEA DEL DERECHO AMBIENTAL	7
III. RELACIÓN DEL DERECHO AMBIENTAL CON OTRAS DISCIPLINAS JURÍDICAS	8
i. <u>Derecho Civil</u>	8
ii. <u>Derecho Comercial</u>	9
iii. <u>Derecho Administrativo</u>	9
iv. <u>Derecho Económico</u>	10
v. <u>Derecho Tributario</u>	10
vi. <u>Derecho Internacional</u>	10
vii. <u>Derecho Constitucional</u>	11
viii. <u>Derecho Penal</u>	12
IV. EL DERECHO PENAL AMBIENTAL EN EL DERECHO COMPARADO	12
i. <u>Alemania</u>	13
ii. <u>Argelia</u>	14
iii. <u>Argentina</u>	14
iv. <u>Australia</u>	15
v. <u>Brasil</u>	15
vi. <u>India</u>	17
vii. <u>Cuba</u>	18
viii. <u>Estados Unidos</u>	18
ix. <u>Nigeria</u>	19
V. EL DERECHO INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE	21
VI. EL DERECHO AMBIENTAL EN LA LEGISLACIÓN CHILENA	24
VII. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO AMBIENTAL CHILENO	25
VIII. ASPECTOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO AMBIENTAL EN CHILE	32
i. <u>Ámbito de aplicación específico de la garantía contenida en el artículo 19 N° 8 de la Constitución Política.</u>	33
ii. <u>Incidencia de la Constitución en el establecimiento de un futuro Derecho Penal Ambiental.</u>	35
IX. SITUACIÓN ACTUAL DEL DERECHO AMBIENTAL EN CHILE	36
CAPÍTULO II		
RELACIÓN DEL DERECHO AMBIENTAL CON EL DERECHO PENAL	40
I. DERECHO PENAL AMBIENTAL Y CIENCIA PENAL	41

II.	DELITO PENAL Y DELITO CIVIL	42
III.	EL DELITO AMBIENTAL COMO DELITO CIVIL	44
IV.	TIPIFICACIÓN PENAL DEL DELITO AMBIENTAL	45
V.	EL DELITO PENAL AMBIENTAL EN EL DERECHO COMPARADO	46
	A. Alemania	47
	B. Estados Unidos	53
	C. Brasil	60

CAPÍTULO III

DAÑO AMBIENTAL

I.	MEDIO AMBIENTE	69
	A. <u>Definición de Medio Ambiente</u>	69
	B. <u>Concepción Antropocéntrica</u>	71
	C. <u>Concepción Ecocéntrica</u>	71
	D. <u>Nuestra Opinión</u>	73
II.	DEFINICIÓN DE DAÑO AMBIENTAL	73
III.	CARACTERÍSTICAS PARTICULARES DEL DAÑO AMBIENTAL	74
IV.	CLASES DE DAÑO AMBIENTAL	76
V.	GRAVE DAÑO AMBIENTAL	77
VI.	REPARACIÓN DEL DAÑO AMBIENTAL	79
	A. <u>¿Se puede reparar el medio ambiente?</u>	79
	B. <u>Instrumentos de Reparación en el Derecho Comparado. Costa Rica- Directiva Comunitaria europea.</u>	81
	C. <u>Instrumentos de Reparación Ordenamiento Interno. Legal Administrativo</u>	84
	D. <u>Insuficiencia de los actuales mecanismo de reparación del medio ambiente en el Ordenamiento Ambiental chileno.</u>	86

CAPÍTULO IV

DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

I.	ASPECTOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD	87
	A. <u>Fundamento</u>	88
	B. <u>Clases de Responsabilidad</u>	88
	C. <u>Elementos de la Responsabilidad</u>	89
	D. <u>Dificultades para determinar al responsable de un Daño Ambiental.</u>	89
II.	SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD	92
	A. <u>Sistema de Responsabilidad Subjetiva</u>	92
	1. Efectos de un Sistema de Responsabilidad Subjetiva.	93
	2. Aplicación del Sistema de Responsabilidad Subjetiva en Chile	94
	3. Aplicación del Sistema de Responsabilidad Subjetiva en el Derecho Comparado.	96
	B. <u>Sistema de Responsabilidad Objetiva</u>	98

1.	Efectos de un Sistema de Responsabilidad Objetiva.	99
2.	Aplicación del Sistema de Responsabilidad Objetiva en Chile. Casos.	101
3.	Aplicación del Sistema de Responsabilidad Objetiva en el Derecho Comparado. Montecristi Ecuador.	105
C.	<u>Incidencia del Sistema de Responsabilidad Subjetiva y Objetiva en la Reparación del Daño Ambiental.</u>	107
III.	LA SANCIÓN AL DAÑO AMBIENTAL	108
A.	<u>Concepto de Sanción</u>	108
B.	<u>Clases de Sanción</u>	111
1.	Civiles	111
2.	Administrativas	111
3.	Penales	115
C.	<u>Fines de la Sanción</u>	116
1.	Finalidad de la Sanción Civil	116
2.	Finalidad de la Sanción Administrativa	117
3.	Finalidad de la Sanción Penal	118
4.	Fin especialísimo de la sanción penal ambiental. La Reparación del Medio Ambiente.	120
D.	<u>El Grave Daño Ambiental</u>	128
1.	La irreversibilidad del Daño. Una Ficción.	131
E.	<u>Insuficiencia de los tradicionales mecanismos sancionatorios del Derecho Penal para los delitos ambientales</u>	134
1.	Insuficiencia de las penas privativas de libertad como sanción penal para el delito ambiental.	136
2.	Insuficiencia de la multa como sanción penal para el delito ambiental.	137
	CAPÍTULO V	139
	LA RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA	
I.	DECISIÓN COMERCIAL DE EFECTOS AMBIENTALES. ECOEFICIENCIA.	141
A.	<u>El Riesgo como elemento central de la decisión comercial.</u>	145
B.	<u>La Elusión Ambiental.</u>	148
C.	<u>¿Dolo Ambiental?</u>	151
D.	<u>Responsabilidad penal de los intervinientes en el ámbito de una organización empresarial.</u>	152
II.	LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.	154
A.	<u>Teorías a favor y en contra de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídica. Chile.</u>	159
B.	<u>Dificultades para determinar la responsabilidad penal en los distintos niveles de decisión.</u>	161

CAPÍTULO VI		
NECESIDAD DE UN NUEVO ENFOQUE EN EL ESTABLECIMIENTO DE UN SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL Y SUS SANCIONES PARA UNA FUTURA LEGISLACIÓN PENAL AMBIENTAL	163
I. OBLIGACIONES INTERNACIONALES	163
A. <u>Situación en Chile.</u>	171
II. UN NUEVO ENFOQUE	177
A. <u>Clasificación de los Delitos según el Bien Jurídico Dañado. Preeminencia de los Graves Atentados al Entorno por sobre los Delitos de Bagatela.</u>	178
1. Delitos de Grave Contaminación Ambiental	181
1.a. Delitos de Grave Contaminación Ambiental con consecuencia exclusiva al Medio Ambiente	181
1.b. Delitos de Grave Contaminación Ambiental con consecuencia en las Personas	181
2. Delitos de Grave Daño Ambiental	181
2.a. Delitos de Grave Daño Ambiental con consecuencia exclusiva al Medio Ambiente	182
2.b. Delitos de Grave Daño Ambiental con consecuencia en las Personas	182
B. <u>Sistema de Responsabilidad que se debe aplicar.</u>	182
1. Coexistencia de un Sistema de Responsabilidad Subjetiva y Objetiva, en una futura Legislación Penal Ambiental. Problema Constitucional de Incorporar la Responsabilidad Penal Objetiva a un Ordenamiento Penal. Posible Solución.	183
2. Sistema Mixto de Responsabilidad atendiendo a la clasificación de los Delitos de Grave Contaminación Ambiental o Grave Daño al Medio Ambiente.	184
C. <u>Régimen de Sanciones que se debe aplicar de acuerdo a si se trata de un delito de Grave Contaminación Ambiental con o sin consecuencias para las Personas o de Grave Daño Ambiental con o sin consecuencias para las Personas.</u>	189
1. La Rehabilitación del Medio Ambiente como Principal Sanción Penal en los Delitos de Grave Contaminación Ambiental con o sin consecuencias para las Personas y, Delitos de Grave Daño Ambiental con o sin consecuencias para las Personas.	189
2. Las penas privativas de libertad como pena concurrente a la Rehabilitación del Medio Ambiente, cuando ha existido daño a las personas.	206
D. <u>Funcionamiento General del Sistema Mixto de Responsabilidad Penal Ambiental y sus Sanciones.</u>	208
1. Primera Fase: Comisión del Delito	208

2.	Segunda Fase: Determinación del Sistema de Responsabilidad.	208
3.	Tercera Fase: Aplicación de la Sanción Penal de Reparación al Medio Ambiente. Carga Procesal. Prueba de la Prevención de acuerdo a un Sistema de Responsabilidad Objetiva y Subjetiva.	210
III.	REFLEXIONES FINALES	213
	CONCLUSIONES	215
	BIBLIOGRAFÍA	220

INTRODUCCIÓN

Los trabajos orientados a buscar soluciones a la problemática del cuidado y preservación del medio ambiente, suelen introducirse destacando con particular dramatismo el nivel de degradación y deterioro que éste experimenta día a día, como también, las consecuencias que dicho fenómeno puede ocasionar a las condiciones de vida de los seres humanos.

Es por eso, que a lo largo de este trabajo, nos hemos propuesto profundizar en la funcionalidad que cumple uno de los tantos instrumentos que los seres humanos nos hemos provisto para contener los fenómenos de destrucción de nuestro entorno. Nos referimos al Derecho Penal como instrumento de protección del medio ambiente y de las condiciones que hacen posible la existencia de nuestra especie.

De esta forma, intentaremos abordar la materia comenzando por conocer las instituciones fundamentales que gobiernan el derecho ambiental y su consideración como una rama autónoma del derecho, no obstante, relacionada con cada una de las distintas ramas de las ciencias jurídicas.

Así, particular interés reviste para nuestro trabajo, determinar la relación que existe entre el derecho ambiental y el derecho penal, y la funcionalidad que algunos países le han asignado a dicha relación, incorporando derechamente a sus ordenamientos internos, normas penales ambientales que han permitido aseverar la existencia de otra disciplina jurídica: El derecho penal del medio ambiente.

De esta manera, corresponderá analizar el desarrollo que esta disciplina ha tenido en aquellos países que han optado por introducir normas penales ambientales a su ordenamiento interno, como a su vez, la forma en que lo han hecho.

Así, será posible advertir que unos han optado por incorporar tipos penales a su Código Penal y otros, han optado por crear una ley especial destinada a tipificar penalmente conductas atentatorias contra el medio ambiente. No será extraño encontrarnos también, con países que poseen un importante número de normas

penales ambientales, sin embargo, carentes de toda sistematización, orden y funcionalidad específica para los intereses del respectivo país.

Por lo anterior, es que se erige como uno de los principales objetivos de este trabajo, determinar la funcionalidad que una legislación penal especial para el medio ambiente debe poseer como instrumento de prevención frente a atentados contra el entorno.

Es por eso, que pretendemos justificar que, no obstante compartir la necesidad de recurrir al derecho penal como instrumento para disuadir a los principales agentes dañosos contra el medio ambiente, creemos también, que dada las singulares características del bien jurídico protegido, la necesidad de innovar en la generación de instituciones jurídicas modernas y eficaces- asunto planteado por parte importante de la doctrina-, junto a la insuficiencia que ha demostrado el sistema general de responsabilidad civil por daños al medio ambiente en la prevención y sanción de los delitos contra el entorno, es que nos proponemos también, sugerir algunas innovaciones en lo relativo al sistema de responsabilidad aplicable al delito penal ambiental, como también, en lo referente a la sanciones y fines especialísimos que a nuestro juicio debiera perseguir.

Así, para explicar mejor dicha funcionalidad específica del derecho penal ambiental, será preciso también, adentrarnos en las características particulares que puede revestir el delito penal ambiental, las variadas fórmulas por las que puede entenderse consumado, como a su vez, en las distintas clases o categorías de daños que pueden afectar el medio ambiente.

De esta manera, si bien una legislación penal muy dura puede inhibir a las empresas de asumir determinados riesgos que puedan atentar contra el medio ambiente, también es cierto que una legislación penal defectuosa, que ataca el corazón mismo de la decisión comercial, puede traer aparejada consecuencias de orden económico no buscadas, que pueden retrasar o truncar los niveles de crecimiento económico de un país.

Por esta razón, hemos estimado de toda justicia, esforzarnos por encontrar, en la medida que las posibilidades lo permitan, un régimen punitivo ambiental construido sobre reglas claras, que eliminen al máximo los niveles de incertidumbre a objeto de que no frenen la inversión empresarial, pero que también, sea lo suficientemente persuasivo como para impedir que éstas cometan actos nocivos y destructivos hacia el medio ambiente.

De esta forma, intentaremos elaborar criterios objetivos, que por un lado, permitan a los empresarios visualizar con claridad los límites y restricciones legales que deben tener en consideración en el desarrollo de su actividad comercial, como por otro, a los ciudadanos tener la certeza que existen los mecanismos adecuados para prevenir y sancionar a toda empresa que pueda atentar contra el medio ambiente. También aspiramos que el Estado utilice su fuerza represora con eficacia y eficiencia anteponiendo el cuidado y protección del medio ambiente por sobre cualquier otra consideración.

Así, intentaremos proponer una concepción de la sanción penal amplia, manifestada en la forma de una multa penal, comprensiva de los diversos fines que se han planteado para explicar la naturaleza de la sanción penal, dotándola a su vez de fines específicos que puedan hacer frente a los desafíos de prevención y protección del medio ambiente y de necesaria seguridad y certeza para la inversión empresarial. Nos reservaremos la aplicación de penas privativas de libertad, para aquellos casos en que además del medio ambiente, han resultado dañadas las personas.

De esta manera, hablaremos de la rehabilitación del medio ambiente, y ese será el nombre que le otorgaremos a la sanción penal que se propone. Todo, sin eludir la problemática de la reversibilidad de los daños ambientales, que se presentará como elemento central de nuestro trabajo, ya que nos permitirá explorar algunas metodologías de cuantificación del daño al medio ambiente, que a su vez, nos permitirá proponer un catálogo de multas penales ambientales, proporcionales a la naturaleza del daño y a la valoración económica que se le asigne de acuerdo a las fórmulas que mostraremos.

Por último, cabe señalar que en nuestra búsqueda de encontrar el debido equilibrio de los intereses que se conjugan en esta materia, nos parece que un buen esfuerzo en dicha dirección, debe apuntar a otorgarle mayor eficiencia a los instrumentos de determinación de la responsabilidad. Así, hemos estimado conveniente, combinar armónicamente la existencia de un sistema de responsabilidad subjetiva y objetiva en una futura legislación penal ambiental, en que la rehabilitación del medio ambiente y cuantificación de los daños y multas, puedan determinarse sobre la base de parámetros objetivos, que puedan incidir directamente en la decisión comercial de la empresa a objeto de que ésta desarrolle su actividad en términos responsables para con el medio ambiente y la vida y salud de las personas.

CAPÍTULO I NOCIONES GENERALES DEL DERECHO AMBIENTAL

X. CONCEPTO

BRAÑES¹ define el derecho ambiental como el conjunto de normas jurídicas que regulan las conductas humanas que pueden influir de una manera relevante en los procesos de interacción que tiene lugar entre los sistemas de los organismos vivos y sus sistemas de ambiente, mediante la generación de efectos de los que se espera una modificación significativa de existencia de dichos organismos.

Para VALENZUELA², el Derecho Ambiental debe entenderse sobre la base de una serie de reglas o mecanismos de aprendizaje, que precisan de una visión holística del medio ambiente y su relación con la persona humana.

Así, señala que para adentrarse al mundo del derecho ambiental, es preciso identificar, describir, clasificar e ilustrar, los principios básicos de los sistemas.

También, el carácter sistémico del ambiente y la forma como se complejizan, dinamizan e interactúan sus componente abióticos, bióticos, sociales y culturales.

A su vez, la pertenencia del hombre y su condición de variable subordinada y subordinante de los sistemas ambientales. Así también, la coyuntura ambiental actual, a nivel planetario, regional y local; sus causas antropógenas y su evolución retrospectiva y prospectiva. Por último, los principales criterios, modos y medios disponibles o propuestos para encarar la coyuntura ambiental, en los mismos niveles.

Agrega también, que la normativa jurídica, tanto nacional como internacional, sólo puede contribuir positivamente a la solución de los problemas ambientales a

¹ BRAÑES, Raúl, "Manual de Derecho Ambiental Mexicano", DF. México, Fondo de Cultura Económica, Año 1994, página 27.

² VALENZUELA, F. Rafael, "El Derecho Ambiental ante la Investigación y la Enseñanza", Valparaíso, en Revista de ciencias sociales / Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales, Universidad de Valparaíso. No.23 (segundo semestre 1983), páginas 179 a 220.

condición que sea potencialmente eficaz y obtenga un grado suficiente de eficacia o vigencia práctica. Por otra parte, que la eficacia potencial de la normativa jurídico-ambiental queda condicionada, en última instancia, a su adecuación con una percepción integral, global, sistémica y enérgica del ambiente y su problemática. Como a su vez, que la eficiencia de la normativa jurídico-ambiental depende, a fin de cuentas, de la existencia de un soporte jurídico-cultural apropiado.

Tales consideraciones, son algunas de las que dicho autor ofrece para una adecuada comprensión del derecho ambiental, y que demuestran, que no es tarea sencilla conceptualizar la disciplina jurídico-ambiental, sólo con los parámetros tradicionalmente conocidos que se utilizan para definir a determinada rama del derecho.

Con todo, VALENZUELA³ lo define como el conjunto de principios, normas y decisiones jurídicas desarrolladas en torno al objetivo final de colocar la normatividad y la coactividad del derecho al servicio de la protección de los sistemas ambientales, considerados en cuanto tales, esto es, en cuanto unidades de funcionamiento constituidos por factores dinámicamente interrelacionados.

Por otra parte, FUENTES⁴, la define como aquella rama del derecho o disciplina jurídica que se ocupa de la legislación de relevancia ambiental.

A su vez, MEIER⁵ lo ha definido como una nueva tendencia jurídica que tiene como objeto la consagración de normas jurídicas, de reglas e instituciones cuya finalidad es la conservación del medio natural, el aprovechamiento científico y planificado de los recursos naturales y, en definitiva, el establecimiento de nuevas relaciones sociedad-naturaleza hombre-hábitat social, mediante la aplicación de una política de ordenación y de distribución de la población y de sus actividades económicas en función de la calidad, capacidad e interrelación de los recursos naturales en el contexto del ambiente.

³ VALENZUELA, F. Rafael, en Medio Ambiente en Chile, página 4, citado por BRAÑES, Raúl, obra citada, página 75.

⁴ FUENTES O. Flavio, "Manual de Derecho Ambiental", Valparaíso, Editorial Libromar, Año 1999, páginas 72 y 73.

⁵ MEIER, Enrique, "La legislación como instrumento de la política ambiental, CIFCA/MARNT/CIDIAT, Mérida, Venezuela, Año 1982, Página 20, citado por BRAÑES, Raúl, obra citada, página 75.

XI. EVOLUCIÓN CONTEMPORÁNEA DEL DERECHO AMBIENTAL

Para comprender debidamente la evolución que ha tenido el último tiempo el derecho ambiental, más allá de la dependencia mutua⁶ del hombre y la naturaleza desde tiempos inmemoriales sobre cuya relación se ha investigado y analizado latamente^{7,8}, resulta imposible, en la época moderna, soslayar el impacto económico y social que generó la aceptación que hicieron las principales naciones del mundo, de la libertad económica y la propiedad privada como sus pilares fundamentales de desarrollo.

Es así como los principios antes mencionados, conformadores de del régimen jurídico de la economía social de mercado, pueden en apariencia no poseer una relación directa con el derecho ambiental, sin embargo, son principios que se traducen en normas generadoras de efectos ambientales y que precisan como tales, de resguardos provenientes de otras áreas del derecho, destinados a evitar o prevenir la exacerbación y desnaturalización de dichos principios.

Con todo, la libertad económica y el régimen de la propiedad privada, ha sido objeto de una profunda revisión política, económica, social y cultural, y que ha significado- hoy con mucha nitidez- una transformación de la naturaleza y fines propios del Estado, reasumiendo el protagonismo que este tuvo, fundamentalmente en la protección de los derechos sociales.

Esta revisión del rol del Estado, a su vez, se ha proyectado al plano jurídico y fundamentalmente, a contrapesar el ejercicio temerario de la actividad económica y sus consecuencias al medio ambiente, como también a regular con mayor presencia el uso indiscriminado de los recursos naturales y el ejercicio abusivo del derecho de propiedad.

⁶ BRAÑES, Raúl, *Obra Citada*, página 78.

⁷ MARTIN MATEO, Ramón, "Tratado de Derecho Ambiental", Madrid, Editorial Trivium, Año 1991, páginas 11 a 43.

⁸ BUSTAMANTE A. Jorge, "Derecho Ambiental: fundamentación y normativa", Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, Año 1995, páginas 5 y 6.

Es así, como el Estado ha asumido, entre otras tareas, la de proteger el medio ambiente, a través de una concepción holística y sistémica del ambiente, asunto que está transformando profunda y aceleradamente el derecho ambiental, hasta el punto que por lo general se indica que los ordenamientos inspirados en esta concepción, son el inicio del derecho ambiental moderno.⁹

En nuestro país, la manifestación del derecho ambiental moderno, se ha traducido en la generación de leyes que se superponen a la legislación preexistente, a objeto de establecer principios relacionados con la protección del medio ambiente en su conjunto, los cuales quedan subordinados a la legislación de carácter sectorial.

XII. RELACIÓN DEL DERECHO AMBIENTAL CON OTRAS DISCIPLINAS JURÍDICAS

Por la naturaleza de misma del derecho ambiental, éste posee una vinculación con todas las ramas del derecho. En algunos casos será más evidente esa relación, como en el evento que nos enfrentemos a normas que tiendan a proteger directamente el medio ambiente, como por ejemplo, la legislación que regula la ordenación del medio ambiente y en otras más lejana, como la legislación relativa a la protección de la salud pública.

No tan nítida, pero no menos estrecha es la relación que el derecho ambiental posee con otras ramas de las ciencias jurídicas, tales como; Derecho Civil, Derecho Administrativo, Derecho Internacional, Derecho Económico, Derecho Comercial, Derecho Penal, Derecho Constitucional o Derecho Tributario.

A. Derecho Civil

Uno de los lazos más fuertes con el Derecho Civil en la gran mayoría de los países- como Chile-, estriba en que el desarrollo del sistema de responsabilidad por daño ambiental descansa sobre la teoría de la responsabilidad civil extracontractual,

⁹ BRAÑES, Raúl, obra citada, página 80.

experimentando variaciones desde la responsabilidad subjetiva a la responsabilidad objetiva por riesgo¹⁰.

B. Derecho Comercial

Entre otras materias, particular interés reviste la relación del derecho ambiental con el derecho comercial, en lo relativo al seguro del daño ambiental.

El contrato de seguro por daño ambiental, es gobernado por las normas del derecho comercial, institución jurídica de enorme trascendencia en materia de daños al medio ambiente y que ha sido objeto de una nutrida discusión doctrinaria, la cual no ha estado exenta de consideraciones de orden moral y de problemas tales como; Siniestrabilidad del riesgo de contaminación, delimitación geográfica y temporal de la cobertura del seguro, el límite económico de la cobertura, entre otros problemas de enorme importancia práctica¹¹.

C. Derecho Administrativo

La relación con el derecho administrativo es uno de los vínculos más claros que existen entre el derecho ambiental y otras disciplinas, por cuanto, junto con la potestad sancionadora y fiscalizadora de la Administración¹², es el Estado el que debe asumir con mayor amplitud la potestad normativa y reglamentaria de la normativa ambiental, y así, ante la dificultad de establecer normas fijas reguladoras de situaciones cambiantes, se acude a la técnica legal de generar leyes cuyo contenido se limita a la enunciación de principios rectores, o a la creación de determinados órganos u organismos públicos, debiendo entonces acudir a un desarrollo reglamentario ulterior¹³.

¹⁰ FUENTES, O. Flavio, obra citada, página 74.

¹¹ Véase, ARBUÉS, S. Juan José, "El seguro de responsabilidad civil por daños al medio ambiente", Madrid, Editorial Dykinson, Año 1998.

¹² Véase, CAMACHO, Gladys, "Administración Ambiental", -Potestad Sancionadora y Fiscalizadora de la Administración del Estado. Clase-Sesión 19 de abril del año 2007, 2da versión Magíster en Derecho Ambiental, Universidad de Chile.

¹³ JAQUENOD DE Zsögön, Silvia, "Derecho Ambiental. Información-Investigación, Madrid", Editorial Dykinson, Año 1997, página 101.

D. Derecho Económico

Existen innumerables puntos de encuentro entre el derecho ambiental y el derecho económico, pero sin lugar a dudas, destaca muy por sobre otros, la circunstancia de que dos de los principios fundantes de la teoría del desarrollo sustentable-pilar fundamental de los países en desarrollo- provienen justamente del derecho económico; El crecimiento económico y la equidad social. El tercero, la protección del medio ambiente, no es patrimonio de ningún área del derecho en particular, por lo que también podría quedar integrada al menos parcialmente al derecho económico.

E. Derecho Tributario

El instrumento más poderoso para remodelar las economías nacionales, es posible que sea la fijación de impuestos. Establecer impuestos sobre las actividades que contaminan, agotan o de algún modo degradan el medio ambiente es una forma de asegurar en parte que los costos ecológicos se tengan en consideración en el ámbito de la decisión empresarial. Por ejemplo, un impuesto sobre las emisiones atmosféricas muy probablemente provocaría que las fábricas incorporaran controles de contaminación, otras podrían modificar sus procesos de producción y otras quizás, rediseñarían productos a fin de generar menos residuos. Es lo que en algunos países se denominan “impuestos verdes”.

Se señala que recaudando una gran proporción de ingresos públicos por concepto de “impuestos verdes” y reduciendo los impuestos sobre la renta u otros para compensar, los gobiernos pueden contribuir a que las economías se pongan en marcha rápidamente por un camino preservador¹⁴.

F. Derecho Internacional

Sin perjuicio de mantener relación tanto con el derecho internacional público, como con el derecho internacional privado, fundamentalmente -en este último caso- en lo relativo a la determinación de la norma aplicable en caso de discordia ante una

¹⁴ JAQUENOD DE Zsögön, Silvia, obra citada, página 123.

convención ambiental entre sujetos de derecho privado, es con el derecho internacional público con quien posee un vínculo más trascendente.

De esta forma, entendiendo el Derecho Internacional Público como el conjunto sistematizado de normas y principios jurídicos que rigen y regulan las relaciones de los Estados entre sí, y de éstos con aquellas entidades facultadas jurídicamente para actuar en el campo internacional, es preciso señalar que lejos de ser el problema ambiental un debate rehuido por las naciones ha significado por el contrario, una proliferación importante de tratados y convenios internacionales de carácter medio ambiental, que incluso ha servido para que algunos sostengan la existencia de un “Derecho Internacional del Medio Ambiente¹⁵”, al cual nos referiremos con mayor detenimiento más adelante.

G. Derecho Constitucional

La relación del derecho ambiental con el derecho constitucional, trasciende a la primacía jerárquica de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico y en nuestro caso, a la que posee respecto de las leyes, reglamentos y decretos de relevancia ambiental. Como señala BRAÑES¹⁶, “las Constituciones suelen resolver una serie de cuestiones de interés para el derecho ambiental. Puede recalcarse la importancia de determinar el régimen jurídico-económico que resulta de la Constitución (la “constitución económica”), régimen que será el marco dentro del cual se realizará una política ambiental.”

Así, en esta área se decidirá el rol del Estado, las libertades públicas, la libertad económica y la naturaleza de la protección constitucional al daño ambiental. Una Constitución Política que pueda diseñar un modelo equilibrado de desarrollo que se traduzca en la fórmula política y legal capaz de otorgar una adecuada y eficaz protección al medio ambiente, garantizar la libertad y responsabilidad empresarial y no restrinja las libertades públicas, seguramente contribuirá a que sea innecesario

¹⁵MORAGA, S. Pilar, “Marco Internacional Ambiental”, Clase-Sesión de 3 de abril de 2008, Modulo Especialización, Curso A, 2da Versión Magister en Derecho Ambiental, Universidad de Chile.

¹⁶BRAÑES, Raúl, “Manual de Derecho Ambiental Mexicano”, DF. México, Fondo de Cultura Económica, Año 1994.

recurrir por ejemplo, a un ordenamiento penal ambiental para prevenir el daño al medio ambiente.

H. Derecho Penal

Son muchos los países que han decidido, ante la magnitud de los desastres ambientales, la carencia de instrumentos disuasivos para las grandes empresas contaminadoras y la impunidad en que muchas veces quedan los responsables del daño, recurrir al derecho penal e incorporar derechamente en su ordenamiento interno una protección penal autónoma del medio ambiente, mediante una legislación penal especial o bien administrar un sistema disperso de normativa penal ambiental sectorial. Entre los países que se encuentran en una u otra situación se pueden mencionar a: Alemania, Argelia, Argentina, Australia, Brasil, Chile, China, Colombia, Cuba, Estados Unidos, Francia, Grecia, India, Inglaterra, Italia, Japón, México, Nigeria, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Suecia, Túnez, Turquía, Venezuela¹⁷. Nos aproximaremos a los ordenamientos ambientales de estos países más adelante.

Por considerar que el vínculo es más frágil que en los ejemplos propuestos, o por ser un área propia del medio ambiente, no hemos incluido otras áreas del derecho. No obstante, a proposición de JAQUENOD, también se puede agregar la vinculación del derecho ambiental con el derecho político, derecho agrario, derecho forestal, derecho marítimo, derecho municipal, derecho minero, derecho canónico, derecho natural o con el derecho laboral¹⁸. Ejemplos que para explicar la amplitud de la disciplina ambiental se justifican plenamente, pero no parece necesario continuar profundizando sobre esta idea.

XIII. **EL DERECHO PENAL AMBIENTAL EN EL DERECHO COMPARADO**

No vemos la utilidad de profundizar pormenorizadamente en cada ordenamiento ambiental de los países que mencionaremos, ya que escapa a los fines de este

¹⁷ BLANCO, L, Carlos, "La protección del medio ambiente en el derecho penal español y comparado", Madrid, España, páginas 43 a 199, Año 1997.

¹⁸ JAQUENOD DE Zsögön, Silvia, obra citada, páginas 97 y siguientes.

trabajo realizar un análisis comparativo de la situación chilena en lo relativo la regulación legal del medio ambiente respecto de otros países.

Sin embargo, parece imprescindible visualizar globalmente la proyección jurídica que ha tenido la valoración del problema ambiental por parte de la mayoría de los países del orbe y la consiguiente convicción de la necesidad de regular por la vía del derecho penal la preservación del medio ambiente y las condiciones necesarias para una vida sana y viable.

Con esto, se puede apreciar el impacto sostenido que ha tenido en el tiempo el problema ambiental y la mayor o menor profundidad que le han asignado algunos países a la regulación legal “penal” del medio ambiente.

A. Alemania

Para muchos, Alemania posee el más efectivo ordenamiento penal ambiental¹⁹, no obstante que algunos lo han calificado de excesivamente casuístico, complejo, insuficiente, lo cierto es que su ordenamiento interno posee más adhesión que críticos²⁰.

La ley para la lucha frente a la criminalidad ambiental de 28 de marzo de 1980 (1.^a UKG), supuso la introducción en el Código Penal alemán, con fecha 1 de julio de ese mismo año, de un nuevo Título, rubricado “Delitos contra el medio ambiente”, XXVIII de la parte especial de dicho cuerpo legal, desde el artículo 324 al 330.

En este título aparecen unificados delitos relacionados con la contaminación de las aguas y el aire, el ruido, eliminación de residuos peligrosos, manipulación no autorizada de combustible nuclear, puesta en peligro del medio ambiente a través de la emisión de venenos²¹, entre otros.

¹⁹ CONDE PUMPIDO, Touron, “Introducción al delito ecológico”, Madrid, Editorial Trotta S.A., Año 1992, página 27.

²⁰ Así, MARTÍN MATEO, Ramón, “Tratado de Derecho Ambiental”, vol. I, Madrid, Editorial Trivium S.A., página 227.

²¹ FUENTES, O. Flavio, obra citada, página 631.

Respecto de las penas asignadas a los delitos y los mecanismos de reparación nos detendremos más adelante.

B. Argelia

El ordenamiento ambiental argelino, destaca por las pautas generales que establece su Código del medio ambiente de 1983, las cuales constituyen los principios rectores de la política ambiental argelina. Se pueden nombrar; la protección y valorización de los recursos naturales, la preservación del acervo natural y la lucha contra toda forma de contaminación.

Como uno de los aspectos más relevantes de la legislación ambiental penal argelina, resalta la circunstancia de estimar que la cuantía de la multa o indemnizaciones pueden resultar ineficaces ante la magnitud del daño, por lo que algunas leyes especiales ordenan como sanción la reposición del medio ambiente a su estado originario. Esta medida, está contemplada en los artículos 77 y siguientes del Código Forestal argelino y el artículo 61 del Código Ambiental del mismo país²².

C. Argentina

El artículo 41 de la Constitución argentina consagra expresamente el derecho que gozan los habitantes a vivir en un medio ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano.

Por otro lado, en el Código Penal argentino existen una serie de disposiciones que regulan indirectamente el medio ambiente en el título sobre los delitos contra la salud pública, sin embargo el texto punitivo no contiene un delito ecológico²³.

Se destaca también, la dificultad de la utilización de la técnica de la ley penal en blanco, a propósito de los artículos 205 y 206 del Código Penal. Entre otras cosas, por la distribución de las competencias legislativas entre las provincias. La doctrina

²² BLANCO, L. Carlos, obra citada, página 62.

²³ MATUS, A. Jean Pierre, CASTILLO, S. Marcelo, RAMÍREZ, R. María Cecilia, ORELLANA, C. Marcos, "Derecho Penal del Medio Ambiente", Estudios y propuesta para un nuevo derecho penal ambiental chileno, Editorial Jurídica de Chile, Año 2004, página 113.

mayoritaria, sostiene que basta el incumplimiento de las medidas o la violación de las reglas para que se perfeccione el delito²⁴.

Por otra parte, la legislación especial en Argentina brinda protección jurídica a elementos integrantes del medio ambiente, pero en su mayoría prevé sanciones administrativas, entre las que se pueden citar la multa, el decomiso, la clausura de las instalaciones, la retirada de licencia o permiso²⁵.

D. Australia

Este país también destaca por contener una gran dispersidad de normas ambientales y una multiplicidad de normativas sectoriales que dificultan una adecuada coordinación normativa para regular eficazmente el medio ambiente.

Como ejemplo de una buena coordinación normativa se encuentran las ciudades de Victoria y Western Australia y como ejemplo de una multiplicidad de normativa sectorial, se puede mencionar South Australia²⁶.

Resalta también el reconocimiento en el ámbito penal a las infracciones de mero riesgo contemplada en la Ley de infracciones y sanciones en materia ambiental de New South Wales²⁷.

E. Brasil

Han sido determinantes para una progresiva toma de conciencia de Brasil en la protección del medio ambiente, hechos de relevancia internacional, tales como, la progresiva devastación de la Amazonía y de la selva Atlántica, la desertificación de extensas zonas del nordeste y sur, la degradación de las playas, los frecuentes incendios forestales en parques nacionales, el alto nivel de contaminación de las grandes ciudades, así como, en general, la ineficacia de los controles previstos²⁸.

²⁴ MATUS, A. Jean Pierre, CASTILLO, S. Marcelo, RAMÍREZ, R. María Cecilia, ORELLANA, C. Marcos, obra citada, página 114.

²⁵ BLANCO, L. Carlos, obra citada, página 64.

²⁶ BLANCO, L. Carlos, obra citada, página 65.

²⁷ Environmental offences and penalties Act. (EOPA), citado por BLANCO, L. Carlos, obra citada, página 67.

²⁸ BLANCO, L. Carlos, obra citada, página 68.

En este sentido, tal ha sido la importancia que se le ha asignado a la materia, que la Constitución Federal de Brasil de 5 de octubre de 1988 ha incorporado dentro de sus bases constitucionales la protección penal del medio ambiente.

Así, establece el derecho de todos los ciudadanos al medio ambiente en cuanto bien de titularidad y uso común, imponiendo a los poderes públicos el deber de protegerlo en beneficio de las presentes y futuras generaciones, y disponiendo asimismo, frente a las agresiones al medio, el establecimiento de sanciones administrativas y penales, además de reparar los daños causados a los infractores, que podrán ser tanto personas naturales como jurídicas. (Artículo 225 de la Constitución Federal Brasileña de 1988)²⁹.

Con todo, la mayoría de los delitos contra el medio ambiente están insertos en leyes especiales y destaca como rasgo distintivo de la situación normativa brasileña, el que no adopta las fórmulas empleadas por países como Alemania o España-el primero ya mencionado, el segundo más adelante-, de incorporar en el Código Penal la legislación que sanciona penalmente las conductas lesivas al medio ambiente. A su vez, también se aleja del “prescindente” modelo argentino³⁰ (en que no existe una regulación general o especial del medio ambiente, quedando la protección del ambiente al conjunto del ordenamiento jurídico). Sino que en una solución intermedia, tales disposiciones se encuentran en una ley especial; la ley 9.605 de 1988 de 12 de febrero de 1998, que establece sanciones penales y administrativas derivadas de conductas o actividades lesivas contra el medio ambiente³¹.

Es importante mencionar que a este modelo de regulación, los profesores Jean Pierre Matus Acuña, Marcelo Castillo Sánchez, María Cecilia Ramírez Guzmán y Marcos Orellana Cruz, le han denominado “Modelo de Regulación Especial

²⁹ BLANCO, L. Carlos, obra citada, página 69.

³⁰ MATUS, A. Jean Pierre, CASTILLO, S. Marcelo, RAMÍREZ, R. María Cecilia, ORELLANA, C. Marcos, obra citada, páginas 109 y siguientes.

³¹ MATUS, A. Jean Pierre, CASTILLO, S. Marcelo, RAMÍREZ, R. María Cecilia, ORELLANA, C. Marcos, obra citada, páginas 95 y 96.

Brasileño”, profusamente tratado y analizado por éstos en la investigación³² que sirvió de base al Proyecto de ley que establece delitos contra el medio ambiente, (actualmente Boletín 5654-12).

F. India

El deterioro ambiental de la India es uno de los más importantes del mundo, sus causas obedecen a múltiples factores que autores como BLANCO³³ han tratado intentado abordarlo con bastante preocupación.

La Constitución de India reconoce en su artículo 21 el derecho a la vida y a la libertad personal. En el marco de tal previsión puede implícitamente, encuadrarse el derecho al medio ambiente, al igual que también lo puede ser la garantía constitucional contenida en el artículo 47 de la carta fundamental que establece un nivel nutricional y de promoción de la salud pública³⁴.

Destacan como rasgos distintivos del ordenamiento penal ambiental indio, el tratamiento indistinto de los delitos ambientales, tanto por figuras incorporadas al Código Penal, como por ejemplo, “Delitos contra la contaminación atmosférica”, contenidos en la sección 278 del Código, como también, la protección del agua en la “ley de aguas, sobre prevención y control de la contaminación”.

También llama la atención, el deber constitucional contenido en el artículo 51A.g. que les impone a los ciudadanos la obligación de preservar la protección y desarrollo del medio ambiente, lo que naturalmente implica la incorporación de un elemento de orden cultural que parece interesante tener a la vista para la futura legislación penal nacional del medio ambiente.

³² Se recomienda la lectura completa del trabajo realizado por los profesores Matus, Castillo, Ramírez y Orellana en el marco del Proyecto Fondecyt N° 1010206. Obra citada. Caso Brasileño: Páginas 89 a 109.

³³ BLANCO, L. Carlos, obra citada, página 84.

³⁴ BLANCO, L. Carlos, obra citada, página 85.

G. Cuba

La Constitución cubana de 1976 en su artículo 2 dispone que “para asegurar el bienestar de los ciudadanos, el Estado y la sociedad protegen la naturaleza”. También, “incumbe a los órganos competentes y además a cada ciudadano velar porque sean mantenidas limpias las aguas y la atmósfera, y que se proteja el suelo, la flora y la fauna”³⁵.

Se destaca, al igual que en la India, el mandato constitucional que le asiste a la ciudadanía en orden a ser garante al igual que el Estado, de la protección al medio ambiente. A su vez, se caracteriza porque el medio ambiente, al igual que en otros países ya mencionados, no queda tutelado de forma autónoma, sino desde la perspectiva de los delitos contra la salud pública o contra la economía.³⁶

H. Estados Unidos

En los Estados Unidos la tutela jurídica del ambiente se configura de un modo disperso, no siempre armónico, a través de leyes sectoriales en las que se incluyen preceptos penales, e incluso mediante la aplicación extensiva de normas penales de carácter general, en un principio previstas para otros fines³⁷.

También, junto a otras importantes materias, que también han sido objeto de un profundo análisis y estudio, como por ejemplo, en materia de protección penal ambiental, lo referido a las auditorías ambientales, el debido proceso y la quinta enmienda constitucional³⁸, la tentativa, la responsabilidad de las personas jurídicas, la determinación de la pena, y la existencia de procesos paralelos a nivel federal y estatal³⁹, existen enormes dificultades institucionales que ha debido soportar el sistema de protección penal del medio ambiente.

³⁵ BLANCO, L. Carlos, obra citada, página 79.

³⁶ SILVA, Silva, H.O., “Delito Ecológico” Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Católica de la Santísima Concepción, vol. IV núm. 4 Año 1995, páginas 80 y siguientes. Citado por BLANCO, L. Carlos, obra citada, página 79.

³⁷ BLANCO, L. Carlos, obra citada, página 81.

³⁸ D. Buente y K.Thomson, “The changing face of Environmental Criminal Law: Trends and Developments-1999-2001, 31 ELR 11340, nov. 2001, citado por MATUS, A. Jean Pierre, CASTILLO, S. Marcelo, RAMÍREZ, R. María Cecilia, ORELLANA, C. Marcos, obra citada, página 188.

³⁹ MATUS, A. Jean Pierre, CASTILLO, S. Marcelo, RAMÍREZ, R. María Cecilia, ORELLANA, C. Marcos, obra citada, páginas 188 y 189.

Dificultades que responden a superposición de competencias, presiones indebidas o competencias paralelas entre distintos órganos⁴⁰ y, ante las cuales, se proponen valiosas recomendaciones, tales; mayor diálogo institucional, unidades y personal especializado, descentralización en diferentes regiones⁴¹.

I. Nigeria

Uno de los problemas que plantea la regulación medio ambiental de Nigeria, el cual es común al que tiene la mayoría de los países, es la falta de coordinación normativa, de forma que en una pluralidad de estatutos sectoriales, emanados de diversas instancias, éstos se superponen de cara a la tutela de los diferentes recursos naturales⁴².

Un aspecto fundamental que nos parece resaltar, no sólo por su trascendencia jurídica, sino también, por el carácter excepcional respecto de los ordenamientos estudiados, es la de consagrar en su estatuto penal la responsabilidad objetiva⁴³.

Creemos que los países recién mencionados, los cuales abarcan los cinco continentes, son una muestra lo suficiente representativa de la proyección jurídica que ha tenido la protección del medio ambiente hacia los ordenamientos jurídicos de todas partes del mundo.

Junto a los países que hemos señalado, existen muchos otros, que por sentir justificado el punto, nos limitaremos a enunciar e incorporarlos dentro de la categoría de países que han intentado regular por la vía del derecho penal la protección del medio ambiente.

⁴⁰ Este conflicto, marcado básicamente por la dualidad que existe entre la EPA (Environmental Protection Agency) que conduce los casos para que el DOJ (Department of Justice) los presente ante los tribunales, además de otros órganos con competencia en la investigación criminal como el FBI y otras agencias federales, lo describe claramente, MATUS, A. Jean Pierre, CASTILLO, S. Marcelo, RAMÍREZ, R. María Cecilia, ORELLANA, C. Marcos, obra citada, páginas 181 y siguientes.

⁴¹ MATUS, A. Jean Pierre, CASTILLO, S. Marcelo, RAMÍREZ, R. María Cecilia, ORELLANA, C. Marcos, obra citada, página 202.

⁴² BLANCO, L. Carlos, obra citada, página 104.

⁴³ Sección 2da, Capítulo 4º, Código Penal Nigeriano, citado por BLANCO, L. Carlos, obra citada, página 81

Así por ejemplo, **China** consagra en el artículo 26 de su Constitución Política de 1982, el deber del Estado de proteger el medio ambiente y de eliminar la contaminación ambiental y otros males comunes. **Colombia**, en el artículo 78 de su Constitución Política de 1991, regula la protección al medio ambiente bajo la rúbrica “de los derechos colectivos y del ambiente”. **Francia**⁴⁴, a través del “Code de l’Environnement”, cuyo contenido no es propiamente un Código en sentido estricto⁴⁵, no es más que una recopilación sistematizada de normas (Código abierto⁴⁶) ambientales vigentes en ese país.

Grecia por su parte, consagra en el artículo 24 de su Constitución, la obligación del Estado de proteger el medio ambiente natural y cultural. **Inglaterra**, posee entre otras, las siguientes leyes que protegen su medio ambiente; La ley sobre pureza de la atmósfera de 1956, la ley sobre atenuación de ruidos de 1960, la ley de recursos hidrobiológicos de 1963, la ley de tráfico por carretera de 1964, entre otras leyes que destacan⁴⁷.

Paraguay posee por su parte, en el artículo 7 de la Constitución Política de 1992, la garantía del derecho a un ambiente saludable, como a su vez, el artículo 8, regula constitucionalmente la protección al medio ambiente. **Portugal**, impone derechos y deberes constitucionales en la relación con el medio ambiente, estableciendo en el artículo 66 de la Constitución Política, el derecho a un medio ambiente sano y el deber de defenderlo.

En **Túnez**, resalta con especial interés para nuestro trabajo, las penas accesorias a la cárcel y a la multa⁴⁸, como por ejemplo, la restitución al estado original del medio ambiente. Otro buen ejemplo es el artículo 160 del Código de Aguas⁴⁹ de Túnez, cuya sanción en materia de aguas, es la restitución del ecosistema hidrológico al estado previo a la infracción. Integran también la nómina, entre otros, países como

⁴⁴ VALLS, Mariana. “Derecho Ambiental: los grandes problemas ambientales que enfrenta la Argentina a fin de siglo: legislación y propuestas de solución. Buenos Aires, Editorial Buenos Aires, Año 1999, páginas 62 y 63.

⁴⁵ TORRE, Abelardo, “Introducción al Derecho”, Editorial Perrot, Año 1957, páginas 289 y 299. Citado por VALLS, Mariana, obra citada, página 63.

⁴⁶ TORRE, Abelardo, obra citada, página 298 y 299, citado por VALLS, Mariana, obra citada, página 63.

⁴⁷ BLANCO, L. Carlos, obra citada, página 88.

⁴⁸ BLANCO, L. Carlos, obra citada, página 115.

⁴⁹ BLANCO, L. Carlos, obra citada, página 116.

Portugal, Polonia, Italia, Perú, Japón, México, Panamá, Suecia, Turquía, Venezuela etc.

XIV. EL DERECHO INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE

El Derecho Internacional del Medio Ambiente, o (DIMA), se puede resumir en tres importantes características: (1) Su funcionalidad; (2) Multidimensionalidad; y (3) “Soft Law”⁵⁰.

La funcionalidad del DIMA, descansa en la idea que los Estados asumen funciones en pro de la protección del medio ambiente, considerado como interés común. Su multidimensionalidad, importa la consideración de distintas dimensiones, políticas, económicas, científicas y tecnológicas. Por su parte, el Soft Law, la posibilidad de aplicar o vincular con eficacia el acuerdo internacional suscrito al ordenamiento interno.

Como una de las fuentes⁵¹ más importantes del Derecho Internacional del Medio Ambiente, se pueden encontrar una gran cantidad de Tratados Internacionales, los cuales regulan las más diversas materias y problemas que aquejan a las naciones en materia de medio ambiente, asunto que ha llevado a muchos autores a intentar sistematizarlos o compilarlos. Dada la naturaleza compleja de la materia, es difícil establecer un parámetro claro de cuántos tratados internacionales sobre medio ambiente existen, pero si se pueden identificar claramente algunos de los más trascendentes⁵².

⁵⁰ MORAGA, Pilar, obra citada, sesión 3 de abril de 2008, página 5.

⁵¹ Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de 1920.

⁵² a- Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos.-b-Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología,-c-Convenio de Róterdam sobre el Procedimiento de Consentimiento Fundamentado Previo aplicable a ciertos Plaguicidas y Productos Químicos peligrosos objetos de Comercio Internacional.-d-Protocolo de Kyoto.-e-Convención de las Naciones Unidas de lucha contra la desertificación en los países afectados por sequía grave o desertificación, en particular África.-f-Convenio sobre diversidad biológica.-g-Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático.-h-Tratado entre Chile y Argentina sobre medio ambiente.-i-Convenio de Basilea para el Control de los Movimientos Transfronterizos de Desechos Peligrosos y su Eliminación.-j-Convención para la Protección de la flora, la fauna y las bellezas naturales de América.-k-Convenio Internacional para la caza de ballena.-l-Tratado Antártico.-m-Convenio sobre zonas húmedas de importancia internacional, especialmente como hábitat de aves acuáticas (RAMSAR).-n-Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre (CITES).-o-Convenio sobre la conservación de especies migratorias de la fauna salvaje.-p-Convenio para la protección del medio ambiente y la zona costera del Pacífico Sudeste.-q-Acuerdo de cooperación regional para el combate contra la contaminación del Pacífico Sudeste por hidrocarburos y otras sustancias nocivas en

A este respecto, resultará útil recurrir a autores como el profesor LLANOS MANCILLA⁵³, que analiza, por ejemplo, con particular detalle la normativa ambiental internacional vigente que está aplicando Chile para proteger la diversidad de nuestros recursos naturales antárticos amenazados entre otras cosas por el calentamiento global, la escasez de recursos y la ambición ilimitada de algunos gobiernos

La importancia que presenta el DIMA, junto con las consideraciones lógicas relativas a la sociabilización mundial del problema ambiental y su normativización y la necesidad fundamental que fluye del debate, en orden a premunir a dichos instrumentos internacionales de la fuerza jurídica necesaria para que las obligaciones que se contraen en el ordenamiento internacional se cumplan efectivamente en el ordenamiento interno, destaca su vez, con idéntica importancia, la aceptación internacional del concepto⁵⁴ de desarrollo sustentable que ha permitido incorporar la variable ambiental a la decisión económica desmitificando su carácter de “riesgo de negocio”, significando que importantes empresas⁵⁵ hagan suyos, por ejemplo, los Principios de Ecuador⁵⁶ relativos a la responsabilidad del sistema financiero en el cuidado del medio ambiente.

A su vez, se advierte en esta disciplina, un conflicto tremendamente relevante para el medio ambiente y el comercio internacional, el cual MORAGA⁵⁷, lo han profundizado al detalle. Cual es, el vínculo entre la liberalización comercial y la protección del medio ambiente, que ha llevado a los tribunales internacionales a

caso de emergencia-r-Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar-s-Convención de Viena para la Protección de la Capa de Ozono-t-Protocolo de Montreal relativo a las sustancias agotadoras de la capa de ozono. Compilación, MORAGA, Pilar, obra citada, página 7.

⁵³ LLANOS MANCILLA, Hugo, La Protección Jurídica del Medio Ambiente en Chile: Convenios Internacionales; Santiago de Chile, Edición Red Internacional del Libro, Septiembre de 1995.

⁵⁴ Informe Comisión Brundtland Año 1987.

⁵⁵ La primera empresa en adherir en Chile a los Principios de Ecuador fue Corpbanca, el 19 de julio de 2007.

⁵⁶ MORAGA, Pilar, obra citada, página 3.: Principios de Ecuador- Ideas Generales: “Directrices elaboradas y asumidas de manera voluntaria por los bancos para la gestión de temas ambientales y sociales en relación al financiamiento de proyectos de desarrollo”. Elaboración: 3 de junio de 2003- Estadísticas: Al año 2007 existían 10 instituciones financieras adheridas. Al año 2008, habían 27 instituciones financieras adheridas, equivalente al 75% del mercado global de préstamos- Razón: Creación de nuevos estándares en materia de financiamiento de proyectos.-Importancia: Las instituciones bancarias estarían dejando de concebir los temas ambientales y sociales como riesgo de negocio.-Alcance-Se trata de principios no vinculantes, adoptados voluntariamente.

⁵⁷ MORAGA, S. Pilar, “La resolución de conflictos ambientales en materia de comercio internacional”, Abogada Universidad de Chile, Doctorante en Derecho Internacional y Comunitario, Universidad de Lille 2, Francia, Asistente de Investigación de la Universidad de Valenciennes, Francia. Obra citada, texto complementario de la autora.

resolver conflictos de intereses entre Estados que vulneran las reglas del comercio internacional y Estados que han decidido privilegiar la protección del ecosistema y la salud.

Es así, como la Organización Mundial de Comercio (OMC) a través de su Órgano de Solución de Diferencias (OSD), ha debido desarrollar un audaz trabajo en la interpretación de los Acuerdos de Marrakech, los cuales autorizan a los Estados Miembros de dicha organización a adoptar medidas restrictivas al comercio internacional tendientes a proteger el medio ambiente o la salud, de manera excepcional y bajo ciertas condiciones. (Artículo XX GATT, 1994, OMC).

También, una materia que ha ido experimentando en el campo del derecho internacional ambiental una significativa y progresiva valoración, son los denominados “Acuerdos Voluntarios⁵⁸”, cuya versión en Chile son los denominados “Acuerdos de Producción Limpia⁵⁹”, cuyo fomento responde a la constatación generalizada de que los enfoques tradicionales basados en los instrumentos de orden y control o reglamentación directa, son insuficientes para responder a los objetivos de la política ambiental de manera efectiva, eficaz y equitativa. Por ende se hace necesario recurrir a la cooperación de los actores económicos que, siendo parte del problema ambiental lo son también de su solución, y comparten con las autoridades la responsabilidad por mejorar la calidad del medio ambiente⁶⁰.

Por último, cabe agregar que el derecho internacional del medio ambiente ha sido objeto de múltiples aportes doctrinarios, destinados en su gran mayoría a otorgarle características particulares y fundarlo en importantes principios. Así, el aporte de

⁵⁸ También llamado acuerdo ambiental, acuerdo negociado, “convenant”-eco-contract, etc, se entiende por tal, aquel “contrato celebrado entre la industria y la Autoridad Pública, relativo a un cierto número de objetivos ambientales que la industria debe alcanzar en un determinado plazo. GLACHANT, Matthieu, “les accords volontaires dans la politique environnementale”, Rapport pour la Direction de l’Environnement de l’OCDE, Centre d’Economie Industrielle, 1994, París, página 1, citado por DURÁN, Valentina, “Acuerdos voluntarios en materia ambiental y su versión chilena: los Acuerdos de Producción Limpia, material complementario, 2da versión Magíster Derecho Ambiental, Universidad de Chile, sesión de 1 de abril de 2008, página 10.

⁵⁹ Establecido en documento marco firmado diversas autoridades públicas y del mundo empresarial con fecha 3 de noviembre de 1998, denominado “Acuerdos de Producción Limpia: Conceptos y Alcances. En dicho acuerdo los APL se definieron como “aquel instrumento de política ambiental que sobre la base de un convenio celebrado entre la industria y la administración pública competente, o sobre la base de una declaración unilateral de la industria, persigue lograr objetivos ambientales concretos”.

⁶⁰ DURÁN, Valentina, obra citada, página 9.

autores como BRAÑES, HUERTA, DURÁN⁶¹ entre otros, ha contribuido significativamente al desarrollo y evolución de esta importante área del derecho ambiental o nueva área del derecho para MORAGA⁶².

XV. EL DERECHO AMBIENTAL EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

El problema ambiental no es un tema nuevo en Chile, tampoco como hemos revisado, lo es en el Derecho Comparado. El tratamiento doctrinario del asunto se ha traducido en muchos casos en iniciativas legislativas de diversa índole.

Es así como el desarrollo del Derecho Ambiental ha ido adquiriendo una connotación de bastante relevancia. Fundamentalmente ha contribuido a esta proyección, la toma de conciencia de que el crecimiento social y económico de las naciones implica en alguna medida considerar, al momento de aplicar variables económicas o políticas, el tema del ambiente, entorno o medio en el que se llevarán a cabo.

Así, dentro de la legislación ambiental nacional cabe distinguir,⁶³ entre aquella que analiza la problemática ambiental en su conjunto⁶⁴, de aquella que analiza diversos componentes del ambiente⁶⁵ y, dentro de esta última, aquella cuya preocupación central es el análisis y desarrollo de una normativa sectorial.

⁶¹ BRAÑES, Raúl, DURÁN, Valentina, HUERTA, Rafael, entre otros. Señalan como principios universales del derecho internacional del medio ambiente los siguientes: "Interdependencia Ecológica", "Solidaridad", "Cooperación", "Obligación de informar e informarse", "Universalidad", "Regulación Jurídica Integrada", "Responsabilidad Común pero diferenciada", "El que contamina paga", Transpersonalización de la norma jurídica ambiental", "Precautorio" por nombrar algunos. Entre las características más sobresalientes, se encuentran la "la dispersión normativa" y "la dificultad para obtener el cumplimiento de los Tratados Internacionales".

⁶² MORAGA, S. Pilar, obra citada, página 6.

⁶³ FUENTES, O, Flavio, obra citada, página 106.

⁶⁴ Véase, FERNANDEZ, B. Pedro, "Manual de Derecho Ambiental Chileno", Santiago, Editorial Jurídica, Año 2004, páginas 14 a 26.

El análisis de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente N° 19.300, lo haremos en detalle y a propósito del sistema de responsabilidad que contempla.

⁶⁵ La denominada legislación de relevancia ambiental, apunta a la protección de distintos componentes del medio ambiente, como el agua, el suelo o el aire. Se pueden mencionar entre aquellas normas que regulan el componente agua a la Ley N° 18.892, "Ley General de Pesca y Acuicultura". En relación a la normativa sectorial se puede destacar el D.S. N° 609 del año 1998, modificado por el D.S. N° 3592 del año 2000, sobre "*Normas de Emisión de Riles a Sistemas de Alcantarillado*", también, el D.S. N° 90 del año 2001, sobre "*Norma de Emisión de Riles a Aguas Marítimas y Continentales Superficiales*", (Para algunos la más relevante en el problema de la contaminación de las aguas), o también, dentro de la normativa sectorial del recurso agua, el D.S. N° 46 del año 2003 sobre "*Normas de emisión de Residuos Líquidos a aguas subterráneas*".

Así también, dentro de aquellas normas que regulan un componente del medio ambiente será posible distinguir aquellas que dependen para su aplicación, control y fiscalización de determinado servicio público. Como por ejemplo, el D.S. 594 del año 1999 del Ministerio de Salud que establece las condiciones sanitarias y ambientales básicas en los lugares de trabajo cuyo control está sujeto al control de la autoridad sanitaria. De aquellas, que para su aplicación, control y fiscalización no dependen de determinado servicio público, como por ejemplo, el Código Sanitario o la ley de caza N° 19.473.

Respecto a esta materia se pueden citar los valiosos esfuerzos que han realizado ASTORGA⁶⁶ y la CONAMA⁶⁷ por compilar y sistematizar la normativa ambiental en Chile, que en mayor o menor medida, han contribuido a clarificar la cantidad, objeto y alcances de gran cantidad de normas de relevancia ambiental.

XVI. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO AMBIENTAL CHILENO

Abordar la evolución histórica del Derecho Ambiental no es para nada tarea fácil. Por el contrario, ante las complejidades propias de la normativa ambiental, presentes incluso, en la necesidad de precisar que se debe entender por norma de relevancia ambiental, se han hecho importantes esfuerzos por otorgarle una coherencia histórica a su establecimiento, los cuales han superado la explicación política, económica, cultural, científica, tecnológica, etc, de analizar la evolución del derecho ambiental y se han focalizado más bien, en recopilar la gran cantidad de normas de relevancia ambiental, algunos incluso, a contar del año 1811 hasta el año 1994⁶⁸.

⁶⁶ ASTORGA, Martín, "Repertorio de Legislación de Relevancia Ambiental para Proyectos de Infraestructura", Ministerio de Obras Públicas, Año 2005.

⁶⁷ CONAMA, "Repertorio de Legislación de Relevancia Ambiental", Secretaría Técnica y Administrativa, Enero, Año 1993.

⁶⁸ VEGA, Viviana, "Evolución del Derecho Ambiental en Chile". Tesis doctoral para el programa de Geografía, Paisaje y Medio Ambiente de la Universidad de Barcelona, Año 2008-2009, Capítulo II. Valioso esfuerzo investigativo que sin duda contribuye a tener una perspectiva más nítida de la evolución del derecho ambiental en nuestro país. A continuación, transcribimos parte de este excelente trabajo.

1811 - Comercio. Se declaran abiertos al comercio libre los puertos de Valdivia, Talcahuano, Valparaíso y Coquimbo. Y se prohíbe la internación por los demás puertos. 21/2/1811.

-Comercio y navegación. Ordenanza de aduanas. 21/2/1811.

Artículo 22: Libertad al labrados y fabricante para la exportación al extranjero, logrando la rebaja de la mitad de los derechos que adeudare.

Artículo 24: Se concede a los naturales entera libertad de derechos en la exportación al extranjero de los aceites de todas clases, yerbas medicinales, frutas secas, trigo, harinas floreadas, salvado, alpiste, semillas, cebada, maíz, licores, vino, cáñamo, pieles, lanas, crines, astas, huesos, pescados y carnes secas o en tasajes; pieles, lanas, jabón, jarcias, lonas y lonetas; así mismo todos los fósiles siendo de nuestras minas, piedras preciosas, plomo, estaño, bismuto, azufre, hierro, etc.

Artículo 27: Toda nueva fábrica de este reino será absolutamente libre de todos los derechos por el término de ocho años tanto en el comercio interior cuanto en su extracción.

Artículo 32: serán libres de todo derecho las primeras materias que del extranjero se internaren para nuestras fábricas.

Artículo 33: Serán libres de todo derecho la introducción de los útiles para la agricultura, industrias, minas, ingenios y otros cualquiera sea el artículo en beneficio de estos ramos sea cual sea su procedencia o propiedad.

Artículo 36: es franca toda pesca que en adelante se intentare por los naturales, y gozarán de entera libertad de derechos en su importación y exportación.

Artículo 216: Queda prohibida la internación de alhajas de plata, azadones, alcayota, aceites de oliva, de nuez y linaza, aceitunas, alfombras, botas, badanas, barretas, cuñas para mineros, codos de trapiche y molinos cáñamo, cobre labrado, cueros de vicuña y lobo, cordobanes, fierros curtidores, jarcias, lino, lona, lonetas; carnes y pescados salados o en tasajo, vino, aguardiente y todo licor, muebles de madera, punta de azadones, quesos, etc.

Tabaco. Disposiciones relativas a su plantación. 3/8/1811.

1845

Matadero público de reses en Santiago. Pago de derechos a favor de la Municipalidad de dicha ciudad. 18/7/1845.

Artículo 4: La carne que se expendia en los puertos o mercados para el abasto diario de la población, sólo podrá ser la de las reses que se maten en los mataderos públicos de Santiago.

Carbón de piedra extranjero. Derechos de internación. 24/9/1845.

Colonias de naturales y extranjeros. Se autoriza al Ejecutivo para establecerlas. 18/11/1845.

Artículo 1: Se autoriza al Presidente de la República para que en las seis mil cuerdas de terrenos baldíos que hay en el Estado, se puedan establecer colonias de naturales y extranjeros que vengan al país con ánimo de avecindarse en él y ejerzan alguna industria útil.

Artículo 4: "...no se pagará por el término de veinte años contados desde el día de la fundación, las contribuciones de diezmo, castro, alcabala ni patente.

1890

FFCC salitreros. Permiso de construcción. 18/1/1890.

FFCC Collipulli a Santa Julia. Permiso de construcción. 22/1/1890.

Contribuciones por 18 meses. Id. Ley 7/7/1887. 13/8/1890.

Fondos para combatir la viruela a 34 ciudades. 16/8/1890.

FFCC Mejillones a Cerro Gordo. Permiso para construirlo. 29/9/1890.

1897

Ley Nº 916. Alumbrado eléctrico. Se autoriza a municipalidades de Santiago, San Bernardo y Ñuñoa para que puedan conceder el uso de sus calles caminos y plazas para alumbrado público y servicio de FFCC urbano eléctrico o mecánico. 3/3/97.

Ley Nº 925. Provisión de agua potable para Concepción. Fondos para este objeto. 13/3/97.

Ley Nº 940. Alumbrado eléctrico y FFCC urbano en Valparaíso. Uso de calles, caminos y plazas. 6/9/97.

en el Ley Nº 951. FFCC. Equipo para las líneas férreas de un metro. Se autoriza su construcción país. 10/9/97.

Ley Nº 952. Obras de peñuelas. Fondos para su construcción. Agua potable para Valparaíso. 16/9/97.

Ley Nº 959. Explotación de guano. Se exime de ciertos pagos al erario nacional y fija el precio mínimo por tonelada. 18/11/97.

FFCC Curicó a Los Queñes. Permiso de construcción. 23/12/97.

1930

Ley Nº 4764. Autoriza fondos para la construcción de frigoríficos. 10/1/1930.

Ley Nº 4794. Reglamenta el funcionamiento de las empresas a gas de la República y quedan bajo la Dirección de los Servicios Eléctricos. 28/1/1930.

Ley Nº 4796. Aprueba el Código de Minería. 28/1/1930.

Artículo 1: El Estado es dueño de todas las minas de oro, plata, cobre, azogue, estaño piedras preciosas y demás sustancias fósiles, nos obstante el dominio de las corporaciones o los particulares sobre la superficie de la tierra en cuyas entrañas estuviesen situadas. Pero se concede a los particulares la facultad de catar y cavar en tierras de cualquier dominio para buscar las minas a que se refiere el precedente inciso; lo de laborar y beneficiar dichas minas y la de disponer de ellas como dueños con los requisitos y bajo las reglas que prescribe el presente Código.

Artículo 2: La propiedad minera que la ley concede se llama Pertenencia. Tiene la forma de un sólido cuya base es un rectángulo y cuya profundidad es indefinida dentro de los planos verticales que la limitan...el Estado se reservará la explotación de los depósitos de guano, y de petróleo en estado líquido o gaseoso ubicados en terrenos de cualquier dominio.

Ley Nº 4846. Crea un departamento de control dependiente de la Dirección General de Sanidad, para la fabricación y venta de sueros, vacunas, productos biológicos y bioquímicos, para uso humano o veterinario, que se fabriquen o internen en el país. 27/2/1930.

Ley 4851. Ley de Caminos. 11/3/1930.

- Clasificación de caminos.
- Policía de caminos, el Presidente de la República reglamentará el tránsito por los caminos públicos y concesión para ocupar con vías férreas, la plantación de árboles o cercar en los espacios laterales, o procediendo en casos calificados e indispensables a disponer la corta de árboles que perjudiquen la conservación o utilidad de los caminos.
- Las aguas que crucen por un camino o puente deberán hacerlo por acueducto.
- Los predios rústicos deberán permitir la extracción de tierra, arena, piedra y demás materiales para la construcción y conservación de los caminos que existieren dentro de una propiedad.

Ley Nº 4863. Se autoriza al Presidente de la República para que en representación del Fisco concorra a la formación de la Compañía Salitrera de Chile. 21/7/1930.

Artículo 4: La compañía tendrá por objeto:

-
- 1º Atender los intereses generales de la industria y del comercio del salitre y sus derivados.
 - 2º ...favorecer tanto la investigación científica y técnica, como el establecimiento de plantas experimentales y escuelas tendientes a ese fin.
 - 3º Centralizar y nacionalizar la adquisición de los artículos y mercancías...que la industria salitrera requiere y produce.

Ley Nº 4869. Se autoriza al Presidente de la República para declarar obligatorio la pasteurización de la leche. 19/12/1930.

Ley Nº 4912. Crea la Junta de Exportación Agrícola. 19/12/1930.

Artículo 2: son atribuciones de la Junta:

- 1º Determinar, de acuerdo con los resultados de las cosechas agrícolas, con las necesidades del consumidor del país y con el estado de los mercados extranjeros, los productos, tipos de calidad y cantidad de los mismos, cuya exportación debe fomentarse por medio del pago de primas.

Ley Nº 4915. Establece los derechos de internación que se pagarán por el ganado que se interne al país y autoriza al Presidente de la República para fijar los puertos por los cuales podrá efectuarse esa internación. 19/12/1930.

1932

Ley Nº 5037. Se autoriza al Presidente de la República para fijar a las municipalidades las cuotas con que deben contribuir al sostenimiento del servicio de Carabineros de Chile. 3/2/1932.

Ley Nº 5092. Declara obligatorio el envase de madera y el de fabricación nacional para diversos productos. 12/4/1932.

Papas, frutas frescas o secas, las cervezas embotelladas, los azúcares producidos, refinados o lavados en el país sólo podrán ser envasados en jabas, barricas o cajones de madera. El cemento producido en el país sólo se transportará en envases producidos en el país.

Ley Nº 5108. Otorga primas por exportación de azufre. 20/4/1932.

1949

Ley Nº 9342. Fija el texto refundido de la Ley de Organización y Atribuciones Municipales. 14/9/1949. No altera las atribuciones que se le conceden ya en el Decreto Ley Nº 740 del 22/12/1925.

Ley Nº 9428. Liberación de derechos de maquinas y accesorios destinados a fomentar una planta pasteurizadora de leche. 26/10/1949.

Ley Nº 9429. Liberación de derechos a las maquinarias y elementos necesarios destinados a la instalación, habilitación y construcción del frigorífico y matadero de Lo Valledor, de Santiago. 26/10/1949.

Ley Nº 9552. Autoriza al Presidente de la República a entregar a la Corporación de Fomento fondos para impulsar el desarrollo de la industria pesquera. 30/12/1949.

1964

Ley Nº 15691. Autoriza al Presidente de la República para transferir gratuitamente a la Sociedad de Agricultura de Chiloé los terrenos que indica con el fin de que ésta los destine a actividades de fomento o divulgación agropecuario.

Ley Nº 15703. Establece normas en relación con pesticidas. 1/10/1964.

Ley N° 15840. Ley de Organización y Atribuciones del Ministerio de Obras Públicas y servicios dependientes, crea la Dirección General de Obras Públicas. 9/11/1964.

Artículo 1: El Ministerio de Obras Públicas el la Secretaría de Estado encargada del planeamiento, estudio, proyección, construcción, ampliación, reparación, conservación y explotación de obras públicas fiscales y el organismo coordinador de los planes de ejecución de las obras que realicen los Servicios que lo constituyen.

Artículo 3: El Ministerio de Obras Públicas tendrá a su cargo las siguientes materias:

- a) Planes Reguladores Comunales e Intercomunales, a que se refiere la ley de Construcciones y Urbanización .
- b) Expropiación de bienes para las obras que se ejecuten de acuerdo con la presente ley.
- c) Concesión de servicio particulares de agua potable y alcantarillado a que se refiere del Decreto con fuerza de Ley 235, de 1931.
- d) Aplicación de la Ley N° 3133, de 1916 sobre residuos industriales, modificada por ley N° 9006, de 1948.
- e) Aplicación de la ley N° 11402, de 1953, sobre defensas y regularización de cauces de ríos, lagunas y esteros que se realicen con aporte fiscal.
- f) Aplicación de la ley N° 8946, de 1949, sobre pavimentación urbana.
- g) Aplicación del Código de Aguas, aprobado por ley N° 9909, de 1951.
- h) Aplicación de la ley N° 14536, de 1961, sobre regadío.

Artículo 10: La Dirección General de Obras Públicas estará formada por los siguientes Servicios:

Dirección de Planeamiento y Urbanismo.
Dirección de Arquitectura.
Dirección de Obras Sanitarias.
Dirección de Pavimentación Urbana.
Dirección de Riego.
Dirección de Vialidad.
Dirección de Obras Portuarias.
Dirección de Aeropuertos.

Ley N° 15909. Declara Parque Nacional el fundo "Pedro del Río Zañartu", ubicado en la desembocadura del río Biobío. 5/12/1964.

1977

Decreto Ley N° 1807. Aprueba el Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos. 6/10/1977.

Decreto Ley N° 1808. Aprueba el Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por

Daños Causados por la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos. 8/10/1977.

Decreto Ley N° 1809. Aprueba el Convenio Internacional sobre Prevención de la contaminación de Mar por Vertimiento de Desechos. 11/10/1977.

Decreto Ley N° 2050. Crea el Servicio Nacional de Obras Sanitarias. 15/12/1977.

Artículo 3: Corresponderá al Servicio Nacional de Obras Sanitarias la planificación, control, estudio, proyección, mejoramiento, financiamiento, y administración de las obras y servicios de agua potable y alcantarillado, y el control tratamiento y eliminación de residuos líquidos industriales tanto en zonas urbanas como rurales.

1980

Constitución Política 1980.

Artículo 19: La constitución asegura a todas las personas:

Nº 8: El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente.

1988

Ley Nº 18695. Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades. 3/3/1988.

Artículo 3: Corresponde a las Municipalidades las siguientes funciones privativas:

- a) Aplicar las disposiciones sobre transporte y tránsito públicos, dentro de la comuna;
- b) Aplicar las disposiciones sobre la construcción y urbanización, en la forma en que determinen las leyes;
- c) La planificación y regulación urbana de la comuna y la confección del plan regulador comunal;
- d) El aseo y ornato de la comuna;
- e) La promoción del desarrollo comunitario.

Artículo 4: Las Municipalidades podrán desarrollar directamente o con otros organismos de la administración del Estado, funciones relacionadas con:

- a) La asistencias social;
- b) La salud pública;
- c) La protección del medio ambiente;
- d) La educación y la cultura;
- e) La capacitación y la promoción del empleo;
- f) El deporte y la recreación;
- g) El turismo;
- h) El transporte y tránsito público;
- i) La vialidad urbana y rural;
- j) La urbanización;
- k) La construcción de viviendas sociales e infraestructuras sanitarias.

Ley Nº 18708. Establece sistema de reintegro de derechos y demás gravámenes aduaneros que indica a favor de exportadores. 13/5/1988.

Artículo 1: Los exportadores podrán obtener el reintegro de los derechos y demás gravámenes aduaneros pagados, respecto de materias primas, artículos a media elaboración, partes o piezas importadas por el propio exportador o por terceros, cuando tales insumos hubieran sido incorporados o consumidos directamente en la producción del bien exportado.

1990

Decreto Nº 240 del Ministerio de Bienes Nacionales. Crea Comisión Nacional del Medio Ambiente. 5/6/1990.

Considerando:

- 1) Que el deterioro de algunos componentes básicos del medio ambiente ha llegado en los últimos años a niveles críticos;
- 2) Que existe una creciente conciencia social sobre la grave degradación de los recursos naturales renovables del país;
- 3) Que el tratamiento de estos temas por parte del sector público ha sido insuficiente, entre otras razones, por la falta de coordinación y decisión política;
- 4) La urgente necesidad de frenar, desde ya, los efectos negativos que pueden afectar el proceso de desarrollo nacional debido a una gran carencia de políticas y acciones sobre la materia; y
- 5) Las implicaciones multisectoriales de los problemas ambientales, y la importancia que se desarrollen las condiciones legales e institucionales que permitan y aseguran a las generaciones

Prescindiendo de cualquier análisis socio-económico o político o cultural etc., y restringiéndonos exclusivamente a la evolución normativa de esta disciplina,

futuras una nación con mecanismos eficaces para la protección ambiental y el uso sostenible de sus recursos naturales renovables.

Decreto:

Artículo 1: Créase una comisión denominada Comisión Nacional del Medio Ambiente, en adelante Comisión, que tendrá carácter interministerial y que será la encargada del estudio, propuesta, análisis y evaluación de todas aquellas materias relacionadas con la protección y conservación del medio ambiente.

Todo plan relativo al ámbito de competencia de esta Comisión deberá ser propuesto al Comité de Ministros y éste al Presidente de la República, a fin de ser aplicado a través del Ministerio o Servicio pertinente y, en su caso, para que patrocine las iniciativas de ley cuando sea procedente, de acuerdo con el artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de la República.

Artículo 6: La Secretaría Técnico y Administrativa será el órgano técnico de la Comisión encargado de estudiar, analizar y elaborar proyectos, informes y propuestas al Comité de Ministros.

Artículo 8: Entre otras materias, a la Secretaría Técnico y administrativo le corresponderán las siguientes funciones:

- a) Proponer al Comité de Ministros la conformación de Sub-Comisiones Ambientales sectoriales por Ministerios, las medidas de coordinación de tales Sub-Comisiones y evaluar sus resultados, materias todas que serán analizadas en el Comité Operativo con fines de información, consulta y generalización de los acuerdos interministeriales;
- b) Proponer al Comité de Ministros la legislación o resoluciones administrativas que se consideren necesarias en materia ambiental. Los acuerdos de la Comisión, tomados a nivel de dicho Comité se presentarán al Presidente de la República, previo informe del o de los Ministerios afectados por la legislación o medidas administrativas propuestas;
- c) Preparar programas de educación y difusión ambiental los que deberán ser propuestos para la consideración del Comité de Ministros de la Comisión y, en cada caso, de los Ministros vinculados a los temas objeto de la propuesta. Del mismo modo, deberán informar sobre los resultados de tales programas;
- d) Preparar proyectos de inversión y programas de acción ambientales para su consideración por el Comité de Ministros de la comisión, previo informe de los Ministros que tengan competencia específica en las materias a que se refieren tales proyectos y programas;
- e) Proponer al Ministro del Interior, previo acuerdo del Comité de Ministros, programas de actividades de las comisiones territoriales del medio ambiente;
- f) Asesorar al Presidente de la Comisión en lo relativo a las materias vinculadas con el apoyo internacional a proyectos ambientales;
- g) Establecer la vinculación técnica con los organismos internacionales dedicados al tema ambiental.

1994

Ley N° 19300. Ley Sobre Bases Generales del Medio Ambiente. 9/3/1994.

Cabe agregar que la autora contabiliza hasta 1994 un total de 706 normas, y su trabajo se extiende año a año desde 1811 a 1994.

podemos decir que el avance que el Derecho Ambiental está experimentando en Chile, se encuentra orientado, además del intento por codificar las normas, a la tecnificación de la norma sectorial, al desarrollo de una institucionalidad ambiental moderna y a resolver si Chile recurre o no al derecho penal para sancionar los delitos que afectan al medio ambiente.

Con todo, en Chile ya existe la posibilidad de dar un salto cualitativo en la protección del medio ambiente. Así, gran parte de la doctrina está de acuerdo en incorporar un ordenamiento punitivo para los delitos contra el medio ambiente. Por esto, el proceso de evolución histórica de nuestro derecho ambiental, se puede ver severamente estancado sino se tutela con urgencia el medio ambiente desde el derecho penal y se aúnan voluntades en esa dirección.

Cabe agregar, desde el punto de vista de nuestra evolución normativa que, desde 1994 a la fecha, se han dictado una gran cantidad de normas de relevancia ambiental⁶⁹, destacándose el esfuerzo por abultar la legislación sectorial y tecnificando⁷⁰ cada vez más su contenido.

XVII. ASPECTOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO AMBIENTAL EN CHILE

La Constitución puede ser estudiada desde un punto de vista formal y uno material. Desde un punto de vista formal, se considera a la Constitución como el conjunto de normas que se sitúan en la cúspide de todo el ordenamiento jurídico, por su especial procedimiento de aprobación y reforma. La Constitución material por su parte, tiene por objeto regular la creación de normas jurídicas a través de los órganos superiores del Estado, coexistiendo de esta forma una normativa sólo

⁶⁹ Se pueden destacar los reglamentos que se han dictado para la aplicación de la Ley General de Bases del Medio Ambiente N° 19.300; **D.S. N° 93** de 1995, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia de la República. *Reglamento para la dictación de Normas de Calidad Ambiental y de Emisión.*; **D.S. N° 94** de 1995, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia de la República. *Reglamento que fija el procedimiento y etapas para establecer Planes de Prevención y de Descontaminación.*; **D.S. N° 166** de 1999, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia de la República. *Reglamento del Consejo Consultivo de la Comisión Nacional y de las Comisiones Regionales del Medio Ambiente.*; **D.S. N° 95** de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia de la República. *Artículo 2. Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental* ; **D.S. N° 75** de 2005, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia de la República. *Reglamento para la Clasificación de Especies Silvestres.*

⁷⁰ Norma de Emisión Lumínica. **D.S. N° 686** de 7 de diciembre de 1998, del Ministerio de Economía Fomento y Reconstrucción. *Establece norma de emisión para la contaminación lumínica.*

formalmente constitucional y otra sólo materialmente constitucional, que se diferencia de la anterior, por su contenido y no por su procedimiento de creación⁷¹.

De esta forma, sin desconocer el valor formal de la Constitución, creemos que su tarea trascendente es ser una manifestación de la realidad social imperante. En ese contexto, la relación de la carta fundamental con el medio ambiente es cada día más sólida y se ha ido fortaleciendo al calor de interesantes discusiones doctrinarias relativas a la influencia de la Constitución en el derecho ambiental⁷², al ámbito de aplicación específico de la garantía contenida en el artículo 19 n° 8, la valoración constitucional del medio ambiente⁷³, la incidencia de la Constitución en el establecimiento de un futuro derecho penal ambiental, la eficacia de la acción de protección al medio ambiente contenida en el artículo 20 inciso 2 de la Constitución⁷⁴, entre otras interesantes materias.

Para los fines de este trabajo, nos parece pertinente rescatar la discusión relativa a la función específica de la garantía contenida en el artículo 19 n° 8 y la incidencia de la Constitución en el establecimiento de un futuro derecho penal del medio ambiente.

A. Ámbito de aplicación específico de la garantía contenida en el artículo 19 n° 8 de la Constitución Política

El artículo 19 n° 8 señala: *La Constitución asegura a todas las personas; El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación: Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza.*

La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente. Así, la garantía consagra dos ámbitos de protección: Primero; El derecho a vivir en un Medio Ambiente libre

⁷¹ ÁLVAREZ, C. Enrique, "Curso de Derecho Constitucional". Volumen I. 2ª Edición. Madrid. Editorial Tecnos S.A., Año 1996, páginas 142-149.

⁷² Véase, SOTO KLOSS, Eduardo "El derecho fundamental a vivir en un ambiente libre de contaminación: su contenido esencial". En Gaceta Jurídica N° 151, Año 1993, páginas 22 a 27.

⁷³ TALLAR, D. Fernando, GARAY, GHIARDO, G. María Teresa, "Carácter de la normativa constitucional y legal sobre el Medio Ambiente". En Gaceta Jurídica N° 175, Año 1995, página 15.

⁷⁴ MONTENEGRO, Sergio, "La Acción de Protección Ambiental", sesión 13 de agosto de 2007, 2da Versión Magíster en Derecho Ambiental, Universidad de Chile.

de contaminación, que tendría como destinatarios a las personas naturales configurándose como derecho subjetivo y segundo: el deber del Estado de velar porque el derecho a vivir en un Medio Ambiente libre de contaminación no sea afectado en su ejercicio como a su vez, tutelar la preservación de la naturaleza.

Para comprender cuál fue el alcance⁷⁵ al momento de su consagración, resulta pertinente recordar la opinión de destacados autores nacionales en el ámbito del derecho público, particularmente del administrativo y constitucional.

Así, SOTO KLOSS,⁷⁶ que sostienen que la garantía constitucional tiene como único destinatario a las personas naturales y que importa sólo una consecuencia del derecho a la vida. Además, señalan que la posibilidad de accionar al amparo de esta norma, se reduce al daño que pueda afectar al ser humano y en ningún caso al que pueda experimentar la naturaleza.

Por su parte, CORDERO⁷⁷, señala que la garantía en comento debe ir necesariamente relacionada con el concepto de desarrollo sustentable, por lo que debe adecuarse su ámbito de protección al equilibrio necesario que debe existir entre crecimiento económico, equidad social y preservación del medio ambiente.

Otros también, como TALLAR, GARAY o GHIARDO, sostienen que la garantía señalada tiene un carácter sistemático, en el sentido que el Medio Ambiente recibe consagración jurídica de máxima jerarquía, considerándosele como una unidad de funcionamiento, una estructura global, un sistema integrado y en interacción con el hombre. En este sentido, el Medio Ambiente alcanza una dimensión global y de ecosistemas, comprendiendo una serie de bienes que representan un interés colectivo, diferentes de aquellos susceptibles de apropiación individual⁷⁸.

⁷⁵Para comprender el alcance jurídico constitucional del artículo 19 n° 8, debe analizarse sistemáticamente con el artículo 19 n° 24 y el artículo 20 inciso 2 de la Constitución Política.

⁷⁶ SOTO KLOSS, Eduardo, obra citada 23.

⁷⁷ CORDERO, V. Luis Alberto, "Institucionalidad Ambiental en el Derecho Chileno", Editorial Jurídica Conosur Ltda.. Santiago, Año 1996, páginas 31 a 59.

⁷⁸ TALLAR, D. Fernando, GARAY, GHIARDO, G. María Teresa, obra citada, página 17.

En nuestra opinión, la garantía del artículo 19 n° 8 de la Constitución Política, más allá del valor propio⁷⁹ de las opiniones que se emiten en las comisiones legislativas o constituyentes de toda norma o cuerpo legal (que sin duda pueden ser elementos decisivos al momento de la interpretación y aplicación de la norma) dada las características espacialísimas del bien que pretende tutelar, nos obliga a sugerir un análisis desideologizado de la orientación final de la garantía, debiendo más bien propenderse a una solución armónica respecto de sus objetivos, dado que los bienes jurídicos que la norma plasma, medio ambiente y protección de la vida, son desde todo punto de vista, de idéntica jerarquía normativa, por cuanto el medio ambiente constituye la base natural sobre la cual se desarrolla y hace posible la protección de la vida.

Es así, como un análisis en extremo ideologizado, podría llevar a más de alguno a sostener que el hombre es parte de la naturaleza y que por tanto, se trata de un sólo bien jurídico; vida y medio ambiente, haciendo en consecuencia innecesaria la garantía del artículo 19 n° 8 por estar redundando en un derecho ya consagrado en el número 1, lo que evidentemente no parece conveniente dada la necesidad de resguardar en forma autónoma y clara el medio ambiente.

B. Incidencia de la Constitución en el establecimiento de un futuro derecho penal ambiental

La cuestión fundamental a resolver aquí, es el grado de influencia de la Constitución en la definición de los bienes jurídicos a tutelar por el derecho penal ambiental. Así, se han sostenido diversas posiciones, entre las que se pueden mencionar, aquellas que sostienen que la discusión del bien jurídico a proteger debe centrarse en el fundamento social que pretende cautelar el derecho penal ambiental, sin preocuparse del texto constitucional en demasía, como también, aquellos que sostienen que la Constitución es determinante al momento de otorgar protección penal a determinados bienes jurídicos.

⁷⁹ Por ejemplo, en la Comisión de Estudios para una nueva Constitución, el Senador Jaime Guzmán, solicitó suprimir la palabra “toda” antes de contaminación, dada la imposibilidad fáctica de cumplir con un mandato constitucional de esa magnitud.

Por otra parte, hay quienes, como MEDINA, que piensan que la Constitución actúa como marco de referencia, pero de ningún modo exige que cada tipo penal deba encontrar una consagración constitucional⁸⁰.

Nosotros nos inclinamos por esta última posición, dado que parece muy complejo que la rigidez de la Constitución pueda seguir el dinamismo consustancial a la norma ambiental y en este caso del derecho penal ambiental, el que por cierto no estará ajeno a dicho cambio constante.

Por otra parte, para quienes preguntan, como TIEDEMANN⁸¹, si el artículo 19 n° 8 de la Constitución puede interpretarse también como un mandato de incriminación penal o no. Parece razonable, en la misma lógica anterior, adherir a quienes sostienen que el bien jurídico no puede verse coartado en su evolución por la Constitución, ya que ello implicaría contravenir las bases democráticas mismas del sistema. Además, si la Constitución le asigna al Estado el deber de garantizar un medio ambiente libre de contaminación, éste debe utilizar todos los medios de protección a su alcance y entre ellos, por supuesto, el ordenamiento jurídico, y donde no se aprecian fundamentos para que no pueda recurrirse al derecho penal⁸².

XVIII. SITUACIÓN ACTUAL DEL DERECHO AMBIENTAL EN CHILE

Para darse las condiciones de hablar de la existencia de un derecho ambiental, creemos que se precisan bastantes más elementos que un conjunto de normas dispersas a lo largo y ancho de nuestro ordenamiento jurídico. La conformación de una rama del derecho supone, además de las normas jurídicas, las condiciones objetivas para su conocimiento, fiscalización, aplicación y sanción.

⁸⁰ MEDINA, J. Rodrigo, "Constitución, Bien Jurídico y Derecho Penal". En Revista Chilena de Derecho, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Volumen 20. N° 21. Enero-Abril-2003.

⁸¹ TIEDEMANN, Klaus, "Constitución y Derecho Penal". Revista española de Derecho Constitucional, Año 11 N° 33. Editada por Centro de Estudios Constitucionales. Septiembre-Diciembre, Año 1991, página 165-168

⁸² BUSTOS, Juan, citado por Medina, J. Rodrigo, obra citada, página 77.

Creemos que actualmente, de esas cinco condiciones; Normas Jurídicas, Estatuto Jurídico, Aplicación Informada de la Norma, Posibilidad de Fiscalizarlas y de Sancionar su Incumplimiento, se cumple de buena forma, sólo la primera de ellas.

La existencia de una gran cantidad de normas jurídicas, de diversa jerarquía normativa y de alta complejidad técnica, además los numerosos tratados internacionales suscritos por Chile en materia medio ambiental, supone las condiciones básicas o elementales para la construcción de una rama del derecho.

Sin embargo, la existencia de todas estas normas no se bastan por sí solas, precisan de un estatuto normativo que las clasifique o las categorice. Es así, como existen una amplia cantidad de normas que se encuentran al límite de lo ambiental, desvirtuándose de esta manera, los fines que se hayan previsto tanto si el bien a tutelar era el medio ambiente o por ejemplo, sólo las condiciones laborales⁸³.

A su vez, una categorización y clasificación clara de la normativa ambiental, contribuiría a morigerar la fuerza de la presunción de conocimiento de la ley del artículo 8 del Código Civil, con mayor razón, en el caso de un ordenamiento de orden penal.

Si bien puede ser parte de la labor interpretativa del juez determinar si una norma es ambiental o escapa de dicho ámbito, no existe aún en la judicatura chilena la alta especialización técnica que en determinados asuntos se precisa para fallar. Asunto que en todo caso parece comprensible dado lo nuevo de la disciplina.

A su vez, y en estrecha relación con lo anterior, para asumir la existencia responsable de una nueva rama del derecho, es preciso convenir en la necesidad de que las normas en pugna en un conflicto de interés sometido a la justicia, sean conocidas y sabidas por los jueces.

⁸³ D.S. Nº 594 de 1999, MINSAL. "que regula las condiciones sanitarias y ambientales mínimas en los lugares de trabajo".

Así, cabe recordar que en nuestro país, las materias especializadas poseen tribunales especializados⁸⁴, y no se ve razón para no comenzar un proceso de capacitación y especialización de los jueces enfocados en una nueva justicia ambiental.

Conocida es esta dificultad en algunas partes del mundo⁸⁵.

Otro supuesto que nos parece necesario para que se pueda hablar de un ordenamiento jurídico ambiental, es que exista una clara definición de política y normas ambientales, gestión y fiscalización. En dicho contexto, nuestro país ha dado un significativo avance aprobando⁸⁶ la ansiada reforma a la institucionalidad ambiental de Chile que crea un Ministerio del Medio Ambiente, un Servicio de Evaluación Ambiental, como continuador legal de la Comisión Nacional del Medio Ambiente y una Superintendencia de Medio Ambiente (Ley N° 20.417). A su vez, el ejecutivo, en cumplimiento del acuerdo alcanzado con el Senado en la tramitación de la ley que creó dicha institucionalidad, ingresó al Senado con fecha 3 de noviembre de 2009, el proyecto que crea un Tribunal Ambiental especializado en la materia⁸⁷.

A juicio de importantes autores, como SIERRA, esta nueva institucionalidad adolece de serias deficiencias, cuyo análisis se lo reservamos a ellos⁸⁸.

⁸⁴ En materia tributaria existen tribunales especializados. Lo mismo ocurre en materia de Derecho de Familia y en Derecho del Trabajo.

⁸⁵ *Wisconsin v/s Plaxton*. Corte de Minesotta, Año 1995.; El juicio por daño ambiental seguido por el Estado en contra de Plaxton, (fábrica de neumáticos), se encontraba en su fase de prueba. En el jurado, por casualidad había un experto ambiental que conocía los alcances y efectos de la prueba presentada contra Plaxton, los cuales eran notablemente nocivos. Luego de convencer a sus compañeros del jurado que Plaxton no podía haber provocado el daño, se eximió a la fábrica de toda responsabilidad. Tiempo después, accidentalmente, se supo que un primo del jurado experto era socio de Plaxton. No obstante, que en el ejemplo el jurado tenía la palabra, no hubiera sido negativo que el juez entendiera de que estaban hablando. En la Corte Suprema se revirtió el fallo.

⁸⁶ Oficio N°8509. Oficio de Ley Promulgatorio a S.E. la Presidenta de la República. Fue promulgada con fecha 12 enero de 2010 por la Presidenta de la República Michelle Bachelet. Ley N° 20.417.

⁸⁷ Boletín 6747-12. El proyecto está basado en cuatro ideas básicas:

(a) Disponer de un control jurisdiccional de las decisiones de la autoridad administrativa ambiental; (b) Que este control esté a cargo de jueces especializados y no generalistas; (c) Que el tribunal sea un organismo de integración mixta; (d) Que dada su especialización y carácter único provea de decisiones predecibles, permitiendo certeza jurídica para todos los interesados.

⁸⁸ Véase, SIERRA, Lucas, "Reforma de la Institucionalidad Ambiental": Problemas y Oportunidades. Santiago, www.cepchile.cl, Centro de Estudios Públicos, Documento de Trabajo N° 373-Septiembre-2008.

Por último, no se puede sostener con propiedad la existencia una rama del derecho si no existen los procedimientos y sanciones adecuadas.

Así por ejemplo, el boletín 5654-12, que ha sido el esfuerzo más serio que ha hecho la doctrina en Chile por contribuir a incorporar un ordenamiento penal ambiental, que permita prevenir los grandes desastres ambientales o sancionar penalmente a sus responsables, este año cumplió tres años en su primer trámite constitucional y no registra movimiento.

No obstante la gran cantidad de normas jurídicas y de los esfuerzos legislativos e institucionales en curso, es que en nuestra opinión sólo cabe hablar de un derecho ambiental incipiente que precisa de un compromiso bastante más responsable del que se visualiza a la fecha.

CAPÍTULO II

RELACIÓN DEL DERECHO AMBIENTAL CON EL DERECHO PENAL

Son muchos los países que han incorporado un ordenamiento penal interno a objeto de otorgar tutela al medio ambiente. Algunos con más prolijidad que otros, no obstante, la sanción penal al delito ambiental parece haber alcanzado el consenso suficiente y necesario como para tomar la decisión de incorporarla en Chile.

De hecho, como señala LIBSTER⁸⁹, casi todos los códigos penales del mundo contienen, más allá de su antigüedad, normas que hoy podrían calificarse como ecológicas, a veces, quizá, forzando su interpretación para tornarlas operativas respecto de la problemática actual. Así también, toda la legislación moderna en materia ecológica y ambiental, contiene, en alguna medida, disposiciones penales que buscan fortalecer la tutela y, a la vez, simbolizar la trascendencia de su objeto frente a la comunidad que será el ámbito de su aplicación.

En este sentido, siguiendo al mismo autor, el derecho penal del medio ambiente, como “el conjunto de normas jurídicas de contenido penal tendientes a la protección del entorno en el cual el hombre vive y con el cual se relaciona”

Ahora bien, para comprender la relación entre ambas disciplinas, es importante consensuar, como señala TERRADILLOS⁹⁰, “que la tutela penal del medio ambiente se estructura sobre la base de una cadena, cuyo primer eslabón lo constituye la acción conservacionista de los ciudadanos responsables y el último, se identifica con la intervención punitiva del Estado. Entre los intermedios, juega un papel de primer orden la actuación de la Administración Pública.”

⁸⁹ LIBSTER, H, Mauricio, “Delitos Ecológicos”, Buenos Aires, Editorial Depalma, 2da edición, Año 2000, páginas 175-176.

⁹⁰ TERRADILLOS, B. Juan, “Derecho Penal del medio ambiente”, Madrid, Editorial Trotta, Año 1997, página 40.

En este sentido, y refuerza la idea anterior lo señalado por RODRÍGUEZ RAMOS⁹¹, en el sentido de comprender el derecho penal de un modo secundario, complementario y subsidiario al actuar de la Administración, cuyo obrar debe ser el primer protector del medio ambiente. En sentido, a objeto de cumplir con los fines de prevención general y especial de la pena, el derecho penal sólo puede proteger el medio ambiente reforzando la legislación administrativa inmediatamente protectora del mismo.

Así, la relación o vínculo de dichas disciplinas jurídicas, deberá asumirse pensando siempre el derecho penal como la ultima ratio del sistema jurídico, en su función subsidiaria y fortalecedora de la eficacia normativa de otras disciplinas del derecho que apuntan a tutelar idéntico objetivo y, en la entidad del fenómeno ecológico y ambiental considerada su gravitación sobre los intereses colectivos y la condición de vida misma, es innegable que el derecho represivo tiene un rol importante que cumplir en esta temática⁹².

I. DERECHO PENAL AMBIENTAL Y CIENCIA PENAL

Para aceptar la incorporación de instituciones penales al derecho ambiental y sus consiguientes consecuencias sancionatorias, resulta fundamental, resaltar importancia de recurrir a la ciencia penal para justificar la rigurosidad propia del delito penal y su aplicación al delito ambiental. De otra forma, la legislación penal ambiental aparecería como un conjunto de normas casuísticamente reunidas y arbitrariamente concebidas.

GARRIDO MONTT⁹³, define la ciencia penal como aquella que tiene como objeto de su estudio a un conjunto de normas jurídicas y como fin hacer de ellas un sistema coherente, determinando los valores cuya protección persigue, en qué forma lo hace y con qué limitaciones para lograr una sociedad humanizada.

⁹¹ RODRÍGUEZ, R. Luis, "Derecho judicial, delitos y penas" *Secundariedad del Derecho Penal Ambiental*, en Revista "Ius Publicum", Universidad Santo Tomás, Escuela Derecho, Derecho Ambiental, N° 10, Año 2003, páginas 97 a 105.

⁹² LIBSTER, H, Mauricio, obra citada, página 176.

⁹³ GARRIDO MONTT. Mario, "Derecho Penal, *Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito*", Parte General, Tomo II, Santiago, Editorial Jurídica, Año 1997, página 7.

Por su parte, POLITOFF, ha señalado que a la ciencia penal le corresponde la aclaración, análisis y sistematización de las normas penales, las que, siendo parte integrante del derecho penal objetivo vigente, constituyen el objeto de la ciencia penal⁹⁴.

Es así, como el derecho penal del medio ambiente no interesaría si se considerara como un simple conjunto de normas o reglas con vigencia formal independiente; en verdad interesa en cuanto involucra siempre una experiencia jurídica, esto es, en cuanto conducta del hombre vinculada a una descripción legal referida a valores o intereses apreciados por la sociedad⁹⁵.

Por otra parte, la ciencia penal se erige como uno de los pilares centrales para el establecimiento de una nueva legislación penal ambiental, sólo así podrá explicarse y fundamentarse jurídica y prácticamente la tutela penal del medio ambiente.

La valoración de determinadas conductas, la identificación de aquellas que escapan propiamente del ámbito penal (como la decisión comercial de ejecutar determinado proyecto), la ponderación que se le asigna a determinados bienes jurídicos, el mayor o menor reproche de una acción relacionada con el medio ambiente junto a la participación activa y conciente de la ciudadanía en la preservación del medio ambiente, son elementos que necesariamente deben estar presentes al momento de desarrollar una normativa penal ambiental.

II. DELITO PENAL Y DELITO CIVIL

Respecto a los principios o elementos fundamentales que informan la teoría del delito, no nos detendremos. Nos conformaremos con repasar algunas definiciones y centrar nuestro enfoque en el fundamento social que importa el establecimiento de uno u otro delito. Básicamente, por el especial interés que presenta para nuestro trabajo contribuir a fundamentar la urgente necesidad de establecer un ordenamiento penal ambiental.

⁹⁴ POLITOFF, L. Sergio, "Derecho Penal", Tomo I, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, Año 1997, páginas 10 y 11.

⁹⁵ GARRIDO MONTT, Mario, obra citada, página 9.

Sin perjuicio de los muchos conceptos que se han ofrecido para definir el delito civil⁹⁶, como también al delito penal⁹⁷, nos resulta pertinente mencionar las razones que se han tenido en vista para su establecimiento.

Así, se suele apreciar como fundamento del establecimiento de un delito penal, la protección de un bien social que importa a la comunidad en general y en el delito civil, la protección de bienes individuales. De esa forma, la sanción penal reparará un daño que se le ha ocasionado a la sociedad en su conjunto a través de la respectiva pena, y la sanción civil, reparará un daño particular que no trasciende al ámbito colectivo, a través de la correspondiente indemnización de perjuicios.

No es la opinión de todos los autores la distinción señalada. Así, RODRÍGUEZ GREZ, sostiene que tanto se altera la vida social como consecuencia de la comisión de un delito penal como de un delito civil, puesto que ambas conductas alteran el orden jurídico establecido⁹⁸.

No compartimos la última opinión. Nos parece que el delito penal encuentra su fundamento último en un consenso social tácito, expresado en la voluntad de la ley, en orden a asignarle a determinado comportamiento el máximo nivel de reproche, el cual se expresa en un catálogo taxativo (se acordaron esas y no otras) de conductas condenables. Por el contrario, creemos que el delito civil, importa un consenso social que asimila la existencia de determinadas conductas que, no obstante su ilicitud, no ameritan la asignación de una pena⁹⁹ aparejada. La tolerancia de la sociedad disminuye en el delito civil y desaparece en el delito penal.

⁹⁶ RODRÍGUEZ, G. Pablo; "Hecho del hombre, antijurídico (en cuanto contrario al sistema normativo), imputable, que causa daño y ejecutado con intención de injuriar a otro faltando la diligencia debida". En "Responsabilidad Extracontractual", Santiago, Editorial Jurídica de Chile, página 117. RIPERT y BOULANGER: "Acto dañoso intencional. La mayoría de las veces es al mismo tiempo un delito penal, ya que la ley no está dispuesta casi nunca a tolerar los actos destinados a perjudicar a otro. Pero como no hay delito penal sin un texto que prohíba el hecho culpable, se encuentran actos voluntariamente perjudiciales que no son castigados por la ley penal"

⁹⁷ POLITOFF, Sergio: "Conducta, (acción u omisión), típica, antijurídica y culpable." Obra citada, página 211. ARTÍCULO 1, Código Penal: "Toda acción u omisión voluntaria penada por la ley".

⁹⁸ RODRÍGUEZ, G. Pablo, obra citada, página 16.

⁹⁹ Podría constituir una excepción el artículo 1535 del Código Civil que consagra la cláusula penal: "Aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena, que consiste en dar, hacer o hacer algo en caso de no ejecutar o de retardar la obligación principal". En todo caso, la naturaleza jurídica de la cláusula penal es la de una caución y fruto de un acuerdo de las partes, razón por la cual, no permite ser considerada como una excepción.

Así las cosas, el establecimiento de un delito penal ambiental, importa descifrar también, el grado de tolerancia de las personas al daño ambiental y por ende su valoración como bien jurídico merecedor de tutela penal. ¿Existe, se generará o no se generará, el consenso social que precisa la tutela penal de todo bien jurídico?.

III. EL DELITO AMBIENTAL COMO DELITO CIVIL

Para hablar de delito¹⁰⁰ ambiental, es preciso identificar los elementos diferenciadores que posee respecto del delito civil. Dado que al no encontrarse penalmente consagrado en el código penal o en una ley especial, no resulta desde luego posible aun, hablar de delito penal ambiental.

Por otra parte, es posible afirmar que el delito ambiental, cuando no posee tipificación penal, se encuentra es estructurado sobre la base de los mismos principios que el delito civil, es decir, la reparación del daño. La diferencia se encontrará, en la determinación de la naturaleza del daño, que finalmente decidirá el sistema de responsabilidad civil aplicable.

Otro elemento en común podría encontrarse en la fórmula de que se vale el legislador para reparar el daño en uno y otro delito. Así, no obstante que la regla general en materia de delitos civiles consiste en que su resarcimiento se materialice en dinero, es preciso constatar la existencia de excepciones,¹⁰¹ por lo que se debe concluir que la legislación civil contempla tanto la indemnización del daño en dinero como en especie.

Lo mismo ocurre en la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, en la que, a partir del Título III se diseña un Sistema de Responsabilidad por daño ambiental, que contempla en su artículo 3 además de la reparación en dinero, la reparación material del medio ambiente.

¹⁰⁰RODRÍGUEZ, G. Pablo,; obra citada, páginas 455 a 463.: 1-Hecho del hombre-2- La antijuridicidad del hecho del hombre-3- La imputabilidad del mismo-4- El daño y -5- Relación de causalidad entre el hecho y su consecuencia dañosa. Como se aprecia, salvo los casos de responsabilidad objetiva en que se prescinde del análisis de la culpabilidad, el único elemento diferenciador entre ambos delitos sería la naturaleza del daño que determinaría el sistema de responsabilidad civil aplicable.

¹⁰¹ Se pueden considerar como excepciones el artículo 1555 del Código Civil que ordena destruir la obra o el artículo 46 de la ley 16.643 que ordena publicar a su costa una sentencia judicial. Citado por RODRÍGUEZ, G, Pablo, obra citada, página 344.

Como se observa, la diferencia fundamental entre ambos queda fijada por la naturaleza del daño¹⁰², lo que determinará el sistema de responsabilidad civil aplicable, único elemento diferenciador que observamos entre ambos tipos de delito.

IV. TIPIFICACIÓN PENAL DEL DELITO AMBIENTAL

Sin perjuicio de manifestar nuestra opinión, nos parece responsable remitirnos a este respecto a las consideraciones que tuvieron en vista los profesores Matus, Castillo, Ramírez y Orellana, al momento de plantear las insuficiencias del estado actual del derecho penal ambiental chileno¹⁰³, en la investigación que dio origen al proyecto de ley Boletín 5654-12.

Señalan los autores, que nuestra legislación se encuentra en un estadio de desarrollo del derecho penal ambiental que se podría denominar de “prescendencia”¹⁰⁴, (que como señalamos a propósito del análisis del derecho ambiental en el derecho comparado, es buen ejemplo Argentina, Capítulo 1), en que la regulación penal de hechos que podrían considerarse como 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 de dictarse las diversas leyes especiales, se consideraron como dignos de protección atendiendo a la protección , penal de intereses generales¹⁰⁵.

Agregamos a lo anterior, que el desafío que implica tipificar penalmente el delito ambiental, no sólo importa desarrollar una ingeniería jurídica que permita conciliar la pacífica convivencia y a veces simultánea de un ordenamiento ambiental civil, administrativo y penal, sino también, una aptitud suficiente del ordenamiento penal ambiental que posibilite efectivamente, prevenir y disuadir a los agentes

¹⁰² CORRAL, T. Hernán, “Daño Ambiental y Responsabilidad Civil del Empresario en la Ley de Bases del Medio Ambiente”, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 23, Nº 1, páginas 143 a 177, Año 1996.

¹⁰³ Obra citada, página 205 y siguientes.

¹⁰⁴ Se sostiene por los autores que el orden penal ambiental chileno es similar al de Argentina, cuyo caso analizan en detalle.

¹⁰⁵ MATUS, A. Jean Pierre, CASTILLO, S. Marcelo, RAMÍREZ, R. María Cecilia, ORELLANA, C. Marcos, obra citada, páginas 205 y siguientes.

contaminadores más relevantes-(que por regla general serán las empresas)- de adoptar una conducta riesgosa, como a su vez, permita objetivar al máximo posible las sanciones y mecanismos de determinación de la responsabilidad, conservando el interés del legislador civil en restaurar de alguna forma el medio ambiente dañado.

Es así, como hemos considerado indispensable abordar determinadas materias que estimamos, se encuentran íntimamente ligadas a la posibilidad de establecer un ordenamiento penal ambiental para Chile. Se está de acuerdo, que son muchas las variables que se deben analizar al momento de legislar para incorporar un ordenamiento punitivo ambiental. Serán jurídicas, económicas, políticas, sociales, culturales, científicas, tecnológicas, etc., no obstante, para los efectos de explicar nuestra propuesta final, asumimos práctico abordarlas en este momento y a su vez, analizar la legislación penal ambiental de algunos países.

V. EL DELITO PENAL AMBIENTAL EN EL DERECHO COMPARADO

Dada la gran cantidad de ordenamientos jurídicos que poseen normas penales para castigar los atentados al medio ambiente, nos parece ilustrativo, centrarnos en aquellos que a nuestro juicio, han experimentado un grado de evolución significativo en comparación a otras realidades del mundo. Así, analizaremos los aspectos fundamentales que informan la legislación penal ambiental¹⁰⁶ de los siguientes países: Alemania, Estados Unidos y Brasil. Esto, en razón de que el primero (Alemania), ha sido calificado como el más modernos de los sistemas penales medio ambientales. El segundo, (Estados Unidos), por la evolución que ha experimentado en la objetivación de la responsabilidad y, el tercero (Brasil), porque ha sido escogido por los autores del proyecto Boletín 5654-12, como modelo de regulación a seguir para Chile.

Para analizar lo anterior, consideramos los siguientes aspectos que se encuentran presente en cada una de las legislaciones de los países que hemos mencionado; Modelo de Regulación, Técnica Legal empleada, Bien Jurídico Protegido, Delitos de

¹⁰⁶ Seguiremos los parámetros ofrecidos en el Proyecto de Ley, Boletín 5654-12, Matus, Castillo, Ramírez, Orellana, obra citada, páginas 229 a 234.

Resultado, de Peligro y de Mera Actividad, Delitos Dolosos y Delitos Culposos, Responsabilidad de los Administradores, Responsabilidad de las Personas Jurídicas, *Sanciones*¹⁰⁷ y Cuantía de las Multas.

A. Alemania

El ordenamiento penal ambiental de Alemania, ha sido calificado por TIEDEMAN¹⁰⁸, como el mejor en el ámbito del derecho comparado.

La afirmación anterior, plantea además, que ha sido el ordenamiento que se ha modernizado con mayor rapidez.

De esta manera, es necesario saber cuáles, son los pilares centrales en que se funda el sistema penal ambiental alemán.

1. Bien Jurídico Protegido

El ordenamiento penal ambiental alemán, ha considerado como bienes jurídicos dignos de tutela penal y por lo tanto, ha ponderado con mayor importancia a los siguientes bienes jurídicos:

- a. Agua
- b. Aire
- c. Ruido
- d. Eliminación de Residuos Peligrosos
- e. Permisos de Instalación
- f. Manipulación no autorizada de combustible nuclear
- g. Peligro en zonas de protección
- h. Grave puesta en peligro por emisión de veneno¹⁰⁹.
- i. *Salud de las personas*¹¹⁰.

¹⁰⁷La cursiva es nuestra. Nosotros agregamos las clases de sanción que contemplan algunas legislaciones.

¹⁰⁸ TIEDEMAN, K, "El nuevo derecho penal", citado por BLANCO, L. Carlos, obra citada, página 48.

¹⁰⁹ FUENTES, O. Flavio, obra citada, página 631.

¹¹⁰ Agregamos dos más, a los bienes sugeridos por FUENTES. La cursiva es nuestra. Entre otras normas, el artículo 2 reza, "...que altere perjudicialmente el suelo, de modo que pueda resultar dañada la salud de una "persona"...flora...fauna...". Cabe mencionar, que no existe una agravante en el

- j. *Reparación del medio ambiente*¹¹¹.
- k. *Medio ambiente considerado en su integridad (Concentración en el grave daño ambiental)*¹¹².

No se advierte una protección especial al sistema administrativo ni tampoco se advierten figuras destinadas a castigar la “prevaricación ambiental.”¹¹³

2. Modelo de Regulación

A diferencia de otros países, como Brasil (que lo hizo a través de una ley especial), Alemania decidió incorporar en su Código Penal, un título especial para los delitos contra el medio ambiente¹¹⁴, (“Delitos contra el ambiente”¹¹⁵).

De esta manera, se ha privilegiado el efecto simbólico de la pena ambiental por sobre la elaboración de una legislación especial, ya que parece razonable pensar,

hecho que se dañe la salud de una persona, a ésta, se le asigna la misma tutela jurídica que a la flora o a los animales. Salvo la excepción del artículo 330 inciso 1 en que se eleva la pena general de cinco años a 10 años, en el caso que se liberen sustancias tóxicas que pongan en peligro de muerte a una persona.

¹¹¹ La cursiva es nuestra, ya que existe una norma que da cuenta con absoluta claridad de la importancia que le asigna el legislador penal ambiental de Alemania a la reparación del medio ambiente. El artículo 330 inciso 1 señala; “cuando el autor de los hechos haya voluntariamente evitado la producción del peligro o eliminado el factor perjudicial antes que el daño fuere considerable”. En esos casos el Juez puede, a su arbitrio, disminuir la sanción o dejarla sin efecto. Se trata de delitos de manejo no autorizado de materias radiactivas, emisión de residuos, liberación sustancias tóxicas, entre otros. Además, si el peligro se eliminó o desapareció el factor condicionante del peligro, sin la participación del sujeto activo, se considerará suficiente con su esfuerzo voluntario y sincero para lograr el fin.

¹¹² La cursiva es nuestra. Se puede destacar, la exclusión de la punibilidad respecto de aquellos hechos que en razón de la pequeña cantidad de desechos vertidos, puedan descartarse los efectos nocivos sobre el ambiente y en especial sobre las personas, las aguas, el aire, el suelos los animales y plantas considerados útiles. Artículo 326 inciso 6.

¹¹³ Expresamente contemplada en el Boletín 5654-12 en el artículo 8 inciso 1 y 2 del Título III. No obstante, la doctrina ha elaborado algunos criterios en los cuales el funcionario público puede ser responsable. Estos son: 1-Cuando como tal funcionario es emisor de contaminación, sin contar con las debidas autorizaciones, (ej. Contaminación de aguas por trabajos municipales),-2-Cuando tratándose de delitos medio ambientales comunes (en que no se exige el ser el administrador de establecimientos), culposa o dolosamente otorga una autorización indebida-en los casos de delitos especiales- el asunto es verdaderamente discutido, sobre todo porque resulta difícil admitir una autoría mediata, -3- Cuando el funcionario está en posición de decidir y omite poner término a una autorización para contaminar dictada erróneamente por él, o por otro funcionario, percatándose del error, responde en las mismas condiciones anteriores, por omisión, al considerársele que actúa en “posición de garante”; y,-4- Cuando el funcionario (obligado por ley) no interviene para poner término a una contaminación punible ejecutada por terceros: aquí también se considera al funcionario en posición de garante. Citado por MATUS, A. Jean Pierre, CASTILLO, S. Marcelo, RAMÍREZ, R. María Cecilia, ORELLANA, C. Marcos, obra citada, página 85.

¹¹⁴ La incorporación de este Título (III) , se hizo formalmente el 28 de marzo de 1980, con vigencia desde el 1º de julio del mismo año.

¹¹⁵ Artículos 324 a 330 del Código Penal Alemán.

que la incorporación directa al Código Penal de una normativa ambiental importa una amenaza visible y con mayor poder disuasivo.

Naturalmente, esa decisión ira aparejada en cada país del análisis del estado de su ordenamiento ambiental interno. Así, si la normativa administrativa es extensa, excesivamente técnica o si también se pretende extender la tutela penal a la administración¹¹⁶, se hace aconsejable, desarrollar una legislación y reglamentación especial al efecto.

3. Técnica Legal Empleada

La mayoría las normas del articulado del Título relativo a los delitos contra el ambiente, supone como elemento del tipo la “infracción de deberes jurídico-administrativos”. El último artículo de dicho título (13 letra d), señala lo que debe entenderse como deber jurídico administrativo; “Aquellos encaminados a la protección, frente a influjos o nocivos, del medio ambiente, especialmente de las personas, fauna, flora, agua, aire o suelo y que *resulten de disposiciones jurídicas, resoluciones judiciales, actos administrativos, obligaciones susceptibles de ejecución o determinados contratos públicos*”.

Como se aprecia, las fuentes de la punibilidad de un hecho son bastantes amplias y dan cuenta de una concepción sistémica del delito ambiental y de la complejidad de su configuración.

Las únicas excepciones¹¹⁷ a la fórmula general escogida por el legislador alemán, consisten en fórmulas genéricas tales como; “El que sin autorización¹¹⁸(...) “el que sin hallarse autorizado”(...)“o aquél que”¹¹⁹(...).

¹¹⁶ Por Ejemplo, Boletín 5654-12, “De los delitos que afectan el correcto funcionamiento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”.

¹¹⁷ 324 inciso 1, 325 inciso 1, 327 inciso 2, 328 inciso 1,

¹¹⁸ En lo relativo a la necesidad de resolver si la remisión al ordenamiento administrativo constituye un elemento del tipo o de la antijuridicidad, MATUS, CASTILLO, RAMÍREZ Y ORELLANA, señalan que, “Se admite en Alemania que cuando la ley hace específica referencia al actuar contra una reglamentación determinada o sin o contra la respectiva autorización-como sucede en la mayor parte de las figuras medio ambientales, ejemplo, 324a, 325, 325a etc.,-estaríamos ante un elemento normativo del tipo, pero cuando la ley sólo hace una referencia a un actuar indebido, como lo hacen los artículos 324 y 326,-entonces la remisión sería directa a la antijuridicidad, y el error acerca de la existencia y del alcance de las prohibiciones y autorizaciones respectivas debería regularse conforme a las estrictas reglas del error de prohibición. Obra citada, página 76 y 77.

Además, la técnica alemana ha sido criticada por ser excesivamente compleja, casuística e insuficiente en su cobertura¹²⁰. No obstante, coincidir también MATEO, en que es la mejor.¹²¹

Con todo, el Tribunal Constitucional Alemán, propone y elabora las denominadas “cláusulas de remisión inversa”, a través de las cuales se intenta que los infractores de la disposición complementaria del tipo penal sepan que la misma se encuentra castigada por una ley penal mediante una cláusula de remisión a la misma que se hallaría en las disposiciones administrativas¹²².

4. Delitos de Resultado, de Peligro o de Mera Actividad.

Los delitos de resultado¹²³ encuentran consagración normativa en algunos casos del articulado, siendo la regla general, la utilización de figuras de peligro, tanto de peligro concreto como de peligro abstracto¹²⁴, siendo algunos casos más tangibles la posibilidad del daño que en otros¹²⁵.

También se contemplan algunas figuras delictivas de mera actividad¹²⁶, por ejemplo en los casos de ejecución no autorizada de proyectos¹²⁷.

¹¹⁹ El primero (Artículo 324 inciso 1), se refiere al que sin autorización contamine las aguas o de cualquier otro modo altere perjudicialmente sus cualidades. El segundo, (artículo 325 inciso 1), se castiga al que sin hallarse autorizado, maneje, almacene, deposite, deje escapar o de otro modo se desprenda, fuera de las instalaciones destinadas al efecto. El tercero (artículo 330) se castiga a aquel que vierta o libere productos que puedan contener o producir sustancias tóxicas, poniendo a otra persona en peligro de muerte o de sufrir un grave daño o poniendo a un gran número de personas en peligro de sufrir un daño.

¹²⁰ BLANCO, L, Carlos, Obra citada, página 48.

¹²¹ MARTÍN M., Ramón, obra citada, página 227.

¹²² SANTANA, V. Dulce Santa María, “El Concepto de la Ley Penal en Blanco”, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, Año 2000, página 43.

¹²³ POLITOF, L. Sergio, obra citada, página 233, “Aquellos en que la ley describe una conducta que trae consigo la efectiva destrucción o menoscabo de un bien jurídico”.

¹²⁴ GARRIDO MONTT. Mario, “Los delitos de peligro concreto son aquellos que requieren que se haya creado un efectivo riesgo para el bien jurídico protegido. Los delitos de peligro abstracto, son aquellos que no requieren que la verificación de si la acción estuvo en real posibilidad de lesionar al bien objeto de protección.”

¹²⁵ Ejemplo de Peligro Abstracto, Artículo 328 inciso 3. Ejemplo de Peligro Concreto, Artículo 330 letra C

¹²⁶ GARRIDO MONT, Mario, “Son aquellos que se consuman con la estricta y sola realización de la acción en que consisten o por incurrir en la omisión respectiva”.

¹²⁷ Ejemplo Delito Mera Actividad, Artículo 327 inciso 1.

5. Delitos Dolosos o Culposos

El sistema penal ambiental de Alemania, no emplea expresiones tales como “dolosamente¹²⁸”, “a sabiendas”, “maliciosamente”, por lo que debe entenderse que, concurriendo la infracción al deber jurídico-administrativo que corresponda y comprobado el nexo causal en el caso de que se precise del daño en los delitos de resultado o la creación de la situación de riesgo en los delitos de peligro o la acción u omisión necesaria para consumar el delito de mera actividad, se debe aplicar la sanción.

No obstante, se establece correlativamente a cada uno de los delitos, el correspondiente delito culposo, el cual permite aminorar la sanción probando la debida diligencia o cuidado en cada uno de los delitos.

6. Responsabilidad de los Administradores

No contempla el articulado disposiciones especiales para determinar la responsabilidad de los gerentes, administradores o directores en los delitos cometidos en el ámbito de una organización empresarial¹²⁹.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria encabezada por ROXIN¹³⁰, suele reconocer la posibilidad de imputar los actos de los funcionarios menores a los administradores de una empresa, (mediante la teoría del autor detrás del autor)

7. Responsabilidad de la Personas Jurídicas

La legislación punitiva ambiental de Alemania, no le dedica disposiciones particulares a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esto, porque en

¹²⁸ Se advierte una sola excepción, en el artículo 326 inciso 2, que señala “aquel que infringiendo deberes-jurídicos-administrativos, no entregue los desechos radioactivos, es sancionado con pena privativa de libertad de hasta tres años o multa, *en caso de comisión dolosa* y de privación de libertad de hasta un año o multa en caso de comisión imprudente”. Artículo 326 inciso 2.

¹²⁹ Esta clase de responsabilidad está expresamente contemplada en el Proyecto de Ley, Boletín 5654-12 en sus artículos 15 y 16.

¹³⁰ Véase, ROXIN, Claus, “Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal”, página 268, Traducción de la 6ª Edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano de Murillo, Marcil Pons, 1998. Citado por autores Boletín 4256-12 que sanciona los delitos contra el medio ambiente cometido por Personas Jurídicas, patrocinado por las Diputados, Denise Pascal Allende y Clemira Pacheco Rivas.

este país, rige plenamente el principio “*societas delinquere non potest*”, no obstante, algunos autores observan un importante avance del derecho administrativo sancionador o contravencional que admite la imposición de sanciones a las personas jurídicas.

Con todo, se sostiene por los profesores MATUS, CASTILLO, RAMIREZ Y ORELLANA, que la facultad del juez de imponer una multa administrativa a las personas jurídicas podría importar una responsabilidad penal indirecta de para éstas¹³¹.

Por su parte, la Jurisprudencia alemana ha oscilado entre la teoría del hecho basado en un aparato organizado de poder, a una perspectiva top-down, que llevan en todos los casos a considerar en “primera línea de responsabilidad” a los gerentes y directivos de la empresa y a los subordinados, “sólo en caso excepcionales¹³²”.

8. Sanciones

En esta materia, el articulado penal ambiental de Alemania, contempla dos tipos de sanciones: La cárcel o la multa. La característica particular, consiste en que son de carácter alternativo, se aplica una o la otra¹³³.

La alternancia no está asociada a la gravedad del delito, por cuanto se plantea una rebaja proporcional¹³⁴ en el caso de que la comisión sea culposa, tanto a la pena privativa de libertad como a la multa.

¹³¹ MATUS, A. Jean Pierre, CASTILLO, S. Marcelo, RAMÍREZ, R. María Cecilia, ORELLANA, C. Marcos, obra citada, página 82.

¹³² CHO, Byung-Sun, “Cuestiones de causalidad y autoría en el derecho penal del medio ambiente coreano y japonés, desde la perspectiva del derecho comparado, en Revista Penal 4 (1999), 42-53, páginas 42 y siguientes. Citado por MATUS, A. Jean Pierre, CASTILLO, S. Marcelo, RAMÍREZ, R. María Cecilia, ORELLANA, C. Marcos, obra citada, página 84.

¹³³ Excepción. Artículo 330 inciso 1. “En el caso de peligro de muerte para las personas”, sólo se establece la pena de cárcel.

¹³⁴ Ejemplo, el artículo 327 inciso 1, sanciona con una pena de cinco años o multa (que no se determina en la ley) a quien explote una instalación nuclear sin la respectiva autorización o infringiendo un deber jurídico-administrativo, y si la comisión es culposa, la sanción privativa de libertad es tres años o una multa inferior.

El carácter alternativo de la pena supone entonces, consideraciones relativas a la finalidad específica de la sanción penal ambiental, pues, será el juez quien determine la sanción a aplicar ponderando los beneficios que una y otra reportan en el caso concreto para el sistema penal ambiental.

9. Cuantía de las Multas

La fórmula de que se vale el legislador alemán es de días-multa, cuya manifestación más severa es la condena que va desde setecientos treinta a mil cuatrocientos sesenta días-multa, en caso de que el resultado sea la muerte producto de una actividad contaminante¹³⁵.

B. Estados Unidos.

Los Estados Unidos han sido pioneros en esta área del derecho, implementando el más ambicioso y extenso programa conocido por el derecho ambiental comparado. Los debates que se han generado en torno a la construcción del tipo penal, a las estrategias de investigación y defensa, y a la responsabilidad penal de las personas jurídicas y de sus ejecutivos han servido para la delinear el trascendente rol que el derecho penal desempeña en la protección del medio ambiente¹³⁶.

Así, corresponde revisar los aspectos fundamentales que gobiernan el sistema penal ambiental en EE.UU., tal como se hizo con Alemania:

1. Bien Jurídico Protegido

A este respecto, se hace necesario destacar tres cosas fundamentales: a. Protección Constitucional al medio ambiente; b. Tradición del Common Law; y c. Triple Objeto de Protección.

¹³⁵ Artículo 305 "Formas Agravadas", n° 4 letra b Código Penal Alemán.

¹³⁶ MATUS, A. Jean Pierre, CASTILLO, S. Marcelo, RAMÍREZ, R. María Cecilia, ORELLANA, C. Marcos, obra citada, página 180 y siguientes.

a. Protección Constitucional al medio ambiente en EE.UU

De la combinación de lo que señala la Quinta Enmienda de la Constitución Federal de los Estados Unidos, la Novena Enmienda y la Decimocuarta enmienda, se desprende que existiría una protección tácita al medio ambiente¹³⁷. Se concluye que al amparo de ciertos criterios hermenéuticos de interpretación sobre las citadas disposiciones es posible arribar a dicha conclusión.

b. Tradición del Common Law

Las diferencias del sistema del Common Law¹³⁸, son considerables respecto del sistema continental. Desde luego, las instituciones jurídicas que contempla supone la existencia de rasgos culturales ajenos a nuestro derecho y que no resultarán fáciles de compartir. Por lo que su estudio resulta de enorme utilidad, si se tiene en consideración que las especiales características del derecho penal ambiental y lo nuevo de su regulación precisa de un conocimiento global de las distintas instituciones y fórmulas que se han ideado en otros países, no obstante lo ajenas que nos puedan resultar.

En este sentido, el rol de la ley penal en EE.UU importa la creación de hipótesis abstractas que naturalmente influirán en la protección del bien jurídico afectado, no obstante, en última instancia, el bien jurídico deberá ser protegido por el juez con las particulares reglas del common law.

Así, resulta aconsejable, al analizar los bienes jurídicos que la normativa ambiental de Estados Unidos protege, considerar la situación política y la influencia

¹³⁷ Quinta Enmienda; "Ninguna persona será privada de la vida, de la libertad o propiedad sin el debido proceso legal; nadie será desposeído de su propiedad privada para el uso público sin la adecuada compensación.-Novena Enmienda; "La inclusión en la Constitución de ciertos derechos no se interpretará como una negociación o merma de otros previamente adquiridos por la población.-Decimo Cuarta Enmienda; "Ningún Estado dictará o promulgará ley alguna que reduzca los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; Ningún Estado privará a persona alguna de su vida, libertad o propiedad sin el debido proceso legal; Ningún Estado negará a persona alguna, dentro de su jurisdicción, del derecho de igualdad ante la ley. Citado por BLANCO, L. Carlos, obra citada, página 80.

¹³⁸ Doctrina del Stare Decisis, "Los fallos dictados por los tribunales de justicia, son fuente de derecho y vinculan a los casos posteriores, en la medida que los hechos de ambos casos presenten cuestiones de derecho similares. Si los hechos de los casos son diferentes y los puntos de derecho controvertidos también son distintos, las Cortes entonces se encuentran autorizadas para distinguirlos y para apartarse de los precedentes. Citado por, MATUS, A. Jean Pierre, CASTILLO, S. Marcelo, RAMÍREZ, R. María Cecilia, ORELLANA, C. Marcos, obra citada, página 172.

económica de este país en el mundo, los efectos que ocasiona su actividad industrial en la contaminación mundial y por tanto, la íntima relación que existe entre la realidad particular de Estados Unidos y su sistema de protección penal.

c. Triple Objeto de Protección

Dada la íntima relación que existe entre la infracción de la norma administrativa y el delito penal, como a su vez, la circunstancia que el ordenamiento penal ambiental protege tanto al medio ambiente considerado en su integridad, como también la salud y la vida de las personas, es posible señalar que el ordenamiento ambiental penal de Estados Unidos posee un triple objeto de protección: 1) La Salud y la Vida de las personas; 2) El Medio Ambiente considerado en su integridad; y 3) La integridad del Esquema Administrativo.¹³⁹

2. Modelo de Regulación Seguido.

La tutela jurídica del ambiente se configura de un modo disperso, no siempre armónico, a través de leyes sectoriales en las que se incluyen preceptos penales, e incluso mediante la aplicación extensiva de normas penales de carácter general, en un principio previstas para otros fines¹⁴⁰.

Estas leyes no se limitan a la creación de delitos ambientales, sino que más bien introducen todo un régimen regulatorio ambiental sobre una actividad, sustancia, o componente ambiental. Es decir, el delito ambiental ha sido considerado como una herramienta más en el régimen jurídico de protección ambiental¹⁴¹.

¹³⁹ Se señala que la directa relación que existe entre ilícito administrativo y delito ambiental, configuraría un bien jurídico especial, "La integridad del Sistema Administrativo que establece los mecanismos de protección ambiental". MATUS, A. Jean Pierre, CASTILLO, S. Marcelo, RAMÍREZ, R. María Cecilia, ORELLANA, C. Marcos, obra citada, página 185.

¹⁴⁰ BLANCO, L, Carlos, Obra citada, página 81.

¹⁴¹ MATUS, A. Jean Pierre, CASTILLO, S. Marcelo, RAMÍREZ, R. María Cecilia, ORELLANA, C. Marcos, obra citada, página 183.

3. Técnica Legal Empleada

En Estados Unidos, la infracción de la norma administrativa desempeña un papel clave en la configuración del delito penal, ya que, salvo en los casos de delito de peligro, la infracción administrativa es también delito ambiental

En consecuencia, las infracciones a la ley, los reglamentos, y/o los permisos ambientales pueden ser objeto de sanciones administrativas civiles, y/o penales¹⁴².

4. Delitos de Peligro, de Resultado o de Mera Actividad

Especial importancia revisten en el derecho penal ambiental de Estados Unidos, los denominados delitos de peligro concreto "*Knowing endangerment*", los cuales, teniendo en consideración que este sistema atiende más a la intencionalidad del sujeto que a la gravedad del daño, exige además de la infracción de la norma o permiso ambiental, que éste actúe con el conocimiento que coloca a otra persona en peligro inminente de muerte o lesiones serias. Destacamos este tipo de delitos ya que son los que llevan aparejadas las sanciones más severas del sistema¹⁴³.

Además, pueden mencionarse como delitos de mera actividad la entrega de información falsa o la omisión de entrega de información a la autoridad.

5. Delitos Dolosos y Culposos

Como señalamos anteriormente, el sistema punitivo ambiental centra el reproche de la acción en la intencionalidad y conocimiento de la acción, más que en la gravedad del daño ambiental.

Resulta particularmente interesante este punto, dado que la mayoría de las leyes exigen que ésta se haya violado "con conocimiento" o "maliciosamente", conceptos

¹⁴² MATUS, A. Jean Pierre, CASTILLO, S. Marcelo, RAMÍREZ, R. María Cecilia, ORELLANA, C. Marcos, obra citada, página 185.

¹⁴³ Llevan aparejadas penas de hasta 15 años de cárcel y US\$ 250.000 de multa. En el caso que el autor del delito sea una organización, las multas penales pueden ascender hasta US\$ 1.000.000. Citado por MATUS, A. Jean Pierre, CASTILLO, S. Marcelo, RAMÍREZ, R. María Cecilia, ORELLANA, C. Marcos, obra citada, página 187.

que, de acuerdo a lo que han estimado las Cortes¹⁴⁴, se encuentren destinados a descifrar si el agente del delito actuó en conocimiento de las circunstancias fácticas del delito. Este asunto, cobra particular importancia en la determinación de la responsabilidad en los distintos niveles de decisión empresarial, dado que, en el ámbito de sus competencias, niveles y funciones, cada uno poseerá un conocimiento nulo, parcelado o completo de la acción.

Así, las Cortes han exigido que el agente posea un conocimiento sobre el trasfondo fáctico del hecho punible y no han exigido prueba sobre la intención específica del agente de violar la ley¹⁴⁵. Sólo se exige un dolo genérico¹⁴⁶.

Cabe agregar también, que de acuerdo a una construcción jurisprudencial, el conocimiento de los puntos de derecho puede presumirse, cuando se trata de sustancias inherentemente peligrosas¹⁴⁷.

6. Responsabilidad de los Administradores

Citaremos a este respecto algunas consideraciones relativas a la “Doctrina del Ejecutivo Responsable¹⁴⁸”.

El origen de esta doctrina se encuentra fuera del ámbito ambiental, en dos casos¹⁴⁹ decididos por la Corte Suprema. Con todo, ante la rigurosidad de esta doctrina, las Cortes han asumido con cautela su aplicación el ámbito del delito ambiental.

¹⁴⁴ Ejemplo, *United States v/s Kelly I.*, 167 F.3d 1176 (7th Cir. 1999). No se exigió que el agente conociera la definición del tóxico que transportaba, sino que tuviera una idea general de las características peligrosas de la sustancia.

¹⁴⁵ Este punto nos lleva a estudiar, de acuerdo a nuestra legislación penal, la incidencia del error de tipo o de prohibición en la comisión del delito. Véase- NOVOA, M. Eduardo, “Curso de Derecho Penal Chileno”, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Año 1966, Tomo I página 46.

¹⁴⁶ MATUS, A. Jean Pierre, CASTILLO, S. Marcelo, RAMÍREZ, R. María Cecilia, ORELLANA, C. Marcos, obra citada, página 191.

¹⁴⁷ Doctrina de los delitos contra el Bienestar Público.

¹⁴⁸ Ver. S. Wolf, *Journal of Land Use & Environmental Law* Fall, 1993; *Finding An Environmental Felon Under The Corporate Veil: The Responsible Corporate Officer Doctrine And RCPA*, 9 J. Land Use & Envtl. L.1, 1993; B. Hartman y C. De Monaco, *The Present Use of The Responsible Corporate Officer Doctrine In The Criminal Enforcement of Environmental Laws*, 23, ELR 10145, 1993, citado por MATUS, A. Jean Pierre, CASTILLO, S. Marcelo, RAMÍREZ, R. María Cecilia, ORELLANA, C. Marcos, obra citada, página 195.

¹⁴⁹ *United States v/s Dotterweich*, No obstante, ser un fallo dividido, la Corte sostuvo que el Presidente de una Compañía podía ser condenado por los actos de sus subordinados, quienes distribuyeron droga adulterada. Dado que se infringió un “Estatuto de Bienestar Público” (doctrina de delitos contra el bienestar público, en que los puntos de derecho pueden presumirse cuando las conductas tratan con sustancias inherentemente peligrosas), por lo tanto, no interesaba la posición subjetiva del agente. A

Es así como para morigerar dicha rigurosidad, han surgido dos doctrinas. La primera¹⁵⁰, que señala que es posible imputarle conocimiento a un ejecutivo que deliberadamente establece una estructura interna de comunicaciones tal que le impide entrar en contacto con información ambiental.

La segunda¹⁵¹, permite imputar conocimiento a un ejecutivo que deliberadamente ha preferido ignorar los informes y comunicaciones con información ambiental de sus subalternos.

7. Responsabilidad de las Personas Jurídicas.

Característica fundamental estatuto penal aplicable a las personas jurídicas en Estados Unidos, es que la sanción se encuentra establecida respecto de las sociedades y no sobre sus gerentes o directivos. He aquí la trascendencia de la doctrina mencionada¹⁵², en cuanto se apunta a sancionar a individuos concretos y no a las personas jurídicas, en los casos de delitos ambientales.

Ahora bien, en estricto rigor, la prueba de que se ha empleado la debida diligencia en la “posición de garante¹⁵³” por parte del ejecutivo, debería eximir de toda responsabilidad penal a la sociedad.

su vez, en *United Status v/s Park*, el gerente general de una distribuidora de alimentos fue condenado por distribuir comida infectada con raticida, descubierta en una bodega de la compañía. La Corte señaló que el acusado tenía, por razón de su posición en la empresa, tanto la responsabilidad como la autoridad para prevenir la infracción o para corregirla con prontitud. Citado por MATUS, A. Jean Pierre, CASTILLO, S. Marcelo, RAMÍREZ, R. María Cecilia, ORELLANA, C. Marcos, obra citada, página 196.

¹⁵⁰ Doctrina de la Ceguera Deliberada “will-full blindless. Citado por MATUS, A. Jean Pierre, CASTILLO, S. Marcelo, RAMÍREZ, R. María Cecilia, ORELLANA, C. Marcos, obra citada, página 196.

¹⁵¹ Doctrina del Indiferente Temerario, “reckless indifference. Citado por MATUS, A. Jean Pierre, CASTILLO, S. Marcelo, RAMÍREZ, R. María Cecilia, ORELLANA, C. Marcos, obra citada, página 196.

¹⁵² “Responsable Corporate Office” o “Doctrina del Ejecutivo Responsable”

¹⁵³ En este sentido, el XIII Congreso Internacional de Derecho Penal celebrado en el Cairo de 1 al 7 de Octubre de 1984, determinó que las reglas de omisión impropia pueden ser de gran utilidad para problemas de imputación para la responsabilidad de los órganos directivos, superiores jerárquicos en la organización empresarial, pues es la clave del incremento de la eficacia preventiva del Derecho Penal individual ha de buscarse en los delitos omisivos, concretamente en estructuras de omisión impropia. La figura de la omisión impropia, se centra en función al vértice de la estructura societaria pues busca la responsabilidad del titular de la empresa. Esta vía de imputación busca la posición de garantía a los directivos que ostentan cargo de representación de una empresa y que no intervinieron activamente en la infracción penal, o no han podido probarlo que así fue, sin embargo, por su posición al frente de la empresa son garantes frente al bien jurídico que está en su ámbito de protección. Fundamentos, Proyecto de Ley-Boletín 4256-12, obra citada, página 9.

8. Sanciones

Las sanciones que se establecen en un proceso penal por la comisión de un delito ambiental, van más allá de la cárcel y persiguen objetivos diversos. Entre las más relevantes está, la reparación del medio ambiente.

Se debe señalar al respecto, que una empresa que ha sido condenada por un delito ambiental, se encontrará en la obligación de limpiar toda contaminación resultante de su infracción. Se debe señalar que los montos involucrados en la reparación del medio ambiente, supera¹⁵⁴ por lejos los de una multa penal¹⁵⁵.

Lo anterior, cobra gran importancia a propósito de la posibilidad que contempla el ordenamiento ambiental en EE.UU, en orden que los fiscales puedan negociar con las empresas bajo investigación. Por ejemplo, una empresa puede comprometerse a un nivel de reparación mayor al exigido por la ley, a cambio de que el fiscal¹⁵⁶ no persiga su responsabilidad penal en juicio o reduzca los cargos.

Otro tipo de sanciones dice relación con el ingreso de la empresa a una “lista negra” en la cual se ve impedida de recibir subsidios o asistencia del gobierno y de celebrar contratos de abastecimiento o de servicios con las agencias del gobierno federal, como también, con el deber de aquellas empresas que se transan en la bolsa, de liberar al público determinada información ambiental, como por ejemplo, los efectos materiales que produce el cumplimiento de las normas ambientales sobre su capital, ingresos o posición competitiva¹⁵⁷.

¹⁵⁴ Así, la máxima multa penal que podrá imponer será de US\$ 1.000.000 por cada violación. Aquellos casos de delito de peligro concreto, en los cuales se coloca a otra persona en peligro de muerte o de lesiones corporales seria. Por su parte, la reparación del medio ambiente puede alcanzar cifras exorbitantes.

¹⁵⁵ MATUS, A. Jean Pierre, CASTILLO, S. Marcelo, RAMÍREZ, R. María Cecilia, ORELLANA, C. Marcos, obra citada, página 199.

¹⁵⁶ En todo caso su discrecionalidad no es absoluta, requiere de la concurrencia de otras autoridades federales y estatales en la determinación de los niveles de reparación. MATUS, A. Jean Pierre, CASTILLO, S. Marcelo, RAMÍREZ, R. María Cecilia, ORELLANA, C. Marcos, obra citada, página 199.

¹⁵⁷ 17 C.F.R. 229.101, Citado por, MATUS, A. Jean Pierre, CASTILLO, S. Marcelo, RAMÍREZ, R. María Cecilia, ORELLANA, C. Marcos, obra citada, página 201.

9. Cuantía de las Multas

Como hemos señalado, las multas penales, sin perjuicio de la aplicación de otras medidas de orden económico, como multas administrativas o la reparación misma del medio ambiente, -que como señalamos, será inmensamente superior a la multa penal-, para el caso de que el agente contaminador sea una empresa, puede llegar a significar el pago de US\$. 1.000.000 por cada violación.¹⁵⁸

En el caso de que el agente contaminador sea una persona natural, la multa puede ascender a US\$ 250.000 y doblarse en caso de reincidencia.

C. Brasil

En el marco de una progresiva toma de conciencia por parte de la sociedad brasileña de la magnitud del problema ambiental que aqueja a ese país, han sido decisivos para que ocurra, hechos de relevancia internacional tales como la progresiva devastación de la Amazonía de la selva Atlántica, la desertificación extensa de zonas del nordeste y sur, la degradación de las playas y los frecuentes incendios¹⁵⁹.

Como mencionáramos anteriormente, el proyecto de ley Boletín 5654-12, ha escogido como modelo a implementar en Chile, el sistema de regulación especial del medio ambiente que posee Brasil.

Compartimos la elección de Brasil realizada por los profesores que investigaron y analizaron en el derecho comparado las cualidades de distintos sistemas penales ambientales del mundo,¹⁶⁰ a objeto de encontrar aquél que pudiese aportar a la creación y desarrollo de nuestra propia legislación penal ambiental. Esto, fundamentalmente porque posee las dos características centrales que a nuestro juicio debe seguir Chile y que algunos autores le han atribuido al sistema penal

¹⁵⁸ Será en aquellos casos de peligro concreto, que como dijimos, son aquellos que además de la infracción de la norma o permiso ambiental, se coloca con conocimiento a otra persona en peligro de muerte o de sufrir serias lesiones corporales.

¹⁵⁹ BLANCO, L, Carlos, Obra citada, página 68.

¹⁶⁰ El trabajo de los Profesores Matus, Castillo, Ramírez y Orellana, comprende el análisis y estudio de los ordenamientos penales ambientales de Inglaterra, EE.UU, Argentina, Brasil y España.

ambiental brasileño; Ser un modelo reparador y que privilegia la pena alternativa a la cárcel¹⁶¹.

1. Bien Jurídico Protegido.

El concepto de medio ambiente, dado por la Ley nº 6.938 de 1981¹⁶², es la que define el medio ambiente. Definición de la cual puede desprenderse una concepción marcadamente eco-céntrica, que importa la consagración de una tutela propia, autónoma y especial para el medio ambiente.

Esta tutela autónoma del medio ambiente, importa asegurar, como destaca la doctrina¹⁶³, que el bien jurídico no es más la salud y la vida de las personas, sino, el propio medio ambiente.

PASOS DE FREITAS¹⁶⁴, en la misma línea, señala que el bien jurídico a ser protegido es el medio ambiente, de forma autónoma, pues su mantenimiento es indispensable para la propia supervivencia del hombre. No se trata de proteger la salud o el patrimonio, como en los antiguos códigos penales latinoamericanos, influenciados por el derecho de Europa continental.

Por otra parte, los autores del Boletín 5654-12 señalan que el legislador brasileño atiende más a los objetos que existen en el ambiente que a los medios del ambiente a la hora de clasificar conductas delictivas, distinguiendo entre delitos contra la flora, la fauna y el patrimonio cultural, a los que considera objeto de

¹⁶¹ III Congreso de jueces del MERCOSUR: “Cumplimiento de la ley y ejecución de sentencias” Comisión III: Derecho Penal Ambiental Presidente: Dr. Miguel Ángel Caminos Vicepresidente 1: Aidee Vázquez Villar Vicepresidente 2: Narciso Juan Lugones Expositores: Eladio Luiz Da Silva Lecey (Desembargador aposentado do TJRS – Profesor direito Penal e Ambiental – Diretor da Escola Brasileira de Direito e Política Ambiental do Instituto O Direito por um Planeta Verde – Brasil). Buenos Aires, 7 de noviembre de 2008.

¹⁶² El artículo 3 de la citada ley señala, “El Medio Ambiente es el conjunto de condiciones, leyes, influencias, alteraciones, o interacciones de orden físico, químico y biológico, que permite, abriga y rige la vida en todas sus formas.

¹⁶³ III Congreso de jueces del MERCOSUR: “Cumplimiento de la ley y ejecución de sentencias” Comisión III: Derecho Penal Ambiental Presidente: Dr. Miguel Ángel Caminos Vicepresidente 1: Aidee Vázquez Villar Vicepresidente 2: Narciso Juan Lugones Expositores: Eladio Luiz Da Silva Lecey (Desembargador aposentado do TJRS – Profesor direito Penal e Ambiental – Diretor da Escola Brasileira de Direito e Política Ambiental do Instituto O Direito por um Planeta Verde – Brasil). Buenos Aires, 7 de noviembre de 2008, página 2.

¹⁶⁴ PASOS DE FREITAS, Vladimir, “Responsabilidad por Daño Ambiental-caso Brasil”. Documento Instituto Nacional de Ecología. Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, México, página 6.

protección independientes del ambiente en sí. Afirman, también que los delitos de grave contaminación al medio ambiente contarían con régimen jurídico particular en el Título III.¹⁶⁵

Además, respecto de dichos delitos, tampoco sería tan clara¹⁶⁶ la tutela autónoma del ambiente, ya que para el legislador, el bien jurídico protegido no es únicamente el medio ambiente, sino principalmente la salud de las personas y la vida animal y vegetal, cuya puesta en peligro o daño son los hechos constitutivos del delito de contaminación.¹⁶⁷

Ahora bien, la ley se encuentra dividida en cinco secciones, entre las que también se considera como bien jurídico protegido el correcto funcionamiento de la Administración, (Sección nº 5)¹⁶⁸.

2. Modelo de Regulación Seguido.

El modelo en este país ha consistido en la creación de una ley penal específica para crímenes ambientales. Se trata de la Ley 9.605 de 12 de febrero de 1998, que establece sanciones penales y administrativas como consecuencia de conductas atentatorias contra el medio ambiente.

Se señala que las ventajas de optar por una ley especial son evidentes. Primero; porque contribuye a la uniformidad de las penas. Segundo; permite una divulgación y publicidad más clara y más sencilla de la norma penal. Tercero; posibilita la posibilidad de modernizar las sanciones, y Cuarto; porque facilita la modificación de las leyes penales si con el paso del tiempo eso se revelase necesario¹⁶⁹.

¹⁶⁵ MATUS, A. Jean Pierre, CASTILLO, S. Marcelo, RAMÍREZ, R. María Cecilia, ORELLANA, C. Marcos, obra citada, página 102.

¹⁶⁶ Señalan los autores que sólo el delito del artículo 60, de explotación de establecimientos industriales, parece responder a la idea de protección del medio ambiente en sí.

¹⁶⁷ MATUS, A. Jean Pierre, CASTILLO, S. Marcelo, RAMÍREZ, R. María Cecilia, ORELLANA, C. Marcos, obra citada, páginas 102-103.

¹⁶⁸ La parte especial de la ley 9.605 fue dividida en capítulos. El capítulo V trata de los crímenes. La sección 1 dispone sobre la fauna. La jurisprudencia venía revelándose rigurosa. El número de condenas era grande y las penas elevadas. En la sección II están previstos los crímenes contra la flora. La sección III trata del crimen de polución y otros crímenes ambientales. La sección IV regula los delitos contra el ordenamiento urbano y el patrimonio cultural. Aquí la innovación es total. Finalmente, la sección V protege de los delitos contra la administración ambiental.

¹⁶⁹ III Congreso de jueces del MERCOSUR: "Cumplimiento de la ley y ejecución de sentencias" Comisión III: Derecho Penal Ambiental Presidente: Dr. Miguel Ángel Caminos Vicepresidente 1: Aidee

Con todo, se advierte que el sistema en Brasil aún continúa confuso¹⁷⁰.

3. Técnica Legal Empleada.

La técnica escogida por Brasil, debe analizarse sobre la base del “principio de la insignificancia”, que al decir de TOLEDO¹⁷¹, tiene por objeto excluir la tipicidad en los casos de pequeña relevancia.

Así, según este principio, que se revela por entero por su propia denominación, el derecho penal, por su naturaleza fragmentaria, va solamente hasta donde sea necesario para la protección del bien jurídico. No debe ocuparse de bagatelas. Por ejemplo, el hurto de un pan, por su valor bajo, no tiene significado para el Derecho Penal. La cuestión que se plantea consiste en determinar si un crimen ambiental puede ser considerado insignificante. ¿Habrá daño ambiental sin relevancia?

Se refuerza lo señalado, sosteniendo que en la Ley Ambiental brasileña, los delitos de contaminación, se configuran en general como delitos de “seria contaminación ambiental”, reservando los delitos de bagatela, es decir, aquellos que no representan un peligro concreto para la salud pública o un daño importante para la flora y la fauna al ámbito del ilícito administrativo, siempre que “viole las reglas jurídicas de uso, goce, promoción, protección y recuperación del medio ambiente”, (Art. 70)¹⁷².

Vázquez Villar Vicepresidente 2: Narciso Juan Lugones Expositores: Eladio Luiz Da Silva Lecey (Desembargador aposentado do TJRS – Professor direito Penal e Ambiental – Diretor da Escola Brasileira de Direito e Política Ambiental do Instituto O Direito por um Planeta Verde – Brasil). Buenos Aires, 7 de noviembre de 2008, página 4.

¹⁷⁰ Así, Matus, Castillo, Ramírez y Orellana, que sostienen que la existencia del artículo 82 de la Ley nº 9.605, utiliza la cláusula general “deróganse las disposiciones en contrario”, sin hacer una referencia explícita a que normas se refiere y sin establecer principios que permitan solucionar adecuadamente los eventuales conflictos en la aplicación de leyes de igual o distinta jerarquía normativa, de carácter general o especial, etc, subsistentes en varios tipos penales contenidos en el Código Penal y en otras leyes especiales. Obra citada, página 90.

¹⁷¹ Toledo, Francisco de Assis. Principios Básicos de Direito Penal, p. 187. Citado por, PASOS DE FREITAS, Vladimir, “Responsabilidad por Daño Ambiental-caso Brasil”. Documento Instituto Nacional de Ecología. Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, México. Obra citada, página 9.

¹⁷² MATUS, A. Jean Pierre, CASTILLO, S. Marcelo, RAMÍREZ, R. María Cecilia, ORELLANA, C. Marcos, obra citada, páginas 103-104.

Algunas críticas¹⁷³ suscitan también la utilización de la técnica de la ley penal en blanco. No obstante, no se deja a la sola existencia de la autorización administrativa la configuración del hecho punible, siendo irrelevante para la configuración del delito penal la violación de la norma administrativa.

4. Delitos de Resultado, de Peligro o de Mera Actividad.

No es clara la determinación o encasillamiento de determinados tipos penales en figuras de resultado, de peligro o de mera actividad. No obstante, no cabe duda de la existencia de todas esas fórmulas.

Así, el artículo 54¹⁷⁴ de la Ley 9.605 (delito propio de contaminación) puede ser analizado desde tres puntos de vista. Como un delito de resultado¹⁷⁵ dependiendo si afecta al medio ambiente o de peligro concreto si afecta la vida o salud de las personas o simplemente puede ser considerado como una figura genérica de peligro abstracto¹⁷⁶.

5. Delitos Dolosos o Culposos

Nos remitiremos en este punto a lo indicado como característica fundamental del sistema penal ambiental en el ámbito de esta clase de delitos por los profesores Matus, Castillo, Ramírez y Orellana; La profusa cantidad de delitos culposos.

¹⁷³ “Ocurre que es imposible para la ley describir conductas cuya gravedad se altere con el tiempo. Esa tarea, en la mayoría de las veces, queda a cargo de la autoridad administrativa. Por ejemplo, el crimen previsto en el artículo 34, párrafo único, inciso I, ley 9605 (12/2/1995), dispone que incurre en las mismas penas del caput quien pesca especies que deban ser preservadas o especímenes con tamaños inferiores al permitido. Ahora, la especie a ser preservada es un concepto elástico que varía en el tiempo. Si la conducta es grave y merece ser elevada a la categoría de crimen, la única solución es que la autoridad administrativa esclarezca, periódicamente, cuáles especies deben ser preservadas. Al pescador se le exige, excepcionalmente, la cautela de informarse al respecto. PASOS DE FREITAS, Vladimir, “Responsabilidad por Daño Ambiental-caso Brasil”. Documento Instituto Nacional de Ecología. Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, México, página 13.

¹⁷⁴ Figura que consiste en causar contaminación de cualquier naturaleza en niveles tales que resulten o puedan resultar en daños a la salud humana, o que provoquen la mortandad de animales o la destrucción significativa de la flora.

¹⁷⁵ Se sostiene que es una figura de resultado en cuanto al daño al medio ambiente, por cuanto exige “causar contaminación de cualquier naturaleza” y de peligro concreto para la vida o salud de las personas, ya que señala “de tal nivel que resulte o pueda resultar dañoso”. MATUS, A. Jean Pierre, CASTILLO, S. Marcelo, RAMÍREZ, R. María Cecilia, ORELLANA, C. Marcos, obra citada, páginas 103-104.

¹⁷⁶ El artículo 54 ya citado es un ejemplo del tipo penal de peligro abstracto (o puedan causar daño a la salud humana o a la salud...). PASOS DE FREITAS, Vladimir, “Responsabilidad por Daño Ambiental-caso Brasil”. Documento Instituto Nacional de Ecología. Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, México, página 12.

Éstos señalan que la Ley 9.605 contiene una gran cantidad de delitos culposos, comenzando por el supuesto del delito de contaminación culposa del artículo 54 inciso 1 y continuando con una serie de disposiciones¹⁷⁷ a lo largo de la ley.

A su vez, precisan que no obstante esta gran cantidad de normas culposas, no todas responden al criterio de seria contaminación que parece promover la ley¹⁷⁸.

6. Responsabilidad de los Administradores

El artículo 2 de la Ley 9.605, establece expresamente la responsabilidad del gerente o director, que conociendo la ilicitud del hecho realizado por su subordinado, no lo evitó teniendo la facultad de hacerlo.

De esta manera, y en contra de lo que opina la doctrina mayoritaria brasilera, siempre se podrá sancionar penalmente a un directivo si se prueba la relación de subordinación jerárquica, el conocimiento de la ilicitud y la posibilidad jurídica (potestad controladora) de evitarlo.

7. Responsabilidad de las Personas Jurídicas

Como se ha esbozado, Brasil se aleja de la mayoría de los países de tradición continental y contempla expresamente¹⁷⁹ la sanción penal para las personas jurídicas, junto a lo que se ha denominado un sistema de responsabilidad penal acumulativa¹⁸⁰. El que, consiste en agregar a la pena particular que le corresponda a la persona jurídica, la que pueda corresponderle a los gerentes, administradores o directivos que aparezcan como autores, cómplices o encubridores.

¹⁷⁷ Ejemplos; Artículos 56 inciso 3, 40 inciso 2, 49 párrafo único, 62 párrafo único, etc. Citados por MATUS, A. Jean Pierre, CASTILLO, S. Marcelo, RAMÍREZ, R. María Cecilia, ORELLANA, C. Marcos, obra citada, páginas 105.

¹⁷⁸ MATUS, A. Jean Pierre, CASTILLO, S. Marcelo, RAMÍREZ, R. María Cecilia, ORELLANA, C. Marcos, obra citada, páginas 105.

¹⁷⁹ Artículo 3, Ley 9.605; "En los casos en que la infracción sea cometida por decisión de su representante legal o contractual o su órgano colegiado, en interés o beneficio suyo".

¹⁸⁰ PIERANGELI, José Enrique, "Penas atribuidas às pessoas jurídicas pela lei ambiental, en Revista Electrónica Jus navegando, N° 39, citado por MATUS, A. Jean Pierre, CASTILLO, S. Marcelo, RAMÍREZ, R. María Cecilia, ORELLANA, C. Marcos, obra citada, páginas 107.

El sistema anterior se ha criticado por PRADO¹⁸¹, ya que a su parecer se estaría estableciendo la responsabilidad penal por el hecho ajeno.

Por último, se agrega que el legislador brasileiro ha descuidado establecer los delitos determinados de los cuales puede hacerse responsable a una persona jurídica, quedando entregada esta determinación a la interpretación¹⁸².

8. Sanciones

Como se dijo al comienzo, una de las críticas más importantes que se le hace al estatuto sancionatorio del ordenamiento penal ambiental, es la predilección por penas alternativas a las privativas de libertad.

A su vez, la distribución geográfica de las sanciones en la ley es la siguiente: En el artículo 8, están se encuentran las penas restrictivas de derechos: I. prestación de servicios a la comunidad; II. interdicción temporal de derechos; III. suspensión parcial o total de actividades; IV. prestación pecuniaria; V. encierro domiciliario. Los artículos 9 al 13 definen en qué consiste cada especie de estas penas restrictivas. En el artículo 16 se permite la suspensión condicional de la pena a los condenados hasta tres años de prisión.

Por otra parte, tanto en la prestación de servicios a la comunidad como en las condiciones de la suspensión condicional de la pena, se impone al condenado la reparación del daño causado.

A raíz de la clara orientación del sistema a reparar el medio ambiente-que como dijimos al comienzo es motivo de críticas ya que generalmente los ambientalistas se

¹⁸¹ PRADO, Luis Regis, "Crime ambiental; responsabilidade pena da Pessoa jurídica?", en Boletim do Instituto Brasileiro de Ciencias Criminais, Ed. Especial, Año 1998, Nº 65, página 2-3, citado por MATUS, A. Jean Pierre, CASTILLO, S. Marcelo, RAMÍREZ, R. María Cecilia, ORELLANA, C. Marcos, obra citada, páginas 107.

¹⁸² PRADO, Luis Regis, "Crime ambiental; responsabilidade pena da Pessoa jurídica?", en Boletim do Instituto Brasileiro de Ciencias Criminais, Ed. Especial, Año 1998, Nº 65, página 2-3, citado por MATUS, A. Jean Pierre, CASTILLO, S. Marcelo, RAMÍREZ, R. María Cecilia, ORELLANA, C. Marcos, obra citada, páginas 108.

inclinarán por la pena de cárcel- es posible constatar la existencia de algunos fallos¹⁸³ que ilustran claramente el espíritu y fin de la sanción ambiental en el ordenamiento penal ambiental de Brasil.

Por último, cabe agregar que para los efectos de nuestro trabajo resultan tremendamente importantes, algunas consideraciones y características que ha llevado a algunos a denominar este sistema como de “Derecho Penal Ambiental Reparador”¹⁸⁴.

9. Cuantía de las Multas.

Como se ha indicado, las multas no constituyen la regla general, sin embargo, hay casos como el importante artículo 54 de la Ley 9.605, respecto del delito de contaminación propiamente tal, que castiga con pena de reclusión de entre uno y cuatro años “y” multa. Obsérvese la importancia de la conjunción “y”, que supone la concurrencia de ambas¹⁸⁵.

Con lo anterior, hemos querido analizar algunas de las legislaciones penales ambientales más avanzadas del mundo, a objeto de formarnos una idea del nivel de progreso y desarrollo de la disciplina del derecho penal ambiental.

¹⁸³ “Evidentemente, no siempre es posible recuperar el perjuicio causado al medio ambiente. El corte de árboles a las márgenes de un río puede ser reparada, replantándose el mismo tipo de vegetación. La muerte de un ejemplar de la fauna no puede ser recuperada. En los casos en que hay imposibilidad de restaurar el daño ambiental los jueces han determinado otras obligaciones al condenado. Observemos un ejemplo práctico.

El Tribunal de Justicia del estado de Río Grande do Sul, 14 condenó al alcalde del municipio de Rolante a cumplir una pena de un año de reclusión, por la práctica del crimen de polución. La conducta del reo consistió en depositar la basura industrial y doméstica del municipio en un lugar inadecuado y prohibido, durante muchos años, a pesar de ser intimado por el juez a cesar tal actividad. Después de un largo análisis de las pruebas, fue condenado por dos votos contra uno. La pena corporal de un año que le fue impuesta acabó siendo sustituida por la prestación de servicios a la comunidad. El alcalde condenado tiene que trabajar gratuitamente, por el mismo plazo de un año, en los parques, jardines públicos y unidades de conservación del municipio”. Citado por PASOS DE FREITAS, obra citada, página 12.

¹⁸⁴ “La mitad de los delitos de la ley (que son 20) tienen como pena máxima la prisión por el plazo de dos años y se admite la transacción penal con aplicación de penas alternativas. Se utiliza esta norma para ayudar a la reparación del daño:1. Composición del daño2. Transacción penal (se elimina la acusación pero se agrega la reparación del daño)3. Suspensión del proceso para reparación del daño.4. En cuanto a la autoría se agrega la punibilidad de la persona jurídica y su director.

Se trata entonces de un derecho penal ambiental de tipo reparador (algunos critican esto por entender que el ámbito de la reparación corresponde a la dogmática civil), pero fundamentalmente preventivo y punitivo. En Brasil existe un acuerdo de reparación del daño al medio ambiente, los facultados para hacerlo son los fiscales aunque esta facultad solo puede ser ejercida antes infracciones menores. Congreso de jueces del MERCOSUR, obra citada, página 5.

¹⁸⁵ Nótese la diferencia con Alemania en que es alternativo, “o” multa o cárcel”.

CAPÍTULO III

DAÑO AMBIENTAL

Cuando hablamos de daño ambiental, nos referimos necesariamente a los efectos que ocasiona al entorno o a la vida o salud de las personas una conducta atentatoria contra el medio ambiente. Es decir, se trata de un concepto amplio, construido sobre la base de una visión que equilibra armónicamente las concepciones eco y antropocéntricas del derecho ambiental.

A su vez, el daño ambiental puede ser analizado o estudiado desde dos puntos de vista. Primero, como elemento del delito civil ambiental y segundo, como elemento del tipo penal ambiental, en aquellos delitos en que expresamente se precisa de su concurrencia para adquirir la calidad de delito penal ambiental. No nos detendremos en uno u otro análisis, ya que como elemento del delito civil ambiental, su estudio interesa fundamentalmente para determinar el sistema de responsabilidad civil aplicable. Asunto sobre el cual ya nos referimos¹⁸⁶ y que trataremos en profundidad a propósito de los sistemas de responsabilidad¹⁸⁷.

Como elemento del tipo penal, interesa para determinar si estamos en presencia de un delito que exige, la lesión, el peligro o la mera actividad para consumarse, asunto largamente tratado por la doctrina y respecto de cuya determinación podrían suscitarse problemas de interpretación al momento de tipificar la conducta punible.

De esta forma, y para el propósito de nuestro trabajo, nos interesa centrar nuestro estudio en la gravitación que tiene en el ordenamiento penal ambiental la existencia de un estatuto jurídico especial para el grave daño ambiental.

Así las cosas, para precisar con mayor claridad que se entiende por daño ambiental, es imprescindible determinar que se entiende por “medio ambiente” y a

¹⁸⁶ En el Capítulo II, al tratar el Delito Ambiental como Delito Civil. Punto III

¹⁸⁷ En el Capítulo IV, al tratar la aplicación del Sistema de Responsabilidad Subjetivo en Chile. Punto. II.A.2.

partir de tal conclusión, verificar sus consecuencias jurídicas y también como veremos, económicas.¹⁸⁸

I. MEDIO AMBIENTE

A pesar de lo mucho que se ha escrito al respecto, como suele pasar con estas categorías que se difunden ampliamente y a la que se conectan tantos intereses, una de las labores más intrincadas que deben realizar los juristas es la de lograr una conceptualización que precise o delimite exactamente los contornos de esa realidad.

Parafraseando la comparación que hace CORRAL del medio ambiente con el amor, pareciera que todos sabemos lo que es el medio ambiente, hasta que intentamos definirlo¹⁸⁹.

A. Definición de Medio Ambiente

En la definición de Medio Ambiente¹⁹⁰, conviene tener presente, que el análisis y estudio de dicho concepto, no puede realizarse parceladamente ni aislando unos elementos respecto de otros, ya que todos, conforman en su conjunto un sistema complejo de estudiar que precisa de la concurrencia de métodos y conocimientos técnicos y científicos aptos para conceptualizar con rigurosidad su contenido y contorno en la ley.

A este respecto se pueden identificar dos grandes tendencias. Según una primera orientación, el medio ambiente debe ser identificado con la naturaleza física que

¹⁸⁸ Compartimos lo señalado por GHERSI, Carlos Alberto, LOVECE, Graciela, WEINGARTEN, Celia. "Daños al ecosistema y al medio ambiente", Buenos Aires, Editorial Astrea, Año 2004, páginas 67-68.; "La economía no puede estar ausente de este análisis, toda vez que cualquiera de las soluciones en materia de daños (anticipación, prevención y reparación), implican la organización y aplicación de recursos económicos y éstos poseen una estructura sistemática y dinámica que es inescindible de políticas económicas, estatales, empresariales, y en las personas en sus roles de productor, consumidor, etc."

¹⁸⁹ CORRAL, T. Hernán, obra citada, página 153.

¹⁹⁰ El artículo 2º letra II, de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, Nº 19.300, lo define como, "el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química, 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".

rodea al hombre; con los elementos o recursos naturales, sean estos elementos vivos (bióticos) o no vivos (abióticos).

El medio ambiente, estaría conformado por el aire o la atmósfera, el agua y el suelo, así como también por la flora y la fauna que se generan en ellos.

Así, para VALENZUELA¹⁹¹, una adecuada comprensión del medio ambiente requiere identificar los componentes inertes como autotróficos y heterotróficos de una trama ambiental dada; establecer sus principales interacciones en términos de intercambio de energía, materia e información y determinar el grado de autarquía funcional del conjunto.

A su vez, se precisa situar al hombre dentro del ecosistema; ilustrar su dependencia respecto de los demás componentes del ambiente y definir los presupuestos ambientales básicos bajo los cuales es posible su supervivencia como categoría biológica.

Como también, es necesario discernir los elementos principales del problema ambiental; la forma como se interrelacionan y los principios que determinan su efecto ambiental final negativo.

Como se advierte, se intenta incluir todos aquellos elementos sociales, económicos, culturales e incluso estéticos, que no obstante su carácter omnicomprensivo de la materia en estudio, no permite soslayar lo que ha observado CORRAL¹⁹², en el sentido que la inclusión de todos aquellos elementos señalados (que podrían ser aún más; ejemplo, gastronomía, sexualidad, etc.), es prácticamente lo mismo decir que medio ambiente en definitiva y en rigor no es nada.

Se ha indicado, que una solución es la de señalar que el concepto de medio ambiente es, esencialmente histórico y variable, por lo que una definición muy rígida puede ser útil para el contexto particular e inmediato, no obstante inútil e insuficiente para cubrir los problemas del futuro inherentes al dinamismo que caracteriza el problema ambiental.

¹⁹¹ VALENZUELA, F, Rafael, Obra citada, página 211.

¹⁹² CORRAL, T. Hernán, Obra citada, página 149.

B. Concepción Antropocéntrica

Actualmente existe un acuerdo bastante generalizado según el cual la protección penal del bien jurídico medio ambiente se fundamenta en una visión antropocéntrica. Se entiende, por tanto, que éste se protege en consideración a la mantención de condiciones de supervivencia de generaciones presentes o futuras y no por tener un valor intrínseco¹⁹³.

Algunos autores sostienen que esta visión se puede definir como; aquella según la cual la única razón por la que se puede justificar la protección del medio ambiente es la de su valor para los intereses humanos.

C. Concepción Ecocéntrica

Para los mismos autores, una concepción ecocéntrica del medio se podría definir como aquella desde la cual la “naturaleza” o la “biosfera”, con todos sus componentes - aire, mar, plantas y animales, etc. - son entidades autónomas, merecedoras, en cuanto tales de protección; el medio ambiente no es, en otras palabras, un medio, sino un fin en sí mismo, por lo que su protección no se legitima en virtud de su funcionalidad para intereses personales, sino por su valor intrínseco.

Respecto de las visiones expuestas, hay algunas opiniones que parece interesante tener presente. Así, algunos sostienen que la naturaleza no tiene derechos, ni, por tanto, tenemos nosotros deberes hacia la naturaleza. Expresado en otros términos: no cabe una fundamentación biocéntrica o ecocéntrica del medio ambiente como bien jurídico-penal, sino sólo una fundamentación antropocéntrica.

Así, la concepción puramente ecocéntrica, que sería aquella que, motivada por los movimientos ecologistas más radicales, otorga al medio ambiente, en su conjunto, prácticamente un carácter de entidad viva independiente y, por ello, viene a

¹⁹³ ALFIERI, Natalia “Problemas que plantea la protección penal del Medio Ambiente”. Ayudante del Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Centro de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 23 de marzo de 2008, página 1.

considerarlo “sujeto” de derechos, no es sostenida por ningún autor en la dogmática penal.

Existe, por el contrario, un acuerdo generalizado, tanto en el Derecho penal como en la filosofía moral y política en que el medio ambiente no se protege por sí mismo, sino en aras del mantenimiento de las condiciones de supervivencia de los hombres, ya de nuestros contemporáneos, ya, según algunas versiones, de las generaciones venideras. No hay, en suma, “derechos del medio ambiente”, ni, en rigor, tenemos “deberes hacia el medio ambiente”, sino que esos deberes vienen dados con relación a los derechos de los demás ciudadanos a unas condiciones tolerables de vida¹⁹⁴.

Otros advierten, teniendo en consideración el desafío de nuestro orden legislativo de incorporar una legislación penal ambiental, que todavía no hay consenso sobre si, en la configuración del bien jurídico penal medio ambiente, debe adoptarse una concepción moderadamente ecocéntrica (concepción del bien jurídico autónomo), que considera que el objeto de tutela de los delitos medio ambientales es el medio ambiente como tal en alguna de sus concreciones físicas (suelo, agua, aire), o una concepción radicalmente antropocéntrica (concepción del bien jurídico dependiente), que considera que el objeto de tutela son los intereses personales (vida, salud) afectados producto de la alteración del medio ambiente.

La concepción ecocéntrica no exige que el delito requiera un grado de peligro concreto o abstracto para los intereses personales de generaciones presentes, sino que basta que se perjudique el medio ambiente como tal, de modo que permite proteger intereses de generaciones futuras aun cuando no se perjudiquen, al mismo tiempo, intereses de las generaciones presentes (como cuando se construyen tipos delictuales que protegen la flora o fauna).

La concepción dependiente, en cambio, exige que el delito requiera algún grado de peligro concreto o abstracto para los intereses personales de generaciones

¹⁹⁴ALCÁCER, G. Rafael, “La protección del futuro y los daños acumulativos”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, RECPC 04-08 (2002), Universidad de Complutense, Año 2002, página 7.

presentes, de modo que no permite la configuración de delitos penales que no protejan esferas de libertad de sujetos existentes¹⁹⁵.

D. Nuestra Opinión

La discusión sobre este punto nos merece la máxima importancia. Creemos que cualquier intento por regular penalmente el medio ambiente, requiere situarse ideológicamente en una posición mental equidistante, tanto respecto de una tutela autónoma del medio, como de la que se centra en la salud o vida de las personas, toda vez, que una articulación legal destinada a penalizar el delito ambiental precisa de la consideración y valoración de las personas y del medio ambiente por igual. De otra manera, sería imposible obtener el equilibrio, objetividad y eficiencia necesaria que importa la regulación penal en esta materia.

La extrema ideologización del debate en este punto, ciertamente conducirá a leyes que desatenderán el problema central en la discusión penal ambiental. El que a nuestro juicio descansa en la prevención, objetivación y sanción del grave daño a las condiciones del medio que posibilitan nuestra existencia.

II. **DEFINICIÓN DE DAÑO AMBIENTAL**

Despejar que se entiende por daño ambiental, será una cuestión que deberá resolver cada ordenamiento ambiental en particular, ya que, más allá de la concepción (eco-céntrica-antropocéntrica) que se adopte en el desarrollo de una normativa penal ambiental, será decisivo para determinar su eficiencia en la prevención y la sanción al medio ambiente, resolver que se entiende jurídicamente por daño ambiental.

Chile, en el ámbito civil, ha optado por definir precisamente que se entiende por daño ambiental y ha consagrado en el artículo 2º letra e, de la Ley General de Bases del Medio Ambiente su concepto; “Toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes”.

¹⁹⁵ALFIERI, Natalia. Obra citada, página 3.

Según se ha constatado, esta definición estaría claramente influida por la doctrina de ALESSANDRI¹⁹⁶, quien, respecto de la conceptualización del daño en general señala que; “hay daño cada vez que un individuo sufre una pérdida, disminución, detrimento, o menoscabo en su persona o bienes o en las ventajas o beneficios patrimoniales o extramatrimoniales que gozaba.

Se desprende entonces, del análisis¹⁹⁷ de la disposición legal del artículo 2 letra e) de la Ley N° 19.300, y de esta concepción del daño, una muy nítida relación.¹⁹⁸

De lo dicho, cabe precisar desde un punto de vista didáctico, que cuando hablamos de daño ambiental (y con mayor razón de grave daño ambiental), nos encontramos, respecto de la clasificación entre delitos de resultado, de peligro o de mera actividad, en aquellos denominados de resultado o de lesión, que como hemos señalado, son aquellos¹⁹⁹ que para su consumación precisan de la concurrencia de alguno de los elementos señalados en el artículo 2 de la Ley 19.300.

III. CARACTERÍSTICAS PARTICULARES DEL DAÑO AMBIENTAL

Sostiene CORRAL²⁰⁰, que al conceptualizar la Ley de Bases, el daño ambiental como una pérdida o menoscabo al medio ambiente, no se puede suponer que éste haya adquirido la calidad de sujeto de derecho o titular de derechos subjetivos.

¹⁹⁶ ALESSANDRI, R. Arturo, “De la Responsabilidad extracontractual en el Derecho civil chileno”. Santiago, Editorial Jurídica-Ediar Conosur, reimpresión, Año 1983, N° 139, página 213.

¹⁹⁷ Elementos de que se compone la definición: 1-Resultado: “Pérdida, disminución, detrimento, o menoscabo”.-2- Conjunción “o”, puede darse cualquiera de esos supuestos para que se configure el daño ambiental, no siendo copulativos.-3-El Objeto del daño, es el medio ambiente o sus componentes, (De esta manera, la letra e) del artículo 2° de la Ley de Bases que contiene la definición de daño ambiental, debe ser complementada por la definición contenida en la letra II) del mismo artículo que conceptualiza el medio ambiente. -4-La acción es Inferir.-5-La entidad del daño debe ser significativo.

¹⁹⁸ No ha sido ajeno a esta inspiración, el proyecto de ley Boletín 5654-12, que establece delitos penales ambientales -que como hemos dicho analizaremos más adelante-, ya que en el Título I del Proyecto de Ley, denominado “De los delitos de grave contaminación ambiental”, en su artículo 1, define el grave daño ambiental para nuestro ordenamiento penal, señalando que; “El responsable de una fuente emisora que produzca una grave pérdida, disminución, detrimento o menoscabo al medio ambiente o a uno o más de sus componentes...será sancionado....”.

Como se observa, se ha optado por un concepto unitario del daño que recoge íntegramente la definición civil de daño ambiental. No obstante, incorpora elementos (como pruebas objetivas de cantidades de emisiones) que pretenden objetivar la existencia del grave daño ambiental.

¹⁹⁹ POLITOF, L. Sergio, obra citada, página 233.

²⁰⁰ CORRAL, T. Hernán. Obra citada, página 167.

Señala también GARRIDO²⁰¹., que la reparación del daño no puede concebirse sin un titular directamente afectado y que por tanto, el daño ambiental debe reunir los requisitos que generales que se exigen para determinar la responsabilidad; Cierto, Personal y Directo

CORRAL, en consecuencia agrega que; para que exista propiamente responsabilidad por daño ambiental, parece indispensable exigir que se acredite que el deterioro ambiental constituye una vulneración o lesión efectiva del derecho de al menos, una persona a vivir en un medio ambiente libre de contaminación²⁰².

Se pueden resumir las posiciones mencionadas diciendo que el daño ambiental no es en rigor un daño al medio ambiente, sino un daño a las personas, modalizado porque se trata de un perjuicio que se causa a través o con ocasión del deterioro del entorno ambiental en que desarrollan su existencia.²⁰³

Puede considerarse que dicha visión relativiza el valor del bien jurídico medio ambiente y prescinde de la visión sistémica de que precisa esta área del derecho, toda vez que incluso algunos sostienen con total tranquilidad, que el medio ambiente es un derecho de la personalidad, ya que sin su presencia la persona simplemente no puede existir.²⁰⁴

²⁰¹ GARRIDO, C. Lidia, "Los daños colectivos y su reparación", Buenos Aires, Editorial Universidad, Año 1993, página 186. Citado por CORRAL, T. Hernán, obra citada, página 168.

²⁰² CORRAL, T. Hernán. Obra citada, página 168.

²⁰³ CORRAL, T. Hernán, obra citada, página 167.

²⁰⁴ Podemos considerar los derechos de la personalidad como el conjunto de derechos fundamentales que protegen los bienes constitutivos del núcleo más íntimo del ser humano. Son derechos que le son necesarios para lograr sus fines y que, en consecuencia, le pertenecen por el solo hecho de ser persona. Los derechos de la personalidad no son otra cosa que derechos subjetivos humanos. De ahí que estos derechos se ubiquen en la tercera de las connotaciones anteriormente señaladas. Son facultades derivadas de una norma de Derecho Natural, que haya su fundamento en lo que es adecuado a la propia naturaleza humana. Gracias a ellos se tiene la posibilidad de exigir lo que a cada persona le corresponde.

Características de los derechos de la personalidad.

Los derechos de la personalidad, al ser derechos naturales, gozan de las mismas características de todos los derechos derivados del Derecho Natural. Éstas son:

I Esenciales. Esencia de una cosa es el conjunto de las propiedades que la constituyen como tal. Es aquello por lo cual un ser es lo que es y no algo diferente. Los derechos de la personalidad se encuentran dentro de estas propiedades, por lo que sin ellos las personas dejarían de ser personas humanas.

II Personalísimos. Cada persona es un ser único e irrepetible, con un conjunto de derechos que sólo a ella le corresponde ejercer y que por lo tanto no puede realizar a través de representante o de terceras personas.

III. Originarios e Innatos. Estas dos características de los derechos de la personalidad son similares. Son derechos propios de la naturaleza humana, por lo que la raíz y el origen de ellos se encuentra en la propia naturaleza y los adquiere la persona desde el momento de la concepción.

Así, parece razonable, frente la magnitud del problema ambiental y lo insospechado de su profundidad, analizar con mayor detenimiento la circunstancia de que deba suponerse como hipótesis para su protección, el perjuicio a una persona natural o jurídica o descartar la consideración como daño ambiental al que afecta las especies animales o vegetales.

Se ha señalado para lo anterior, que todos los supuestos del sistema de responsabilidad por daño ambiental de la Ley de Bases, contemplan dentro de sus hipótesis la existencia de una persona natural o jurídica y que la inexistencia de una de éstas, permite asegurar que no estamos en presencia de una responsabilidad por daño ambiental.

IV. CLASES DE DAÑO AMBIENTAL

Extraordinariamente importante, al momento de desarrollar un ordenamiento legal de responsabilidad por daños al medio ambiente, sea que se trate del establecimiento de infracciones civiles, penales o administrativas, resulta determinar; 1) Si lesiona sólo al medio ambiente o también la vida o salud de las personas; 2) Cómo se puede generar un daño ambiental o en otras palabras, las fuentes que pueden originar un daño ambiental; y 3) La magnitud del daño y cuando se debe entender que se trata de un “grave daño ambiental”.

IV. Sin contenido patrimonial. El contenido de los derechos de la personalidad es tan valioso que no puede ser apreciado en dinero. Ello significa que no pueden ser objeto de transacción comercial ni de transmisión alguna, por la que se obtenga a cambio un pago o compensación.

V. Absolutos. Son absolutos los derechos que valen en todas las circunstancias y frente a todas las demás personas. Y no pueden ser disminuidos ni relativizados bajo ninguna circunstancia ni por persona alguna.

VI. Inalienables e Intransmisibles. Como se apuntó en la fracción IV, al no tener contenido patrimonial, los derechos de la personalidad no pueden ser objeto de enajenación (alienación) ni de transmisión.

VII. Imprescriptibles. El transcurso del tiempo no puede ser nunca la causa de la adquisición o pérdida de estos derechos. Los derechos de la personalidad permanecen con la persona desde antes de su nacimiento hasta su muerte. El hecho de que una persona, por su conducta negativa o su comportamiento inmoral, haya conculcado su imagen, no significa que haya perdido su dignidad de persona y aun así conserva sus derechos fundamentales.

VIII. Irrenunciables Ni siquiera la voluntad libre de una persona puede privar de su eficacia a estos derechos, por no tener contenido patrimonial. Solamente los derechos patrimoniales pueden ser objeto de renuncia.

Desde el punto de vista del bien jurídico lesionado, parece suficiente la clasificación general que se realiza en esta materia, en orden a distinguir si el daño ocasionado a partir de una conducta lesiva al medio ambiente, lesiona únicamente al medio ambiente o uno de sus componentes, o también, la vida o salud de las personas.

Desde el punto de vista de la fuente del daño ambiental, podemos clasificarlo en aquél que tiene su origen en un simple hecho del hombre, sin que medie necesariamente la violación de una norma administrativa, como sería el derrame de petróleo –accidental o intencional- y aquél que tiene su origen en la infracción de una norma administrativa. Esta clasificación presenta una especial importancia al momento de establecer parámetros objetivos que contribuyan a precisar la condición de grave daño al medio ambiente y en la determinación de los responsables.

Por último, atendiendo a la magnitud del daño ambiental, se podrá clasificar en daño ambiental ordinario, aquél cuya expresión normativa se manifiesta en los delitos de bagatela, ignorados por la mayoría de los ordenamientos penales ambientales del mundo, dada la compleja posibilidad de fiscalizarlos y su escasa contribución al deterioro ambiental.

También, se podrá clasificar en grave daño ambiental, cuya determinación quedará entregada a la ley que establezca el delito penal ambiental, como a las normas reglamentarias que la complementen.

V. GRAVE DAÑO AMBIENTAL

Determinar la gravedad del daño ambiental, no ha resultado tarea fácil ni para la doctrina ni para la jurisprudencia. Esto, en razón de no existe actualmente precepto legal alguno, que indique precisamente, en que caso se produjo un grave daño ambiental.

Se ha intentado resolver la cuestión, por la vía de la interpretación jurisprudencial del vocablo “significativo”, que emplea la Ley de Bases en su artículo 2 letra e²⁰⁵).

²⁰⁵ Única pista que da el ordenamiento ambiental chileno, para determinar la gravedad de un daño.

La ley señala, “...*toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo*²⁰⁶...”).

Así, ha sido común que dicha calidad, se resuelva en el hecho en la etapa probatoria, en que la declaración de especialistas, peritos y técnicos del área ambiental, podrán concluir con mayor rigurosidad, la gravedad del daño ocasionado al medio ambiente. Así, la complejidad técnica de sus testimonios supondrá en muchos casos, el desconocimiento detallado por parte del tribunal de las materias que se le relatan, por lo que la apreciación de la gravedad, quedará sometida finalmente a la pericia técnica del testimonio presentado por una de las partes y su capacidad de influir o confundir al tribunal.

En otras palabras, el procedimiento por daño ambiental que contempla la Ley de Bases, adolece de una seria insuficiencia, cual es; que no garantiza la tutela efectiva del medio ambiente, toda vez que los elementos fundamentales del bien jurídico protegido son sabidos por los peritos y sólo probablemente conocidos por los jueces.

Con todo, de la combinación armónica de los artículos 2 letra e) de la Ley de Bases, que define el daño ambiental, con el artículo 52 de la misma ley que señala; “*Se presume legalmente la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existe infracción a las normas de calidad ambiental, a las normas de emisiones, a los planes de prevención o de descontaminación, a las regulaciones especiales para los casos de emergencia ambiental o a las normas sobre protección, preservación o conservación ambientales, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias*”, podría concluirse, a objeto de precisar qué se entiende por grave daño ambiental, que se entiende por tal, aquél que infrinja normas de calidad²⁰⁷, normas de emisiones, planes de prevención (...).”

²⁰⁶ Significativo: “Aquél que da a entender o conocer con propiedad una cosa; que tiene importancia por representar o significar algún valor”. Diccionario de la Real Academia de Española, vigésima primera edición.

²⁰⁷ Cabe hacer presente que tanto la Ley de Bases, como el Boletín 2177-12 de 1998, que tipifica el delito ambiental, son imprecisos al hablar de “infracción a una norma de calidad”, toda vez que ésta no permiten ser infringidas en términos 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 referencia a las normas de emisión, que sí tienen relación con fuentes individuales de contaminantes. En este sentido se pronunciaron los Sr. Álvaro Sapag (Director Jurídico de CONAMA, Marcelo Castillo (experto invitado), y Claudio Osorio (Abogado del Instituto

Ahora bien, en el caso de que el daño no revista el carácter de “significativo”, como señala POLANCO, se deberá responder de acuerdo a las normas comunes de la responsabilidad extra contractual del derecho civil²⁰⁸.

De esta forma, creemos que en este aspecto, nuestra legislación ambiental presenta un sensible vacío²⁰⁹.

VI. REPARACIÓN DEL DAÑO AMBIENTAL

Toda forma de reparación del daño acontecido contra el ambiente, debe necesariamente, estar en concordancia con los principios ambientales de prevención, corrección a la fuente y contaminador pagador, de conformidad el principio 13 de la Declaración de Río sobre medio ambiente y Desarrollo y los artículos 3 k) y 130 R2 del Tratado de la Unión Europea.

A. ¿Se puede reparar el medio ambiente?

Lo ideal en un sistema de reparación del medio ambiente, es que tenga la aptitud de restituir su estado a la situación anterior a aquel en que aconteció el daño. A este tipo de reparación se la ha denominado “Reparación in natura²¹⁰” y

Libertad y Desarrollo), según consta en el Borrador del Informe de la Comisión, que no ha sido ingresado todavía a la cuenta de la Cámara.

²⁰⁸ POLANCO, L. Rodrigo, “Responsabilidad por Daño Ambiental”. Fiscalía del Medio Ambiente-Chile- Documentos. <http://www.fima.cl/pdf/articulos/RESPONSABILIDADPORDANOAMBIENTALRP.pdf>
Señala: “el artículo 3º de la Ley de Bases nos da un indicio, ya que éste señala, (todo el que culposamente o dolosamente dañe el medio ambiente) y que por tanto habla de daño al medio ambiente y no daño ambiental

²⁰⁹ Cabe destacar que el Boletín 5654-12 que establece delitos contra el medio ambiente, dedica un Título completo a los delitos de “grave contaminación”, y se preocupa de asignarle a un reglamento (Artículo 10, “Disposiciones varias”), “la determinación de las sustancias y cantidades o proporciones de contaminantes provenientes de una misma fuente emisora cuya emisión al medio ambiente sea capaz de producir un grave daño ambiental y en su caso, de poner en serio peligro la vida y la salud de las personas.” Nos parece muy acertada la inclusión de esta norma, la cual hace referencia a los artículos 1 a 4 del Proyecto, y que regulan tanto la grave contaminación ambiental como el grave daño ambiental, incorporando de esta forma, elementos de carácter objetivo para su determinación que contribuyen a garantizar- a diferencia del Sistema de la Ley de Bases- una efectiva tutela del medio ambiente.

²¹⁰ En doctrina se la ha denominado a este tipo de reparación “Reparación in natura” o “Reparación quo ante”, siendo el término más apropiado para denominar a este tipo de reparación “Restitutio in pristinum”, pues este último vocablo, no solo abarca la restitución de las cosas a su estado anterior, sino que engloba la prevención de futuros daños, gracias a la adopción de medidas correctoras. SÁNCHEZ, A.J, “La “restitutio in pristinum” como mecanismo deseable para la reparación de los daños

naturalmente debe constituir la primera finalidad del legislador, antes de recurrir a otras medidas de reparación del entorno. Claramente, esta forma de reparación podría verse limitada por un costo excesivamente alto o irracional o por la conclusión científica más categórica, de que resulta imposible restituirlo al estado anterior.

Así, MATEO²¹¹ destaca lo complejo que puede resultar esta clase de reparación: “Si bien es cierto, la reparación in pristinum es la forma idealizada de reparar el daño ambiental, la misma acarrea una serie de dificultades tanto en su planeamiento como en su ejecución, entre ellas: el margen de discrecionalidad con que generalmente se cuenta a la hora de realizar las obras que recomponen el ambiente, o bien, la de encontrar y armonizar los diferentes criterios técnicos y científicos sobre la forma de llevar a cabo a reparación, y por último y la más importante, la dificultad que acarrea cualquier recomposición al estado anterior de las cosas, por la falta en muchas ocasiones, de conocimientos científicos acerca de cómo era el entorno antes del hecho acaecido”.

Es así como, bajo ciertas circunstancias donde los daños no son excesivos, el criterio técnico y científico establece que es mejor dejar que la misma naturaleza se encargue de su regeneración, y aplicar otras formas de reparación del ambiente²¹²”

Otra forma, para reparar el medio ambiente, es la denominada restauración por equivalencia, que es aquella que no obstante no restituir al medio ambiente al estado anterior al que se encontraba, es capaz de restituir o recomponer las propiedades de otro eco-sistema que se encuentre igualmente degradado²¹³.

causados al medio ambiente”, Medio Ambiente y Derecho, Revista Electrónica de la Universidad de Sevilla, 2002., www.cica.es/aliens/gimadus/ (rescatado el 14 de mayo de 2009).

²¹¹ MATEO M. Ramón, “Valoración de los Derechos Ambientales”, en Revista de derecho ambiental de la Universidad de Chile, Santiago. Año I, no. 1, diciembre, 2003.

²¹² PEÑA, Ch. Mario, “Reparación y valoración económica de los daños causados al medio ambiente”, en Revista Electrónica de Derecho Ambiental, “Medio Ambiente y Derecho”, página 3.

²¹³ Ejemplo; un industrial que emita grandes cantidades de emanaciones a la atmósfera contaminándola con gases que causan efecto invernadero, se le puede obligar a sembrar o reforestar un terreno con el fin que los árboles en crecimiento sirvan de sumideros de la contaminación ambiental, o bien, a un sujeto que se le encuentre culpable de desecar un humedal causando daños irreversibles en el mismo, se le puede obligar a realizar un plan reparativo de siembra y manejo de la cuenca de un río. Citado por, PEÑA, Ch. Mario, obra citada, página 5.

Cabe hacer presente, lo que señala MATEO respecto a esta clase de reparación, “En cuanto a la restauración equivalente, la recuperación de los bienes dañados puede en ocasiones sortear ciertos obstáculos, mediante la creación en otro lugar próximo o remoto, de las condiciones que hicieron posible el éxito de la vida en el ecosistema dañado, reconstruyendo por ejemplo hábitats, repoblando tierras, o soltando alevines en cauces ²¹⁴”.

Por último, otra forma de reparar el medio ambiente será la monetarización de los daños²¹⁵, que será aquella que hará incurrir en el causante de los daños, los costos de su reparación por terceros, cuando éste no cuente con las capacidades técnicas o científicas para recomponerlo.

Ante las fórmulas de reparación planteadas, debemos responder a la pregunta formulada al comienzo, señalando que sí se puede reparar el medio ambiente, aunque no se produzca una idéntica restitución.

A su vez, esta materia se encuentra íntimamente ligada con la valoración económica de los daños producidos al medio ambiente y por tanto con la economía ambiental, vínculo que analizaremos al final de este trabajo.

B. Instrumentos de Reparación en el Derecho Comparado. Costa Rica- Directiva Comunitaria Europea

Costa Rica se utiliza comúnmente, como modelo de reparación ambiental a tener en consideración al momento de desarrollar un estatuto normativo destinado a recomponer el medio ambiente. Alguna de sus normas ilustran claramente la orientación del sistema, el cual podría definirse como “sistema derecho ambiental reparador”.

Así, los artículos 45, 53 y 54 de la Ley de Biodiversidad de Costa Rica establecen el deber Estatal en la recuperación, restauración y rehabilitación de los

²¹⁴ MATEO M. Ramón, “Valoración de los Derechos Ambientales”, en Revista de derecho ambiental de la Universidad de Chile, Santiago. Año I, no. 1, diciembre, 2003.

²¹⁵ MATEO M. Ramón, obra citada, página 20.

ecosistemas²¹⁶. Por otra parte, la reparación debe ser en la medida de lo posible “in natura”²¹⁷. Lo anterior se encuentra claramente establecido en el artículo 103 de la Ley de Conservación de Vida Silvestre²¹⁸.

De esta manera, el sistema Costarricense se encuentra en perfecta concordancia con el principio dieciséis de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo que señala que quien contamina, debe en principio cargar con los costos de la contaminación, en el entendido que es obligación del Estado individualizar y sancionar a los sujetos cuyas conductas degraden o contaminen el medio ambiente, sancionándolos en la vía que corresponda, y en la medida de lo posible, obligarlos a recomponer el daño ocasionado. Únicamente en el supuesto que esto no sea posible, el deber del Estado queda supeditado a realizar por si mismo la restauración del ambiente, quedando claro que, de una u otra forma, el ambiente siempre debe ser recompuesto²¹⁹.

Cabe destacar también, el sistema reparatorio contenido en la Directiva Europea,²²⁰ el cual está basado en los principios preventivo, precautorio y de corrección a la fuente. Aquí, el objetivo de la reparación es devolver el conjunto del medio ambiente a su estado básico y compensar por las pérdidas provisionales en que se

²¹⁶ “El Estado tiene la obligación de evitar cualquier riesgo o peligro que amenace la permanencia de los ecosistemas. También deberá prevenir, mitigar o restaurar los daños ambientales que amenacen la vida o deterioren su calidad”; **“La restauración, recuperación y rehabilitación de los ecosistemas, especies y los servicios ambientales que brindan,** deben ser fomentados por el Ministerio de Ambiente y Energía y los demás ente públicos, mediante planes y medidas que contemplen un sistema de incentivos, de acuerdo con esta ley y otras pertinentes”; “Cuando exista daño ambiental en un ecosistema, el Estado podrá tomar medidas para restaurarlo, recuperarlo y rehabilitarlo. Para ello, podrá suscribir toda clase de contratos con instituciones de educación superior, privadas o públicas, empresas e instituciones científicas, nacionales o internacionales, con el fin de restaurar los elementos de la biodiversidad dañados”.

²¹⁷ El numeral 99 inciso g de la Ley Orgánica del Ambiente establece “Ante la violación de la normativa de protección ambiental o ante conductas dañinas al ambiente claramente establecidas en esta ley, la Administración Pública aplicará las siguientes medidas protectoras y sanciones: **La imposición de las obligaciones compensatorias o estabilizadoras del ambiente o la diversidad biológica**”.

²¹⁸ “Será sancionado con multa de cien mil colones convertible en pena de prisión de uno a dos años, quien drene lagos, lagunas no artificiales y demás humedales, sin la previa autorización de la Dirección General de Vida Silvestre del Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas. Además, el infractor será obligado a dejar las cosas en el estado en que se encontraban antes de iniciar los trabajos de drenaje, para lo cual se faculta a la Dirección precitada, a fin de efectuar los trabajos correspondientes, pero a costa del infractor”.

²¹⁹ PEÑA, Ch. Mario, obra citada, página 4.

²²⁰ El Anexo II de la Directiva Comunitaria sobre responsabilidad ambiental en relación con la prevención y reparación de los daños ambientales establece, toda una serie de lineamientos, que servirán de base a la autoridad competente, con el fin de reparar el ambiente dañado. De esta forma se pasa de un régimen discrecional de reparación, a uno reglado, lo cual le otorga seguridad jurídica tanto a los operadores como a la pluralidad de sujetos interesados en la recomposición del ambiente degradado. PEÑA, Ch. Mario, obra citada, página 6.

haya incurrido. La reparación se realiza rehabilitando²²¹, sustituyendo o adquiriendo el equivalente de los recursos naturales dañados en el lugar originalmente dañado o en otro diferente. También implica la eliminación de todo perjuicio grave para la salud humana, tanto real como potencial.

Así se pueden citar algunas de sus normas que dan cuenta del sofisticado sistema y análisis de la reparación del daño ambiental:

“Con el fin de establecer el tipo de medidas compensatorias del medio ambiente la autoridad competente debe estudiar tanto la opción de la recuperación natural del paraje, sin que intervenga directamente el ser humano para devolver los recursos o servicios naturales a su estado básico, así como también estudiará acciones directas para devolver los recursos a su estado básico de forma acelerada²²²”

“En la medida de lo posible la autoridad competente estudiará primero las acciones que permitan establecer los recursos naturales y servicios del mismo tipo y calidad y de valor comparable al que tenían los que sufrieron el daño. Si no es posible utilizar el anterior criterio, podrán aplicarse técnicas de valoración monetaria del paraje dañado a fin de determinar las medidas de reparación compensatorias que se adoptarán²²³”.

“Si a juicio de la autoridad competente, es posible valorar los recursos y servicios perdidos, pero no es posible valorar los recursos y servicios de reposición dentro de un plazo o de unos costos razonables, la autoridad competente podrá calcular el valor monetario de los recursos y servicios perdidos y determinar la escala de la acción reparadora que tenga un coste equivalente al valor perdido²²⁴”.

“Una vez identificado un conjunto razonable de opciones de reparación, la autoridad competente evaluará las opciones tomando en cuenta los siguientes aspectos:

²²¹ El nombre de la sanción penal que propondremos será Rehabilitación del Medio Ambiente.

²²² Artículo 3.1.1. y 3.1.2. del Anexo II de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa.

²²³ Artículo 3.1.5, 3.1.6 y 3.1.7. del Anexo II de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa.

²²⁴ Artículo 3.1.8 del Anexo II de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa.

- *efecto que tendrá cada opción sobre la salud y la seguridad pública;*
- *el costo que supone llevar la opción a la práctica;*
- *la probabilidad de éxito de cada opción;*
- *las medidas en que cada una de las opciones contempladas servirá para prevenir futuros daños, sin que se produzcan daños colaterales y;*
- *las medidas en que cada una de las opciones contempladas beneficiará a cada componente del recurso o servicio natural²²⁵.*

Claramente, el notable avance que han experimentado los sistemas observados en lo relativo a la reparación de daños al medio ambiente, debe incorporarse como una de las finalidades que debiese perseguir un ordenamiento penal ambiental. En este sentido, como explicaremos más adelante, creemos que debiese manifestarse sobre la base de multa penal destinada a un fondo de protección y reparación del medio ambiente dañado.

C. Instrumentos de Reparación en el Ordenamiento interno. Legal Administrativo.

Tal como señaláramos anteriormente, el artículo 3 de la Ley de Bases, señala que “sin perjuicio de las sanciones que la ley señale, todo el que culposa o dolosamente cause daño al medio ambiente, estará *obligado a repararlo materialmente*, a su costo, si ello fuere posible, e indemnizarlo en conformidad a la ley”. Por su parte, el artículo 2º letra s), define reparación, como “la acción²²⁶ de *reponer el medio ambiente o uno o más de sus componentes* a una calidad similar a la que se tenían con anterioridad al daño causado o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas”.

²²⁵ Artículo 3.2. del Anexo II de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa.

²²⁶ La acción de reparación está consagrada en el artículo 53 de la Ley de Bases. Cabe mencionar también, el caso del artículo 54 inciso 2, que establece una acción de reparación indirecta, denunciada por cualquier persona a la Municipalidad en cuyo territorio se produjo el daño para que ésta deduzca dentro de 45 días la acción, de lo contrario, el Municipio responde solidariamente por los perjuicios que el hecho denunciado cause al afectado.

Así, dado que no siempre será posible devolver el medio ambiente al estado al que se encontraba antes de producirse la acción dañosa, el legislador se conforma con que se reponga en una “calidad similar” a la que tenían previamente y si ello no es posible, a restablecer sus propiedades básicas. Siempre y cuando sea física y materialmente imposible reponerlo (no más difícil u oneroso²²⁷).

De esta manera, si existe la posibilidad de repararlo “in natura” o “en moneda verde”, así se hará, y si es imposible o irreversible y ni siquiera se pueden restablecer sus propiedades básicas, la reparación será en equivalencia²²⁸ (Indemnización de Perjuicios²²⁹).

Se puede hablar también, de un sistema de reparación administrativo, que fluye de la exigencia de los artículos 12 letra e) de la Ley de Bases, que obliga considerar, cuando proceda, como elemento de un Estudio de Impacto Ambiental, “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”. También, del artículo 12 letra b) del Reglamento del SEIA²³⁰, que señala dentro de los requisitos de un Estudio de Impacto Ambiental, considerar, cuando proceda, letra b) “...el Plan de Medidas de Mitigación, Reparación y Compensación....” Como también, del artículo 57 del mismo Reglamento, que detalla los elementos que deben contener los Planes de Medidas de Mitigación, Reparación y Compensación²³¹.

Así, creemos que si bien se observa una clara orientación a la reparación del medio ambiente, dista mucho nuestro sistema de aquellos esfuerzos internacionales anteriormente mencionados.

²²⁷ MONTENEGRO, Serio, “Responsabilidad por Daño Ambiental”, Sesión 24-05-07, 2ª Versión Magíster en Derecho Ambiental, Universidad de Chile.

²²⁸ Nuestra misma legislación lo reconoce como una alternativa aceptable, al permitir la autorización provisoria para iniciar un proyecto o actividad afecta a un EIA, si se contrata un seguro por daño ambiental en beneficio de la CONAMA, (artículo 15º Ley 19.300 y ss del D.S. Nº 30 de 1997, Secretaría General de la Presidencia. POLANCO, L. Rodrigo, obra citada, página 9.

²²⁹ Aplicación supletoria del artículo 2314 del Código Civil

²³⁰ El artículo Nº del D.S. Nº 95 de 2001, de MINSEGPRES, fijó el texto refundido del D.S. Nº 30 de 1997, del mismo ministerio, Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

²³¹ Cabe rescatar la inclusión que el Proyecto de Ley- Boletín 5654-12, de una figura penal (artículo 9), destinada a sancionar a “quien presentare un Estudio de Impacto Ambiental conteniendo datos falsos u omitiendo derechamente información relevante acerca de...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...”.

D. Insuficiencia de los actuales mecanismos de reparación del medio ambiente en el Ordenamiento Ambiental chileno.

Si bien es cierto que existen fallos ejemplificadores²³² en la aplicación del artículo 3 de la Ley de Bases, al decir de los profesores Matus, Castillo, Ramírez y Orellana²³³, el sistema de dicha ley es claramente insuficiente y sus omisiones legislativas le han costado severos atentados a los ecosistemas chilenos, el medio ambiente y la salud de las comunidades y personas por ellos afectados, la mayoría impunes desde el punto de vista jurídico-penal, sin que dicha situación haya tenido remedio ni judicial ni legislativo.

Por otra parte, tampoco se encuentra el sistema administrativo exento de falencias, toda vez, que la presentación de antecedentes falsos u omisiones contenidos en una EIA, respecto del impacto ambiental de un proyecto no está sujeto a ninguna sanción específica²³⁴. Lo mismo, respecto de las medidas que se presentan para reparar, minimizar o mitigar el impacto.

²³² Causa rol C-810-1999, se inició en el mes de diciembre de 1998, por una solicitud interpuesta por la Dirección Regional de CONAF Valparaíso (mediante oficio ordinario N° 762-98) dirigido al Abogado Procurador Fiscal de Valparaíso, del Consejo de Defensa del Estado, en que se daba cuenta del daño ambiental producido en el sector a causa de la eliminación de bosque esclerófilo de 34,4 hectáreas.

La sentencia obliga a la reposición de más de 42.500 árboles de bosque nativo y a la reparación del suelo y paisaje destruido condenando al autor de la corta de bosque sin plan de manejo, a restaurar y reparar el área afectada, en una superficie de 34,4 hectáreas de una viña de la comuna de Casablanca, Región de Valparaíso. La sentencia de primera instancia fue confirmada por la Corte Suprema el 16 de abril de 2009.

²³³ Considerandos Boletín 5654-12, página 1.

²³⁴ MATUS, A. Jean Pierre, CASTILLO, S. Marcelo, RAMÍREZ, R. María Cecilia, ORELLANA, C. Marcos, obra citada, página 214.

CAPÍTULO IV

DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

Resulta infocioso determinar cuando estamos en presencia de un grave daño ambiental o cuales son las medidas más eficaces para recomponerlo sino se establecen claramente las reglas para atribuirle alguien su causa y consiguientemente, el deber de repararlo.

De esta forma, dada las particulares características que rodean la configuración de un daño ambiental, será decisivo, en el establecimiento de una futura regulación penal ambiental, establecer con la máxima precisión posible las reglas relativas al sistema de responsabilidad por daño ambiental.

I. ASPECTOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD

Según RORÍGUEZ GREZ, la responsabilidad puede presentarse en diversas áreas del derecho con caracteres particulares. Así la responsabilidad penal se identificará con la pena, la responsabilidad política con la privación de una función pública, la responsabilidad administrativa con la exclusión o suspensión de una tarea de la misma índole, etc. Por su parte, la responsabilidad civil se identificará con la reparación de los perjuicios que se causan cuando ellos derivan del incumplimiento de una obligación, pudiendo concurrir con cualquier otro tipo²³⁵.

Según el mismo autor, la responsabilidad se puede definir como una sanción destinada a restaurar el orden jurídico cuando éste se ha alterado como consecuencia de que un sujeto ha dejado de dar cumplimiento a sus obligaciones, como quiera que ellas se hayan configurado²³⁶.

Así también, podríamos agregar que la responsabilidad por daño ambiental, podría identificarse con el deber de restituirlo al estado anterior al que se encontraba, o de restablecer sus propiedades básicas o, si ello no fuera posible, con la de reparar los perjuicios que por su causa se originaron.

²³⁵ RODRÍGUEZ, G, Pablo. Obra citada, página 11.

²³⁶ RODRÍGUEZ, G, Pablo. Obra citada, página 13.

A. Fundamento

Se sostiene que más allá de la fuente de la responsabilidad o de la naturaleza de ésta (civil o penal), la responsabilidad es una sola. Ella supone el incumplimiento de un mandato revestido jurídicamente de los medios necesarios para poner al servicio de su cumplimiento la fuerza (coercitividad) que administra y es monopolio del Estado²³⁷.

B. Clases de Responsabilidad

En el ámbito de la responsabilidad, se pueden reconocer 2 grandes clases de responsabilidad: Primero, La responsabilidad civil que podría tener como antecedente el incumplimiento de una obligación contractual (Responsabilidad Civil Contractual) o podrá tener como antecedente la comisión de un delito o cuasidelito civil, la ejecución de un hecho voluntario no convencional, o la mera disposición de la ley, (Responsabilidad Civil Extra Contractual) y segundo; La responsabilidad penal, que necesariamente tendrá como antecedente la configuración precisa de los elementos del tipo penal. Todo lo anterior, sin perjuicio de determinar si concurren los presupuestos de hecho de la responsabilidad que ya revisaremos.

En este sentido, nuestro sistema de responsabilidad ambiental, se construye sobre la base de los principios generales de la responsabilidad civil, no obstante, con una importante diferencia: La indemnización de perjuicios en la Ley de Bases²³⁸, - sólo aparece en caso de no ser posible la reparación “in natura” o “equivalente”, es decir, la indemnización de perjuicios juega un rol subsidiario a la reparación del medio ambiente

²³⁷ RODRÍGUEZ, G, Pablo. Obra citada, página 20.

²³⁸ Que fluye de la combinación de los artículos 3; “Sin perjuicio de las sanciones que señale la ley, todo el que con culpa o dolo cause daño al medio ambiente, estará obligado a repararlo materialmente, si ello fuere posible e indemnizarlo en conformidad a la ley”, 51; Todo el que culposa o dolosamente causa daño al medio ambiente, estará obligado a repararlo materialmente, si ello fuere posible e indemnizarlo en conformidad a la ley”, 53; **(Acción Ambiental o Reparadora y Acción Indemnizatoria)** “Producido el daño ambiental, se concede acción para obtener la reparación del ambiente dañado, lo que no obsta al ejercicio de la acción indemnizatoria ordinaria por el directamente afectado”, 54; “Son titulares de la acción ambiental, y con el sólo objeto de obtener la reparación...” (Acción Ambiental Especial ya comentada en Capítulo IV.)

Así, pensamos que dicho criterio, orientado a restaurar materialmente el medio ambiente dañado, debe permanecer como una de las finalidades que debiese perseguir la sanción penal ambiental que se establezca. No sobre la base de imponer la reparación del medio ambiente como sanción penal, ya que pugnaría con los principios fundamentales que estatuyen el derecho penal y el derecho civil, en que la idea de reparación se reserva para esta última rama del derecho. Sino, sobre la base de incorporar la reparación o restauración, como uno de los fines materiales y concretos de la pena.

C. Elementos de la Responsabilidad

Como es sabido, en el ámbito de la responsabilidad civil, se pueden identificar los siguientes elementos, los cuales, en su conjunto importan el nacimiento del deber de reparar el daño, tales son: 1) Hecho del hombre; 2) Imputable²³⁹; 3) Antijuridicidad; 4) Daño; 5) Nexo Causal²⁴⁰; y 6) Inexistencia de causal de exención de responsabilidad.

En el ámbito de la responsabilidad penal, podemos señalar que se comparten todos los elementos de la responsabilidad civil, no obstante, ésta se satisface formalmente con la simple ejecución de la conducta tipificada en la ley (sea que precise de daño efectivo- creación de una situación de peligro o que con la sola realización de la actividad baste para configurarse).

Por otra parte, la responsabilidad penal surge con la sola presencia de los presupuestos contenidos en la hipótesis definida en la norma jurídica.

D. Dificultades para determinar al Responsable de un Daño Ambiental

No obstante el perfeccionamiento de los distintos sistemas de responsabilidad por daño ambiental, es frecuente encontrarse con el escollo de determinar la responsabilidad en aquellas organizaciones empresariales complejas, en que su

²³⁹ Cabe tener presente la diferencia entre la responsabilidad civil y penal en cuanto al comienzo de la capacidad delictual. En materia penal, comenzará a los 14 años, "*Ley 20.084, que establece un sistema de responsabilidad penal adolescente por infracción a la ley penal*". Artículo 3 inciso 1. En materia civil, comienza a los 16 años. *Artículo 2319 inciso 2, Código Civil*.

²⁴⁰ Véase, RODRÍGUEZ, G, Pablo. Obra citada, página 119 y siguientes .

propia estructura y funcionamiento interno dificulta la posibilidad de atribuirle la responsabilidad a una persona en particular, debiendo recurrirse entonces a revolucionarias fórmulas²⁴¹, fundamentalmente, en el ámbito de la imputación jurídico-penal.

Así, la distribución de competencias y roles dentro de dichas organizaciones plantea serios problemas a la hora de imputar el hecho antijurídico a una persona concreta.

De esta forma, suele ocurrir que los trabajadores que materialmente provocan el daño no tienen capacidad de decisión ni la información suficiente, y a la inversa, los que sí tienen capacidad de decisión e información, generalmente se encontrarán alejados física y temporalmente del daño.

Esta materia, ha convocado la atención de gran parte de la doctrina y las materias que se han intentado debatir revisten la más alta importancia. Así por ejemplo, es común que en las grandes empresas los elementos del tipo sean realizados por varios sujetos. También, es complejo constatar la autoría en aquellas empresas en que se encuentra desmembrada la actividad de dirección, facultad de información y poder de decisión. Por otra parte, lo que se ha denominado el “managment defectuoso”, en orden a entender que el daño al medio ambiente o su puesta en peligro, suele ser fruto de una determinada actitud, cultural, ética o de filosofía empresarial²⁴². O también el “risk management”, en que el daño al medio ambiente suele ser fruto de una cascada de decisiones defectuosas²⁴³.

²⁴¹ Por ejemplo en Alemania, la utilización de un nuevo criterio metodológico de imputación jurídico-penal en el sentido de no buscar de entrada la responsabilidad del autor más cercano o próximo a la consumación o perfeccionamiento del delito en cuestión, sino que la imputación apunte principalmente hacia arriba. En este sentido, habrá que plantearse la posibilidad, sobre todo a los funcionarios de la persecución penal, de hacer responsable no sólo a aquellas personas que hayan cometido materialmente el hecho delictivo, sino también, a los dirigentes u otros similares de una persona jurídica que hayan dado “la orden” o “el permiso” (Criterio doloso) para cometer la infracción o hayan tolerado en forma descuidada su comisión (Criterio culposo); sin perjuicio, de que pueda suceder casos en que la responsabilidad correspondería exclusivamente al ámbito de dominio de los subordinados, que dominan la ejecución de las tareas, aunque no tengan poder de dirección sobre los mismos. Boletín 4652-12, que “Establece Delitos contra el Medio Ambiente cometidos por Personas Jurídicas”.

²⁴² FEIJOÓ, S. Bernardo José, “Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente”, Madrid. Editorial Civitas, Año 2002, página 41.

²⁴³ FEIJOÓ, S. Bernardo José. Obra citada, página 42.

Es así, como se viene constatando en diversos trabajos que frente a problemas sistémicos, el tradicional Derecho Penal individual no puede ofrecer soluciones eficientes.

En este sentido, el trabajo de SHÜNEMANN²⁴⁴, ha sido determinante en ofrecer soluciones adecuadas en esta materia. También se destacan el aporte de autores como HEINE²⁴⁵, ROXIN²⁴⁶, BARBERO SANTOS²⁴⁷, o en Chile, BUSTOS²⁴⁸ o NOVOA MONREAL²⁴⁹.

Con todo, se ha dicho por HEINE que, atribuyéndoles responsabilidad penal a las personas jurídicas, no sólo quedaría resuelto el problema de la empresa como factor criminógeno sino también, el de la irresponsabilidad derivada de la amplia división de tareas, donde hay que tener en cuenta la sucesión temporal o generacional de decisiones^{250 251}.

Creemos pertinente señalar también, que junto con la dificultad de determinar la responsabilidad en organizaciones empresariales complejas, esta materia se encuentra íntimamente relacionada con el factor económico o comercial, que claramente incidirá también, en la decisión de asumir mayor o menores riesgos en su actividad industrial.

²⁴⁴ SHÜNEMANN, Bernd, "Temas Actuales y permanente del derecho penal después del milenio", en su artículo, "Sobre la dogmática y política criminal de Derecho penal del medio ambiente", traducción de Teresa Rodríguez Montañes, Editorial Tecnos, Año 2002, citado por FEIJOÓ, S. Bernardo José, obra citada, página 42.

²⁴⁵ HEINE, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, pp. 290 ss.; Kremnitzer/Ghanaym, ZStW, pp, 562 y ss., citado por FEIJOÓ, S. Bernardo José. Obra citada, página 45.

²⁴⁶ ROXIN, Claus, "Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal". Traducción de la 6ª Edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Año 1998.

²⁴⁷ BARBERO SANTOS, Marino, "¿Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas?", Buenos Aires, en Revista Doctrina Penal, N° 35, Año 1986.

²⁴⁸ BUSTOS, Juan, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en "Obras completas", Tomo II, páginas 790 y siguientes.

²⁴⁹ NOVOA MONREAL, Eduardo, "Curso para Derecho Penal Chileno", Tomo II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Año 1996.

²⁵⁰ Interesantes resúmenes de HEINE, citado por FEIJOÓ, S. Bernardo José. Obra citada, página 44.

²⁵¹ El Proyecto de Ley- Boletín 5654-12, trata específicamente la cuestión y coloca en primera línea de imputación a los gerentes, directores y administradores a cualquier título del proyecto o actividad donde se origina la fuente emisión de contaminantes o que están obligados a someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental. Permite en todo caso excepcionarse, cuando es posible demostrar su oposición a los hechos constitutivos de delito, acciones de sabotaje u otra intervención de terceros imposible de controlar por los mecanismos internos de la empresa.

II. SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD

Para optar por los mecanismos destinados a establecer la responsabilidad de quienes cometan delitos penales ambientales, es importante conocer dos grandes teorías: la teoría clásica de la responsabilidad a base de culpa y la teoría que reprocha y se centra en el riesgo creado.

A la primera, se la ha denominado sistema de responsabilidad subjetiva y a la segunda, sistema de responsabilidad objetiva.

A. Sistema de Responsabilidad Subjetiva

Compartimos con RODRÍGUEZ²⁵², que es indudable que el sistema de responsabilidad subjetiva es jurídicamente más perfecto, puesto que sólo hace responsable de reparar los perjuicios que se causan a quien ha obrado sin el deber de cuidado y de diligencia que impone la circunstancia de vivir en sociedad. Pero es igualmente lógico imponer responsabilidad a quien, en provecho propio, altera las condiciones de vida, generando riesgos que aumentan las probabilidades de que sobrevengan daños en perjuicio de terceros.

No profundizaremos en una de las instituciones más conocidas y pilar fundamental de la responsabilidad, no obstante, debe quedar sentado, que lo que se intenta en este sistema, es considerar el valor intrínseco del acto, tanto desde el punto de vista de su valor moral como de su valor social.

En este sistema, el juez, antes de establecer la responsabilidad, deberá indagar en la conducta del infractor y determinar si éste actuó maliciosa (dolo) o negligentemente (culpa) o bien, si el daño o la infracción, provino de una causa no imputable²⁵³ a él. Así, siguiendo con los elementos de la responsabilidad que habíamos mencionado, cabe destacar que dicho análisis, se realiza al momento de determinar la “imputabilidad” del autor.

²⁵² RODRÍGUEZ, G, Pablo. Obra citada, página 61.

²⁵³ Puede haberse interrumpido el nexo causal. Por ejemplo; Causa ajena, el Hecho de un tercero, Hecho de la Víctima, Caso fortuito, Fuerza Mayor. RODRÍGUEZ, G, Pablo. Obra citada, página 398 a 451 “Interrupción del Nexo Causal”.

1. Efectos de un Sistema de Responsabilidad Subjetiva

Cuando hablamos de los efectos de un sistema de responsabilidad subjetiva, nos estamos refiriendo a los derechos y obligaciones de las partes en un litigio que se engendran a propósito de la necesidad de si concurren o no los elementos de la responsabilidad en el causante del daño y la eventual participación de la víctima en su ocurrencia.

1.a. *Efectos Jurídicos*

Impone el deber de comportarse con la debida diligencia y cuidado, no atentar contra el derecho ajeno y como señalan MAZEAUD y TUNC²⁵⁴ asegura un compromiso libre entre la libertad de los individuos y las necesidades de la vida social.

1.b. *Efectos Procesales.*

El efecto procesal por excelencia en un sistema de responsabilidad subjetiva, consiste en probar por parte del demandante que al agente que provocó el daño, actuó con culpa o dolo.

Esta exigencia impone a la víctima una carga difícil de superar, que consistirá en demostrar una actitud interior²⁵⁵ que se exterioriza en el comportamiento social del agente del daño.

Ocurrirá también un efecto procesal colateral, de suma importancia en materia de responsabilidad por daño ambiental, que consiste en el desequilibrio que se presentará cuando las partes, por un lado, sea una empresa con los recursos económicos como para rendir prueba suficiente, y por otro, una comunidad de personas sin ningún vínculo previo entre ellas, no obstante, unidas por el daño que se le ha

²⁵⁴ MAZEAUD, Henri y León y TUNC, André, "Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual. Tomo primero. Volumen II. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, Año 1961, página 68-70. Citado por RODRÍGUEZ, Pablo. Obra citada, página 177.

²⁵⁵ RODRÍGUEZ, G. Pablo. Obra citada, página 61.

producido al entorno que habitan o a la vida o salud de ellas mismas y aún, compelidos procesalmente a probar que su victimario actuó con dolo o culpa.

A su vez, como generalmente los agentes contaminadores serán grandes empresas, el desequilibrio podría acentuarse aún más, ya que como hemos señalado, sus acciones individuales son complejas de precisar.

2. Aplicación del Sistema de Responsabilidad Subjetiva en Chile

El sistema de responsabilidad subjetiva constituye la regla general en nuestro país.

El deber de probar por parte de la víctima que el agente dañoso actuó con dolo o culpa es un principio transversal a todo²⁵⁶ nuestro sistema de responsabilidad. No obstante, el legislador ha intentado morigerar el rigor de dicha carga procesal estableciendo algunas presunciones simplemente legales (que admiten prueba en contrario), tanto el ámbito de la responsabilidad civil como en la responsabilidad ambiental.

En el ámbito de la responsabilidad civil contractual, el solo hecho de que no se ejecute la prestación invierte el peso de la prueba, debiendo el deudor acreditar que ha empleado la debida diligencia y cuidado²⁵⁷.

Por otro lado, en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual se encuentran las conocidas presunciones de culpa del Código Civil, que bien, o alteran el peso de la prueba, o bien imponen responsabilidad a quien incurre en la hipótesis legal definida. Todas estas presunciones, son de carácter simplemente legal²⁵⁸, a excepción de dos presunciones de derecho²⁵⁹ (que no admiten prueba en contrario).

²⁵⁶ A continuación se verán las excepciones.

²⁵⁷ Artículo 1547 del Código Civil

²⁵⁸ Artículos 2320, 2322, 2326, 2328 y 2329 del Código Civil.

²⁵⁹ Artículos 2321 y 2329 del Código Civil.

En lo relativo a la responsabilidad por daño ambiental, importa destacar que la decisión de utilizar el sistema de responsabilidad subjetiva para regular la responsabilidad por daño ambiental en la Ley de Bases, no fue un criterio unánime²⁶⁰. Así, la Cámara de Diputados, modificó el proyecto original del Gobierno aprobado por el Senado e intentó establecer un sistema de responsabilidad objetiva.

No obstante, como sabemos, lo que primó fue continuar con nuestra larga tradición en materia de responsabilidad y quedó establecido en el artículo 3º²⁶¹ y 51 inciso 1º, que todo aquél que “dolosa o culposamente” cause daño, estará obligado a repararlo.

En otras palabras, no basta que se acredite el daño al medio ambiente para que exista responsabilidad; es menester probar que el hecho dañoso se debe a dolo o culpa.

Con todo, y al igual que el Código Civil, la Ley de Bases aliviana el peso procesal e incluye presunciones legales (Artículo 52 Ley de Bases²⁶²) que trasladan la carga de la prueba al demandando y eximen a la víctima de la obligación de probar la imputabilidad subjetiva del agente causante del daño, como también, declara que sobre las normas de ésta, prevalecerán las normas especiales (Artículo 3º Ley de Bases).

Cabe mencionar, como destaca CORRAL, que en el caso de las presunciones legales llama la atención que se hable de “presunciones de responsabilidad²⁶³”, toda vez, que de lo que se exige a la víctima es de probar la imputabilidad subjetiva

²⁶⁰ Estaban por un sistema de responsabilidad objetiva los Diputados Elgueta, Barrueto y Bosselin. No obstante, la Comisión Mixta, resolvió permanecer con el tradicional sistema de responsabilidad subjetiva. Véase Historia de la Ley 19.300, páginas 588 a 612, Biblioteca del Congreso Nacional. Citado por POLANCO, Rodrigo, obra citada, página 6.

²⁶¹ Artículo 3º “*Todo el que culposa o dolosamente cause daño al medio ambiente, estará obligado a repararlo...*”. El artículo 51 inciso 1º establece “*Todo el que culposa o dolosamente cause daño ambiental, responderá del mismo en conformidad a la presente ley*”.

²⁶² Se presume legalmente la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existe infracción a: 1-Normas de Calidad Ambiental-2-Normas de Emisiones-3-Planes de Prevención o de Descontaminación-4-Regulaciones Especiales para los casos de emergencia ambiental-5-Normas de Protección, Preservación o conservación ambientales, establecidas en la Ley 19.300 o en otras disposiciones legales o reglamentarias

²⁶³ CORRAL, T. Hernán. Obra citada, página 171.

del autor del daño, pero permanecen vigentes cuestiones incluso más complejas de probar, tales como, el daño ambiental o el nexo o relación causal.

Incluso, sobre uno de los elementos más complejos de probar, la ley precisó la necesidad de su acreditación. El artículo 52º inciso 2º, señala respecto de la relación causal lo siguiente: “*Con todo, sólo habrá lugar a la indemnización de perjuicios, en este evento, si se acreditare relación causa efecto entre la infracción y el daño producido.*” Debe entenderse que esta exigencia, no se limita a la acción de perjuicios, y se extiende también a la acción de reparación del medio ambiente, ya que, salvo que se tratara de presunciones de responsabilidad objetiva, no se visualiza razón jurídica para excluirla de dicha carga.

Agrega también este autor²⁶⁴, que el enunciado final del artículo 52º inciso 1º²⁶⁵, es bastante amplio y permite concluir que las presunciones operan tanto si se infringió una norma legal o una norma reglamentaria, siempre que se refieran a la “*protección, preservación o conservación del medio ambiente*”.

3. Aplicación del Sistema de Responsabilidad Subjetiva en el Derecho Comparado.

A continuación, nos limitaremos a observar algunas reglas de responsabilidad subjetiva presentes en algunos de los países que mencionamos a propósito del estudio de los aspectos fundamentales de los ordenamientos penales ambientales que existen en el mundo, ya que este sistema de responsabilidad, constituye la regla general en cualquier sistema de responsabilidad por daños.

3.a. Alemania

La legislación ambiental alemana, en la tutela penal del medio ambiente, reconoce los delitos culposos y disminuye la sanción en caso de que se obre con culpa.

²⁶⁴ CORRAL, T. Hernán. Obra citada, página 171.

²⁶⁵ “se presume legalmente la responsabilidad ambiental si existe infracción a las normas de calidad...o las normas sobre protección, preservación o conservación ambientales, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias”.

3.b. *Estados Unidos*

Como se señaló en su oportunidad, la mayoría de los delitos contemplados en la legislación penal de Estados Unidos, exige que se haya actuado con “conocimiento”. Así, este sistema centra el reproche de la acción en la intencionalidad y conocimiento de la acción, más que en la gravedad del daño ambiental.

3.c. *Brasil*

Como dijimos, la Ley 9.605 contiene una gran cantidad de delitos culposos, comenzando por el supuesto del delito de contaminación culposa del artículo 54 inciso 1 y continuando con una serie de disposiciones²⁶⁶ a lo largo de la ley.

3.d. *Italia*

Este país, también reconoce dentro de su legislación penal ambiental los delitos culposos²⁶⁷, no obstante, su principal característica, parece ser la pena de cadena perpetua²⁶⁸ para determinados delitos

De esta manera, se observa como, salvo los excepcionales casos de responsabilidad objetiva que examinaremos a continuación, la legislación italiana ha optado por utilizar en materia de responsabilidad por daños, el sistema de responsabilidad subjetiva o por culpa.

3.e. *Australia*

La Ley de infracciones u sanciones en materia ambiental, de New South Wales²⁶⁹, articula una tipificación a tres niveles, estableciéndose en el

²⁶⁶ Ejemplos; Artículos 56 inciso 3, 40 inciso 2, 49 párrafo único, 62 párrafo único, etc. Citados por MATUS, A. Jean Pierre, CASTILLO, S. Marcelo, RAMÍREZ, R. María Cecilia, ORELLANA, C. Marcos, obra citada, páginas 105.

²⁶⁷ Artículo 43 Código Penal Italiano, “Aquél que ocasione culposamente, un incendio u otros de los desastres previstos en el Capítulo I...”. Artículo 439 CPI, “En los supuestos de realización culposa de conductas de propagación de epidemias o de envenenamiento de aguas...”

²⁶⁸ Artículo 452, párrafo 1, número 2. Código Penal Italiano.-Artículo 439 párrafo 2, CPI, entre otros.

²⁶⁹ Environmental Offences and penalties Act (EOPA)

primero las sanciones más graves²⁷⁰ y que serán aquellas, en que quede probada la culpabilidad ya sea dolosa o negligente.

B. Sistema de Responsabilidad Objetiva

Según algunos, esta teoría nació²⁷¹ para complementar y atenuar las exigencias de la responsabilidad subjetiva, no pudiendo aplicarse con carácter general, ya que no todo daño tiene como antecedente necesario la creación de un riesgo²⁷².

El fundamento de esta clase de responsabilidad estriba en la necesidad de sancionar a quien crea un riesgo, como consecuencia de proyectar una determinada actividad productiva o de otra índole, debiendo responder de los perjuicios que sobrevengan y que deriven directa y necesariamente de ese riesgo.

Se ha alabado esta teoría en cuanto permitiría controlar las actividades de alta peligrosidad generadas a través de la creación de situaciones de riesgo. Así, se impone responsabilidad al margen de todo enjuiciamiento al autor del daño, requiriendo sólo la existencia de la relación causal material para atribuir responsabilidad.

Respecto de esta clase de responsabilidad, se han realizado algunas críticas²⁷³ que es importante tener en consideración, dado que según algunos cuestiona severamente el principio de justicia.

²⁷⁰ Se prevén sanciones que van hasta un máximo de US\$ 250.000 y/o 7 años de cárcel para las personas naturales y de US\$ 1.000.000 para las Personas Jurídicas.

²⁷¹ Se señala que la primera ley de responsabilidad objetiva que se conoce, fue dictada en Prusia en 1838, y tenía por objeto regular una de las actividades más riesgosas de la época: Los Ferrocarriles. Sin embargo, existen antecedentes históricos respecto a que sus orígenes se remontan a la edad media.

²⁷² RODRÍGUEZ, G. Pablo. Obra citada, página 64.

²⁷³ 1-Debe existir un principio de culpabilidad que justifique la obligación de indemnizar, de otra manera, el derecho pierde su mayor virtud y se desvincula peligrosamente del sentimiento de justicia que, en cierta medida, lo legitima.2-Como dice don Arturo Alessandri, la teoría del riesgo paraliza la iniciativa y espíritu de empresa, ante la incertidumbre de tener que responder de todos los daños que se causen con prescindencia de la licitud del daño.3-Tampoco esta teoría facilita la imposición de la responsabilidad, ya que un daño no es casi nunca consecuencia de una sola causa. De ordinario concurren en él numerosas concausas que hacen difícil, si no imposible, determinar la relación de causalidad que justifica la responsabilidad.4-No menos importante, desde una perspectiva de política legislativa, es el hecho de que, enfrentando a este tipo tan riguroso de responsabilidad, se busque el medio de asegurar todos los daños, lo cual incentivará las conductas indiferentes ante él, con el menos cabo del interés social comprometido. RODRÍGUEZ, G. Pablo. Obra citada, páginas 64 y 65.

Con todo, parece razonable convenir que, en nuestros tiempos y ante las aceleradas transformaciones en los procesos productivos de las grandes empresas, el desarrollo y progreso de la industria, los importantes avances tecnológicos entre otros factores, que suponen la creación de circunstancias peligrosas que pueden causar daño, resulta pertinente robustecer y enriquecer los principios de la responsabilidad objetiva a objeto de que sin desnaturalizar el sentido profundo de la justicia, sea posible evitar el injusto desequilibrio de los patrimonios afectados por daños muchas veces imposibles de identificar en sus causas reales.

1. Efectos de un Sistema de Responsabilidad Objetiva

Cuando hablamos de los efectos de un sistema de responsabilidad objetiva, nos referimos a la necesidad de identificar, dada su excepcional naturaleza, los fundamentos que ameritan la creación de reglas diversas al sistema general de responsabilidad subjetiva.

1.a. *Efectos Jurídicos.*

Impone el deber de no crear riesgos anormales, inútiles y lucrativos²⁷⁴, ya que éste importa la creación de un peligro que altera las condiciones naturales en que se despliega la conducta humana (anormal), corresponde a una actividad o conducta humana (actividad) que es productivamente innecesaria (inútil) y que quien lo genera obtiene un

²⁷⁴ Clasificación de los riesgos de don Pablo Rodríguez Grez: **1-Normal y Anormal:** **Normal:** Cuando razonable y previsiblemente empleando los estándares ordinarios de cultura, se facilita la consumación del daño, habiendo alterado las condiciones naturales en que se desarrolla la vida humana. (No inciden en la responsabilidad). **Anormal:** Aquellas actividades que aproximan razonablemente a la producción de un daño, representando un acto antisocial, que podría perfectamente equipararse a la culpa. (Incide directamente en la responsabilidad.)**2- (Dentro de la anterior clasificación), Cosa o Actividad:** **Cosa:** Está representado sobre la sola existencia de la especie. Sobre la base de este riesgo, propio de la era industrial, se fundó la responsabilidad objetiva. **Actividad:** Corresponde a los peligros que nacen de la empresa moderna y fue bien recogido por el Código Civil Italiano que introdujo precisamente el "riesgo de empresa". Es indudable que en la era tecnológica los riesgos ambientales, biotecnológicos, nucleares etc., correspondan al desarrollo de una actividad peligrosa de la cual debe responder quien la genera. **3-Útil e Inútil:** **Útil:** Aquél que es propio de actividades productivas que redundan en beneficios a toda la comunidad y que por lo mismo, junto al peligro, determinan la existencia de beneficios colectivos. Toda empresa productiva riesgosa introduce un peligro del cual salen beneficiados todos los habitantes de la nación. **Inútil:** Aquél en que el beneficio del riesgo sólo representa un incremento patrimonial para quien lo crea.**4-Lucrativo-No Lucrativo:** **Lucrativo:** Importa un provecho económico para su autor. **No Lucrativo:** Aquél que no representa un beneficio económico para su autor. Obra citada, Páginas 65 a 70.

provecho económico individual que no reporta beneficio para la comunidad (lucrativo).

1.b. *Efectos Procesales*

El efecto procesal fundamental de la responsabilidad objetiva, consiste en que se presume la responsabilidad del agente del daño, requiriéndose por parte de la víctima únicamente que indique el daño o la situación de riesgo y la relación causal, correspondiéndole al autor del daño que pruebe la interrupción del nexo causal, no pudiendo eximirse de responsabilidad alegando que empleó el debido cuidado o diligencia, sino sólo argumentando fuerza mayor, caso fortuito, el hecho de un tercero o a la propia responsabilidad de la víctima. Es decir, al revés de lo que ocurre en el sistema de responsabilidad subjetiva, aquí, se traslada la carga de la prueba al demandado²⁷⁵.

Así, podríamos decir que la responsabilidad objetiva reúne las siguientes características: 1-La simple existencia del daño o la creación de la situación de riesgo reputa la responsabilidad en el agente de haber sido el causante de ese daño, y por tal quien deberá indemnizar daños y perjuicios causados con su conducta, incluso si la conducta desplegada es lícita- 2- Se presume la culpabilidad de quien asumió el riesgo y la peligrosidad de su actividad -3- Se invierte la carga de la prueba recayendo la misma en quien asumió el riesgo de la actividad dañosa-4-Los únicos eximentes de responsabilidad aceptados son: Fuerza Mayor, Caso Fortuito, Hecho de un Tercero o la Culpa de la Víctima.

²⁷⁵ Veáse, DÍAZ T, Regina Ingrid, "La responsabilidad objetiva en el ordenamiento jurídico chileno" En Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, Coquimbo, Año 2007, páginas 79 a 112.

2. Aplicación del Sistema de Responsabilidad Objetiva en Chile.
Casos.

No obstante, que el sistema de responsabilidad subjetiva o por culpa es la regla general en Chile, nuestro país suele ser citado junto a Alemania, Colombia, Costa Rica, Brasil, Dinamarca, Francia y Estados Unidos entre otros, entre aquellos que formalmente han introducido a su ordenamiento jurídico, normas y estatutos especiales de responsabilidad objetiva. Los casos de responsabilidad objetiva que se presentan en Chile no son pocos, a saber:

2.a. *El artículo 2316 del Código Civil: “el que recibe provecho del dolo ajeno, sin ser cómplice en él, sólo es obligado hasta concurrencia de lo que valga el provecho”.*

Aquí, independiente de la culpa o dolo, basta que una persona reciba un beneficio que proviene de un dolo ajeno, para que esté automáticamente obligada a reparar hasta la concurrencia del provecho obtenido²⁷⁶.

2.b. *El artículo 2328 del Código Civil: “El daño causado por una cosa que cae o se arroja de la parte superior de un edificio, es imputable a todas las personas que habitan la misma parte del edificio”.*

En este caso, el supuesto esencial de la norma reside en la imposibilidad de probar que el hecho se debe a culpa o dolo de un sujeto determinado. Frente a este solo hecho, se genera un caso de responsabilidad objetiva subsidiaria: obligación de reparar un daño sin atender a ni a la causa física que lo provoca ni al elemento subjetivo (dolo o culpa) de la responsabilidad²⁷⁷.

²⁷⁶ RODRÍGUEZ, G. Pablo. Obra citada, página 201.

²⁷⁷ RODRÍGUEZ, G. Pablo. Obra citada, página 203.

2.c. *El artículo 2327 del Código Civil: “El daño causado por un animal fiero, de que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio, será siempre imputable al que lo tenga, y si alegare que no le fue posible evitar el daño, no será oído”.*

En esta hipótesis, lo que interesa es la mantención de un animal fiero, creando una situación de riesgo de la que no se obtiene beneficio alguno, en cuyo caso la ley determina esta clase de responsabilidad. Si por el contrario, el animal si reporta utilidad, el sistema de responsabilidad aplicable será el sistema subjetivo²⁷⁸.

2.d. *Ley de Seguridad Nuclear Nº 18.302* ²⁷⁹. (publicada en el Diario Oficial con fecha 2 de mayo de 1984) .

El fundamento de esta ley, está en la titularidad que se tiene sobre una actividad en extremo peligrosa, en la que el más mínimo error, descuido o falla humana, puede redundar en graves desastres. Otra razón, descansa en la alta tecnificación de la actividad nuclear, la cual sólo podrá ser ejecutada por especialistas, quienes serán los únicos que estarán en condiciones de representarse las consecuencias de un error nuclear

2.e. *Código Aeronáutico.*: (Ley Nº 18.916 que aprueba el Código Aeronáutico, publicada en el Diario Oficial con fecha 8 de febrero de 1990).

Respecto de la reparación del daño, el artículo 155 del Código Aeronáutico, dispone la obligación de indemnizar *“todos aquellos daños provocados a personas o cosas que se encuentren en la superficie, por el sólo hecho de que emanen de una acción de una aeronave en vuelo, o por cuanto de ella caiga o se desprenda”.*

²⁷⁸ RODRÍGUEZ, G. Pablo. Obra citada, página 203-204.

²⁷⁹ Ver Ley 18.302, Título V, artículo 49 y ss: “La responsabilidad civil por daños nucleares será objetiva y estará limitada en la forma que establece la ley.

En esta hipótesis, la responsabilidad objetiva recae sobre el explotador de la nave y respecto de todos aquellos daños provocados a personas o cosas que se encuentren en la superficie o pasajeros de “otro” avión, ya que de producirse el daño en un pasajero de dicho avión, la responsabilidad se traslada de sede, desde el ámbito de la responsabilidad extra contractual al ámbito contractual.

2.f. *Decreto Ley Nº 2.222, Ley de Navegación Marítima.* (publicado en el Diario Oficial con fecha 31 de mayo de 1978.)

El artículo 44 del Título IV de esta ley, dispone que *“el armador u operador de una nave serán civil y solidariamente responsables de las transgresiones a las normas de esta ley, cometidas por el capitán en el ejercicio de sus funciones, con las excepciones que en ella misma se establecen, sin perjuicios de la responsabilidad del dueño de la nave cuando corresponda”.*

El fundamento de esta responsabilidad objetiva no se encuentra en la idea del riesgo, ya que el transporte marítimo en sí mismo no constituye una actividad riesgosa, sino en la protección de un bien jurídico relevante como es el mar y sus ecosistemas. Se trata aquí, de una norma de responsabilidad objetiva por daño ambiental.

2.g. *Decreto Ley Nº 3.557, Ley de Protección Agrícola.* (publicado en el Diario Oficial con fecha 9 de febrero de 1981).

El artículo 36 de esta ley señala, *“si al aplicar plaguicidas se causaren daños a terceros, ya sea de forma accidental o como consecuencia inevitable de la aplicación, éstos podrán demandar judicialmente la indemnización de perjuicios correspondiente dentro del plazo de un año contado desde que se detecten los daños. En todo caso, no podrán ejercerse estas acciones una vez que hayan transcurrido dos años desde la aplicación del plaguicida”.*

Aquí, el legislador claramente está regulando una actividad altamente peligrosa, incluso negando expresamente la posibilidad de alegar diligencia o cuidado en la actividad.

2.h. *Ley de Tránsito N° 18.290.* (publicada en el Diario Oficial con fecha 7 de febrero de 1984.)

El artículo 174 inciso 2 de esta ley, dispone que *“el conductor y propietario del vehículo, a menos que este último acredite que el vehículo fue usado sin su conocimiento o autorización expresa o tácita, son solidariamente responsables de los daños y perjuicios que se ocasionen con motivo del uso del vehículo; todo sin perjuicio de la responsabilidad de terceras personas, en conformidad a la legislación vigente.”*

El fundamento de esta responsabilidad estriba en la titularidad que se tiene sobre un bien mueble, que estadísticamente puede llegar inevitablemente a causar daños. Éstos, podrán ser causados en forma accidental o como consecuencia inevitable de la circulación rodada.

2.i. *Decreto con Fuerza de Ley N° 458 Ley General de Urbanismo y Construcciones.* (publicado en el Diario Oficial con fecha 18 de febrero de 1975), modificada por la Ley N° 19.472, que incorpora un régimen especial de responsabilidad.

El artículo 18 de la Ley 19.472 establece que *“el propietario primer vendedor de una construcción será responsable por todos los daños y perjuicios que provengan de fallas o defectos en ellas, sea durante su ejecución o después de terminada, sin perjuicio de su derecho a repetir en contra de quienes sean responsables de las fallas o defectos de construcción que hayan dado origen a los daños y perjuicios”.*

Se sostiene que la ley ha querido crear una responsabilidad objetiva o sin culpa fundada en la idea de garantía. Es decir, el fundamento no

estaría en la culpa como trasgresión a *lex artis ad hoc*, sino en la idea de garantía respecto de la víctima (adquirente no propietario), quien podrá demandar al dueño de la obra siempre y cuando éste sea propietario primer vendedor²⁸⁰.

Como hemos observado, la responsabilidad objetiva está claramente incluida en buena parte de nuestra legislación, no siendo óbice entonces, dados los riesgos propios de la industria en el área ambiental y de la proliferación de daños como consecuencia de dicha actividad, establecer parámetros objetivos para determinar con mayor precisión la responsabilidad por daños al medio ambiente, evitando los desequilibrios procesales propios del sistema por culpa (que se manifiesta nítidamente cuando una de las partes es una empresa) y la posibilidad efectiva de obtener de su reparación.

3. Aplicación del Sistema de Responsabilidad Objetiva en el Derecho Comparado. Montecristi Ecuador.

La responsabilidad objetiva posee consagración legal en varios países del mundo. Así, además de los ya mencionados, Alemania, Brasil, Colombia, Chile, Costa Rica, Dinamarca, podemos agregar a Bélgica, Estados Unidos, Francia, Islandia, Italia, México, Nigeria, Noruega, Portugal, Reino Unido, Turquía entre otros. Con todo, conviene detenerse en uno de características muy particulares; El sistema de responsabilidad objetiva por daño ambiental de Ecuador.

Así, el 25 de julio del año 2008, en la Ciudad de Alfaro, Montecristi, Manabí, se promulgó la nueva Constitución Política de la República de Ecuador.

La nueva Constitución ecuatoriana, consagró al máximo nivel normativo y jerárquico, principios tales como; los derechos de la naturaleza, el principio de

²⁸⁰ GONZALEZ, A. Rodrigo, "La responsabilidad Civil" apuntes de las clases impartidas por el profesor Pedro Zelaya Etchegaray, el primer semestre de 2003, en el curso de derecho civil V, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Privado, Universidad de Chile, Año 2007, página 288.

restauración integral del medio ambiente y el de la imprescriptibilidad de las acciones ambientales.

No obstante, la institución que provocó una transformación profunda del sistema de responsabilidad por daño ambiental, fue la inclusión de la responsabilidad objetiva por daño ambiental y la inversión de la carga de la prueba.

Se señala, como uno de los principales fundamentos para su introducción, fue lo consagrado en el Libro Blanco sobre la Responsabilidad Ambiental de la Comunidad Europea que señala, *“...diversos regímenes nacionales e internacionales de responsabilidad ambiental recientemente adoptados tienen como base el principio de responsabilidad objetiva, pues parte del supuesto de que el mismo favorece la consecución de los objetivos medio ambientales. Una de las razones para ello es la gran dificultad a la que se enfrentan los demandantes para probar la culpabilidad de la parte demandada en los juicios por responsabilidad ambiental. Otro motivo es el planteamiento según el cual la asunción del riesgo por posibles daños derivados de una actividad intrínsecamente peligrosa no corresponde a la víctima ni al conjunto de la sociedad, sino a los responsables de la misma”*²⁸¹.

Entre otros aspectos, la Constitución ecuatoriana incorpora el derecho de cualquier ciudadano para acudir a los tribunales competentes para demandar por daños ambientales, sin necesidad de que tengan interés. La excepción del interés directo, se sustenta en el hecho de que lo que se reclama son derechos colectivos o difusos que no corresponden sólo a la víctima sino a todo el conglomerado social.

De esta forma, destaca con mucha claridad el esfuerzo y la audacia de países como Ecuador que han respondido con eficacia y prontitud a la problemática propia de la era tecnológica, que ante la proliferación de situaciones de riesgo y de grandes daños al medio ambiente, obliga a plantearse la introducción legal de herramientas concretas y coherentes, contextualizadas de acuerdo a la realidad nacional y con clara orientación previsor y reparadora.

²⁸¹ Citado por, CRESPO, P. Ricardo, “La responsabilidad objetiva por daños ambientales y la inversión de la carga de la prueba en la Nueva Constitución” en FLACSOANDES.ORG-http://www.flacsoandes.org/web/imagesFTP/1225820188.Articulo_Ricardo_Crespo.doc (Rescatado el 17 de junio de 2009).

Concluimos el análisis de esta cada vez más influyente rama de la responsabilidad, con la reflexión de CRESPO: “El derecho, como dice François Ost en su obra “Naturaleza y Derecho”, tiene hasta el momento un diálogo difícil con la ecología, ésta habla de la biósfera, enfoques globalizadores y sistémicos, espacios temporales que van más allá de los límites establecidos, daños futuros o continuos que escapan los límites de la prescripción o derechos de generaciones futuras, entre otras cosas. El derecho clásico por su parte responde con criterios fijos, límites y fronteras a temas ecosistémicos. La responsabilidad objetiva es uno de esos necesarios avances que requiere el derecho para reconciliarse con la ecología²⁸²”.

C. Incidencia del Sistema de Responsabilidad Subjetiva y Objetiva en la Reparación del Daño Ambiental.

La incidencia que uno u otro sistema ejerzan en la sanción al daño ambiental, dependerá exclusivamente de si tanto uno como otro, son capaces de introducir a sus tradicionales estructuras, instituciones parámetros claros y precisos, que permitan identificar con claridad a los responsables de la producción de determinado daño al medio ambiente.

Así, más allá de las dificultades que presenta uno u otro sistema de responsabilidad y las imperfecciones propias de toda institución jurídica, será menester incorporar reglas que permitan tanto, a los empresarios generadores de riesgos como a las personas y la comunidad en general, identificar con anticipación cuales son precisamente sus derechos y obligaciones en el ámbito de la protección al medio ambiente.

En ese orden de ideas, el sistema de responsabilidad objetiva parece llevar más camino recorrido y no obstante las objeciones que puedan hacerse, su incorporación formal como sistema de responsabilidad, permite suponer la posibilidad de equiparar en algo los desequilibrios y desigualdades producidas en

²⁸²CRESPO, P.Ricardo. Obra citada.

los litigios ²⁸³ambientales. Fundamentalmente, en lo referido a la posibilidad de eximirse de probar la culpa por parte de la víctima, en compensación a la dificultad técnica y fáctica que se le presenta al momento de probar la relación causal entre la acción y el daño, dado que por lo general, será el demandado quien posea los antecedentes técnicos precisos de lo ocurrido.

Por último, resulta pertinente adelantar nuestra inclinación hacia un sistema de responsabilidad mixto, en que los sistemas de responsabilidad subjetiva y objetiva se complementen de modo tal, que juntos, puedan hacer frente a las complejas exigencias de los riesgos y daños ambientales de nuestra época. Al decir de RODRÍGUEZ, “La responsabilidad subjetiva es propia de otro tiempo, ella no puede subsistir sin otras concepciones que la complementen y enriquezcan en función de las necesidades actuales. Es aquí donde surge la importancia de la responsabilidad objetiva y de otras concepciones que nacen al amparo de un clamor social por evitar el injusto desequilibrio de los patrimonios afectados muchas veces imposibles de identificar en sus causas reales²⁸⁴”.

III. LA SANCIÓN AL DAÑO AMBIENTAL

Hemos visto anteriormente el tratamiento que le asignan Chile y algunos países²⁸⁵, a la reparación del medio ambiente, teniendo en consideración algunos de los instrumentos legales y administrativos que poseen.

Así, especial atención nos merece, el estudio de la sanción penal al delito ambiental y el fin que ésta persigue. Por la naturaleza misma del bien jurídico protegido, nos parece importante abrirse a nuevas formas de sanción, apartándose quizás, de la tradicional concepción dogmática de la sanción penal.

A. Concepto de Sanción

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, define la sanción con las siguientes acepciones: “1.f. Pena que una ley o un reglamento establece para

²⁸³ RODRÍGUEZ, G. Pablo. Obra citada, página 74.

²⁸⁴ RODRÍGUEZ, G. Pablo. Obra citada, página 77.

²⁸⁵ Capítulo IV. Punto III- A-

sus infractores. 2. f. Autorización o aprobación que se da a cualquier acto, uso o costumbre. 3. f. Acto solemne por el que el jefe del Estado confirma una ley o estatuto. 4. f. Mal dimanado de una culpa o yerro y que es como su castigo o pena. 5. f. Estatuto o ley²⁸⁶.

La doctrina, también desde una perspectiva general del derecho, se ha referido a la idea de sanción. Así, Kelsen, quien no definió propiamente la sanción, se refirió a ésta de la siguiente forma “Es una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición, es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción. En el marco del derecho estatal, la sanción se presenta en la forma de una pena o de una ejecución forzada. Es la reacción específica del derecho contra actos de conducta humana calificados o contrarios al derecho; es, pues, la consecuencia de tales actos²⁸⁷”.

En Chile, de la teoría general de derecho de don Pablo Rodríguez Grez, se desprende la siguiente idea de sanción: El instrumento de que se vale determinada potestad pública, destinada a obtener el restablecimiento del orden jurídico quebrantado cuando éste se ha alterado como consecuencia de que un sujeto ha dejado de dar cumplimiento a sus obligaciones, como quiera que ellas se hayan configurado²⁸⁸.

Es así, como para entender el concepto y la necesidad de la sanción, deberá recurrirse desde elementos filosóficos hasta incluso de orden ideológico. Tarea que exorbita por lejos el ámbito de nuestra labor, no obstante, necesaria para explicar el porqué no deben establecerse sanciones prescindiendo del fin u objetivo específico que debe cumplir.

²⁸⁶ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 22ª Edición.

²⁸⁷ KELSEN, Hans, “Teoría Pura del Derecho”, México, Editorial Edudeba, Año 1960, página 70. Citado por, LARA, Ch, Roberto, Universidad de Alicante, “El concepto de sanción en la Teoría Contemporánea del Derecho”, *Tesis presentada para la colación del grado de Doctor en Derecho*, Año 2000, página 159.

²⁸⁸ RODRÍGUEZ Grez, Pablo, Véase, “Teoría de la Interpretación Jurídica”, Editorial Jurídica, Año 1995, “El Derecho como Creación Colectiva”, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, Año 1999, y “La Estructura Funcional del Derecho”, Universidad del Desarrollo, Año 2001. Dicha trilogía, constituye la teoría del derecho del autor.

De otra manera, si se prescinde del análisis de la finalidad u objetivo que debiera perseguir la sanción para su establecimiento, ésta podría explicarse simplemente por la exigencia formal de derecho de coaccionar contra quien infrinja el orden jurídico establecido, sin necesidad de recurrir a mayores explicaciones teóricas, filosóficas o ideológicas, lo que claramente no satisface la necesidad de justicia.

Incluso en el ámbito propio del derecho penal, se han hecho presente doctrinas muy interesantes, que incluso cuestionan o invitan a revisar los fundamentos propios de la sanción penal.

Así, dentro del ámbito del reduccionismo penal, se analizan distintas visiones destinadas a revisar la procedencia de la sanción penal respecto de determinadas conductas. Dentro dicha área, encontramos el concepto de la despenalización, por el cual debemos entender, el reemplazo de la sanción penal por una reacción de otro sistema del régimen legal (por ejemplo, el traslado de determinadas contravenciones del ámbito penal al ámbito administrativo o civil). También se integra a la tendencia anterior, la mitigación, esto es, el reemplazo de determinadas sanciones penales por otras menos severas, (por ejemplo, la sustitución de la pena privativa de libertad por otras alternativas que importen un menor estigma en el concepto social)²⁸⁹.

A lo anterior, cabe agregar la denominada corriente “abolicionista”²⁹⁰, que se orienta fundamentalmente a revisar los medios tradicionales de política criminal y en especial, el estudio de la sustitución de la pena de privación de libertad.

Como dice un autor, el abolicionismo no pretende que de una plumada se cierren las cárceles ni que la legislación penal se envíe al museo de antigüedades. Lo que se propone, es romper el universo cerrado del derecho penal²⁹¹.

Es por esto, que no nos parece inficioso ni inocuo, teniendo en consideración que más temprano que tarde entrará a regir una legislación penal ambiental en Chile,

²⁸⁹ POLITOFF, Sergio. Obra citada, páginas 58 y 59.

²⁹⁰ Importantes referentes de esta corriente son Louk Hulsman y J. Bernat de Celis. Véase, de estos autores, “Sistema Penal y seguridad ciudadana”, Editorial Ariel S.A., Prólogo de don Juan Bustos Ramírez, Barcelona, Año 1984.

²⁹¹ POLITOFF, Sergio. Obra citada, página 59.

que se revisen atentamente los fines que perseguirá la sanción penal ambiental y por ende, la forma de su incorporación al ordenamiento jurídico.

B. Clases de Sanción

Más que adherir a una u otra concepción que se tenga sobre la sanción o las corrientes que incluso en materia penal, han sostenido la necesidad de sustituirlas o incluso suprimirlas, nos parece importante clarificar que éstas se clasifican atendiendo a su objeto de protección y se diferencian en cuanto a los fines que unas y otras persiguen.

1. Civiles

La sanción civil será aquella que proviene de la trasgresión o del incumplimiento de las normas que rigen; las relaciones jurídicas de particulares a propósito de su estado, su capacidad, sus relaciones de familia, sus patrimonios y las obligaciones y contratos que convienen respecto de éstos y a la transmisión de sus bienes cuando fallecen y que se presentan en la forma descrita por el legislador civil.

2. Administrativas

Antes de describir que puede entenderse como sanción administrativa, conviene tener presente como señala CAMACHO, que éstas sanciones se encuentran gobernadas por los mismos principios del derecho penal²⁹².

También para CURY, esta relación, manifestada en la necesidad de distinguir la pena penal, la pena administrativa y la pena disciplinaria, ha llegado a constituirse en un problema cuyas consecuencias son graves y cuya solución teórica, entre tanto, dista de ser unánime y satisfactoria²⁹³.

²⁹² CAMACHO, Gladys, "La Potestad Sancionadora de la Administración", en sesión de 17 de abril del año 2007, 2ª Versión Magíster en Derecho Ambiental, Año 2007, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

²⁹³ CURY, Enrique, "Derecho Penal Parte General, Tomo I, Editorial Jurídica, Santiago 1996, página 69 y siguientes.

En este sentido, existen algunos dictámenes de la Contraloría General de la República²⁹⁴²⁹⁵ que han intentado aclarar las diferencias o semejanzas entre las sanciones administrativas y penales.

No obstante, la similitud de los principios informadores de ambas ramas (administrativa y penal), CAMACHO, distingue entre pena y sanción, atribuyéndole a la primera una asociación al concepto de *ius puniendi* proveniente de los tribunales penales y a la segunda, una acepción lata, entendiéndola como “toda prescripción negativa dispuesta por el ordenamiento jurídico, no proveniente necesariamente de una infracción²⁹⁶”.

Además, agrega que es posible que la administración esté habilitada para imponer castigos más severos que los tribunales penales, por lo tanto, no difieren ambas ramas necesariamente en la gravedad de la sanción asignada a la conducta, sino más bien, en un elemento de orden normativo, cual es; el artículo 20 de nuestro Código Penal, que dispone “No se reputan penas, las multas y demás correcciones que los superiores impongan a sus subordinados en uso de jurisdicción disciplinal o atribuciones gubernativas”.

Por otra parte, se debe distinguir cuándo una falta, antecedente necesario para la procedencia de una sanción administrativa, se encuentra efectivamente en el ámbito de la administración o del derecho penal. Así, se distingue entre; 1) Faltas delictuales: Se conocerán si están relacionadas con un crimen o simple delito; y 2)

²⁹⁴Dictamen N° 39.696 de la Contraloría General de la República de fecha 26 de agosto de 2005. “Sobre la materia, esta Contraloría General estima indispensable puntualizar, en primer término, que debe descartarse desde luego lo pretendido por ex Servicio de Salud del Ambiente de la Región Metropolitana, en orden a que en el ejercicio de las potestades sancionatorias que le atribuye el ordenamiento jurídico, la autoridad sanitaria constituiría un tribunal especial que haría uso de atribuciones de carácter jurisdiccional, las que no podrían verse restringidas o afectadas por la jurisprudencia administrativa emanada de este Organismo Contralor.”

²⁹⁵ Dictamen N° 981 de la Contraloría General de la República de fecha 13 de enero de 2003. Sobre la materia, esta Contraloría General estima indispensable puntualizar, en primer término, que debe descartarse desde luego lo pretendido por ex Servicio de Salud del Ambiente de la Región Metropolitana, en orden a que en el ejercicio de las potestades sancionatorias que le atribuye el ordenamiento jurídico, la autoridad sanitaria constituiría un tribunal especial que haría uso de atribuciones de carácter jurisdiccional, las que no podrían verse restringidas o afectadas por la jurisprudencia administrativa emanada de este Organismo Contralor.

²⁹⁶ CAMACHO, Gladys. Obra citada, página 4.

Faltas contravencionales: Se conocerán si se tratan de un atentado contra las reglas dispuestas por la administración.

Con todo, dicha distinción presenta el problema que ambas clases coinciden en cuanto a la aplicación de los principios del derecho penal, por lo que resulta necesario estudiar el antecedente que legitima la aplicación de una sanción administrativa; La Potestad Sancionadora de la Administración.

Se señala, que la potestad sancionadora de la administración se encuentra fundada en cuatro grandes principios: 1-Legalidad.2-Tipicidad. 3-Culpabilidad.4-Non bis in ídem. COLBO²⁹⁷ agrega también el principio de la proporcionalidad, el que a su juicio, consistiría en la “correspondencia entre la infracción y la sanción, con interdicción de medidas innecesarias o excesivas”.

Respecto de la legalidad que debe existir en la aplicación de la sanción administrativa, se sostiene que si un organismo administrativo posee funciones de supervigilancia, debe entendersele apoderado implícitamente de potestades sancionadoras.

Se sostiene también, con motivo del principio de tipicidad, que éste supone dos exigencias; que tanto la sanción como la infracción estén establecidas previamente en la norma y que dicha norma debe tener rango legal.

En este sentido, COLBO afirma que “el principio de tipicidad exige como primer requisito que la infracción y la sanción estén específicamente señaladas en una norma. A su vez, en un segundo escalón, este principio puede requerir que la norma tenga determinado rango²⁹⁸,”

Respecto del principio non bis in ídem, que COLBO lo define como “aquél que prohíbe que por autoridades del mismo orden y por distintos procedimientos se sancione repetidamente una misma conducta, e impida la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, salvo que exista una

²⁹⁷ COLBO OLBERA, Tomás, “El procedimiento sancionador tipo”, Barcelona, Editorial Bosch, Año 1999, Página 37.

²⁹⁸ COLBO OLBERA, Tomás. Obra citada, página 21.

relación administrativa de sujeción especial y el fundamento de cada una de las sanciones no sea coincidente²⁹⁹».

Así, se señala por ejemplo, que a propósito de la figura de apropiación indebida de fondos fiscales, podrían concurrir simultáneamente las siguientes sanciones: En el ámbito de la responsabilidad administrativa, la respectiva sanción estatutaria, en el ámbito penal, la respectiva sanción penal y en el ámbito civil, la correspondiente indemnización de perjuicios. Asunto que supone la subordinación del sistema administrativo al sistema penal, debiendo aplicarse este último ante la presencia de un hecho que pueda ser susceptible de ser enjuiciado por ambos sistemas³⁰⁰.

Respecto de la culpabilidad, se precisa también la necesidad de investigar la concurrencia de los elementos subjetivos en el infractor, sin perjuicio de existir también una importante tendencia doctrinal que se inclina por una suerte de responsabilidad objetiva³⁰¹.

Tendiendo en consideración que la materia en comento, posee un vasto tratamiento por parte de la doctrina administrativista, nos importa poder conceptualizar el concepto de sanción administrativa, como aquella que se origina con motivo de la infracción de una norma establecida en virtud de la potestad normativa y fiscalizadora de la administración y que se ejerce a través de la potestad sancionadora de la misma.

Cabe señalar, que no todos están de acuerdo en que la administración pueda crear sanciones³⁰². Dicha potestad sancionadora, se distribuye en distintos organismos

²⁹⁹ COLBO OLBERA, Tomás. Obra citada, página 44.

³⁰⁰ CAMACHO, Gladys. Obra citada, página 7.

³⁰¹ DE AHUMADA, R, Francisco Javier, "Materiales para el estudio del Derecho Administrativo Económico", Madrid, Editorial Dykinson, Año 2001, página 110.

³⁰² SOTO KLOSS: "Sólo se pueden imponer sanciones por ley y en los casos estrictamente señalados por ella", "sólo una expresa disposición legal que la prevea puede habilitar su aplicación, no siendo suficiente, obviamente, un texto normativo de inferior jerarquía para crearla ni siquiera por extensión. SILVA CIMA: "las sanciones emanan de la ley y deben ser establecidas o reconocidas explícitamente por ella". AYLWIN: "No habrá sanción administrativa sin ley que la prevenga". NAVARRO: "Sólo podrán imponer por la vía administrativa las sanciones que previamente hayan sido explícitamente previstas al efecto por el legislador". VERGARA BLANCO: "Las sanciones sólo son legítimas en la medida que hayan sido establecidas en leyes y no en reglamentos: "CEA EGAÑA: "...por intenso que sea el Principio de Reserva Legal, nunca excluirá del todo o por completo la intervención de los órganos administrativos. Imaginar lo contrario equivale a convertir la ley en reglamento y a concentrar en el órgano legislativo las dos potestades aludidas, quebrantando el Principio de Separación de

públicos con competencias para sancionar. Entre éstas, las distintas superintendencias³⁰³.

3. Penales

Así como la sanción prescrita en las ramas anteriormente señaladas encuentran su justificación en el objeto que pretenden regular o proteger, en el caso de la sanción penal, se puede decir que ésta encuentra su justificación, a través de la descripción general, abstracta y conceptual de un comportamiento prohibido, expresada en el “tipo penal”, cuya legitimidad arranca del ius puniendi del Estado, y cuyo único y principal fundamento descansa en el mantenimiento de la paz social.

En este sentido, nos ayuda a entender la naturaleza de esta sanción, la definición de pena que nos da CURY: “... la pena es el mal consistente en la disminución o privación de ciertos bienes jurídicos...”, a saber el derecho de sufragio, “... que se impone a quien comete culpablemente un injusto de aquellos que la ley amenaza expresamente con ella, para evitar hasta donde sea posible, su proliferación, fortalecer el respeto por los bienes jurídicos y asegurar así las condiciones elementales de convivencia, todo ello dentro de los límites que determina la dignidad humana del afectado³⁰⁴”

Órganos y lesionando la eficiencia que se gana, con sujeción al mismo Principio, en la división de las funciones estatales. Citado por, CAMACHO, Gladys, obra citada, página 8.

³⁰³ SEGURIDAD SOCIAL (SUSESO- Chile): Regulada por la Ley N° 16.395, que se relaciona con el ejecutivo a través del Ministerio del Trabajo y Previsión Social; **VALORES Y SEGUROS (SVS)**: Su estatuto orgánico fue aprobado por D.L. N° 3.538, del Ministerio de Hacienda, de 23 de diciembre de 1980 y se relaciona con el ejecutivo a través del Ministerio de Hacienda; **BANCOS E INSTITUCIONES FINANCIERAS (SBIF)**, Regida por el D.F.L. N° 3 del Ministerio de Hacienda, de 19 de diciembre de 1997, y se relaciona con el ejecutivo a través del Ministerio de Hacienda; **ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES (SAFP)**: Regulada por el D.F.L. N° 101, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de 29 de noviembre de 1980, y se relaciona con el ejecutivo a través del Ministerio del Trabajo y Previsión Social; **ELECTRICIDAD Y COMBUSTIBLES (SEC)**: Regida por la Ley N° 18.410 y se relaciona con el ejecutivo a través del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción; **SERVICIOS SANITARIOS (SISS)**: Regulada por la Ley N° 18.902 que se relaciona con el ejecutivo a través del Ministerio de Obras Públicas; **SALUD**: Regida por la Ley N° 19.937, que se relaciona con el ejecutivo a través del Ministerio de Salud; **QUIEBRAS**: Regulada por la Ley N° 18.175, que se relaciona con el ejecutivo a través del Ministerio de Justicia; **CASINOS DE JUEGO (SCJ)**: Regulada por la Ley N° 19.995, que se relaciona con el ejecutivo a través del Ministerio de Hacienda; **MEDIO AMBIENTE**: Creada por la ley 20.417, publicada el 26 de enero del año 2010.

³⁰⁴ CURY, Enrique. Derecho Penal, Parte General. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago, 2005.

C. Fines de la Sanción.

Cuando hablamos de los fines de la sanción, nos estamos refiriendo al propósito adicional que subyace en su establecimiento (la protección del ordenamiento jurídico considerado en su integridad), es decir, al fin particular y específico que el legislador estima como fundamental proteger y preservar. El que en todo caso, podrá ser general o particular, sin que por eso se excluya su carácter de especial de acuerdo a la disciplina que se propone regular.

1. Finalidad de la Sanción Civil

Como señalamos, la sanción civil, al igual que toda sanción, posee como finalidad primaria, la protección del sistema jurídico considerado en su integridad y como finalidad secundaria, la de reestablecer a la persona afectada, al estado de normalidad en que se encontraba con anterioridad al quebrantamiento o incumplimiento de determinado deber jurídico. Dicho reestablecimiento, llevará aparejado, en la mayoría de los casos el deber de cumplir por equivalencia a través de la correspondiente indemnización de los perjuicios.

Entre las sanciones civiles tradiciones que contempla nuestro ordenamiento jurídico, brillantemente tratadas por ALESSANDRI³⁰⁵ o CLARO SOLAR³⁰⁶, podemos encontrar la nulidad, la inoponibilidad, la inexistencia, la revocación, el cumplimiento forzado de la obligación, el cumplimiento por equivalencia, la resolución,

Así también, podrán encontrarse sanciones o deberes de reparación o reestablecimiento más específico, como por ejemplo, el caso del artículo 1204 de nuestro Código Civil, que contempla el denominado “Pacto de no disponer de la cuarta de mejora”³⁰⁷.

³⁰⁵ Véase ALESSANDRI, Arturo: “Teoría de las Obligaciones”. Editorial Jurídica Ediar-Conosur Limitada. Santiago, 1988, pp. 492 y siguientes.

³⁰⁶ CLARO SOLAR, Luis: “Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado”, volumen VII. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1950, pp. 656 y ss.

³⁰⁷ La norma señala, “Si el difunto hubiere prometido por escritura pública entre vivos a su cónyuge o a alguno de sus descendientes o ascendientes, que a la sazón era legitimario, no donar, ni asignar por testamento parte alguna de la cuarta de mejoras, y después contraviene su promesa, el favorecido con ésta tendrá derecho a que los asignatarios de esa cuarta le enteren lo que le habría válido el cumplimiento de la promesa, a prorrata de lo que su infracción les aprovechara”. Artículo 1204 incisos 1 y 2 del Código Civil de Chile.

Por otra parte, KELSEN³⁰⁸ por ejemplo, se refiere a la sanción civil, como la ejecución forzada de bienes por parte del deudor, que debe reclamarse por el damnificado y debe tener por objeto arreglar el daño producido.

Es entonces, la idea de reparación, la que gobierna todos los supuestos de la sanción civil, sea que deba ejecutarse, no ejecutarse o hacerse algo, sea que dichas hipótesis deban ejecutarse en dinero, en especie, restituyendo lo indebidamente recibido o simplemente, retrotrayendo los efectos de un acto que haya alterado ilícitamente el estado de normalidad de las partes.

2. Finalidad de la Sanción Administrativa

No obstante el parentesco que hemos advertido entre la sanción penal y la sanción administrativa, esta última posee una finalidad específica imposible de ignorar al momento de encontrar los fundamentos de establecer una medida reparatoria o coercitiva respecto de determinada conducta.

De lo dicho, y no obstante la amplia diversidad de materias que se encuentran bajo la tutela del derecho administrativo, es posible afirmar que cualquiera sea el ámbito en que se aplique determinada sanción administrativa y cualquiera su fuente infraccional o deber reglamentario infringido, existe un elemento que la distingue y que claramente justifica su diferenciación respecto de la sanción penal y que creemos, va más allá del bien jurídico que algunos advierten en la protección del “sistema administrativo”.

Así, al igual que otros, creemos que su finalidad se encuentra en la necesidad de asegurar que la actividad de los particulares guarde conformidad con el interés general o en última instancia, que no lo contravenga, de forma tal que el bien común y el orden público no resulten perturbados³⁰⁹.

³⁰⁸ KELSEN, Hans, “Teoría pura del derecho” Año 1963, Editorial Eudeba, Cuarta Edición, Madrid, Año 1999, página 126.

³⁰⁹ CAMACHO, Gladys. Obra citada, página 8

3. Finalidad de la Sanción Penal

Se puede señalar que en la sanción penal, a diferencia de lo visto respecto a la idea de reparación de la sanción civil, se encuentra presente, como una de las teorías que pretenden explicarla, la idea de retribución, caracterizándose por su naturaleza represiva y el concepto de castigo.

A este respecto, cabe hacer presente que la tradicional discusión sobre los fines de la sanción penal, se expresa en dos grandes corrientes o teorías. Las teorías absolutas y las teorías relativas. Las primeras de orden retribucionistas y de tipo axiomático, prescinden de cualquier fin utilitario de la pena ya que ello obedecería a la exigencia de la justicia. En las segundas, la sanción penal no se impone por exigencias fundadas en el talión, en un mal que es retribución necesaria al mal del delito, sea por razones éticas, lógicas o estéticas, sino, que se presenta como necesidad para prevenir nuevos hechos semejantes.

A su vez, las teorías relativas pueden clasificarse en aquellas de prevención general, cuyo objetivo es intimidar al resto para que no comentan ese hecho y, aquellas de prevención especial, cuyo objetivo consiste en obrar sobre el hechor mismo, sea mejorándolo, educándolo o desanimándolo a idea de cometer nuevos delitos³¹⁰.

De esta forma, a propósito de las teorías relativas, se ha desarrollado, discutido y debatido largamente sobre las distintas finalidades que puede perseguir la sanción penal, y se ha arribado a conclusiones tales como, su finalidad intimidatoria para la sociedad, la finalidad de reinserir al delincuente como un ser sociable, educar sobre la importancia de determinados bienes colectivos, etc.

En este sentido, ETCHEBERRY, ha señalado: “es necesario señalar la doble finalidad de la pena: la protección de los bienes jurídicos y procurar la reincorporación adecuada del condenado a la vida en sociedad. Debe hacerse una

³¹⁰ POLITOFF, Sergio. Obra citada, página 46.

declaración de principios o manifestación de propósito dentro de la ley misma, que descarte todo carácter meramente punitivo o retributivo de la pena³¹¹.

Es por esto, y dado que una legislación penal ambiental hace suyos los principios e instituciones propias del derecho penal, que nos parece relevante destacar que la incorporación de sanciones penales al ordenamiento ambiental, importa entender que justamente lo que se introduce, son medidas represivas destinadas a proteger bienes jurídicos de fisonomía sui generis, que requieren por parte de la doctrina especializada de un esfuerzo especial destinado a precisar qué se quiere proteger y cómo se pretende hacerlo.

Lo anterior, implica asignarle un valor adicional a dichos bienes, de forma tal que sea posible justificar la aplicación de sanciones penales expresadas en fórmulas adecuadas y funcionales al bien jurídico que se desea preservar.

De esta manera, podemos entender la sanción penal, como la consecuencia jurídica descrita por el legislador que deberá aplicarse ante la circunstancia de incurrir en la hipótesis de hecho que se contempla en la norma y que en concreto se ejecutará de acuerdo a la pena o castigo que para determinado delito se encuentre asignada y que podrá tener como finalidad la retribución o la prevención según sea la visión que se acoja.

Dicha consecuencia, por regla general será la privación de la libertad de la persona que incurrió en la hipótesis descrita, como también, podrán ser multas u otras medidas accesorias. Lo que importa discutir entonces, respecto de una legislación ambiental que incorpora en su regulación sanciones penales, es determinar con que objeto y fin se incluyen, y si son suficientes las consecuencias jurídicas tradicionales que contempla el derecho penal.

³¹¹ ETCHEBERRY O., Alfredo. "Reflexiones sobre Política Criminal." *Polit. Crim.*, N° 7, 2009, D2-7, pp 1-16, disponible en [http://www.politicacriminal.cl/n_07/d_2_7.pdf]

4. Fin especialísimo de la sanción penal ambiental. La Rehabilitación del medio ambiente.

No hay duda que el medio ambiente como objeto de protección jurídica, reviste por su misma naturaleza, complejidades que no se encuentran presentes en otras áreas del derecho. Así lo demuestran las distintas regulaciones que han intentado protegerlo, sea que la regulación provenga desde el ámbito civil como penal.

Probablemente, las dificultades que se suscitan en torno a la eficacia de la tutela jurídica del medio ambiente, se debe entre otras consideraciones a la cantidad de intereses³¹² que se aspiran a regular y a la necesidad de equilibrar adecuadamente la protección de los bienes jurídicos que se pretenden cautelar.

Así, no parece una labor sencilla diseñar una legislación especial para el medio ambiente, en particular si se trata de incorporar delitos penales a dicha regulación. Más aún, cuando no se definen de antemano y con claridad, los fines que la sanción penal debiera perseguir al momento de establecer delitos penales ambientales.

De lo contrario, prescindiendo de tales consideraciones, la sanción penal aparecería como un mero capricho del legislador, sustentado en la tradicional premisa de que la pena de cárcel o la aplicación de cuantiosas multas, cumplirían varios de los fines que se han señalado. Así, desde el punto de vista de la prevención general, se lograría intimidar a las empresas contaminadoras disminuyendo las probabilidades de que otras cometan el delito de que se trate.

A su vez, desde el punto de la prevención especial, podría esperarse la reinserción de la empresa a la actividad económica en términos sustentables (una vez cumplida la sanción) como también, se la desalentaría a cometer nuevos ilícitos. Por cierto, el fin retributivo también se satisface con la privación de libertad de los “directivos” de éstas junto con la aplicación de cuantiosas multas.

³¹² Un asunto interesante de considerar es el denominado problema de *los “Intereses Difusos”*, el cual se presenta con particular claridad en lo relativo a la protección del medio ambiente y en específico en relación a los legitimados activos para accionar por el daño ambiental. El desarrollo de acciones populares de reclamación por el daño ambiental ha sido la fórmula comúnmente utilizada como salida procesal del asunto.

Sin embargo, pretender que la tutela penal del medio ambiente se rija bajo los parámetros tradicionales del derecho penal, circunscribiendo sus fines a aquellos propuestos hace más de doscientos años³¹³, importa, creemos, desconocer la trascendencia que esta nueva rama del derecho representa para toda la humanidad.

De esta manera, sin pretender desmerecer la eficacia de la sanción penal expresada en la privación de libertad de las personas naturales o en la aplicación de multas o incluso, en la aplicación de penas accesorias, no alcanzan bajo nuestro criterio a satisfacer el interés general que subyace en la regulación integral del medio ambiente y menos aún, aquél que debe justificar la creación de tipos penales destinados a preservarlo.

Así, sostener que una legislación penal ambiental posee como objetivo fundamental el castigo de quienes dañen dicho bien jurídico, parece ser un fin muy poco ambicioso, que no garantiza bajo ningún punto de vista una tutela efectiva del medio ambiente, como tampoco lo ha demostrado garantizar, el derecho penal respecto de la protección de cualquier bien jurídico.

A su vez, no nos parece relevante la postura que se adopte en cuanto al enfoque del bien jurídico a proteger. Así, una visión marcadamente ecocéntrica o una inclinación hacia una mirada antropocéntrica, presentan el mismo valor y trascendencia respecto de la determinación de los fines que deberá perseguir la tutela penal del medio ambiente.

De esta forma, aquellos que sustentan la protección del medio ambiente en base a una concepción antropocéntrica, en que éste se protege en consideración a la mantención de las condiciones de supervivencia de las generaciones presentes o futuras y no por tener un valor intrínseco y, aquellos que sostienen que el medio ambiente es un bien autónomo, cuya protección no se legitima en función de los

³¹³ No se debe olvidar por ejemplo que entre los precursores de las teorías retribucionistas se encuentran HEGEL (1770-1831) o FRIEDRICH HERBART (1776-1841) y defensores las teorías relativas orientadas a encontrar una finalidad especial en la pena se encuentran ANSELM VON FEUBERBACH (1775-1833) o BENTHAM (1784-1832)

intereses de las personas sino por presentar un valor intrínseco, están apuntando hacia lo mismo: La protección del medio ambiente.

En otras palabras, ambas corrientes encuentran la justificación a la protección del entorno en diferentes razones, sin embargo, para ambas visiones el medio ambiente importa un supuesto indispensable y merecedor de tutela penal.

Así, quienes centran su inquietud en la persona, comprenden que su protección, presenta como supuesto indispensable la preservación de las condiciones naturales necesarias para que la persona exista. Como también, aquellos que centran su preocupación en el medio ambiente y la necesidad de su tutela autónoma, propenderán a la creación de instrumentos que permitan la máxima eficacia en su protección. Por lo tanto, dicha dicotomía, fascinante en el ámbito de la teoría no se traspasa al plano jurídico y más bien constituye, el complemento perfecto en el diseño y creación de una eficaz legislación penal ambiental.

Con todo, permanecer neutro en la cuestión anterior encuentra su límite al momento de la tipificación de la conducta, dado que, inevitablemente habrá que centrar el objeto de protección y delimitar con precisión el bien jurídico que se desea proteger.

Por lo tanto, más allá de lo que “verdaderamente” “quiero” proteger, la descripción de la hipótesis, para estar en el ámbito de la competencia ambiental, deberá describir como bien jurídico protegido, uno o más de los componentes del medio ambiente, entendido como lo describe el artículo 2 letra m) de la Ley de Bases. Sin perjuicio de la especificidad que se desarrolle en el ámbito de la norma reglamentaria, pudiéndole encomendar a ésta, materias tales como, determinar cuando estamos en presencia de un “grave daño ambiental”³¹⁴.

Ahora bien, recobra importancia la cuestión ecocéntrica o antropocéntrica, al momento de determinar el reproche que merece la circunstancia que el delito contra el medio ambiente haya causado daño a la salud o la vida de las personas. Será

³¹⁴ Artículo 10 Proyecto de Ley-Boletín 5654-12.

importante en este momento, a nuestro juicio decidir si se mantiene o se endurece la pena.

Es así, como las materias planteadas, lejos de dificultar la labor de la determinación del bien jurídico y los fines que perseguirá la sanción penal ambiental, contribuyen decididamente a reforzar la función complementaria de las visiones ecocéntricas y antropocéntricas y a comprender que no obsta, para una correcta tipificación de los delitos penales ambientales, la circunstancia de privilegiar un bien jurídico por sobre otro. Dado que, lo concreto será, que por una necesidad del “tipo” se deberá anteponer al “medio ambiente” a la persona humana, sin perjuicio como dijimos, que si resulta afectada, las penas puedan incluso agravarse.

Dicho lo anterior, y despejada la necesidad legal de delimitar el bien jurídico al “medio ambiente” o “a unos de sus componentes”, surge adicionalmente, la necesidad de asignarle un valor social a dichos conceptos. El que, creemos no debe depender del grado de conocimiento general o aprecio que se tenga sobre lo ambiental, sino más bien, debe ser el legislador, quien por la vía de antecedentes científicos anticipe su valor, cuantificando en dinero, cual es el valor económico objetivo que causó determinado delito contra el medio ambiente, determinándolo por los servicios que determinado ecosistema dejó de prestarle a la humanidad.

De esta manera, nos parece que determinar “la pérdida, disminución, detrimento, o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o mas de sus componentes”, por la vía de cuantificar en dinero los servicios que determinado eco-sistema dejó de aportarle a la humanidad, sitúa al medio ambiente como bien jurídico, en buena posición para elaborar un catálogo coherente de sanciones que permitan efectivamente protegerlo y preservarlo.

Así, el mayor o menor reproche de sus sanciones podrá asociarse y objetivarse en razón al costo económico que le reporta a la sociedad en su conjunto, la privación de los servicios que el eco sistema dañado dejó de prestarle.

Así, la posibilidad de sustituir las sanciones tradicionales del derecho penal, por unas más modernas, acordes a los desafíos que presenta una regulación penal del

medio ambiente, nos obligan a tener en consideración normas como el artículo 9 del Código Penal Holandés, que dispone; “puede el juez, si lo considera aconsejable (...), decidir que no será impuesta ninguna pena o medida de seguridad. El autor, es considerado culpable del hecho punible, pero puede el juez estimar que ninguno de los fines de la pena se alcanzaría en ese caso determinado con la imposición efectiva de ella y declararlo así en su fallo”.

En el Reino Unido, ciertos casos han discutido con detalle el problema que plantea la determinación de la pena, acentuando la estrecha relación que existe entre la sanción penal y la finalidad del derecho penal ambiental³¹⁵.

Se puede agregar del mismo país, que la función de la sanción penal ambiental, además de los fines tradicionales que se le atribuyen a la sanción criminal, cumple una importante “función económica”³¹⁶.

Así, la idea fundamental de dicho sistema es impedir que las multas e indemnizaciones sean traspasadas al consumidor como costos de producción. Por lo tanto, la sanción penal no es un costo financiero más de un negocio, sino que la expresión jurídica del disvalor social que acarrea la contaminación.

En España por otro lado, la idea de la reparación en materia penal se encuentra claramente recogida en el artículo 340 del Código Penal Español, al establecerse para el juez, la obligación de rebajar la pena en un grado se si ha procedido voluntariamente por el responsable a reparar el daño al medio ambiente causado³¹⁷.

En Estados Unidos, un proceso criminal ambiental conlleva una serie de consecuencias anexas a la sanción penal, entre las cuales cabe destacar la obligación de reparar los componentes ambientales. Incluso, uno de los pilares fundamentales del sistema, consiste en la posibilidad que tienen los fiscales de negociar con las empresas bajo investigación. Éstas, preferirán comprometerse a

³¹⁵ MATUS, A. Jean Pierre, CASTILLO, S. Marcelo, RAMÍREZ, R. María Cecilia, ORELLANA, C. Marcos, obra citada, página 176.

³¹⁶ *Ibidem*.

³¹⁷ *Ob. Cit.* 162.

reparar el medio ambiente en un nivel mayor al exigido por la ley a cambio de que el fiscal no persiga la responsabilidad penal o reduzca los cargos³¹⁸.

Por otra parte, cabe mencionar a este respecto las directrices contempladas en materia de reparación o de restauración del daño en el Libro Blanco sobre Responsabilidad Ambiental de la Comisión de las Comunidades Europeas, en que se plantea claramente la necesidad de objetivar los parámetros de imputación de responsabilidad como también aquellos referidos a la reparación del medio ambiente³¹⁹.

Como se advierte, las consideraciones que hemos mencionado no son novedad. La incorporación de criterios audaces y modernos, que permitan otorgarle el dinamismo que requiere la regulación penal del medio ambiente, se erigen en nuestro concepto como supuestos fundamentales a tener en consideración en una futura legislación penal ambiental en Chile, asumiendo como eje de su diseño, desarrollo e implementación, una fórmula moderna de sanción que pueda satisfacer los intereses económicos, ambientales y sociales que se han mencionado.

De esta manera, como señala GONZALEZ, “en cuanto a las penas aplicables al delito ambiental, es preciso considerar la necesidad de establecer consecuencias diversas a la privación de libertad, tales como prohibiciones e interdicciones profesionales o la publicidad de la infracción³²⁰”.

³¹⁸ MATUS, A. Jean Pierre, CASTILLO, S. Marcelo, RAMÍREZ, R. María Cecilia, ORELLANA, C. Marcos, obra citada, página 199.

³¹⁹ Señala el Libro Blanco; “La evaluación económica de los daños a la biodiversidad es particularmente importante cuando estos daños son irreparables. Pero si la restauración es viable, tiene que haber asimismo criterios que permitan evaluar el recurso natural dañado, para evitar que los costos de restauración sean desproporcionados. En cada caso, se deberá realizar un análisis costo-beneficios o de razonabilidad. El punto de partida para ese análisis, en los casos en que la restauración sea posible, debe ser los costos de restauración (incluidos los costos de evaluación del daño). Es preciso establecer un régimen que permita evaluar las ventajas que se derivan de un recurso natural, inspirándose en algunos de los regímenes ya vigentes o en fase de desarrollo a nivel regional. (Por ejemplo, en Andalucía y en Hesse). Si la restauración no es técnicamente posible, o sólo lo es en parte, la evaluación de los recursos naturales tiene que basarse en el costo de soluciones alternativas que tengan como meta la reposición de recursos naturales equivalentes a los que se han destruido, con objeto de recuperar el grado de conservación de la naturaleza y de biodiversidad que requiere la red NATURA 2000.

³²⁰ GONZÁLEZ, José Joaquín, GARZÓN, Ripoll, “Sociología del Delito Ambiental”. Córdoba, España, Universidad de Córdoba, Año 1992, página 56.

Cabe agregar también, las consideraciones que se han dado en el marco de la Comunidad Europea en lo relativo a la protección del medio ambiente por el Derecho Penal³²¹, y la naturaleza y fines de las sanciones penales frente al delito ambiental.

Se ha señalado por ejemplo que las sanciones penales deben ser eficaces, proporcionadas y disuasorias y que se aplican tanto a las personas físicas como a las jurídicas.

A su vez, además de la sanción privativa de libertad, los Estados miembros pueden prever otros tipos de sanciones y medidas complementarias, entre ellas la obligación de reparar el perjuicio causado, la prohibición de acogerse a subvenciones públicas, la inhabilitación temporal o permanente para ejercer determinadas actividades, una orden judicial de liquidación, la publicación de la decisión judicial, etc.

Es decir, las condiciones para generar sanciones modernas, a la altura de los desafíos que esta disciplina nos exige, se encuentran perfectamente dadas.

Es por esto, y de acuerdo a lo que se ha señalado, que parece conveniente apuntar hacia una sanción que pueda orientar sus objetivos hacia la restauración del máximo de las propiedades del medio ambiente dañadas, pero también, con la entidad suficiente como para disuadir y prevenir futuros daños a éste.

En ese afán, nos parece necesario recoger las distintas teorías o visiones que justifican la existencia de la sanción penal, de modo tal, de no abandonar la idea de la retribución, manifestada en la idea de restaurar el máximo de las propiedades dañadas del medio ambiente con ocasión del delito, como también, el necesario poder disuasivo que debe poseer a objeto de prevenir futuros hechos delictuosos

³²¹ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal. Bruselas, 26 de febrero del año 2007. Disponible en <http://www.cortesclm.es/paginas/actualidad/europa/7/boletin007/ces1248-2007.doc>. Con todo, el informe de 19 de noviembre de 2008, señala en su considerando 3º, la necesidad de establecer sanciones penales que se distingan “cualitativamente”, de las sanciones administrativas y de los mecanismos compensatorios del derecho civil. Disponible en http://www.iustel.com/v2/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1032358

contra el entorno, incorporando de esta manera, los fines generales y especiales con que algunos justifican la existencia de la sanción penal.

A dicha sanción, la denominaremos rehabilitación y nos aventuramos a definirla, como una sanción penal consistente en el deber jurídico de proveer los fondos destinados a financiar las obras de restauración destinadas a reponer el ecosistema dañado u otro que posea similares propiedades básicas, uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado, mediante el pago de una multa a beneficio de un fondo público especial de protección ambiental, cuantificada en función de los servicios y aportes que como consecuencia del delito, el medio ambiente dejó de prestarle a determinada comunidad.

Como se advierte, dicho concepto no sólo se refiere a la pena específica que irá asociada al delito, la que en concreto consistirá en una multa de naturaleza penal, sino también, la definición expresa la forma de su ejecución y sus fines.

Podría pensarse que la idea de establecer una multa, trae consigo el problema de que las empresas puedan internalizarlas como costos y transferir el soporte final a los consumidores o también, la imposibilidad efectiva de cumplirla cuando el condenado no posee recursos suficientes.

Sin embargo, como dice CURY³²², por la crisis progresiva de las penas corporales primero y de las penas de las privativas de libertad después, se le ha devuelto a la multa su antigua importancia.

En efecto, la multa, a causa de su flexibilidad, se adapta fácilmente a las exigencias de la retribución, porque puede dividírsela cómodamente para asegurar que sea proporcionada a la culpabilidad; posee eficacia preventivo-general más constante que las penas privativas de libertad, pues, por el desarrollo de la psicología del recluso, estas últimas pueden llegar a perder su valor intimidatorio; no provoca consecuencias colaterales tan destructivas de la personalidad como las otras sanciones punitivas; en especial, no aleja al condenado de su medio familiar, social

³²² CURY, Enrique, "Derecho Penal", Parte General, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997., Página 375.

y laboral, no lo expone a contagio carcelario y no ocasiona a la administración los enormes desembolsos que significan la mantención y vigilancia de reclusos; constituye, además, una fuente de ingresos que la colectividad puede destinar, entre otras finalidades, al financiamiento de programas de prevención especial; por último, carece de consecuencias estigmatizantes o, en todo caso, las que provoca son muy tenues³²³.

Por lo tanto, entenderemos la rehabilitación como un concepto amplio, que reúne a las teorías absolutas y relativas. Las primeras, se manifiestan en el pago de una multa por el sólo hecho de haber dañado el medio ambiente o también la integridad física de las personas y, las segundas, se encuentran presentes en los fines ulteriores que se señalan, en que se intenta disuadir a empresarios temerarios de realizar conductas riesgosas que puedan afectar el medio ambiente, como también, en la idea de interferir en la actividad de su empresa a objeto de educarlo en la realización de aquellas conductas que puedan resultar riesgosas.

Es decir, se pretende dotar a la sanción penal de un fin especialísimo, que garantice tanto los fines de prevención general y especial indicados, como también, una compensación efectiva para el medio ambiente dañado, mediante la destinación de las multas a un fondo especial destinado a repararlo, como también, una compensación a la comunidad por los servicios o aportes que el ecosistema dañado dejó de prestarle, ya que ésta también se beneficiará de su restauración.

D. El Grave Daño Ambiental

Hemos destacado en su oportunidad³²⁴, que no resulta fácil precisar qué se entiende por grave daño ambiental y, que el vocablo significativo que emplea la Ley Nº 19.300 de Bases del Medio Ambiente en su artículo 2 letra e)³²⁵ nos resulta insuficiente para determinar por sí mismo la gravedad del daño que se la producido al medio ambiente, toda vez, que el alcance jurisprudencial que se le ha otorgado, indica generalmente que la gravedad del daño se resolverá de acuerdo a la

³²³CURY, Enrique, “Derecho Penal”, Parte General, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997. Página 345.

³²⁴ Véase Capítulo III, Párrafo V.

³²⁵ Modificada por la ley 20.417 de 16 de enero de 2010.

capacidad probatoria de las partes y no siempre de acuerdo a elementos objetivos que nos permitan determinar con claridad la responsabilidad del agente del daño y el detrimento concreto que se le ha provocado a uno o más ecosistemas.

Por esto, parece razonable sugerir el establecimiento de reglas o parámetros claros, que permitan tanto a las empresas como a los titulares de proyectos susceptibles de causar impacto ambiental, como también a los jueces en la aplicación de la ley, identificar cuándo se está en presencia de un grave daño ambiental³²⁶.

Así, generalmente la fórmula que se elija para determinar cuándo se está en presencia de un grave daño ambiental, será la vía reglamentaria. Medida que parece de toda lógica y de enorme utilidad práctica, ya que, si se opta por determinar la existencia de un grave daño ambiental exclusivamente por la vía jurisprudencial, seguirá siendo complejo determinar con precisión el menoscabo o detrimento efectivo que experimentó el medio ambiente, como también, la responsabilidad del agente contaminante.

En este sentido, la vía reglamentaria parece ser el mejor camino hacia la objetivación de la responsabilidad y el establecimiento preciso de la existencia de un grave daño ambiental, mediante parámetros o indicadores claros que determinen con anticipación la entidad de la infracción requerida para calificar un daño al medio ambiente como “grave”.

La necesidad de objetivar por dicha vía la circunstancia de encontrarse frente a un grave daño ambiental, responde a la necesidad de que la legislación penal ambiental, sea eficiente y eficaz, y por lo tanto, destine sus esfuerzos a la prevención y sanción de aquellos actos que, dada sus especiales características, poseen la aptitud de provocar un perjuicio serio a la estabilidad de los ecosistemas que hacen posible la existencia de la persona.

³²⁶ El Proyecto de Ley- Boletín 5654-12, que establece delitos penales ambientales para nuestro país, ha optado por dicha fórmula, encomendándole a un reglamento que indique de qué forma se entiende consumado el delito de grave daño ambiental.

En otras palabras, la misión de dicho reglamento consistirá en determinar el máximo tolerable por la sociedad, de la alteración de las condiciones ambientales naturales y así, la trasgresión de determinados indicadores, se considerará como suficiente para afirmar jurídicamente que se ha producido un grave daño al medio ambiente.

Nos parece razonable suponer que si el legislador establece determinados parámetros técnicos que permitan atribuirle a determinada sustancia o proporción de contaminantes la capacidad de alterar severamente las condiciones ambientales naturales, es porque entiende que su trasgresión implica en sí misma, un grave daño ambiental.

De esta manera, la importancia de determinar de forma objetiva la ocurrencia de un grave daño ambiental, importa la posibilidad de consensuar y uniformar los criterios, políticas y estrategias destinadas a preservar y proteger el entorno.

Cabe agregar, que no se debe confundir la idea de objetivar el grave daño ambiental, con la aplicación de un sistema de responsabilidad objetiva, toda vez que, no obstante la trasgresión de la norma, es perfectamente posible sostener que dicha violación se produjo por culpa del agente. Sin embargo, es fundamental determinar cuál sería el estatuto de responsabilidad aplicable cuando el grave daño ambiental sea consecuencia de una infracción reglamentaria.

Así, creemos que desde el punto de vista de la coherencia del sistema normativo penal ambiental, se hace necesario fijar reglas o parámetros precisos que permitan establecer cuándo una determinada conducta o actividad es apta para calificarla de grave. Por lo tanto, un reglamento que lo pueda precisar parece ser una excelente alternativa.

Ahora bien, resulta necesario también, determinar cuándo estamos en presencia de un grave daño ambiental en aquellos casos en que el antecedente de ese daño no es una infracción administrativa ni la trasgresión de ninguna norma en particular, sino simplemente, el acaecimiento de un perjuicio producido en el marco de una

actividad en que sin infringirse determinada norma reglamentaria, se ocasiona una alteración de las condiciones ambientales naturales.

En este punto, también será necesario optar por determinado sistema de responsabilidad y se deberá elaborar un catálogo de penas especiales, que permitan prevenir y sancionar el grave daño al medio ambiente que no tiene como antecedente la infracción de determinada norma o la trasgresión de determinado indicador.

Por otra también, revestirá particular importancia determinar el sistema de responsabilidad aplicable y también las sanciones, en aquellos casos que, como consecuencia de un grave daño al medio ambiente se ha ocasionado un perjuicio a la salud o vida de las personas.

1. La Irreversibilidad del Daño. Una Ficción.

No es materia de controversia, la circunstancia de que se reconozca que determinados perjuicios provocados al medio ambiente, son simplemente irremediables. Reproducir las consideraciones científicas que permiten arribar a dichas conclusiones, escapa de nuestros objetivos, sin embargo, resulta suficiente tener presente que no son pocos los ejemplos que nos demuestran tan lamentable realidad.

Con todo, del artículo 2 letra s) de la Ley de Bases, que define la reparación como, “la acción de reponer el medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas”, se desprende que el daño será reversible, si al menos es posible restablecer sus propiedades básicas, de lo contrario, se deberá indemnizar en dinero.

Cabe recordar al respecto, el criterio ordenador de la acción de reparación ambiental consagrada en el artículo 53 de la citada ley, en que en primer lugar se persigue la reparación “in natura”, luego, si no es físicamente posible, se deberán

restablecer sus propiedades básicas y si tampoco fuere posible, procederá la indemnización en dinero.

Así, la lógica indica que lo más importante para nuestra legislación en materia de responsabilidad por daño ambiental, consiste en despejar como primera opción, la viabilidad física o material de reponer el medio ambiente al estado en que se encontraba con anterioridad al hecho dañoso. En otras palabras, en la pirámide jerárquica de este sistema, la reparación del medio ambiente se sitúa en la cúspide y como máxima aspiración del sistema.

En segundo lugar, si no es posible la reparación en los términos que hemos señalado, se intentará averiguar la posibilidad de reponerlo a una calidad similar o al menos restablecer sus propiedades básicas. Es decir, el esfuerzo del legislador permanece fijo en la necesidad de reparar el entorno dañado.

Sin embargo, en dicho esfuerzo, el legislador se da por vencido y se resigna ante la posibilidad de intervenir en mecanismos de reparación del medio, trasladando su interés a una indemnización en dinero por el daño causado al entorno, recurriendo muchas veces a criterios ambiguos y no necesariamente vinculados al valor objetivo que le reporta el ecosistema o componente ambiental dañado a la comunidad.

Así, dada la finalidad reparadora que existe en materia de responsabilidad por daño ambiental en nuestro ordenamiento jurídico, no se ve razón para no trasladarla como uno de sus principios al ámbito del derecho penal ambiental.

Sin embargo, para que ello suceda, será necesario incorporar una variable en la estructura lógica que presenta la búsqueda de mecanismos destinados a reparar el daño ambiental. Así, parece conveniente que, luego de estudiada y desechada la posibilidad de restaurar "in natura". Luego de estudiada y desechada la posibilidad de reponer el entorno a una calidad similar o restablecer sus propiedades básicas, se persista en la idea de la reparación y se recurra a la reparación por "equivalencia". La cual, como señalamos, importa la posibilidad de restituir o

recomponer las propiedades de otro ecosistema que se encuentre igualmente degradado.

De esta manera, la búsqueda de la reparación del medio ambiente, jamás podrá sustituirse por la de la indemnización en dinero, dado que siempre será posible contribuir a repararlo. Es decir, no obstante que el ecosistema particularmente dañado pueda ser completamente irreparable, siempre existirá otro que requerirá la intervención del hombre para reponer uno o más de sus componentes o restablecer sus propiedades básicas.

Así, sin perjuicio de la pertinencia procesal de la acción de indemnización de perjuicios en base a las reglas generales, ésta no debería presentarse nunca como mecanismo de sustitución a la reparación del medio ambiente.

De esta forma, la restauración por equivalencia, permite valorar con mayor objetividad, los servicios que determinado ecosistema le prestaba a la humanidad y será dicho criterio, el que determine el lugar, la forma y el costo de la reparación.

Ahora bien, como advertimos en su oportunidad, esta forma de reparación presenta el inconveniente que el infractor puede no poseer la capacidad tecnológica o de infraestructura para hacerse cargo directamente de la reparación, por lo que deberá finalmente entregar una suma dinero para que el Estado realice dicha función. O, adicionalmente, puede presentarse simplemente el inconveniente de que el costo de la reparación, no obstante el infractor poseer la capacidad tecnológica y de infraestructura, le resulte sencillamente imposible de costear³²⁷.

³²⁷ Interesante instrumento para solucionar este tipo de dificultades es la La Ley de Responsabilidad, Compensación y Recuperación Ambiental, mejor conocida como "Superfund"; Instrumento jurídico que se implementó como un fondo esencialmente reparador de los daños ambientales existentes y futuros. Este fondo actúa mediante tres objetivos claves: 1° identificar los sitios que han sido seriamente contaminados por sustancias peligrosas, 2° la limpieza de los sitios contaminados e identificados, y 3° obligar al responsable de la contaminación al fondo de limpieza, y proveer lo necesario en los procesos de limpieza. Dentro del funcionamiento del Superfund, se recoge el principio de responsabilidad compartida o solidaria, donde las partes potencialmente responsables financiarían a través de contribuciones monetarias, destinadas a fortalecer el fondo para el cumplimiento de los objetivos propuestos por la autoridad. Creado por la Ley CERCLA, Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act (Ley General de Responsabilidad y Compensación Ambiental). Los impuestos recaudados constituyeron el Superfondo que permitió cumplir el programa inicial. Ya desde 1996 el Superfondo se nutre exclusivamente con recursos provenientes de los Presupuestos Generales del Estado, ya que los impuestos antes mencionados fueron derogados. Véase <http://www.eclac.org/drne/noticias/seminarios/4/13604/Informe%20Pasivos%20Ambientales%20Minero>

Con todo, y más allá de las dificultades que se presentan en el ámbito de la reparación del medio ambiente, fundamentalmente aquellas de carácter económico que hacen imposible siquiera acercarse a reponer en parte el daño causado, o las deficiencias tecnológicas que pueda tener una empresa para reparar por su cuenta el daño, nos parece indispensable preservar la siguiente idea:

Que, si aceptamos el supuesto de mantener como primera prioridad de nuestro ordenamiento jurídico ambiental, la necesidad de reparar el medioambiente, resulta preciso afirmar que no obstante la imposibilidad física que puede presentarse de restaurarlo "in natura", *todo daño ambiental puede ser reversible por la vía de la restauración por equivalencia en cualquier otro ecosistema deteriorado.*

Así, todo daño será reversible y todo el ordenamiento penal ambiental se volcará a idear fórmulas, instrumentos y mecanismos orientados a restaurar, aunque sea en parte y en otro ecosistema, el perjuicio que se le ha causado a las condiciones naturales ambientales que permiten que la persona exista y que su existencia sea ambientalmente viable.

E. Insuficiencia de los tradicionales mecanismos sancionatorios del derecho penal para los delitos ambientales.

Es inevitable no retomar un punto que hemos destacado a lo largo de este trabajo. El elemento costo-beneficio presente en toda decisión económica. Éste, se encuentra también, claramente presente en el análisis del destinatario de la norma punitiva. Así, previo a iniciar determinada actividad o tomar determinada decisión comercial, el actor deberá ponderar la conveniencia económica de asumir determinado riesgo ambiental v/s la sanción que podrá aplicársele.

A su vez, resulta indispensable para despejar la cuestión anterior, recordar la diferencia entre la finalidad de prevención general del derecho penal y la de prevención especial.

[s%20en%20Sudam%C3%A9rica.pdf](#). La Ley CERCLA, fue promulgada por el Congreso de EE.UU, con fecha 11 de diciembre de 1980.

Así, la primera propenderá, con la aplicación de determinada sanción, a evitar que otros cometan el mismo delito y por lo tanto, se intentará causar un efecto intimidatorio general sobre los potenciales agentes contaminadores. La segunda, pretenderá obrar respecto del autor en particular, procurando por ejemplo, la reinserción de la empresa a la actividad comercial bajo determinadas condiciones de sustentabilidad.

De esta manera, respecto de este punto, no es irrelevante la posición que se adopte, toda vez que en dicha materia, se construyen los cimientos fundamentales de cualquier ordenamiento penal.

Así, la privación de libertad o la aplicación de cuantiosas multas, se enmarcarán claramente en la posición de quienes se inclinan por una finalidad de prevención general de la sanción penal ambiental. Postura que tiene muchísimo sentido, toda vez que en la mayoría de los casos los daños ambientales suelen ser de muy compleja reparación y rara vez, admitirán una reparación "in natura". Por lo tanto, parece de toda lógica intentar por la vía de la sanción penal expresada en fuertes penas privativas de libertad o cuantiosas multas, prevenir que el daño pueda llegar a producirse.

Por otro lado, penas tales como, publicación del incumplimiento de la normativa ambiental de la empresa, incorporación a listas negras, bloqueo interno de suministros, cierre de los créditos etc., son medidas que no obstante lo sensible que pueden resultar para el mundo empresarial, carecen necesariamente de la fuerza disuasiva de la cárcel o de la aplicación de multas.

No obstante, entendiendo que el objetivo principal que debiera perseguir una legislación penal ambiental, es evitar la ocurrencia del delito, no suscribimos la idea de que sea una pena privativa de libertad o la aplicación de cuantiosas multas o algunas otras medidas accesorias las que revistan la idoneidad disuasiva necesaria para evitar que se produzca el delito ambiental. Pensamos que la medida más eficaz para disuadir, intimidar y prevenir la ocurrencia de un delito y daño al medio ambiente, es la consagración de una sanción penal ambiental moderna y comprensiva de los elementos fundamentales que hemos discutido. Es decir, que

pueda combinar la idea de reponer el ecosistema dañado u otro que se encuentre deteriorado, que posea un fuerte poder disuasivo y que se encuentre dotada de una finalidad retributiva respecto a la comunidad que se ha visto privada o mermada en los servicios que el ecosistema dañado le prestaba. A esa sanción como dijimos, la hemos denominado rehabilitación.

1. Insuficiencia de las penas privativas de libertad como sanción penal para el delito ambiental.

El objetivo principal de la sanción penal, es la sanción del recluso por medio del régimen penitenciario, es un concepto que se incorpora en la denominada fase correccionalista, también llamada fase del nacimiento de la pena de prisión, que surge a finales del siglo 18, en Costa Rica en el código general del 1841³²⁸.

Naturalmente, que no es nuestro propósito revisar los fundamentos centenarios que juristas, filósofos, académicos, religiosos, organizaciones políticas, gobiernos, etc., han desarrollado para apoyar o rechazar la privación de la libertad de un ser humano como fundamento del orden social.

Nos parece suficiente plantear nuestra inquietud sobre la utilidad de la cárcel como sanción a un delito ambiental, sobre la base de la siguiente pregunta: Dado que, encontrándose empíricamente comprobado que el endurecimiento de las penas no necesariamente disminuye la comisión de los delitos. Que, la sola existencia de la privación de libertad como sanción penal en nuestro ordenamiento jurídico no inhibe necesariamente la comisión de delitos: ¿Qué utilidad presenta entonces que las personas que han provocado el perjuicio al entorno, considerando que cuando este perjuicio sea grave será ocasionado generalmente por grandes empresas, se encuentren inmóviles tras las rejas, en vez que se les permitiera continuar con las actividades normales de la empresa bajo un estricto control y supervigilancia de la autoridad, que les permita seguir generando recursos cuyo destino sea un fondo especial de restauración del entorno?

³²⁸ ORTEGA, Luis, "La Pena como Delito", "Evolución Histórica de la Sanción Penal". Disponible en <http://www.mailxmail.com/curso-pena-como-delito/evolucion-historica-sancion-penal>.

Nos parece que el delincuente ambiental es más útil trabajando que privado de libertad y su utilidad se manifiesta, destinando forzosamente por ejemplo, un porcentaje considerable de sus utilidades individuales anuales a fondo cuya única finalidad sea el reponer el medioambiente dañado. Incluso, aunque eso signifique una pena que deba cumplirse de por vida.

2. Insuficiencia de la multa como sanción penal para el delito ambiental.

En relación a la idea de prevención general, no son pocos los que consideran que la aplicación de la multa no satisface los requerimientos de una tutela efectiva del medio ambiente. Así, se sostiene que la multa sólo aparece como expresión de un fracaso absoluto en materia de anticipación del daño, conjugándose tanto las fallas en las políticas de prevención y la existencia de empresarios inescrupulosos y negligentes³²⁹.

También, se argumenta que la multa presenta una escasa utilidad social, por cuanto el deterioro del hábitat ya ha sido perpetrado³³⁰.

Por otra parte, se indica también, como una de las consideraciones más importantes, la circunstancia de que la empresa internalizará los costos de las multas, traspasándoles finalmente dicha a carga a los consumidores, asunto que lleva a concluir por fuerza que quienes finalmente soportan el pago de la multa son los consumidores, los mismos que además, sufrieron un daño en su patrimonio común: El medio ambiente.

Se sostiene también, que la imposición de multas excesivamente cuantiosas puede significar la salida del mercado de aquellas empresas que no cuentan con la capacidad económica y financiera de construir un sistema preventivo eficiente y moderno.

³²⁹ GHERSI, Carlos Alberto, LOVECE, Graciela, WEINGARTEN, Celia, "Daños al ecosistema y al medio ambiente", Buenos Aires, Editorial Astrea, Año 2004, página 91.

³³⁰ GHERSI, Carlos Alberto, ROSSELLO, Gabriela, HISE, Mónica. "Derecho y reparación de daños": - Buenos Aires, Editorial Universidad, Año 1999, página 17.

También, se señala que la multa que no considere el costo financiero que involucra la instalación de equipos y procesos necesarios para cumplir la norma ambiental, para evitar la contaminación, y para asegurar el manejo sustentable de los recursos naturales, no cumplirá con la finalidad de la protección penal al medio ambiente³³¹.

Se agrega además, que si el propósito es producir un efecto intimidatorio en lo económico, al momento de la “decisión comercial”, resulta mucho más intimidatorio sancionar con la reparación del medio ambiente, dado que los montos involucrados en la reparación del entorno, superan significativamente las multas penales.

Cabe mencionar también, que la aplicación de la multa estará condicionada a la capacidad económica del infractor, por lo que finalmente, lo cuantiosa e intimidatoria que pueda resultar en el papel, puede verse seriamente limitado por las condiciones económicas particulares del autor del daño³³².

Con todo, y pese a lo anterior, la condena al pago de una suma de dinero, si se encuentra acompañada de elementos objetivos que la hagan procedente, si posee la entidad suficiente como para disuadir a futuros agentes delictuales, si se encuentra dotada de una finalidad específica, destinada a la reposición del o los ecosistemas dañados y de un fin retributivo para la comunidad, nos parece que es la fórmula y pena que de mejor manera permite cumplir integralmente con los fines perseguidos en este trabajo.

³³¹ MATUS, A. Jean Pierre, CASTILLO, S. Marcelo, RAMÍREZ, R. María Cecilia, ORELLANA, C. Marcos, obra citada, página 176, a propósito de la función económica de la sanción penal ambiental en el Reino Unido.

³³² Esta consideración se encuentra actualmente vigente en la Ley de Bases en su artículo 58 letra c), en lo relativo a las circunstancias que deberá tener en consideración el tribunal al momento de aplicar la multa.

CAPÍTULO V

LA RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA

La responsabilidad empresarial, no se encuentra circunscrita a lo que se ha denominado la “responsabilidad social empresarial”, entendida como el compromiso que tienen los dueños de empresas de contribuir en la atención de las necesidades sociales de la gente, sino que también se hace extensiva al deber que las empresas tienen con su entorno.

El cuidado y protección del medio ambiente es una necesidad social y como tal, las empresas deben propender a su protección y preservación en el ámbito de su actividad empresarial.

Una importante contribución a lo que señalamos, se encuentra en el “Libro Verde de la Comisión de las Comunidades Europeas”³³³, destinado a “*fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*”.

Entre otras importantes consideraciones, se plantea³³⁴ que; “ser socialmente responsable no significa solamente cumplir plenamente las obligaciones jurídicas, sino también ir más allá de su cumplimiento invirtiendo más en el capital humano, el *entorno* y las relaciones con los interlocutores”.

Por otra parte, se sostiene que; “algunas empresas que prestan una atención adecuada a los aspectos sociales y *medioambientales* indican que tales actividades pueden redundar en una *mejora de sus resultados* y generar crecimiento y *mayores beneficios*³³⁵”.

También, destaca que; “*la disminución del consumo de los recursos o de los desechos y las emisiones contaminantes puede reducir el impacto sobre el medio ambiente. Distintas empresas han determinado que un menor consumo de materias primas puede redundar en un aumento de la rentabilidad y competitividad*³³⁶”.

³³³ Presentado por la Comisión el 18 de julio del año 2001, en la ciudad de Bruselas, Bélgica.

³³⁴ Punto N° 21 del Documento.

³³⁵ Punto N° 24 del Documento.

³³⁶ Punto N° 39 del Documento.

Cabe al respecto, mencionar el principio que ha informado el debate entorno a la responsabilidad ambiental de las empresas, denominado “win win opportunities³³⁷”, el cual pretende detectar oportunidades comerciales para las empresas mientras éstas inviertan de forma sustentable, de forma tal, que los negocios sean ventajosos para todas las partes.

Agrega el documento, que “las empresas son también conscientes de las *oportunidades* que les abre la *mejora de los resultados ecológicos*, y trabajan para aprovecharlas de manera sistemática³³⁸”

Por otra parte, se señala que “*las empresas pueden fomentar la reducción del impacto ambiental de sus actividades a lo largo de su cadena de producción en el marco del planteamiento PIP y hacer mayor uso de herramientas europeas e internacionales vinculadas a la gestión y a los productos. La inversión y las actividades sobre el terreno de las empresas en terceros países pueden tener efectos directos sobre el desarrollo económico y social de dichos países*³³⁹”.

Por último, cabe rescatar lo que el documento titula como “Etiquetas sociales y ecológicas³⁴⁰”. A través de unas encuestas, se plantea una predilección por parte de los consumidores europeos respecto de aquellos productos que protegen en general el medio ambiente y sobre todo, respecto de aquellos que contribuyen a la reducción de los gases efecto invernadero. Incluso estarían dispuestos a pagar más por dichos productos.

No obstante, se advierte que las iniciativas de etiquetado social y ecológico tienen un alcance e impacto social limitados, porque se circunscriben a nichos específicos del mercado de la venta al por menor.

De esta forma, se puede afirmar que la variable ambiental ha comenzado a jugar un rol importante en las decisiones productivas de las empresas, incorporándose

³³⁷ Desarrollado en el punto N° 39 párrafo 2° del Documento.

³³⁸ Punto N° 41 del Documento.

³³⁹ Punto N° 59 del Documento.

³⁴⁰ Puntos N° s 79,80 y 81 del Documento.

paulatinamente al interior de las políticas empresariales de las grandes empresas y asumida como un elemento más de la responsabilidad social.

En nuestra opinión, dado el progresivo aumento de la valoración hacia el medio ambiente por parte de algunas empresas, que han entendido que la consideración de la variable ambiental puede hacerlas incluso más atractivas para el consumidor y por ende más rentables, es que consideramos que esta clase de responsabilidad particular, amerita un tratamiento autónomo y circunscrito a la responsabilidad ambiental de la empresa.

No se menosprecia en dicha sugerencia el valor y aporte de la RSE, no obstante, lo social puede abarcar materias tan amplias como el respeto a los derechos humanos³⁴¹ por parte de la empresa hasta la seguridad laboral³⁴², desdibujando a nuestro juicio, el tratamiento exclusivo de que precisa el compromiso de las empresas en la protección del medio ambiente.

I. DECISIÓN COMERCIAL DE EFECTOS AMBIENTALES. ECOEFICIENCIA

Por la necesidad que existe a nuestro juicio de darle un tratamiento exclusivo a la responsabilidad ambiental de las empresas como también, la preponderancia que posee el elemento costo-beneficio en la decisión comercial, es que no debe olvidarse que en los procesos de producción, las empresas buscarán siempre el mayor beneficio económico con los menores gastos, regla que imperará como pauta de orientación permanente de éstas, y que se debe tener en consideración al momento de desarrollar instrumentos legales o comerciales destinados a prevenir la ocurrencia de daños o situaciones de riesgo.

De esta forma, y sin necesidad de recurrir al derecho punitivo, se han elaborado una serie de pautas o fórmulas que pretenden “pacíficamente”, influir en la decisión comercial de las empresas, de forma tal que éstas incorporen de forma voluntaria la variable ambiental en sus decisiones empresariales.

³⁴¹ Punto N° 52 del Documento.

³⁴² Punto N° 31 del Documento.

A este respecto, nos parece muy valioso rescatar el concepto ya ampliamente acogido en el mundo empresarial europeo y de Estados Unidos, denominado “eficiencia”. Término acuñado por el abogado y empresario industrial suizo Stephan Schmidheiny³⁴³, quien la define como, “*el progreso continuo hacia la producción de bienes y servicios con menos uso de recursos y energía, y menor contaminación*”

Este concepto, se diferencia de otras iniciativas tendientes a enfatizar en la idea de producir o hacer más con menos. Por ejemplo, del concepto de producción limpia del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, el cual promueve diseños ambientales amigables y prevención de la contaminación. Así, la eficiencia posee otras características que se pueden sintetizar de la siguiente forma: Enfatiza la creación de valor, en la durabilidad, en el largo plazo, en objetivos para el mejoramiento continuo, vincula la experiencia ambiental con la excelencia empresarial y considera tanto el consumo como la producción sostenible³⁴⁴.

A este respecto, cabe preguntarse qué ventaja ofrece este concepto, respecto de toda la política de certificaciones ambientales, en particular con la norma ISO 14.001.

Se señala, que no obstante la norma ISO 14.001 contribuye al establecimiento de sistemas para la administración de las obligaciones ambientales y la realización de evaluaciones del producto para crear confianza en los consumidores sobre la calidad del mismo, ésta “se queda corta³⁴⁵” al momento de especificar y exigir qué metas debe alcanzar determinada empresa y no define un desempeño ambiental a escala mundial, ni establece objetivos ambientales para la prevención de la contaminación, sobre la tecnología o sobre otros resultados ambientalmente deseables.

³⁴³ Stephan Schmidheiny ha recibido premios como el Doctorado Honoris Causa del Instituto Centro Americano de Administración de Empresas (INCAE) en 1993; la misma distinción de la Universidad de Yale, en 1996; de Rollins College y la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), en 2001, todos por promover el desarrollo sostenible.

³⁴⁴ MONTES, V, Jenny, “Ecoeficiencia: Una propuesta de responsabilidad ambiental empresarial para el sector financiero colombiano” *Tesis de Grado para optar al título de Maestría en Medio Ambiente y Desarrollo*, Medellín, Universidad Nacional de Colombia Sede Medellín, Año 2008, página 19.

³⁴⁵ MONTES, V. Jenny. Obra citada, página 16.

Es así como se ha entendido que la ecoeficiencia es una oportunidad de negocio que permite a las empresas ser más responsables en el ámbito ambiental siendo a la vez más rentables. A su vez, también ha sido definido como *“La posibilidad de lograr una ventaja competitiva sostenida a través de la mayor productividad de los materiales y la energía, y con el menor impacto ambiental negativo y el desarrollo integral de los recursos humanos y la comunidad local”*³⁴⁶.

Con todo, cabe hacerse una importante pregunta; ¿Puede la gestión ambiental alinearse con los objetivos económicos de una empresa? Se responde a lo anterior, señalando que una política de eco-eficiencia empresarial fuerte puede ser significativa desde una perspectiva financiera de manera que los beneficios asociados resultan ser mayores a los costos. Además, se presenta como una alternativa para los inversionistas, quienes podrían basar sus decisiones comerciales en la información ambiental de las compañías³⁴⁷.

Se agrega a lo anterior, que en Estados Unidos y la Unión Europea el consumo de productos ambientalmente responsables ha ido creciendo y que en ese mercado, una empresa que no incorpore factores ambientales en su estrategia de negocios, corre el riesgo de marginarse de los mercados internacionales y sus productos quedarán relegados a una segunda categoría ³⁴⁸. Por el contrario, una empresa que tome en consideración dichas variables, experimentará una ventaja importante en su posición competitiva, pudiendo además, reducir sus costos operativos a través del uso eficiente de la energía, la materia prima y el agua.

³⁴⁶ CLACDS, “Centro Latinoamericano para la Competitividad y el Desarrollo Sostenible de INCAE Business School”, Investigaciones CLACDS, Año 2007. Enlace <http://www.incae.edu/ES/clacds/proyectos/ambientales/ecoeficiencia/administracion/>, rescatado el 4 de julio de 2009.

³⁴⁷ GUENSTE, Nadja, DERVALL, Jeroen, BAUER, Rob, Bauer, KOEDIJK, Kees, "The Economic Value of Corporate Eco-Efficiency." Working Paper, Erasmus University., "The least eco-efficient firms show significant operational underperformance", "Eco-eficiency improves Return on Assets, more than 10 percent of the average ROA", "The survey results, as well as other available literature, corroborate the view that ISO 14.001 accreditation confers economic benefits" [http://www.sristudies.org/Guenster+\(2005\)](http://www.sristudies.org/Guenster+(2005))

³⁴⁸ MONTES, V, Jenny. Obra citada, página 18

A su vez, la principal barrera en la adopción de medidas ambientales será la circunstancia de que no existan incentivos suficientes en la legislación para la prevención de la contaminación³⁴⁹.

A lo anterior debe agregarse, el alto desconocimiento de la normativa por parte del empresariado, la ineficacia de las sanciones y la existencia de un enfoque correctivo antes que preventivo.

De esta forma, parece necesario retomar a Schmidheiny; *“el mayor riesgo que enfrentan los negocios hoy en día es ignorar sus responsabilidades ambientales”*. *“Será imposible la competitividad de las empresas sin que éstas sean ecoeficientes, adicionando un mayor valor a los bienes o servicios, al mismo tiempo que usen menores recursos y generen menos contaminación”*³⁵⁰.

Por último, hay quienes se hacen una importante pregunta en relación a esta materia, la cual, tiene estrecha relación con la orientación, precisión y claridad de la regulación normativa y por cierto, el motivo de nuestro trabajo; ¿Podrían las empresas calcular los beneficios económicos de respetar el medio ambiente cuando existen regulaciones inciertas o confusas?

Se responden señalando, que una adecuada gestión ambiental es percibida como una contribución a un bien público y que en ese sentido, los beneficios serán percibidos en el futuro no siendo tangibles en las utilidades presentes³⁵¹.

Nos parece algo romántica la respuesta anterior y es justamente en este punto, en que aparece la incertidumbre y confusión para el empresario, donde nos abrimos a regular por la vía del derecho penal y de la forma más clara posible las obligaciones y derechos ambientales de las empresas.

³⁴⁹ VARELA, Irene, “Barreras y motivadores de la legislación ambiental en Costa Rica hacia el concepto de producción más limpia”. Costa Rica, En Revista Gerente, La Nación, Año 2002.

³⁵⁰ Citado por MONTES, V, Jenny. Obra citada, página 20.

³⁵¹ BLEISCHWITZ, Raimund, “Cognitive and institutional perspectives of eco-efficiency”, Ecological Economics, Editorial Elsevier, Año 2003, páginas 453-467.

A. El Riesgo como elemento central de la decisión comercial

Las decisiones empresariales se toman en condiciones de riesgo. Cuanto mayor sea el riesgo, más difícil será tomar la decisión. Para determinar el riesgo y reducir la incertidumbre, es preciso investigar y obtener información. Así, se señala que si el costo de recoger esa información es menor que los beneficios que se deriven de unas mejores decisiones, vale la pena invertir en dicha información³⁵².

De esta forma, la consideración del riesgo, estará presente en cada una de las decisiones que la empresa adopte, desde determinar que productos se desarrollan, qué mercados se atienden, qué bienes y servicios se diseñan, qué precios se fijan, hasta como se distribuyen y se difunden sus productos en el mercado.

Se ha señalado que el riesgo empresarial, es la posibilidad de que ocurra un acontecimiento que tenga un impacto en el alcance de los objetivos, por lo cual éste debe medirse en términos de consecuencias y probabilidad.

También, se ha dicho que ser empresario significa correr riesgos calculados, y se considera que existe riesgo, cuando se tienen dos o más posibilidades entre las cuales optar, sin poder conocer de antemano los resultados a que conducirá cada una. Todo riesgo encierra, pues, la posibilidad de ganar o de perder, cuanto mayor es la posible pérdida, tanto mayor es el riesgo.

Para otros, el riesgo descansa en el grado de incertidumbre que gobierna la decisión. Así, la incertidumbre es asumida como una condición en que un individuo no dispone de la información necesaria para asignar probabilidades a los resultados de las soluciones alternativas, para ello deberá disponerse de herramientas que faciliten la obtención de la información.

De esta manera, las herramientas que se determine utilizar y el grado de información obtenido, deberán ser funcionales al análisis de dos variables fundamentales orientadas a disminuir al máximo la incertidumbre. Por un lado, la probabilidad objetiva y por otro, la probabilidad subjetiva. La primera (objetiva), entendida como la posibilidad que ocurra un resultado específico, basado en

³⁵² GRANDE, E. Idefonso, "Fundamentos y Técnicas de Investigación Comercial" 9ª Edición, Aranguren, Editorial ESIC, Año 2003, página 45.

antecedentes empíricos sobre hechos consumados, y, la segunda (subjetiva), como la posibilidad de que ocurra o no determinado resultado, determinado por elementos tales como la intuición, experiencia previa en decisiones similares etc.

Es así, como se pueden destacar dos visiones del riesgo y dos formas de abordarlo. La primera, como una visión determinada por un estricto análisis costo-beneficio, que incrementará la intensidad del riesgo cuando mayores sean las posibilidades de producir pérdidas. Otra visión, estará determinada por el grado de incertidumbre que rodeará la decisión, la cual podrá disminuir en la medida que se cuente con información y antecedentes suficientes.

Respecto de la forma de enfrentar el riesgo, se distinguen dos grandes maneras. La primera, en base a probabilidades o parámetros objetivos, y la segunda, en base a elementos intuitivos o especulativos, propios de la actividad comercial.

Cabe agregar, que la íntima relación que existe entre medio ambiente, derecho y economía, se presenta con particular nitidez en la materia en comento, y su desarrollo práctico y teórico ha importado la incorporación de una nueva variable en la consideración del riesgo por parte del empresario. Esta es; la posibilidad de que ocurra algún daño con motivo de la decisión comercial adoptada y en particular, por la materia que nos ocupa, un daño al medio ambiente.

Así, resulta pertinente relacionar lo comentado, con lo estudiado a propósito de la teoría del riesgo en materia de responsabilidad por daños y la necesidad que ha debido cubrir el derecho, de regular con reglas objetivas las actividades de alta peligrosidad y creadoras de situaciones de riesgo.

De esta forma, coincidimos con aquellos que a propósito del estudio de dicha materia, han señalado respecto de la incertidumbre, en el sentido que la incertidumbre científica no debe conducir a la incertidumbre jurídica³⁵³, como a su vez, discrepamos de aquellos que plantean que ante la imposibilidad de obtener la

³⁵³ MOSSET I, Jorge, "El daño ambiental como daño privado", Santa Fe, Editorial Rubinzal-Culzoni, Año 1999, página 113.

certidumbre de la probabilidad de ocurrencia de un daño, es el juez ³⁵⁴ quien debe determinarla.

Al respecto, creemos que la incorporación de la variable daño-ambiental, al análisis de riesgo que realizan las empresas, debe apartarse lo más posible de cualquier subjetividad, quedando a nuestro juicio en el legislador, la responsabilidad de establecer parámetros objetivos que permitan reducir al máximo la incertidumbre por parte del empresario, desplazando su análisis mental exclusivamente hacia la consideración costo-beneficio (elemento fundamental de la decisión comercial), el cual claramente le permitirá reflexionar con mayor rigurosidad y prudencia antes de desarrollar o ejecutar un proyecto o actividad riesgosa.

De esta manera, nos parece que el deber del legislador en esta materia, está en disminuir al máximo la incertidumbre del empresario, permitiendo un análisis estrictamente económico por parte de éste, que prescinda de subjetividades o consideraciones morales respecto del medio ambiente, ya que dichas apreciaciones, bajo nuestro punto de vista, descansan en las competencias y funciones propias del Estado en materia de protección y preservación del medio ambiente.

No obstante, y como contrapartida, las reglas que disminuirán dicha incertidumbre, deben ser claras tanto respecto de la cuantificación del valor del daño (ya que sólo así el empresario podrá analizar su decisión bajo el esquema costo-beneficio), como de la posibilidad jurídica de incurrir él en calidad de autor.

Así, y dado que finalmente será el esquema mencionado (costo-beneficio) el que determinará la adopción o no de determinada decisión comercial, es que consideramos pertinente la intervención del Derecho Penal en dicho cálculo económico y desde ahí, modificar los comportamientos internos de la empresa y en particular, aquél que se manifiesta en el momento preciso de adoptar determinada decisión comercial.

³⁵⁴ VAZQUEZ, F, Roberto, "La prueba de la relación causal en la responsabilidad civil (hacia un alivio de la carga probatoria)". LL, 1996-D-998: del mismo autor véase su obra Prueba de la culpa médica. Buenos Aires, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Año 1996. Citado por GOLDENBER, Isidoro H, CAFFERATTA, Néstor A., obra citada, página 32.

Como bien lo propone un autor³⁵⁵, es posible establecer parámetros objetivos que permitan incorporar en la decisión comercial un análisis económico costo-beneficio entre las penas y los beneficios. Así, se propone en base una ecuación econométrica, analizar desde una perspectiva económica los efectos de las sanciones aplicables a las empresas. Se parte de la premisa de que los hombres eligen actuar sobre la base de cálculos racionales, buscando obtener el mayor beneficio con el menor perjuicio. Así, los casos en que las empresas optarán por abstenerse de ejecutar una conducta prohibida pueden traducirse en la siguiente fórmula: El Perjuicio (P) debe ser mayor que el beneficio (B), es decir, $(P > B)$.

No obstante, como ocurre que ni el perjuicio ni el beneficio son consecuencias seguras de la acción, sino únicamente probables, hay que tener en consideración otros elementos que complementan la fórmula. Así, dentro de P (como sanción) se debe considerar también a "p" que equivale a la magnitud de la pena, esto, multiplicado por las probabilidades de ser aprehendido y condenado (a); Por otra parte, dentro de B (beneficio) hay que considerar la ganancia esperada (g e). La fórmula se presenta así:

$$P (p \times a) > B (g e)^{356}.$$

Es decir, si la magnitud de la pena, multiplicada por el número de posibilidades de ser aprehendido o condenado, es mayor a la ganancia esperada, la empresa debiese abstenerse de tomar determinada decisión comercial.

Volveremos sobre esta ecuación a propósito de nuestra propuesta en lo relativo a los sistemas de responsabilidad³⁵⁷.

B. La Elusión Ambiental

No es objetivo de nuestro trabajo analizar las formas en que se podría burlar la legislación ambiental. No obstante, creemos importante tener presente que la

³⁵⁵ MALAMUD, G, Jaime, "Política Criminal de la Empresa", *cuestiones alternativas*. Buenos Aires, Editorial Hammurabi, Año 1983, página 47.

³⁵⁶ MALAMUD, G, Jaime. Obra citada, página 48.

³⁵⁷ Capítulo VI

normativa ambiental no está exenta de las dificultades que presentan otras ramas del derecho, como por ejemplo, el derecho tributario.

De esta manera, entendiendo la figura de la elusión como el no cumplimiento de la normativa ambiental, amparándose en subterfugios o resquicios legales, no previstos para dichos fines por el legislador al momento de redactar la ley, bien sea por una redacción deficiente de la misma, o bien porque dicha ley produce efectos no buscados al entrar en juego con el resto de las normas jurídicas, debemos aceptar que dicha situación se encuentra manifiestamente presente en nuestra legislación ambiental.

Nos interesa abordar el punto, en razón de que la gran dispersión de normas ambientales en nuestro país, algunas de ellas difusas en cuanto a su ámbito de aplicación y competencia ambiental, amerita ponderar con detenimiento el desvalor que puede existir en la acción de quien asesora determinada empresa y en que virtud de dicha asesoría se posibilita la consumación de un delito.

Sólo intentaremos esbozar algunos de los problemas que se pueden presentar, sin profundizar en las distintas soluciones que podrían darse, campo en el cual, será la doctrina especializada o la jurisprudencia, los que deberán precisar la responsabilidad que cabe en esta materia mientras no exista una normativa clara y lo más precisa posible.

En el ámbito de la doctrina y la jurisprudencia, se ha intentado delimitar el ámbito de las responsabilidades al interior de una organización empresarial, por la vía de precisar los ámbitos de competencia de los distintos niveles de decisión y su vinculación con el riesgo que se ha creado y que se ha materializado en el daño, debiendo imputar dicho riesgo al nivel o a quien resulte titular de esos ámbitos de competencia³⁵⁸.

En dicho análisis, se presenta con particular interés la figura del asesor y la necesidad de determinar su responsabilidad en el evento de que su prestación de

³⁵⁸ GARCÍA, C. Percy, Ponencia en: "Seminario Internacional de los Delitos Imprudentes en el Ámbito Empresarial". Santiago, Revista de Estudios de la Justicia-Nº 10, Centro de Estudios de la Justicia, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Año 2008, página 208.

servicios profesionales, haya servido de antecedente inmediato y necesario para la toma de la decisión comercial que importó la comisión de un delito ambiental.

Se asume naturalmente en esta situación, que en el ámbito de la antijuridicidad y como causal de justificación procedería entender que se trata del ejercicio regular de una profesión, por lo que no parece lógico atribuirle responsabilidad alguna a quien emite un informe o proporciona la información técnica necesaria para la toma de la decisión comercial. Así, en la medida que el profesional se mueva dentro del ámbito de su función profesional, es absurdo atribuirle responsabilidad penal.

Sin embargo, la cuestión presenta interés, cuando el asesor, en conocimiento de que sus antecedentes servirán para la comisión de un delito, los pone de igual forma a disposición de los directivos de determinada empresa. Algunos le atribuyen el carácter de partícipe³⁵⁹.

Si bien es cierto que los problemas de imputación pueden resolverse apelando a criterios normativos más que a un examen riguroso de la causalidad, no es menos cierto, que mientras siga siendo necesario determinar las responsabilidades reales de los directivos y gerentes de empresas bajo las actuales reglas de la responsabilidad, parece pertinente detenernos a examinar con mayor profundidad algunas situaciones.

En la situación comentada, cabría hablar de elusión ambiental, toda vez que se elude la normativa ambiental, al amparo de una deficiencia legislativa en el ámbito de la responsabilidad, expresada en la ausencia de toda determinación de responsabilidad respecto de quien, a través de su informe o asesoría, induce o participa de una decisión comercial que provoca un daño o propicia la consumación de un delito.

Quisimos exponer esta situación³⁶⁰, dado que es uno de los muchos problemas que se presentan en el ámbito de la imputación penal y que creemos resulta preciso abordar en aras de la objetivación de las responsabilidades de la empresa para con

³⁵⁹ Así, GARCÍA, C. Percy. Obra citada, página 217.

³⁶⁰ Dado que el SEIA, ha mostrado ser falible ante la ocurrencia de graves daños ambientales, parece conveniente detenerse en quienes desarrollan o elaboran determinado EIA.

el entorno y de la esperamos pronta entrada en vigor de una legislación penal ambiental³⁶¹.

C. ¿Dolo Ambiental?

Debido a los problemas de imputación que se producen en el ámbito de una organización empresarial junto a la imposibilidad de determinar la “culpabilidad” de una empresa en cuanto persona jurídica, es que parece importante contribuir a proporcionar elementos que permitan abordar la necesidad que a nuestro juicio existe, de objetivar al máximo los derechos y obligaciones de las empresas para con el medio ambiente.

Es así, como consideramos posible adaptar la fórmula propuesta por MALAMUD³⁶², siguiendo su línea de pensamiento en cuanto a la relación costo-beneficio, y señalar que: Si al momento de tomar la decisión comercial, la empresa posee información suficiente acerca del impacto ambiental de su decisión comercial; Si además, posee los recursos suficientes para adoptar las medidas destinadas a prevenir el impacto o daño que provocará y éste sobreviene. Y, si el costo que deberá asumir por su reparación excede el costo de haberlo prevenido, podemos concluir dos cosas:

- (a) Un parámetro objetivo, justo y razonable para determinar la responsabilidad que proviene de un descuido intolerable de determinada empresa; y
- (b) Una manifiesta negligencia financiera de la empresa que fue incapaz de prever que ante la eventualidad de un daño, era más barato prevenirlo que repararlo. Hecho que en nuestra legislación civil, de acuerdo al grado de diligencia que se exige en el cuidado de los

³⁶¹ Es interesante a este respecto la redacción del artículo 9 del Proyecto de Ley-Boletín 5654-12, que señala “Será castigado...el que presentare un Estudio de Impacto Ambiental conteniendo datos falsos u omitiendo derechamente la información relevante acerca de la predicción y evaluación del impacto ambiental...”Un criterio de imputación normativo de este artículo, nos obligaría a incluir la figura del asesor o “consultor”.

³⁶² $P(p \times a) > B(g e)$, ya mencionada en el punto I.A. de este Capítulo.

negocios propios, es calificado como culpa grave, la que como sabemos se asimila al dolo.

D. Responsabilidad penal de los intervinientes en el ámbito de una organización empresarial.

Nos parece necesario abordar este punto, al menos en cuanto a los problemas generales que pueden suscitarse en el ámbito de la imputación penal de los miembros de una organización que participan de una decisión comercial, cualquiera sea el grado o nivel de su participación.

Las consideraciones anteriormente señaladas, en cuanto a la necesidad de objetivar la responsabilidad de la empresa en materia de delitos contra el medio ambiente y establecer criterios normativos claros antes que recurrir a soluciones de laboratorio en la determinación de la causalidad, recobran su importancia al momento de tratar esta materia.

Como señalamos, hay quienes han intentado delimitar el ámbito de las responsabilidades al interior de una organización empresarial, por la vía de precisar los ámbitos de competencia de los distintos niveles de decisión y su vinculación con el riesgo que se ha creado y que se ha materializado en el daño, debiendo imputar dicho riesgo al nivel o a quien resulte titular de esos ámbitos de competencia.

A este respecto se sostiene que hay que olvidarse de la primera clase de derecho penal en que nos dibujan a una persona con una pistola que dispara a otra. Se afirma que dicha concepción del delito es el que dificulta comprender la urgente necesidad de crear criterios normativos que permitan innovar en la creación de instituciones tendientes a precisar con objetividad la responsabilidad de los intervinientes en el ámbito de una organización empresarial³⁶³.

³⁶³ GARCÍA, C. Percy. Obra citada, página 206.

De esta manera, por plantear una de las dificultades que ofrece el problema de la imputación en el contexto de una empresa, se puede mencionar, el caso de la imputación penal en los órganos colegiados³⁶⁴.

Se ha dicho, que la doctrina penal contemporánea, ha excluido la posibilidad de hablar de un delito colegial, es decir, un delito por el cual todos deberían responder por el sólo hecho de formar parte de un órgano colegiado y se habla más bien, de una responsabilidad penal basada en la personalización de la imputación, en que cada cual responde por su decisión.

Sin embargo, las fórmulas de imputación que se plantean no suelen ser de fácil resolución. Se debe analizar de qué forma o cuál es el aporte que cada uno de los miembros ha realizado en el resultado o producto de la decisión.

Así, se distingue si se trata de una estructura empresarial horizontal o vertical. Se habla de estructura horizontal cuando el delito se consuma con la sola decisión antijurídica, es decir, se adelanta la barrera de punición al ámbito de la decisión. El delito es la sola toma de la decisión antijurídica.

Se plantea como solución a esta cuestión, determinar la responsabilidad en quienes votaron a favor de la decisión, con independencia de un análisis particular del aporte de cada uno al resultado por su decisión. De esta forma, se abandona la causalidad recurriendo a una fórmula de imputación objetiva.

Con todo, dicha solución no está exenta de dificultades. Por ejemplo, se ha señalado que en aquellos casos en que la decisión recae en un órgano de cinco personas y votan cuatro a favor, éstos podrían defenderse sosteniendo que si se suprime mentalmente su voto, la decisión se tomaría de todas formas por lo que no es posible atribuirle responsabilidad a ninguno en particular.

Otros, intentan solucionar este problema por la vía de averiguar si la votación fue simultánea o sucesiva. Así, se entiende que cuando se vota de manera sucesiva y ya se ha producido la votación a favor de los primeros tres, el cuarto voto no aporta

³⁶⁴ GARCÍA, C. Percy. Obra citada, página 207.

ni contribuye en nada al resultado, pues el delito se configuró al momento del tercer voto.

A propósito de este punto, se ha abordado la situación de los miembros del órgano que se abstienen. Algunos creen que no tienen ninguna responsabilidad y otros se la atribuyen en calidad de autor o de partícipe.

Por último, en los casos de empresas de estructura vertical, algunos intentan regular la imputación penal por la vía de determinar cuales son las competencias y funciones específicas de cada nivel de decisión y la relación de éstas con el delito.

Hemos querido esbozar una de las tantas problemáticas que afectan la posibilidad de imputar correctamente la responsabilidad penal en el ámbito de las empresas y dejar en claro que son muchas más las dificultades³⁶⁵ que se presentan cuando no existen reglas de imputación claras, basadas en criterios normativos sustentados muchas veces en la simple lógica³⁶⁶.

II. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Hace más de un siglo, FRANZ VON LISZT señalaba que, “si una persona jurídica es capaz de concluir contratos, puede concluir también contratos fraudulentos o usurarios³⁶⁷”. Con dicha aseveración, comenzaba entonces a discutirse la posible ampliación de los criterios de imputación jurídico-penal y la posibilidad de atribuirle a un ente ficticio, el mismo reproche social que a una persona natural.

A su vez, dado que el 80%³⁶⁸ de la criminalidad económica y ambiental tiene como antecedente la acción de una empresa, que actúa en la vida jurídica a través de

³⁶⁵ Véase, GARCÍA, C. Percy. *Obra citada*, Páginas 199 a 218. El autor trata entre otras materias, incluida la mencionada, el problema de la imputación a los mandos medios, a los trabajadores, el problema de la delegación, la responsabilidad de los accionistas, entre otros.

³⁶⁶ El Proyecto de Ley, Boletín 5654-12, trata en su artículo 15 la responsabilidad de los representantes de las Personas Jurídicas, situando en primera línea de imputación, a los representantes legales, gerentes o directores, y en general, a todos quienes tengan o compartan de hecho o jurídicamente facultades de administración de la misma, salvo prueba en contrario.

³⁶⁷ VON LISZT, Franz, “Tratado de Derecho Penal” Tomo II, Madrid, Editorial Reus, Año 1927, páginas 287 a 288.

³⁶⁸ HIRSCH, Hans; “La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas, ADP, Año 1993, página 1118; y SERRANO PIEDECASAS-FERNÁNDEZ, José; “La responsabilidad penal de las Personas Jurídicas, en Themis 35, Año 1997, página 129. Ambos citados por CASTILLO ALVA,

una creación ficticia, esta discusión se ha ido desplazando del ámbito puramente doctrinario hacia la construcción de fórmulas prácticas y eficaces, que puedan contribuir a prevenir los graves daños ambientales que en su mayoría presentan como su autor a una empresa.

Se ha señalado recurrentemente, que las personas jurídicas no tienen capacidad para ser sujetos activos del delito, por cuanto, la ausencia de conciencia y voluntad, trasunta en la incapacidad de autodeterminarse y con ello, en la imposibilidad de configurarse su capacidad de acción y la posibilidad de atribuirles culpabilidad.

Sin embargo, no han sido poco los aportes realizados por la doctrina destinados a justificar la necesidad de que las personas jurídicas puedan responder penalmente. Así, decisiva ha sido la innovación que han propuesto algunos autores³⁶⁹ en esta materia, legitimando la aplicación de una sanción por la vía de justificar un “estado de necesidad de prevención” vinculado a un “estado de necesidad del bien jurídico”.

Se propone la aplicación de la sanción penal, sobre la base de la existencia de una amenaza tangible o real al bien jurídico y en la medida de que concurren dos condiciones copulativas: Que sea imposible determinar la responsabilidad sobre la base de los instrumentos existentes y, que la situación presente la especial dificultad de identificar individualmente al responsable.

Esta solución, tiene como fundamento lo que el mismo autor denomina como “actitud criminal colectiva”, es decir, aquellos fundamentos psicológicos de la empresa que favorecen la delincuencia en el ámbito de la criminalidad económica y que son imposibles de atajar por la vía del fortalecimiento de los presupuestos tradicionales de la imputación del derecho penal individual.

Se refiere entonces, al espíritu de grupo, establecido en una colectividad de personas y, por tanto, también en una empresa económica, en que los miembros

José Luís. Apuntes sobre la responsabilidad penal de las empresas y las personas jurídicas. Publicado en <http://www.enlaperu.com/nleg/article/276DOC02.htm>. Citado por TOLEDO, V. Patsilí, “ Delito ambiental y Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas” Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas”, Departamento de Ciencias Penales, Universidad de Chile, Año 2001, página 64.

³⁶⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. Obra citada, página 75, Citado por CÉSPEDES, I. Rodrigo, “La responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”, Santiago, Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Departamento de Ciencias Penales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Año 2000, página 57.

del grupo están dispuestos a desarrollar una determinada conducta lesiva de bienes jurídicos en el marco del espíritu de grupo, pero a la que no se dejarían arrastrar jamás en su esfera privada³⁷⁰.

Con todo, el debate entorno a la posibilidad de atribuirles responsabilidad penal a las personas jurídicas se ha traducido en la necesidad de despejar dos cuestiones fundamentales: Su capacidad de acción y el problema de la culpabilidad.

En la doctrina comparada se reconoce la capacidad de acción de las personas jurídicas. Por ejemplo, en países como Holanda, Francia, Derecho Anglosajón, Alemania etc., se exige para atribuirle responsabilidad a una persona jurídica, que los actos no sean ajenos, ni que estén fuera de la actividad diaria de la empresa y que por lo tanto, quedan bajo su control y riesgo. Es posible también, advertir la figura de la comisión por omisión³⁷¹, dado que la empresa aparece como autor detrás del autor³⁷² por cumplir una función social que le impone el deber de impedir que se produzcan determinados resultados ilícitos³⁷³.

En Alemania por ejemplo, en el párrafo 30 OWIG, se establece la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas la cual contempla una sanción de multa, la que puede ser independiente a otra pena o medida de

³⁷⁰ SCHÜNEMANN, Bernd, op cit, página 571. Citado por CÉSPEDES, I. Rodrigo. Obra citada, página 71.

³⁷¹ Lo señalamos anteriormente, pero reiteramos la idea: Esta figura se centra en el vértice la estructura societaria y se orienta a buscar la responsabilidad del titular de la empresa. Esta vía de imputación descansa en la apreciación de los directivos en cuanto a su función de garante del bien jurídico que se encuentra dentro de su ámbito de protección. Esto, aunque no hayan intervenido directamente en la infracción penal o no hayan podido probar que así fue. Por ejemplo. El bien jurídico medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, es el presupuesto fáctico y real que vincula al empresario, y éste deberá tomar todas las medidas necesarias para controlar la contaminación ambiental y evitar en lo posible cualquier verificación de resultados lesivos.

³⁷² Se agrega, que es posible responsabilizar al empresario en base a su teoría del dominio. Ésta teoría sostiene que el autor de un delito de omisión impropia domina el suceso dañoso a través de sus actividades corporales, y por tanto por medio de su cuerpo, una omisión equivalente a la comisión presupone un control actual sobre el suceso equiparable en intensidad a ese control. En suma, el mencionado criterio del dominio puede emanar de un dominio material o de un dominio material; en la primera es un dominio fáctico sobre los elementos peligrosos de la empresa; en el segundo, el dominio se ejerce en virtud del propio comportamiento de los agentes subordinados en la estructura jerárquica empresarial. SCHÜNEMANN, Bernd, obra citada, página 203 y siguientes. Citado por, Boletín N° 4256-12, obra citada, página 10.

³⁷³ Boletín 4256-12, que "Establece Delitos Contra el Medio Ambiente cometidos por Personas Jurídicas. Obra citada, página 9. Agregan; que el XIII Congreso Internacional de Derecho Penal celebrado en el Cairo del 1 al 7 de Octubre de 1984, determinó que las reglas de la omisión impropia puede ser de gran utilidad para problemas de imputación en la determinación de la responsabilidad de los órganos directivos y los superiores jerárquicos de la organización empresarial, pues la clave del incremento de la eficacia preventiva del Derecho Penal individual, ha de buscarse en los delitos omisivos, concretamente en estructuras de omisión impropia.

seguridad. Con todo, existen determinadas exigencias³⁷⁴ que deben darse en su conjunto para que proceda la responsabilidad de estos entes ficticios³⁷⁵.

En Venezuela, por ejemplo, los artículos 3³⁷⁶ (requisitos), 4, 5, y 6³⁷⁷ (sanciones) de la Ley Penal del Ambiente, también le asignan responsabilidad penal a las personas jurídicas.

Otro ejemplo cercano es Brasil, en la Ley sobre Delitos Ambientales que provee específicas disposiciones para castigar penalmente a las personas jurídicas³⁷⁸.

Naturalmente no todos comparten que la persona jurídica posea capacidad de acción y sostienen, rebatiendo a quienes equiparan la capacidad de acción de las

³⁷⁴ 1-Que alguien haya actuado como órgano dotado de poderes de representación de una asociación, como miembro de la dirección o como socio de una sociedad comercial de personas; 2-Que, en dicha actuación, haya cometido un delito o una contravención al orden; 3-Que la acción del órgano haya vulnerado deberes que incumben a la persona jurídica o asociación; 4-Que por medio del delito o la contravención la persona jurídica o asociación se haya enriquecido o se hubiese debido enriquecer. La doctrina alemana ha criticado esta regulación, ya que limitaría considerablemente el círculo de autores que pueden realizar el hecho delictivo, ya que sólo contempla a un órgano o a un miembro de la dirección de la persona jurídica, entendiendo que sería necesario la ampliación a los que de cualquiera otra manera sean responsables de la dirección de la empresa. Citado por TOLEDO, V. Patsilí, obra citada, página 174.

³⁷⁵ En todo caso, los "autores se resisten" a considerarla propiamente penal. Cramer, op cit, página 427. La cuestión es sin embargo discutida, cfr, Jackobs, op cit, páginas 149 y siguientes. Citado por MATUS, A. Jean Pierre, CASTILLO, S. Marcelo, RAMÍREZ, R. María Cecilia, ORELLANA, C. Marcos, obra citada, página 82.

³⁷⁶ Ley Penal del Ambiente de Venezuela, de 3 de enero de 1992: **Artículo 3: Requisitos de las sanciones a personas jurídicas:** Independientemente de la responsabilidad de las personas naturales, las personas jurídicas serán sancionadas de conformidad con lo previsto en la presente Ley, en los casos en que el hecho punible descrito en ésta haya sido cometido por decisión de sus órganos, en el ámbito de la actividad propia de la entidad y con recursos sociales y siempre que se perpetre en su interés exclusivo o preferente.

³⁷⁷ **Artículo 6: Sanciones a las Personas Jurídicas:** La sanción aplicable a las personas jurídicas por los hechos punibles cometidos, en las condiciones señaladas en el Artículo 3º de esta Ley, será la de multa establecida para el respectivo delito y, atendida la gravedad del daño causado, la prohibición por un lapso de tres (3) meses a tres (3) años de la actividad origen de la contaminación. Si el daño causado fuere gravísimo, además de la multa, la sanción será la clausura de la fábrica o establecimiento o la prohibición definitiva de la actividad origen de la contaminación, a juicio del juez. El Tribunal podrá, así mismo, imponer a la persona jurídica, de acuerdo a las circunstancias del hecho que se haya cometido, alguna o algunas de las siguientes sanciones: 1.-La publicación de la sentencia a expensas del condenado, en un órgano de prensa de circulación nacional; 2.-La obligación de destruir, neutralizar o tratar las sustancias, materiales, instrumentos u objetos fabricados, importados u ofrecidos en venta, y susceptibles de ocasionar daños al ambiente o a la salud de las personas; 3- .-La suspensión del permiso o autorización con que se hubiese actuado, hasta por un lapso de dos (2) años; y 4.-La prohibición de contratar con la Administración Pública hasta por un lapso de tres (3) años.

³⁷⁸ Artículo 225 3º "en los casos en que la infracción sea cometida por decisión de su representante legal o contractual, o de su órgano colegiado, en interés o beneficio suyo, sin excluir la responsabilidad penal de las personas físicas que aparecen como autores, cómplices o encubridores materiales del hecho-Sistema de Responsabilidad Acumulativa. Citado por MATUS, A. Jean Pierre, CASTILLO, S. Marcelo, RAMÍREZ, R. María Cecilia, ORELLANA, C. Marcos, obra citada, página 107.

personas jurídicas para cometer ilícitos civiles a la capacidad para cometer ilícitos penales, que los conceptos de acción en el derecho privado y penal difieren, dado que para el Derecho Penal el concepto de acción equivale a acción humana³⁷⁹.

Por otro lado, es importante responder a la pregunta que se hace un autor al referirse al elemento de la culpabilidad de las personas jurídicas; ¿Puede el estigma de la pena golpear el cuerpo de las corporaciones y el reproche de culpabilidad alcanzar su alma³⁸⁰?

Entre otras fórmulas, se ha intentado responder a tal pregunta sobre la base de la creación de distintas instituciones dogmáticas que si bien no apuntan a sancionar directamente a las personas jurídicas, se encuentran orientadas a ejercer un mayor control sobre éstas o bien aumentan el grado de responsabilidad de las personas naturales que intervienen. Estas son: La actuación a nombre de otro³⁸¹, las medidas de seguridad³⁸² y las sanciones administrativas³⁸³

³⁷⁹ MIR PUIG, "Derecho Penal", Parte General, PPU. Barcelona, España, Año 1991, página 189, citado por RUSCONI, Maximiliano, Persona Jurídica y sistema penal: ¿hacia un nuevo modelo de imputación?, página 74, citado por CÉSPEDES, I. Rodrigo. Obra citada, página 84.

³⁸⁰ POLITOFF, Sergio, "El autor detrás del autor", "De la autoría funcional a la responsabilidad penal de las personas jurídicas". En el libro Gran criminalidad organizada y Tráfico Ilícito de Estupefacientes. Citado por, Boletín 4256-12, obra citada, página 10.

³⁸¹ La actuación a nombre de otro, explica que aquella persona natural que actúa en nombre de una persona jurídica se le traspasan todas sus calidades para los efectos de configurar el sujeto activo de un tipo legal, es decir, constituye un reforzamiento del Derecho Penal individual. Por ejemplo; aunque el gerente de una empresa no tenga ninguna deuda personal tributaria, pero sí la tenga la empresa que dirige, dicha calidad de deudor se le traspasa y se puede perseguir su responsabilidad penal conforme al tipo legal de fraude tributario. Citado por CÉSPEDES, I. Rodrigo. Obra citada, página 85

³⁸² GRACIA, M. Luis, señala que; "del mismo modo que la pena encuentra su fundamento en la culpabilidad, la medida de seguridad encuentra su fundamento único en la peligrosidad del delincuente". Es decir a diferencia de la pena, requieren para su aplicación no de tipicidad, culpabilidad y antijuricidad, sino de una peligrosidad que sí puede proceder de la utilización de una persona jurídica. "Las consecuencias Jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español. Valencia, España. Editorial Tirant Lo Blanch, Año 1996, página 355, citado por CÉSPEDES, I. Rodrigo. Obra citada, página 86.

³⁸³ LESMES, S. Carlos, "Las infracciones administrativas y la potestad sancionadora. Derecho Penal Administrativo (ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente). Granada, España, Editorial Comares, Año 1997, páginas 2 y 3; "Las sanciones administrativas, constituyen una tercera vía para sancionar a las personas jurídicas. No obstante, se critican por cuanto, la difusión de ese tipo de normativa es muy escasa y gozan de un dinamismo que no posee la norma penal. Además, señalan que la administración es selectiva en la persecución de los infractores, lo que puede llevar a arbitrariedades y a la deslegitimación de la acción administradora sancionadora. Citado por CÉSPEDES, I. Rodrigo. Obra citada, página 91.

A. Teorías a favor y en contra de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Chile.

En nuestro país, la mayoría de la doctrina se inclina por no atribuirles responsabilidad penal a las personas jurídicas

Incluso existen autores que sostienen que según la normativa vigente, la cuestión no merece ser analizada³⁸⁴, ya que el ilícito penal es personalísimo y sólo alcanza a las personas naturales, sin perjuicio de la responsabilidad civil por los daños y perjuicios que puede afectar a una persona jurídica.

A este respecto, cabe señalar que el antiguo artículo 39 del Código de Procedimiento disponía: *“La acción penal, sea pública o privada, no puede dirigirse sino contra los personalmente responsables del delito o cuasidelito. La responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales. Por las personas jurídicas responden los que hayan intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que afecte a la corporación en cuyo nombre hubieren obrado”*.

Por su parte, el Código Procesal vigente en su artículo 58 inciso 2, no se apartó de la regla tradicional de nuestro ordenamiento jurídico y dispone: *“Responsabilidad Penal: La acción penal, fuere pública o privada, no puede entablarse sino contra las personas responsables del delito. La responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales. Por las personas jurídicas responden los que hubiesen intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que les afectare.”*

Es así, como parece razonable coincidir (de acuerdo a la normativa vigente) con el autor que señala que la cuestión no merece ser analizada (al menos desde un punto de vista legal). Sin embargo, pensamos que no obstante las normas particulares que existen, es preciso debatir el punto y perfeccionar el sistema de responsabilidad aplicable a las personas jurídicas.

³⁸⁴ Rodríguez, G. Pablo, Obra citada, página 75.

Fundamentalmente, porque son dichas creaciones jurídicas, las que amparadas en su carácter de ente ficticio y en la dificultad de identificar con precisión la relación causal y la responsabilidad individual de los intervinientes, las que causan la inmensa mayoría de los desastres naturales. Desde ese punto de vista, claramente la cuestión merece ser analizada³⁸⁵.

De esta forma, hay autores que se han preocupado de debatir el tema y señalan por ejemplo: *“Predomina entre los penalistas la idea de que estos seres incorpóreos no pueden delinquir, porque faltan en ellos como atributos propios, el conocimiento y la actitud psicológica que constituyen bases imprescindibles de la culpabilidad”*³⁸⁶.

Por otra parte, algunos señalan que la persona jurídica no puede ser considerada como sujeto activo del derecho penal en razón de su incapacidad para accionar en este ámbito, ya que *“(…), un ente, que únicamente vive como producto de una idea, no actúa por sí, sino que forzosamente tiene que hacerlo a través de un sujeto realizador”*³⁸⁷.

Otros, plantean los siguientes argumentos para rechazar la responsabilidad penal de las personas jurídicas:

- (a) La acción de los entes jurídicos no calza con la noción de acción final, que presupone procesos volitivos vinculados con la finalidad que no son inherentes a su estructura y que no deben confundirse con los individuos que integran sus directorios.
- (b) Las personas jurídicas carecen de conciencia de antijuridicidad de la acción delictiva y de libertad para accionar.

³⁸⁵ RODRÍGUEZ, G. Pablo. Obra citada, página 75.

³⁸⁶ NOVOA, M. Eduardo, “Curso de Derecho Penal chileno. Parte General”. Tomo I. Santiago, Editorial Conosur Ltda. Año 1985, página 244.

³⁸⁷ COUSIÑO Mac Iver, Luis, “Derecho Penal Chileno” Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Año 1975, página 23.

- (c) La pena, en cuanto a su finalidad y función, carecería de sentido, ya que si es concebida como retribución, las personas jurídicas no padecen. Si es concebida de naturaleza preventiva especial, la resocialización sería inefectiva³⁸⁸.

Con todo y a pesar de negar la posibilidad de imponer sanciones de carácter penal a las personas jurídicas, se postula la posibilidad de imponer sanciones administrativas. Así, se señala que, *“hay conveniencia en adoptar medidas de índole administrativa, que pueden llegar hasta la cancelación de la personalidad jurídica, pero las cuales no son penas, en el sentido de la palabra. Estas medidas administrativas podrían ser decretadas por la autoridad gubernamental y también por los órganos jurisdiccionales, sin que pierdan el carácter de tales”*³⁸⁹.

Por último, cabe recordar que desde el punto de vista normativo, el Decreto Ley 211 sobre libre competencia, establecía en su redacción original como sanción penal a la empresa, la “disolución” de la persona jurídica.

En la misma línea, el marco del cumplimiento de las exigencias impuestas por la OCDE a Chile para su ingreso, se ha aprobado recientemente en nuestro país una ley que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero restringida a cierta clase de delitos. A saber, lavado de activos, financiamiento del terrorismo y cohecho a funcionarios públicos internacionales. Dicha Ley N° 20.393, fue publicada en el Diario Oficial el 2 de diciembre del año 2009 y a nuestro juicio pudo ser una buena oportunidad para incorporar los delitos contra el medioambiente cometidos por personas jurídicas.

B. Dificultades para determinar la responsabilidad penal en los distintos niveles de decisión.

El problema que se plantea en este punto, es descifrar en la complejidad de una estructura societaria el agente particular o persona natural que cometió el ilícito.

³⁸⁸ En GARRIDO MONTT, Mario, obra citada, página 57.

³⁸⁹ COUSIÑO Mac Iver, Luís, obra citada, página 24.

Así, el tamaño de la empresa tendrá que ver directamente con la magnitud de la estructura societaria y ésta, determinará la posibilidad de identificar precisamente al autor del delito.

Como hemos dicho, en estructuras económicas complejas, son una serie de decisiones las que finalmente concurren en la consumación del ilícito. Ponderar la importancia de cada una de ellas, la posibilidad fáctica de oponerse a determinada decisión, cómo verificar quienes efectivamente ostentan la situación de poder decisorio o también el conocimiento efectivo que se tiene sobre la conducta que se realiza, serán tareas que probablemente sea necesario resolverlas caso a caso, atendiendo a las competencias específicas de cada nivel de decisión.

Así, por ejemplo, se podrá distinguir entre el tipo y modo de producción, de forma tal, que las decisiones relativas al tipo de producción, es decir, con la clase de productos con que se trabaja, se relacionará con la política empresarial y por ende con el nivel de decisión estratégico.

Por otra parte, las decisiones relativas al modo de producción, corresponderá al nivel administrativo de decisión, mientras que la gestión concreta de ellos corresponderá al nivel operativo de decisión.

De esta forma, si el daño es consecuencia de todo el proceso productivo, serán los órganos rectores quienes deberán responder por tratarse de una decisión estratégica y no operativa. A la inversa, si el daño es producto de un proceso productivo específico, la responsabilidad recaerá en el nivel operativo.

Con todo, esta forma de solución tiene innumerables problemas; existen líneas de delegación y subordinación, estructuras horizontales y verticales, superposición de competencias o incluso personas jurídicas controladas por sociedades internacionales^{390 391}, entre otras.

³⁹⁰ TOLEDO, V. Patsilí, obra citada, página 180.

³⁹¹ El Boletín 5654-12, mantiene inalterable en esta materia el principio general del artículo 58 del Código Procesal Penal (antiguo artículo 39 del Código de Procedimiento Penal) y que sean los representantes los que respondan por los hechos punibles que se cometieren en el ámbito de su organización, sin perjuicio de establecer un fuerte sistema de sanciones de carácter administrativo, consistente en importantes multas, clausuras temporales o definitivas o por ejemplo, la inscripción en

CAPÍTULO VI

NECESIDAD DE UN NUEVO ENFOQUE EN EL ESTABLECIMIENTO DE UN SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL Y SUS SANCIONES PARA UNA FUTURA LEGISLACIÓN PENAL AMBIENTAL

Visto lo anterior, se trata ahora de identificar los fundamentos legales que justifiquen proponer un trabajo en la dirección que se plantea. Así, más allá de las consideraciones de hecho que se han señalado y la urgente necesidad que advertimos de tipificar cuando antes en Chile el delito penal ambiental, también resulta pertinente recordar las obligaciones internacionales que Chile ha contraído en la materia junto a las novedosas fórmulas que se han propuesto en el concierto internacional destinadas a regular de manera eficiente e innovadora el establecimiento de una legislación penal ambiental.

I. OBLIGACIONES INTERNACIONALES

En esta materia, seguiremos la investigación realizada por los profesores Matus, Castillo, Ramírez y Orellana³⁹², quienes antes de analizar en concreto las obligaciones internacionales, se hacen cargo de un complejo elemento claramente decisivo para determinar la eficacia del denominado derecho internacional del medio ambiente y la posibilidad de cierta de introducir modificaciones estructurales destinadas a evitar que aquellos países que más contribuyen al deterioro del medio ambiente y aquellos que se encuentran en desarrollo, equilibren sus niveles de crecimiento económico con el debido cuidado y protección del entorno.

Así, los autores, nos recuerdan la clasificación que se ha hecho³⁹³, destinada a ordenar las normas convencionales en tres grupos: (a) *Las que imponen obligaciones concretas*, como sucede particularmente con los convenios relativos a la lucha contra la contaminación del mar por hidrocarburos y en el Convenio 29

un sistema de Registro Público que ha de tomarse en cuenta a la hora de evaluar nuevos proyectos o actividades de la persona jurídica sancionada.

³⁹² MATUS, A. Jean Pierre, CASTILLO, S. Marcelo, RAMÍREZ, R. María Cecilia, ORELLANA, C. Marcos, obra citada, páginas 21 y siguientes.

³⁹³ FERNANDEZ CASADAVANTE R. Carlos, "La protección del Medio Ambiente en Derecho Internacional, Derecho Comunitario Europeo y Derecho Español, Vitoria, 1991, página 109. Citado por MATUS, A. Jean Pierre, CASTILLO, S. Marcelo, RAMÍREZ, R. María Cecilia, ORELLANA, C. Marcos, obra citada, páginas 27

sobre responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales; (b) *Las que imponen obligaciones generales no concretadas*, esto es, “obligaciones de buena voluntad”, que “dependen exclusivamente de la opinión que tiene el deudor de la obligación del comportamiento que debe adoptar para conformarse a esa obligación”, y por tanto, “su voluntad no se halla sujeta a ningún constreñimiento”, como sucedería con las obligaciones convencionales de información, consulta, cooperación, negociación y “otras cuando no son concretadas ni desarrolladas por el texto convencional”; y (c) *Las que imponen obligaciones de desarrollo discrecional*, “que tienen un objeto bien definido, evaluable desde el exterior, pero cuya puesta en práctica depende de una apreciación subjetiva que el contrayente se ha reservado desarrollar de manera más o menos discrecional”, entre las que se citan todas las obligaciones que caen bajo las fórmulas “se fomentará”, “se esforzarán”, “hará todo lo posible”, etc.

Conviene tener en consideración la clasificación mencionada para analizar las obligaciones internacionales de Chile en la materia, ya que tal como señalan los autores, sólo es posible concluir preliminarmente que sólo las normas convencionales del primer grupo podrán imponer una obligación estricta respecto al establecimiento de delitos en el ordenamiento interno de los Estados suscriptores, ya que, la definición de la naturaleza precisa del delito, es decir, penal, civil o administrativo, será una cuestión que deberá decidir soberanamente cada Estado, en razón de la utilidad, conveniencia y oportunidad que posee en concreto para el plano local, sin que la norma convencional internacional determine de modo alguno el sentido de la adecuación normativa que se proponga llevar adelante³⁹⁴.

De esta forma, a objeto de mencionar las principales obligaciones que Chile ha contraído en la materia, sin pretender resolver con exactitud cuáles son los tratados de carácter medioambiental suscritos por el Estado de Chile y descartando aquel conjunto de instrumentos internacionales relativos al medio ambiente que por su naturaleza u objeto no aluden directa o indirectamente a la conveniencia de establecer un régimen penal medioambiental, se pueden ordenar los instrumentos de la siguiente forma: (1) Aquellos que sólo contemplan obligaciones más o menos

³⁹⁴ MATUS, A. Jean Pierre, CASTILLO, S. Marcelo, RAMÍREZ, R. María Cecilia, ORELLANA, C. Marcos, obra citada, página 28.

generales de adaptar la legislación interna de los Estados a los requerimientos de protección del medio ambiente; y (2) Aquellos que imponen obligaciones concretas de establecer delitos y sanciones de carácter penal, no sujetas a la discreción de los Estados³⁹⁵.

Se trata entonces de un análisis descendente, desde aquellos que imponen obligaciones de buena voluntad hasta aquellos que imponen la obligación jurídica concreta de establecer delitos penales ambientales.

Así, los autores consideran como una simple invitación a observar un comportamiento determinado, el Principio 11 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, efectuada en Río de Janeiro entre los días 3 al 14 de junio de 1992, según el cual “los Estados deberán promulgar leyes eficaces sobre el medio ambiente”.

Agregan a su vez, que dicho principio se ve claramente limitado, ya que añade que “las normas, los objetivos de ordenación y las prioridades ambientales deberían reflejar el contexto ambiental y de desarrollo al que se aplican”, y que “las normas aplicadas por algunos países pueden resultar inadecuadas y representar un costo social y económico injustificado para otros países, en particular los países en desarrollo”. Señalan así, que en definitiva la adecuación normativa queda supeditada a los niveles de desarrollo de cada país, sin que sea posible argumentar la necesidad de armonizar distintas regulaciones medioambientales entre distintos países.

Por otro lado, como un poco más que una “invitación”, pero no mucho más que una “sugerencia”, califican los autores el artículo 8 relativo a las prescripciones del Convenio sobre la Diversidad Biológica, adoptado en la misma Conferencia Internacional de Río de Janeiro, el 5 de junio de 1992, que “obliga” a “cada parte contratante, en la medida de lo posible y según proceda”, a establecer “un sistema de áreas protegidas o áreas donde haya que tomar medidas especiales para

³⁹⁵ MATUS, A. Jean Pierre, CASTILLO, S. Marcelo, RAMÍREZ, R. María Cecilia, ORELLANA, C. Marcos, obra citada, página 30.

conservar la diversidad biológica” y “la legislación necesaria y/u otras disposiciones de reglamentación para la protección de especies y poblaciones amenazadas”.

De la misma manera, califican los autores el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, de 22 de marzo de 1985, en su artículo 2.2. b), y bajo el epígrafe de “Obligaciones Generales”, entrega a la discreción de las Partes, “de conformidad con los medios que dispongan y en la medida de sus posibilidades”, la adopción de las “medidas legislativas o administrativas adecuadas para controlar, limitar, reducir o prevenir las actividades humanas bajo su jurisdicción o control en el caso de que compruebe que estas actividades tienen o pueden tener efectos adversos como resultado de la modificación o probable modificación de la capa de ozono”.

De igual forma, los autores mencionan el artículo 5. d) de la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural de París, de noviembre de 1972, que dispone “...cada uno de los Estados Partes en la presente Convención procurará dentro de lo posible” “adoptar las medidas jurídicas científicas, técnicas, administrativas y financieras adecuadas, para identificar, proteger, conservar, revalorizar y rehabilitar” el patrimonio cultural y natural situado en su territorio.

Ahora bien, siguiendo con la clasificación mencionada, los autores advierten la existencia de instrumentos que establecen una obligación concreta de modificar o adecuar la legislación interna para regular una situación determinada.

Distinguen a su vez, dentro de esta clase de obligaciones y tal como señaláramos anteriormente, entre aquellos instrumentos que contienen obligaciones concretas, pero que no obstante, no precisan si se trata de normas de carácter civil, administrativo o penal de la modificación legal que le imponen (y por tanto, dejan a la discreción soberana de los Estados determinar la clase de modificación legal a realizar) y aquellos que directa e indirectamente indican que dicha modificación ha de hacerse estableciendo específicas figuras penales.

Así, respecto de la primera clase de obligaciones, es decir, aquellas que no especifican la naturaleza del mandato dejando a la decisión soberana del Estado

decidir si la modificación legal incluirá o no disposiciones de carácter penal, los autores citan las siguientes disposiciones o normas convencionales: El artículo 2 (2) de la Convención sobre Conservación de Focas Antárticas, y de su Apéndice, Londres, 1 de junio de 1972³⁹⁶; el artículo V de la Convención para la Protección de la Flora, la Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América, Washington, 12 de octubre de 1940³⁹⁷; los artículos 2º y 4º del Convenio para la Conservación y Manejo de la Vicuña, Lima, diciembre de 1979³⁹⁸; el artículo 3 del Convenio sobre Resguardo de Bosques Fronterizos Contra Incendios, suscrito entre el Gobierno de Chile y el de Argentina, Santiago de Chile, 22 de diciembre de 1961³⁹⁹; el artículo 4º del Protocolo de Montreal Relativo a las Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono, de 16 de septiembre de 1987, sus enmiendas y ajustes⁴⁰⁰; el artículo III del Protocolo de para la Protección del Pacífico Sudeste Contra la Contaminación Proveniente de Fuentes Terrestres, Quito 22 de julio de 1983⁴⁰¹; el artículo II del

³⁹⁶ Artículo 2 (2)...Cada parte Contratante adoptará para sus nacionales y los buques bajo su bandera las leyes, reglamentos y otras medidas, incluso un sistema de permisos según sea apropiado, que puedan ser necesarios para la ejecución de esta Convención". La Convención establece cuota de caza, tiempos de veda y prohibiciones respecto del recurso "foca antártica". Citado por los autores que hemos señalado.

³⁹⁷ Artículo V. "1. Los Gobiernos Contratantes convienen en adoptar o en recomendar a sus respectivos cuerpos legislativos competentes, la adopción de leyes y reglamentos que aseguren la protección y conservación de la flora y fauna dentro de sus respectivos territorios y fuera de los parques y reservas nacionales, monumentos naturales y de las reservas de regiones vírgenes mencionados en el art. II. Dichas reglamentaciones contendrán disposiciones que permitan la caza o recolección de ejemplares de fauna y flora para estudios e investigaciones científicas por individuos y organismos debidamente autorizados". Citado por los autores mencionados.

³⁹⁸ Art. 2. "Los Gobiernos signatarios prohíben la caza y la comercialización ilegales de la vicuña, sus productos y derivados en el territorio de sus respectivos países".

Art.4. "Los Gobiernos signatarios prohíben la exportación de vicuñas fértiles, semen u otro material de reproducción con excepción de aquellas destinadas a alguno de los países miembros para fines de investigación y/o redoblamiento".

³⁹⁹ Artículo 3º. "Los Gobiernos de Chile y Argentina se comprometen a prohibir, entre el 1º de noviembre y el 31º de marzo de cada año, el uso del fuego como medio de habilitar terrenos de cualquier naturaleza" en la zona que se designa (franja 15 kms. cuadrados a cada lado de la frontera, entre los paralelos 36 y 45 Latitud Sur, cuya calidad será de terrenos forestales." Citado por los autores señalados.

⁴⁰⁰ Artículo 4. "Control de Comercio con Estados que no sean Partes en el Protocolo"; 1- Al 1º de enero de 1990, toda Parte prohibirá la importación de sustancias controladas que figuran en el Anexo A procedentes de cualquier Estado que no sea Parte en el presente Protocolo. 1 bis. En el plazo de 1 año a contar de la entrada en vigor de las disposiciones del presente párrafo, toda Parte prohibirá la importación de sustancias controladas que figuran en el Anexo B procedente de cualquier Estado que no sea parte en el presente Protocolo. 2- A partir del 1º de enero de 1993, toda Parte prohibirá la exportación de sustancias controladas que figuran en el anexo A, a los Estados que no sean Parte en el presente Protocolo. 2 bis. Transcurrido un año a contar de la entrada en vigor de las disposiciones del presente párrafo, toda Parte prohibirá la exportación de sustancias controladas que figuran en el anexo A a los Estados que no sean Partes en el presente Protocolo. Las sustancias de los anexos referidos son clorofluorocarbonos derivados que se clasifican según su potencialidad de agotamiento del ozon

o. Citado por los autores que hemos mencionado.

⁴⁰¹ Artículo III. "Obligaciones Generales". "...Las Altas Partes Contratantes dictarán leyes y reglamentos para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino proveniente de fuentes terrestres, incluso los ríos, estuarios, tuberías y estructuras de desagüe, teniendo en cuenta

Protocolo para la Protección del Pacífico Sudeste Contra la Contaminación Radiactiva, Paipa (Colombia), 1981⁴⁰²; y los artículos 2 y 3 de la Convención sobre Prohibición de Pesca con Redes de Deriva de Gran Escala en el Pacífico Sur, 1989, y su Protocolo de 1990⁴⁰³.

De esta manera, los autores concluyen la clasificación mencionada, indicando algunos de los instrumentos internacionales que establecen las obligaciones concretas de modificar o adecuar precisa y determinadamente la legislación interna en orden a establecer disposiciones de carácter penal.

Así, los autores citan la Convención Internacional para la Regulación de la Caza de Ballenas y su anexo, Washington, de 2 de diciembre de 1946, cuyo artículo IX, dispone que “ (1) cada Gobierno Contratante tomará las medidas apropiadas para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención y la sanción para las infracciones a tales disposiciones en las operaciones efectuadas por personas o por naves bajo su jurisdicción”, agregando “(3) los juicios por infracciones o contravenciones a esta Convención serán entablados por el Estado que tenga jurisdicción **sobre tales delitos**”;

También, mencionan la Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares, Viena/ Nueva York, de 3 de marzo de 1980, cuyo artículo 7 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”.

las reglas estándares, así como las prácticas y procedimientos recomendados que se hayan convenido internacionalmente. (inciso 2º). Citado por los autores señalados.

⁴⁰² Artículo II. “Las Altas Partes Contratantes acuerdan prohibir todo vertimiento de desechos radiactivos y otras sustancias radiactivas en el mar y/o en el lecho de éste, dentro del ámbito de aplicación del presente Convenio. Igualmente, las Altas Partes Contratantes acuerdan prohibir todo enterramiento de desechos radiactivos u otras sustancias en el subsuelo del mar dentro del ámbito de aplicación del presente Convenio”. Citado por los autores que hemos mencionado

⁴⁰³ Artículo 2º. “Cada Parte se compromete a prohibir a sus nacionales y barcos pesqueros registrados en virtud de sus leyes, el uso de redes de deriva dentro del Área de la Convención”. Citado por los autores señalados.

Por otra parte, señalan también a la Convención de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de Desechos Peligrosos y su Eliminación, de 1989, cuyo artículo 4 establece como obligación general que “ (3) las Partes considerarán que el tráfico ilícito de desechos peligrosos y otros desechos **es delictivo**”, agregando, en consecuencia, como obligación específica en su artículo 9º, que “ (5) cada Parte promulgará las disposiciones legislativas nacionales adecuadas para prevenir y castigar el tráfico ilícito”.

A su vez, destacan el artículo 13.1 del Protocolo al Tratado Antártico sobre protección del medio ambiente, Madrid, 4 de octubre de 1991, que para su cumplimiento señala que “cada Parte tomará medidas adecuadas en el ámbito de su competencia para asegurar el cumplimiento de este Protocolo, incluyendo la adopción de leyes y reglamentos, actos administrativos y medidas coercitivas”. Señalan los autores que aunque no se emplea la expresión “delito” u otra similar, al mencionar separadamente las leyes, reglamentos y “actos administrativos” de las “medidas coercitivas”, parece no dejar mucho a lugar otras medidas coercitivas diferentes a la adopción de una legislación penal en el orden interno;

Por otra parte, citan el artículo VIII de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES), Washington, 3 de marzo de 1973. Señalan que en este caso ha sido la Conferencia de las Partes establecida en la propia Convención la que ha asumido en sus recomendaciones y decisiones que las “sanciones” a que se refiere su artículo VIII , incluyen a las propiamente penales, según su “contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

De esta manera indican, se ha decidido que cuando una Parte sea informada por la Secretaría del uso fraudulento de documentos emitidos por esa Parte, deberá proceder a “investigar e identificar a los instigadores del crimen”, y se ha recomendado a las partes no sólo hacer llegar a la Secretaría de CITES copias de las leyes “más estrictas” adoptadas en cumplimiento de la convención e informes acerca de su eficacia, sino que, además, adopten estrictas medidas de control sobre el tráfico ilícito de especímenes de especies en peligro y adoptar, en caso de violación de esas medidas de control, “las medidas apropiadas, en conformidad al

art. VIII, párrafo 1, de la Convención, en orden a penalizar tales violaciones”, encargándose a la Secretaría de CITES que identifique las Partes cuya legislación no ha penalizado aún el tráfico ilícito de animales (con el propósito de que dichas Partes adopten las medidas necesarias al respecto).

También, los autores destacan las disposiciones del Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por los Buques (MARPOL 1973/1978). El artículo 4º, señala que “toda trasgresión de las disposiciones del presente Convenio...estará prohibida y será sancionada por la legislación de la Administración del buque interesado”. Las “transgresiones” hacen referencia a las Reglas MARPOL para evitar la contaminación de los mares por hidrocarburos, y aunque en el texto no se utilizan expresiones como “infracciones punibles” o “sanciones penales” contenidas en sus antecesores (el Convenio internacional para Prevenir la Contaminación del Mar por Hidrocarburos de 1954, Reformado), nuevamente el contexto de la Convención y “su objetivo y fin” (artículo 31.1. Convención de Viena), parecen indicar que entre tales transgresiones, al menos las más graves han de entenderse constitutivas de infracciones penales.

Es así, como el propio artículo 4º habla de “incoar un procedimiento” y la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, parece suponer casi sin lugar a dudas que las medidas a adoptar contra las transgresiones en el ámbito del cumplimiento de los tratados relativos a la contaminación marítima, contemplan disposiciones legales en el orden interno de carácter penal. Así, esta Convención establece, junto con la obligación general de “proteger y preservar el medio ambiente marino” (artículo 192), obligaciones concretas de dictar leyes y reglamentos para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marítimo en sus diversas manifestaciones, junto con precisas reglas de procedimiento, prescripción y competencia, dando preferencia a la jurisdicción (criminal) del pabellón.

Además, mencionan como una situación similar a la del Convenio MARPOL 1973/1978, la que se presenta respecto del artículo VII del Convenio sobre Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimientos de Desechos y otras

Materias⁴⁰⁴, de 1972, al que también hace referencia la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982.

Por último, dentro de aquellos instrumentos que establecen obligaciones concretas de introducir y modificar la legislación interna, específicamente incorporando figuras penales, los autores destacan 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, de 1972 y 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, donde la gravedad de las conductas que los Estados se obligan 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), precisan que parece indicar que el grado de discrecionalidad de que se dispone, en el sentido de no sancionarlas penalmente, sino civil o administrativamente, es muy limitado.

A. Situación de Chile

Siguiendo con la investigación realizada por los profesores que hemos mencionado⁴⁰⁵, es preciso observar el grado de cumplimiento de Chile en el contexto internacional, particularmente en la incorporación de figuras penales en su ordenamiento interno. Para esto, cabe recordar lo que se ha señalado al comienzo del presente título, es decir, que lo anterior, no significa que exista necesariamente una obligación internacional de establecer figuras penales para la protección de las materias que se han mencionado u otras que puedan importar la necesidad de establecer delitos penales.

Además, se debe tener presente que incluso aquellas situaciones en que se imponga una obligación precisa de incriminar penalmente un determinado hecho, los Estados son soberanos, de acuerdo al principio de legalidad-el cual es un

⁴⁰⁴ Los autores que venimos mencionando señalan que este Convenio es complementario de MARPOL, 1973/1978.

⁴⁰⁵ MATUS, A. Jean Pierre, CASTILLO, S. Marcelo, RAMÍREZ, R. María Cecilia, ORELLANA, C. Marcos, obra citada, páginas 46 a 52.

derecho humano reconocido también internacionalmente-, para crear en su derecho interno las figuras penales correspondientes a esas obligaciones, por lo que en tales materias carece de aplicación directa en el orden penal interno las normas internacionales de los tratados internacionales correspondientes⁴⁰⁶ y el cumplimiento del Estado deberá hacerse valer por la vía que el respectivo instrumento internacional disponga al efecto, aunque naturalmente no podrá oponerse como excusa para el cumplimiento el propio derecho interno.

De esta manera, corresponde analizar someramente la situación de Chile en esta materia, continuando con la investigación realizada por los autores que hemos señalado y que abordan esta materia bajo el título; “El Debe y el Haber del Estado de Chile en Materia de Delitos Medioambientales, conforme a sus obligaciones internacionales”.

Así, los autores realizan un “inventario somero” de las disposiciones penales chilenas que dan cuenta de las obligaciones suscritas en los instrumentos internacionales que imponen obligaciones concretas de modificar o adecuar precisa y determinadamente la legislación interna en orden a establecer disposiciones de carácter penal. Para lo cual, los autores analizan las materias señaladas en el mismo orden establecido anteriormente:

De esta manera, con respecto a la Convención Internacional para la Regulación de la Caza de la Ballena y su Anexo, aunque no existe un cuerpo legal específico destinado a su ejecución, los autores citan la Ley General de Pesca y Agricultura, Nº 19.173, que en su artículo 139, castiga penalmente el “procesamiento, el apozamiento, elaboración, transformación y el almacenamiento de recursos hidrobiológicos vedados, así como también el almacenamiento de productos derivados de éstos”.

Agregan, que la caza de ballenas mediante artes o procedimientos prohibidos, también podría encontrar protección de forma indirecta, en la sanción penal establecida en el artículo 135 de la Ley General de Pesca, donde se castiga al “que

⁴⁰⁶ Con la excepción posible de considerar tales normas como complementarias de una ley penal en blanco que se remitiese a ellas genéricamente o específicamente, como sucedería en el ámbito europeo, según señala Raúl Carnevali, en *Derecho Penal y Derecho sancionador de la Unión Europea*. Granada, Año 2001, página 111. Citado por MATUS, A. Jean Pierre, CASTILLO, S. Marcelo, RAMÍREZ, R. María Cecilia, ORELLANA, C. Marcos, obra citada, páginas 45 y 46.

capturare o extrajera recursos hidrobiológicos utilizando elementos explosivos, tóxicos u otros cuya naturaleza provoque daño a esos recursos o a su medio”.

Por otro lado, señalan que en lo relativo a la Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares, la Ley N° 18.302 sobre Seguridad Nuclear, de 16 de abril de 1984, es mucho más detallada a la hora de cumplir con las obligaciones de la Convención. Así, se contemplan en sus artículos 41 y siguientes crímenes y simples delitos que cumplen en buena medida con dichas obligaciones: (1) Realizar usos pacíficos de energía nuclear; sin la debida autorización, poniendo en peligro la vida, salud o integridad de las personas, bienes, recursos naturales o medio ambiente (art. 45); (2) El robo, hurto, sustracción o apropiación ilícita de materiales radiactivos (art. 41 inciso 1°); (3) Dar ocasión negligentemente al robo, hurto, sustracción o apropiación de dichos materiales (art. 43 inciso 2); y (4) la amenaza condicional de causar un daño nuclear (art. 46).

Respecto a las obligaciones contenidas en la Convención de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de Desechos Peligrosos y su Eliminación, Chile no cuenta con ningún texto que directamente tienda a cumplir con sus previsiones penales, encontrándose actualmente archivado un Proyecto de Ley (Boletín N° 150-11), que pretendía establecer un delito, en cumplimiento de dicha Convención, en los siguientes términos: “Artículo 7. El que interne desechos o residuos peligrosos al territorio nacional o a un área en que el Estado ejerza jurisdicción o derechos de soberanía, o maneje derechos o residuos peligrosos que hubieren sido internados en esas zonas, será sancionado con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de seis a cincuenta unidades tributarias mensuales. Agregan que se trata de un texto evidentemente incompleto con relación a las precisas obligaciones de la Convención respecto del tráfico ilícito de desechos peligrosos.

Por otra parte, en lo que respecta a lo dispuesto en el Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente, no existe tampoco, alguna disposición penal específicamente destinada a dar cumplimiento a las obligaciones que en ese sentido allí se establecen. No obstante, agregan, es posible al menos respecto de la protección del medio marino antártico, considerar que de alguna manera se cumple

con el tratado con la disposición del art. 136 de la Ley General de Pesca, que castiga con penas y multa de prisión al que negligente o dolosamente “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 neutralizados para evitar tales daños”.

A su vez, en referencia la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre (CITES), la Ley de Caza, N° 19.473, de 27 de septiembre de 1996, se hace cargo de las obligaciones internacionales existentes en la materia e incorpora en el inciso segundo de su art. 22 la certificación CITES para acreditar la procedencia u obtención de animales exóticos pertenecientes a especies o subespecies listadas en los Apéndices I, II o III CITES, y su art. 31 sanciona con las penas de presidio menor en su grado mínimo, multa y comiso de las armas de caza o de captura, “a quienes cazaren, capturaren o comerciaren habitualmente especies de la fauna silvestre”, mencionadas en el art. 22.

Agregan que en dicho artículo, se extiende la sanción penal a la caza, captura y comercio habitual de toda especie de la fauna silvestre cuya caza o captura esté prohibida por haber sido catalogados por el Reglamento respectivo (actualmente, art. 4° D.S. 3 (Agricultura de 9 de enero de 1998) como especies en peligro de extinción, vulnerables, raras o escasamente conocidas, y también para las que sean declaradas beneficiosas para la actividad silvoagropecuaria, la mantención del equilibrio de los ecosistemas o cuya densidad poblacional se encuentre reducida.

Añaden además, siguiendo con lo anterior, la existencia de una sanción menor-prisión de 21 a 60 días, multa y comiso-, que de todos modos recae en el ámbito de la justicia criminal, se establece además en el art. 30 letras a) y b) de la Ley N° 19.473, para la caza, captura, o comercio no habitual de especies de la fauna silvestre cuya caza o captura esté prohibida, o el solo comercio con especies exóticas CITES. En cuanto a la posesión con fines comerciales o industriales no autorizada (sin permiso o certificación) de fauna silvestre cuya caza o captura esté

prohibida y de especies CITES, ésta constituye, según el inciso final del art. 30 de la Ley N° 19.473, una presunción de autoría de los antes descritos.

Por otra parte, en cuanto a las disposiciones del Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por los Buques (MARPOL 1973/1978), y al Convenio sobre Prevención de la Contaminación del Mar por vertimientos de Desechos y otras Materias, el D.L. 2.222, Ley de Navegación, entrega a la Dirección del Territorio Marítimo las facultades para “hacer cumplir, dentro de la jurisdicción nacional”, las “obligaciones y prohibiciones” que allí se establecen, configurando solamente un sistema de sanciones administrativas y de responsabilidad civil para los casos de contaminación de los mares. De esta forma, señalan, queda como figura residual que cumple indirectamente con las obligaciones internacionales, la ya citada disposición del art. 136 de la Ley General de Pesca, que castiga criminalmente al 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 neutralizados para evitar tales daños”, entendiéndose como medidas de previa neutralización el cumplimiento de las Reglas MARPOL.

Por último y en lo relativo a la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su Destrucción, y el Tratado que Prohíbe las Pruebas de Armas Nucleares en la Atmósfera, en el Espacio Exterior y en el Mar, los autores señalan que la legislación nacional, que prohíbe absolutamente las armas especiales, esto es, “las químicas, biológicas y nucleares” (art. 3 inciso 4 Ley N° 17.798 sobre Control de Armas), castigando con severas penas su porte y posesión (arts. 13 y 14)- sin ofrecer siquiera un régimen de permiso sobre ellas, como en el caso de las armas de fuego comunes-, indican, parece cumplir plenamente con las previsiones de dichos instrumentos internacionales.

De esta manera, y para comprender con claridad los alcances del análisis que han hecho los profesores mencionados respecto de los instrumentos internacionales señalados y su correlato en las medidas que Chile ha adoptado para su

cumplimiento, parece conveniente transcribir las conclusiones que estos profesores han realizado sobre esta materia:

“Podemos señalar que la República de Chile sólo parece haber cumplido en buena medida las obligaciones de criminalizar contempladas en los instrumentos internacionales relativos a la energía nuclear (Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares) y a las armas de destrucción masiva (Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su destrucción, y el Tratado que prohíbe las Pruebas de Armas Nucleares en la Atmósfera, en el Espacio Exterior y el Mar).

Por otra parte, en cuanto a la protección de las especies en peligro de extinción (Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES), aunque existe una legislación penal específica que en buena parte comprende las obligaciones internacionales en la materia, ésta no parece responder a las “estrictas” sanciones y medidas que la Conferencia de las Partes CITES entiende deben adoptarse en la materia.

Además, sólo indirectamente- a través de disposiciones de carácter general y no específico, como son las contempladas en la Ley General de Pesca- podemos encontrar una sanción penal a los hechos que la Convención Internacional para la Regulación de la Caza de Ballenas y el Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente indican deben contemplarse como delitos.

Lo mismo que en el caso anterior sucede con las obligaciones contenidas en el Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por los Buques (MARPOL 1973/1978), y el Convenio sobre Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimientos de Desechos y otras Materias, con la diferencia de que en su caso el cuerpo legal que se hace cargo específicamente de estas obligaciones (Ley de Navegación D.L. 2.222) entrega por regla general a un procedimiento de carácter administrativo sancionador (radicado en la judicatura civil) el establecimiento de las infracciones a las obligaciones que los instrumentos internacionales citados contemplan.

Finalmente, cabe destacar la inexistencia de una legislación penal específica en torno al castigo penal de los hechos que determinadamente la Convención de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de Desechos Peligrosos y su Eliminación señala como merecedores de sanciones de esa naturaleza, con el agravante de que el texto legal que se propuso para su regulación, amén de ser insuficiente para dar cumplimiento a las precisas obligaciones de la Convención respecto al castigo del tráfico ilícito de desechos peligrosos, ha sido archivado por la Cámara de Diputados⁴⁰⁷.

II. UN NUEVO ENFOQUE

A lo largo de este trabajo, hemos intentado analizar las principales instituciones, problemas y desafíos que se han presentado al momento de desarrollar una legislación penal para el medio ambiente. Así, hemos comentado el estado de la legislación penal ambiental en algunos países, las dificultades que se presentan al momento de establecer reglas de imputación penal en las empresas, problemas propios de la dogmática penal, los sistemas de responsabilidad aplicables al daño ambiental, como también, los fines propios que debiese perseguir la sanción penal ambiental, por nombrar algunas materias.

Con todo, ha sido inquietud central de nuestro trabajo, manifestar nuestra preocupación por la eficacia en la determinación de la responsabilidad ante la ocurrencia de un delito penal ambiental, como también, respecto de la naturaleza y coherencia de las sanciones destinadas a tutelar efectivamente el medio ambiente.

De esta manera, a continuación nos propondremos en el marco de la fase final de nuestro trabajo y a modo de propuesta, sugerir un nuevo enfoque en la estructuración de un sistema de responsabilidad y sus sanciones como aporte a lo que será una futura legislación penal ambiental para Chile.

⁴⁰⁷ Lo relativo a las Obligaciones e Instrumentos Internacionales y los deberes de Chile de modificar su legislación interna incorporando delitos penales, ha tenido como única fuente el trabajo de MATUS, A. Jean Pierre, CASTILLO, S. Marcelo, RAMÍREZ, R. María Cecilia, ORELLANA, C. Marcos, obra citada, páginas 17 a 52.

Así, intentaremos a la luz de los avances internacionales vistos, como los principios orientadores que se han propuesto en Chile como en el mundo, sugerir un nuevo enfoque respecto de los sistemas de responsabilidad aplicables al delito penal ambiental y un régimen de sanciones enfocado en la preservación del medio ambiente por sobre los apremios corporales tradicionales del derecho penal. Este enfoque, se construye sobre la base de cinco pilares fundamentales: **(1) Sólo respecto de aquellos delitos de resultado**, es decir, que se concrete efectivamente el daño; **(2) Eficacia en la Determinación de la Responsabilidad** de aquellos hechos que dañan el medio ambiente; **(3) Sólo respecto de aquellos delitos cometidos en ámbito de una organización empresarial**; **(4) Analizado bajo el problema Costo-Beneficio**; y **(5) Con una finalidad claramente Preventiva**.

A. Clasificación de los Delitos según el Bien Jurídico Dañado. Preeminencia de los Graves Atentados al Entorno por sobre los Delitos de Bagatela

A este respecto, no nos queda más que compartir la decisión que en esta materia han adoptado la mayoría de los países del mundo, en orden a excluir de la legislación penal ambiental los delitos de bagatela y concentrarse en aquellos delitos que tienen la aptitud de provocar un severo perjuicio al medio ambiente a uno de sus componentes, a los ecosistemas y a la biodiversidad⁴⁰⁸.

Cabe agregar también, que el avance lo relativo a la elaboración de normas de emisión ha experimentado un significativo avance⁴⁰⁹.

⁴⁰⁸ A este respecto, cabe rescatar una de las reflexiones que presentan los autores del Boletín 5654-12, en lo relativo a las "*Insuficiencias de las disposiciones penales relativas al medio ambiente, para la prevención de fenómenos de grave contaminación ambiental*". Destacan que, salvo algunas normas de difícil aplicación práctica, no existen en Chile normas que, como las previstas en el derecho comparado, castiguen la grave contaminación (tanto dolosa como negligente) de los aires, las aguas y el suelo, ni tampoco los hechos que producen serios riesgos de contaminación.

Además, como ya señalamos, indican que es muy difícil configurar delitos de grave contaminación ambiental, teniendo en consideración que no existen actualmente normas de emisión para todos los contaminantes; la utilización de las existentes como instrumentos de gestión ambiental, que permiten el gradual acercamiento de las fuentes a los límites que se fijan para cada una de ellas; y, sobre todo, el carácter de dichas normas de emisión, cuyos límites máximos toman en cuenta objetivos relacionados con normas de calidad ambiental, lo que supone considerar el efecto acumulativo de ciertas emisiones en determinados ámbitos territoriales, que por lo mismo no permite tomarlas en general como indicadores de la gravedad intrínseca de la emisión contaminante. Matus, A. Jean Pierre, Castillo, S. Marcelo, Ramírez, R. María Cecilia, Orellana, C. Marcos, obra citada, páginas 212 y 213.

⁴⁰⁹ **En Chile actualmente existen las siguientes normas de emisión:**

a-Normas de emisión a la atmósfera-fuentes fijas:

a-1-D.S. Nº 165 de 1999, del Min. Sec. Pres., que establece normas de emisión para la regulación del contaminante arsénico emitido al aire;

a-2-D.S. Nº 167 de 1999, del Min. Sec. Pres, que establece norma de emisión para olores molestos (compuesto por sulfuro de hidrógeno y mercaptanos: gases TRS) asociados a la fabricación de pulpa sulfatada.

a-3-D.S. Nº 45 de 2007, del Min. Sec. Pres., que establece norma de emisión para Incineración y Coincineración.

b-Normas de emisión a la atmósfera-fuentes móviles:

b-1-D.S. Nº 211 de 1991, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, Subsecretaría de Transportes, que establece normas de emisiones de vehículos motorizados livianos;

b-2-D.S. Nº 4 de 1994, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. Subsecretaría de Transportes, que establece normas de emisión de contaminantes aplicables a los vehículos motorizados y fija los procedimientos para su control;

b-3-D.S. Nº 54 de 1994, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. Subsecretaría de Transportes, que establece normas de emisión aplicables a vehículos motorizados medianos que indica;

b-4-D.S. Nº 55 de 1994, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. Subsecretaría de Transportes, que establece normas de emisión aplicables a vehículos motorizados pesados que indica;

b-5-D.S. Nº 104 de 2000, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que establece norma de emisión para motocicletas;

b-6-D.S. Nº 130 de 2001, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. Subsecretaría de Transportes, que establece normas de emisión de monóxido de carbono (CO), hidrocarburos totales (HCT), hidrocarburos no metánicos (HCNM), metano (CH₄), óxidos de nitrógeno (NO_x) y material particulado (MP) para motores de buses de locomoción colectiva de la ciudad de Santiago;

b-7 D.S. Nº 149 de 2006, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que establece norma de emisión de NO, HC y CO en vehículos que indica.

b-8 D.S. Nº 103 de 2000, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que establece normas de emisión de Hidrocarburos No Metánicos para vehículos livianos y medianos.

b-9 D.S. Nº 4 de 1994, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que establece normas de emisión aplicables a los Vehículos Motorizados y fija los Procedimientos para su control. (Ha sido modificado por el D.S. Nº 27 de 1997, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, también por el D.S. Nº 16 de 1998, del Min. Sec. Pres., y por el D.S. Nº 131 de 2002, publicado en el Diario Oficial con fecha 13 de marzo de 2002.

b-10-D.S. Nº 95 de 2005 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que modifica las normas de emisión aplicables a vehículos motorizados livianos, medianos y pesados, contenidas en los Decretos Supremos N°s 211 de 1991, 54 y 55 de 1994, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.

c-Normas de emisión a las aguas continentales y marinas:

Así, para un adecuado ordenamiento de las normas penales, nos parece conveniente hablar de “grave contaminación ambiental”, (siguiendo el concepto legal de contaminación⁴¹⁰ de la letra c) del artículo 2 de la Ley de Bases) cuando el ilícito sea consecuencia de la infracción a una norma reglamentaria y de “grave daño ambiental”, cuando el perjuicio no tenga como antecedente la infracción normativa, sino, que provenga de un hecho cuya hipótesis se encuentra descrita en la norma punitiva. En ambos casos, produciendo efectivamente daño al medio ambiente, o además, a la salud y/o vida de las personas.

c-1-**D.S. Nº 609** de 1998, del MOP, que establece norma de emisión para la regulación de contaminantes asociados a las descargas de residuos industriales líquidos a sistemas de alcantarillado;

c-2-**D.S. Nº 90** de 2000, del Min. Sec. Pres., que establece norma de emisión para la regulación de contaminantes asociados a las descargas de residuos líquidos a aguas marinas y continentales superficiales;

c-3-**D.S. Nº 46** de 2002, del Min. Sec. Pres., que establece norma de emisión de residuos líquidos a aguas subterráneas.

c-4-**D.S. Nº 80** de 2005, del Min. Sec. Pres., que establece norma de emisión para Molibdeno y Sulfatos de Efluentes descargados al Estero Carén.

d-Normas de emisión de ruido:

d-1- **D.S. Nº 146** de 1997, del Min. Sec. Pres., que establece norma de emisión de ruidos molestos generados por fuentes fijas, elaborada a partir de la revisión de la norma de emisión contenida en el decreto Nº 286, de 1983 del Ministerio de Salud;

d-2- **D.S. Nº 129** de 2002, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. Subsecretaría de Transportes, que establece norma de emisión de ruidos para buses de locomoción colectiva urbana y rural.

e- Norma de emisión lumínica:

e-1- **D.S. Nº 686**, de 1998, del Ministerio de Economía Fomento y Reconstrucción, que establece norma de emisión para la regulación de la contaminación lumínica.

Adicionalmente, se puede agregar que se encuentran en etapa de revisión y estudio las normas de emisión relativas a:

- 1- *Ruido para Vehículos Livianos y Medianos, y Motocicletas.*
- 2- *Descargas de Residuos Líquidos de Sistemas de Tratamiento de Agua Potable.*
- 3- *Material Particulado Respirable (PM 10) para artefactos de Combustión Residencial de Leña.*
- 4- *La regulación de contaminantes asociados a las descargas de aguas residuales en predios agrícolas y/o forestales.*
- 5- *Material Particulado y Gases para Grupos Electrónicos en la Región Metropolitana.*
- 6- *Material Particulado para Fuentes Estacionarios Puntuales y Grupales.*

⁴¹⁰ Contaminación: Artículo 2 letra c) de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente Nº 19.300; “La presencia en el ambiente de sustancias, elementos, energía o combinación de ellos, en concentraciones o concentraciones y permanencia superiores o inferiores, según corresponda, a las establecidas en **la legislación vigente**”

De esta forma, nos parece necesario clasificar los delitos que atenten contra el entorno o además, contra la salud y/o vida de las personas, de la siguiente manera:

1. Delitos de Grave Contaminación Ambiental

Aquel que se produce como consecuencia de la infracción de una norma reglamentaria, en que se traspasan los máximos permitidos de las sustancias y cantidades o proporciones de contaminantes provenientes de una misma fuente emisora, cuya emisión al medio ambiente produce un daño ambiental o también, un perjuicio a la salud o la vida de las personas. De esta forma, se puede clasificar a su vez en:

1.a. *Delitos de Grave Contaminación Ambiental con consecuencia exclusiva al Medio Ambiente.*

Aquel delito penal, ocasionado como consecuencia de una infracción reglamentaria, que al traspasar los máximos permitidos produce un daño ambiental sin alcanzar o afectar la salud o la vida de las personas.

1.b. *Delitos de Grave Contaminación Ambiental con consecuencias en las Personas*

Aquel delito penal, ocasionado como consecuencia de una infracción reglamentaria, que al traspasar los máximos permitidos produce un daño ambiental provocando además, un perjuicio concreto a la salud o la vida de las personas.

2. Delitos de Grave Daño Ambiental

Aquel que se produce como consecuencia de cumplir determinado hecho con los supuestos de fácticos que contempla la norma penal, sin tener como antecedente la infracción de ninguna norma reglamentaria y que provoca un perjuicio al medio

ambiente o también, a la salud o vida de las personas. De esta forma, se puede clasificar a su vez en:

2.a. Delitos de Grave Daño Ambiental con consecuencias exclusivas al Medio Ambiente.

Aquel delito penal que se produce como consecuencia que determinado hecho cumple con los supuestos fácticos que contempla la norma penal, provocando un daño al medio ambiente, no obstante sus efectos no alcanzan a dañar la salud y/o vida de las personas.

2.b. Delitos de Grave Daño Ambiental con consecuencias en las Personas.

Aquel delito penal que se produce como consecuencia que determinado hecho cumple con los supuestos fácticos que contempla la norma penal, provocando un daño al medio ambiente y además, un perjuicio concreto a la salud o la vida de las personas.

Esta clasificación, nos sirve para determinar el sistema de responsabilidad aplicable a determinado delito penal ambiental, como también, el régimen de sanciones que corresponderá utilizar.

B. Sistema de Responsabilidad que se debe aplicar

Como vimos en su oportunidad en materia de responsabilidad civil, armonizar la posibilidad de que coexistan en dicha sede dos sistemas de responsabilidades diversas, subjetiva u objetiva, ha constituido uno de los principales aportes y tareas que el legislador civil ha realizado en materia de daños, cuyas reglas generales, como advertimos en su momento, también se han hecho extensivas a los daños al medio ambiente.

De esta manera, teniendo en consideración el desafío de nuestro país de generar una legislación penal ambiental, nos parece razonable proponer la posibilidad de que ambos sistemas de responsabilidad, subjetiva y objetiva, también puedan coexistir en una futura legislación penal ambiental.

1. Coexistencia de un Sistema de Responsabilidad Subjetiva y Objetiva, en una futura Legislación Penal Ambiental. Problema Constitucional de Incorporar la Responsabilidad Penal Objetiva a un Ordenamiento Penal. Posible Solución.

En materia de responsabilidad penal en Chile, no resulta posible incorporar pura y simplemente la responsabilidad objetiva. Dicha circunstancia podría entenderse como presumir de derecho la responsabilidad penal, asunto que no sólo encuentra expresa prohibición constitucional en Chile en su artículo 19 n° 6 que señala; “*La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal*”, sino también, nos obliga inmediatamente a concluir que la posibilidad de aplicar un sistema de responsabilidad penal objetiva, queda en un principio proscrita de nuestro ordenamiento penal, en cualquier área del derecho en que se pretenda introducir normas penales.

Como hemos señalado, la responsabilidad objetiva importa la inversión de la carga de la prueba, es decir, constituye carga procesal del agente del daño, en nuestro caso de una empresa, probar que entre su acción y el daño existió una interrupción del nexo causal, ya que, la sola existencia de la relación causal material entre su acción y el daño es suficiente para atribuir responsabilidad, al margen de todo enjuiciamiento al autor.

Por otra parte, hemos señalado también, que en nuestro sistema de responsabilidad civil, coexisten los sistemas de responsabilidad subjetiva y objetiva. A su vez, debemos agregar que también coexisten dos clases de presunción de responsabilidad en dicho estatuto de responsabilidad. Hablamos de las **presunciones simplemente legales**, como el artículo 2328 del Código Civil que señala que; “El daño causado por una cosa que cae o se arroja de la parte superior de un edificio, es imputable a todas las personas que habitan la misma parte del

edificio”, y también **de derecho**, como el artículo 2327 del Código Civil que indica que; “El daño causado por un animal fiero, de que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio, será siempre imputable al que lo tenga, y si alegare que no le fue posible evitar el daño, no será oído”.

De esta manera, estimamos posible considerar la incorporación de un sistema de responsabilidad objetiva, en conjunto con un sistema de responsabilidad subjetiva, siempre que el primero se construya sobre la base de presunciones simplemente legales, que no pugnen con el principio general de derecho consagrado en el artículo 19 N° 3 inciso 6 de nuestra Carta Fundamental que impide presumir de derecho la responsabilidad penal.

2. Sistema Mixto de Responsabilidad atendiendo a la clasificación de los Delitos de Grave Contaminación Ambiental o Grave Daño al Medio Ambiente.

Aceptando la posibilidad de incorporar la responsabilidad objetiva a un futuro ordenamiento penal ambiental, en conjunto con un sistema de responsabilidad subjetiva, nos hemos propuesto además, determinar cuándo es procedente uno u otro, atendiendo a la naturaleza del delito penal ambiental de que se trate, según la clasificación que hicimos.

Señalamos en su oportunidad, que las deficiencias propias del sistema de responsabilidad subjetiva para determinar la responsabilidad en materia de daños al medio ambiente, precisaba del complemento y funcionalidad de la responsabilidad objetiva. Así, también se demostró que varios países han optado por dicha fórmula, no obstante, atendiendo a criterios más casuísticos antes que a una definición normativa previa y clara de un sistema general de responsabilidad.

Hemos señalado, que al momento de construir el tipo penal ambiental, se deberá necesariamente delimitar el bien jurídico protegido al medio ambiente, a uno o más de sus componentes, a los ecosistemas y la biodiversidad. Por lo tanto, no obstante las inclinaciones ideológicas o religiosas respecto a la preeminencia de la salud y/o vida de la personas sobre el medio ambiente, o del medio ambiente sobre la salud

y/o vida de las personas, será necesariamente el medio ambiente entendido en su acepción más general, el objeto de protección fundamental de la norma penal ambiental.

De esta forma, y ante las consideraciones que hemos desarrollado a lo largo de este trabajo, tales como, la gravedad del problema de los daños al medio ambiente, la tendencia objetivadora de la responsabilidad que se ha presentado en la Comunidad Europea, los desequilibrios propios de un sistema de responsabilidad subjetiva, la proliferación de situaciones de riesgo, entre otras razones. Nos parece necesario, que de acuerdo a la clasificación de los graves atentados al medio ambiente que hiciéramos a través de la distinción, entre delitos de grave contaminación ambiental, con y sin consecuencias para las personas y, de grave daño ambiental, con o sin consecuencias para las personas, proponer el siguiente sistema mixto de responsabilidad penal ambiental cuyo propósito es interferir en la decisión comercial de la empresa que pueda razonablemente pensar que con su actividad es posible que pueda dañar el medio ambiente. Por lo tanto distinguimos entre:

- (i) Delitos de Grave Contaminación Ambiental sin consecuencias para las Personas: Sistema de Responsabilidad Objetiva.
- (ii) Delitos de Grave Contaminación Ambiental con consecuencias para las Personas: Sistema de Responsabilidad Subjetiva.
- (iii) Delitos de Grave Daño Ambiental sin consecuencias para las Personas: Sistema de Responsabilidad Objetiva.
- (iv) Delitos de Grave Daño Ambiental con consecuencias para las Personas: Sistema de Responsabilidad Subjetiva.

Así, como señalamos en su oportunidad, los delitos de Grave Contaminación Ambiental, serán aquellos que tienen como antecedente la infracción de una norma reglamentaria en que se superan los “límites máximos” establecidos por el legislador, causándose un daño efectivo al medio ambiente o, además, a la salud

y/o vida de las personas. A su vez, dijimos que los delitos de Grave Daño Ambiental, serán aquellos hechos que cumplen con la hipótesis descrita en la norma penal y que causan un daño efectivo al medio ambiente o además, a la salud y/o vida de las personas.

Distinguimos a su vez, en ambas clases de delitos, atendiendo a si sus efectos se extienden además del medio ambiente a la persona humana, en delitos de Grave Contaminación Ambiental con o sin consecuencias para las personas y delitos de Grave Daño Ambiental con o sin consecuencias para las personas.

De esta forma, el criterio que hemos utilizado para optar por un sistema de responsabilidad objetiva en aquellos delitos que dañan exclusivamente el medio ambiente y por un sistema de responsabilidad subjetiva para aquellos delitos que además de dañar el medio ambiente, dañan a la persona humana, ha sido la necesidad de asignarle un propósito definido a una nueva legislación penal ambiental, destinado a incidir directamente en la conducta de la empresa, cuando ésta deba tomar la decisión comercial de desarrollar determinado proyecto o actividad que pueda razonablemente suponerse que dañará el medio ambiente. Hemos seguido en este sentido, la tendencia de la Comunidad Europea en orden a objetivar las normas destinadas a proteger el medio ambiente, no obstante, hemos persistido en la regla general en materia de responsabilidad cuando además del medio ambiente, ha resultado dañada una persona.

Ahora bien, la decisión de conservar el sistema de responsabilidad general de responsabilidad subjetiva, en aquellos delitos de grave contaminación o daño ambiental, cuando además del medio ambiente han existido consecuencias a la salud y/o vida de las personas, y establecer un sistema de responsabilidad objetiva cuando sólo ha sido afectado el medio ambiente, descansa en la idea de proponer un estatuto jurídico penal destinado a disuadir e interferir en el corazón mismo de la decisión de la empresa y orientarla hacia conductas preventivas, que eviten la realización de conductas o actividades riesgosas contra el entorno.

En este sentido, al contrario de lo que podría pensarse, de que el sistema de responsabilidad -subjetiva- aplicable será más laxo cuando las personas han

resultado dañadas, lo que en realidad se pretende, es dejar de manifiesto que en nuestra propuesta el daño a las personas aparece como una consecuencia posible del daño al medio ambiente, sin embargo, es éste el bien jurídico que principalmente se está protegiendo.

No se trata de asignarle menor gravedad a la circunstancia de existir además daños a las personas, lo que se pretende es relevar el espíritu de la propuesta hacia su fin principal, cual es; proteger el medio ambiente de conductas riesgosas, cuya realización pueden afectar además del entorno, la vida o salud de las personas.

En otras palabras, los posibles daños a las personas, no sobrevendrían jamás si se ha logrado evitar la conducta riesgosa contra el medio ambiente. Por lo tanto, si de todas maneras los daños se produjeron y se extendieron a las personas, nos parece lógico conservar las reglas generales en materia de responsabilidad y utilizar el sistema de responsabilidad subjetiva

Es decir, la fórmula disuasiva o intimidatoria respecto de la actividad de la empresa habría fracasado, ya que ésta, como veremos, se construye sobre la base de evitar la actividad riesgosa de la empresa que pueda afectar al medio ambiente. Las consecuencias en las personas, son una consecuencia probable de dicho daño y no el objeto de protección principal de la propuesta.

Cabe señalar a este respecto, que la Comisión de las Comunidades Europeas, en el Libro Blanco sobre Responsabilidad Ambiental, realizan un ejercicio similar al nuestro, no obstante, con reglas distintas.

Así, distinguen la aplicación de los sistemas de responsabilidad en atención al objeto de protección y a la peligrosidad de las actividades causantes de los daños.

De esta forma, distinguen entre actividades peligrosas o potencialmente peligrosas reguladas por la legislación ambiental comunitaria y actividades no peligrosas.

A su vez, distinguen el objeto de protección de acuerdo a estas tres categorías: (1) Daños tradicionales (Personas y Materiales); (2) Lugares Contaminados; y (3)

Daños a la biodiversidad (Recursos Naturales protegidos en las zonas de Natura 2000).

Con dichos elementos realizan la siguiente combinación. Las actividades peligrosas o potencialmente peligrosas reguladas por la legislación ambiental comunitaria que afecten cualquiera de los objetos de protección nombrados, se rigen por la responsabilidad objetiva. Por otro lado, en el caso de las actividades no peligrosas, se aplicará la responsabilidad subjetiva cuando se trate de daños a la biodiversidad⁴¹¹.

Se advierte entonces que el principio rector es de la peligrosidad de la actividad, siendo la responsabilidad objetiva el sistema aplicable en casos de actividades peligrosas cualquiera sea el objeto de protección dañado y la responsabilidad subjetiva en el caso de actividades no peligrosas, y sólo en el caso que los daños afecten a la biodiversidad.

Por último, se comprende que no obstante que nuestra clasificación se basa únicamente en los denominados delitos de resultado, nada impide que a partir de esa misma clasificación, puedan elaborarse tipos penales que sancionen no sólo el resultado, sino también, el peligro o una actividad que por su sola realización amerite punirla.

Con todo, la incorporación de un sistema de responsabilidad objetiva a la legislación penal ambiental, tiene como antecedente lógico la necesidad de contar con un sistema de protección penal más eficaz, por lo que se hace necesario proponer parámetros o indicadores claros y precisos que permitan hacer efectiva dicha responsabilidad a través una sanción coherente con los fines de protección al entorno que se persiguen.

⁴¹¹ Libro Blanco sobre Responsabilidad Ambiental. Obra citada, página 5.

C. Régimen de Sanciones que se debe aplicar de acuerdo a si se trata de un Delito de Grave Contaminación Ambiental con o sin consecuencias para las Personas o de Grave Daño Ambiental con o sin consecuencias para las Personas.

Hemos señalado, que la clasificación entre delitos de grave contaminación ambiental con o sin consecuencias para las personas y de grave daño ambiental con o sin consecuencias para las personas, importará para determinar dos cosas: (1) El Sistema de Responsabilidad que se deberá aplicar y, (2) El Régimen de Sanciones que corresponda.

Habiendo propuesto la existencia de un sistema mixto de responsabilidad para una futura legislación penal ambiental, en que como señalamos, se adiciona al sistema de general de responsabilidad subjetiva, un sistema de responsabilidad objetiva cuyo propósito es interferir en la decisión comercial de la empresa a objeto de que ésta adopte los resguardos necesarios para prevenir un daño al medio ambiente, debemos señalar también, que dicha propuesta carece de sentido si es que no se introducen a su vez, sanciones que puedan ser coherentes y funcionales a dicho fin específico de protección al medio ambiente.

De esta forma, hemos recordado también, que en nuestro actual ordenamiento de responsabilidad por daños al medio ambiente, existe por parte del legislador una clara orientación reparadora, que se expresa en la preeminencia de la reparación del medio ambiente como sanción civil al daño ambiental, por sobre la sanción estrictamente pecuniaria. Por lo tanto, no advertimos razón para apartarnos de dicho espíritu general de nuestro legislador y no extrapolarlo también, a una futura legislación penal ambiental, en que dicho objetivo se encuentre también presente como uno de los fines de la sanción penal.

1. La Rehabilitación del Medio Ambiente como Principal Sanción Penal en los Delitos de Grave Contaminación Ambiental con o sin consecuencias para las Personas y, Delitos de Grave Daño Ambiental con o sin consecuencias para las Personas.

Para explorar la posibilidad de incorporar una clase de sanción penal que cumpla los fines que hemos señalado, es decir, que oriente a la empresa hacia conductas preventivas que eviten la realización de actividades riesgosas y que a su vez, permita la restauración del máximo de las propiedades del medio ambiente dañadas con ocasión del delito, retribuyendo de esta manera al entorno dañado y a la comunidad, es preciso tener en consideración el análisis de las siguientes normas jurídicas.

El artículo 19 Nº 3 inciso 7 de la Constitución Política señala; “Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración...”. De esta manera, de acuerdo a lo preceptuado por esta norma, la protección penal del entorno, se manifiesta actualmente a través de los siguientes cuerpos legales y a propósito de la protección de los siguientes componentes ambientales⁴¹²:

(i) Protección penal de las aguas y particularmente las aguas marinas:

- Ley General de Pesca y Acuicultura: Artículos 135, 135 bis, 136, 137, 139 y 140. Las penas privativas de libertad van desde presidio menor en su grado mínimo hasta presidio menor en su grado máximo y las multas desde 100 a 5000 UTM. Además de algunas penas accesorias, como la cancelación de la matrícula o título de navegación a determinada embarcación pesquera⁴¹³.
- Código Penal: Artículos 315 y 459. Las penas privativas de libertad van desde presidio menor en su grado máximo hasta presidio mayor en su grado mínimo. Las multas van desde 6 a 50 UTM⁴¹⁴.

⁴¹² Clasificación propuesta por los profesores MATUS, A. Jean Pierre, CASTILLO, S. Marcelo, RAMÍREZ, R. María Cecilia, ORELLANA, C. Marcos, obra citada, página 206 y siguientes.

⁴¹³ Véase Ley Nº 18.892, modificada por la Ley Nº 20.293 de 25 de octubre de 2008. Artículos 135 y siguientes.

⁴¹⁴ Véase Código Penal chileno. UTM: Unidad Tributaria Mensual,.

- Código de Aguas: Artículo 280, que impone las sanciones establecidas en el artículo 459 del Código Penal, que van desde penas privativas de libertad desde presidio menor en su grado máximo hasta presidio mayor en su grado mínimo. Las multas van desde 6 a 50 UTM⁴¹⁵.

(ii) Protección penal de los suelos:

- Ley General de Urbanismo y Construcciones: Artículo 138. Las sanciones privativas de libertad van desde presidio menor en su grado máximo hasta presidio mayor en su grado mínimo. La figura contempla multas⁴¹⁶.
- Código Penal: Artículo 462. Las penas privativas de libertad será de presidio menor en su grado mínimo y las multas van desde 11 a 20 UTM⁴¹⁷.
- Ley de Monumentos Nacionales⁴¹⁸: Artículo 38. Se remite a las sanciones establecidas en el Código Penal en los artículos 485 y 486. Las penas privativas de libertad van desde prisión en su grado máximo hasta reclusión menor en su grado mínimo a medio. Las multas van desde 11 a 15 UTM⁴¹⁹.

(iii) Protección penal de la biodiversidad y, en particular, de la fauna silvestre:

- Código Penal: Artículos 289 y 476 N° 3. Las penas privativas de libertad van desde presidio menor en su grado mínimo a

⁴¹⁵ Véase Código de Aguas Chileno.

⁴¹⁶ Véase D.F.L. N° 458 de 18 de diciembre de 1975, modificada por Ley N° 20.331, de 12 de febrero de 2009. Artículo 138.

⁴¹⁷ Véase Código Penal chileno.

⁴¹⁸ MATUS, A. Jean Pierre, CASTILLO, S. Marcelo, RAMÍREZ, R. María Cecilia, ORELLANA, C. Marcos, obra citada, página 208. Los autores agregan esta norma como una "protección indirecta a los suelos"

⁴¹⁹ Véase Ley N° 17.288 de 4 de febrero de 1970. Artículo 38.

medio o presidio menor en su grado medio a máximo hasta presidio mayor en cualquiera de sus grados. No se contemplan multas⁴²⁰. Podemos mencionar además, los artículos 291, 291 bis, 476 N° 3, 494 N° 21, 496 N° 34 y 494 N° 36.

- Ley de Caza: Artículo 30 y 31. Las penas privativas de libertad van desde presidio menor en su grado medio a mínimo hasta presidio menor en su grado medio a máximo. Las multas van desde 3 a 100 UTM. Además de algunas penas accesorias como el comiso de las armas o instrumentos de caza⁴²¹.
- Ley de Bosques⁴²²: Artículos 18 y 22. Las penas privativas de libertad van desde prisión en su grado máximo hasta presidio menor en su grado medio a máximo. Las multas van desde 12 sueldos vitales hasta 20 UTM.
- Se pueden también agregar en esta materia, los artículos 135, 135 bis, 136, 136 bis y 139, ya mencionados de la Ley General de Pesca y Acuicultura.
- Asimismo, en materia de protección de las aguas, podemos agregar los artículos 315 del Código Penal y 135 y 136 de la Ley General de Pesca y Acuicultura.
- Respecto a la protección del aire, podemos mencionar los artículos 496 N° 20 y 29 del Código Penal.
- Por último, podemos agregar los artículos 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46 y 47 de la Ley 18.302 sobre Seguridad Nuclear.

⁴²⁰ Véase Código Penal chileno.

⁴²¹ Véase la Ley N° 19.473 que con fecha 27 de septiembre de 1996, sustituyó el texto de la Ley N° 6.401 y el artículo 609 del Código Civil

⁴²² Véase Decreto N° 4363, modificado por la ley N° 20.283 de 30 de julio de 2008

Ahora bien, entendiendo que dichos cuerpos normativos son los que actualmente contemplan expresas sanciones penales frente a diversos atentados al medio ambiente, seguiremos razonando conforme lo dispone el **artículo 19 N° 3 inciso 8 de la Constitución Política**; “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”. A este respecto, como hemos señalado, las únicas normas que describen conductas que llevan aparejadas sanciones penales frente a conductas lesivas contra el medio ambiente, son las mencionadas.

Por su parte, el **Código Penal en su artículo 21**, señala expresa y taxativamente cuáles son las penas que pueden asignarse a determinado delito, las cuales van desde, algunas penas accesorias, pasando por la suspensión de la licencia para conducir hasta la pena de presidio perpetuo calificado.

A su vez, el mismo cuerpo legal señala expresamente en su **artículo 20**, que medidas o sanciones no se reputan penas, como por ejemplo, la separación de empleos públicos o las multas que se imponen en el ámbito de la administración.

Por último, teniendo en consideración que el **artículo 18 del Código Penal** señala que, “ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración” y que como dijimos, proviene de la exigencia constitucional prevenida en los artículos **19 N° 3 incisos 6 y 7**, nada obsta, para que acuerdo a lo que la Constitución Política y el Código Penal establecen, pueda introducirse una modificación al Código Penal que incorpore formalmente al catálogo de penas, una sanción con una fisonomía distinta, adecuada para una disciplina específica como la ambiental, la cual pueda también contemplarse en las distintas leyes especiales sectoriales o en una ley especial que permita asignarle un propósito claro a una futura legislación penal ambiental.

En el mismo sentido, sin que se trate de una “pena” propiamente tal, el **Código Procesal Penal en su artículo 238 letra h)**, permite para el caso de la suspensión condicional del procedimiento, el establecimiento de “otra condición que resulte

adecuada en consideración con las circunstancias del caso concreto que tratarse y fuere propuesta, fundadamente, por el Ministerio Público”

Así, y conforme a lo que hemos señalado, nos parece, que la medida que de acuerdo a la orientación general del legislador en materia de responsabilidad ambiental mejor satisface su pretensión de lograr la restauración del medio ambiente dañado, instrumento que como dijimos se antepone con preferencia a la sanción puramente pecuniaria, es proponer la incorporación como sanción penal, directamente al **Código Penal en su artículo 21; La Rehabilitación del Medio Ambiente**, como la sanción penal principal de una futura legislación penal ambiental que permita a su vez, justificar y darle sentido al establecimiento de un sistema de responsabilidad objetiva para aquellos delitos que contaminan o dañan el medio ambiente, según la clasificación que hicimos.

- 1.a. Parámetro Objetivo que hace procedente la aplicación de la Rehabilitación del Medio Ambiente como Sanción Penal en el Delito de “Grave Contaminación Ambiental” o “Grave Daño Ambiental” con o sin consecuencias para las personas. Incidencia Directa en la Decisión Comercial. Fórmula para el Tipo Penal.

Así, señalamos en su oportunidad, que la fórmula destinada a identificar el grado de negligencia se podía configurar bajo la siguiente hipótesis:

Si al momento de tomar la decisión comercial, la empresa posee los recursos económicos para obtener la información acerca del impacto ambiental que causará su decisión comercial (RI); Si además, posee los recursos suficientes para adoptar las medidas destinadas a prevenir el impacto o daño que provocará, en función de la información recogida, y este sobreviene (RP). Y, si el costo que deberá asumir por el pago de la multa excede el costo de haberlo prevenido (Cv/sR), podemos concluir dos cosas:

- La existencia de un parámetro objetivo, justo y razonable para determinar la responsabilidad, proveniente de:

- Una manifiesta negligencia financiera, intolerable en la actividad interna de una empresa que consistió en la incapacidad de prever que ante la eventualidad de un daño, era más barato prevenirlo que soportar el pago de la multa.

Lo anterior, se puede resumir en la siguiente fórmula:

Si;

<p>RI (Recursos de Información) + RP (Recursos Prevención) X</p> <p>PD (Probabilidad de ocurrencia del Daño) > CM (Costo de la Multa)</p> <p>= PO (Parámetro Objetivo).</p>
--

$$RI + RP \times PD > CM = PO.$$

Parámetro de Objetivación de la Responsabilidad. (P.O.R)

Es decir, si al momento de analizar la conveniencia de tomar determinada decisión comercial se poseen los recursos suficientes para informarse y además, los recursos necesarios para adoptar las medidas preventivas necesarias para evitar un suceso dañoso, y éstas no se adoptan y acaecido el resultado, ocurre que el costo de la multa excede al costo de haberlo prevenido con anticipación, nos parece suficiente como para proponerlo como criterio o elemento objetivo a incorporar en la valoración de la infracción de la norma penal ambiental, sustentado en el principio de la lógica, de los conocimientos científicamente afianzados y de la máxima experiencia. Hecho que a su vez, permitirá resolver tres aspectos importantes:

- Determinar la procedencia de la sanción de rehabilitación al Medio Ambiente. Es decir, sólo procederá la aplicación de esta sanción en la medida que se configure tanto, el daño efectivo al medio ambiente, como los supuestos de la fórmula enunciada.

- Dimensionar por parte del empresario, al momento de adoptar la decisión comercial, la envergadura de la sanción en términos de su impacto individual o comercial, económico y social, como también;
- Permite de forma anticipada, revestir de rigurosidad y seriedad los criterios que se utilizarán para cuantificar el costo de llevar a cabo una eventual reparación del medio ambiente, ya que las multas deberán construirse sobre parámetros elaborados mediante la cuantificación del valor de determinado eco sistema. (No se deben olvidar las dificultades que implica determinar la indemnización de perjuicios en esta materia).⁴²³.

De esta manera, nos recuerda DIEZ PICAZO⁴²⁴, que la determinación de la sanción, lleva consigo la necesidad por parte de las empresas de internalizar los costos mediante su repercusión en los precios de los productos y de las aseguradoras de aumentar las primas de toda clase de seguros, y ello puede llevar no sólo a un aumento excesivo de los precios para el consumidor final, sino a la salida del mercado de todas aquellas empresas que no puedan hacer frente a la competitividad.

⁴²³ Es importante saber, alguno de los esfuerzos que se han hecho a objeto de determinar ciertos y principios o criterios rectores al momento de reclamar en dinero la reparación del medio ambiente. En este caso, por parte del Consejo de Defensa del Estado de Chile, en sus demandas de indemnización por daño ambiental.

Los criterios o directrices que han sido utilizadas por el CDE han sido los siguientes:

CASO CASCADA (Monumento arqueológico dañado". Se solicitó un monto no inferior a \$ 400.000.000 o lo que US. se sirviera fijar según el mérito de autos. Este monto se justificó por la aplicación de los siguientes criterios:

- 1- Valoración del sitio arqueológico en cuanto tal.
- 2- La irreversibilidad del año.
- 3- La alta sensibilidad social que existe respecto del valor e importancia de los bienes ambientales.
- 4- El beneficio que reporta la conducta infractora.
- 5- Valor del proyecto o actividad causante del daño.
- 6- Principio de proporcionalidad.
- 7- Principio de la reparación integral.
- 8- Algunos criterios recogidos por el Derecho Chileno.
- 9- Criterios de Evaluación de Perjuicios en el Derecho Comparado.

⁴²⁴ DIEZ PICAZO. Obra citada, página156.

Así, el parámetro o indicador objetivo propuesto, extiende sus efectos a tres áreas de esta disciplina particularmente sensibles. En primer lugar, permite determinar con claridad la responsabilidad de la empresa. En segundo lugar, puede incidir directamente en la decisión comercial de la empresa, ya que ésta tendrá conocimiento cierto de las consecuencias penales y económicas que puede acarrear dicha decisión, por lo tanto es posible suponer que las decisiones comerciales en el ámbito empresarial que puedan afectar el medio ambiente se adoptarán más reflexivamente. Por último, dicha fórmula puede significar un aporte a una nueva legislación penal ambiental si se incorpora como criterio normativo para determinar la procedencia de la sanción penal de rehabilitación del medio ambiente.

Con todo, resulta fundamental a objeto de continuar complementando nuestra propuesta de contar con un sistema de responsabilidad subjetiva y objetiva, señalar que la incorporación de la rehabilitación del medio ambiente como sanción penal, no cumple su objetivo disuasivo, no justifica su inclusión como elemento complementario de un sistema de responsabilidad objetiva, ni hará más eficaz una legislación penal ambiental, si no se establece claramente el modo en que debe cumplirse. Tanto en lo relativo a su forma como a los montos de dinero involucrados.

Nos referimos anteriormente, al concepto de dolo ambiental⁴²⁵. El que lo quisimos reflejar, adaptando la ecuación econométrica de Malamud⁴²⁶ a una situación que de configurarse, importaría la constatación más clara de un total y más absoluto grado de indolencia, indiferencia, descuido, imprudencia, negligencia, que claramente puede asimilarse al dolo.

Así, la fórmula citada, se encuentra construida sobre la base de tres pilares: **(1)** Delitos cometidos en el ámbito de una organización empresarial; **(2)** Sólo respecto de los delitos de resultado; y **(3)** Analizado bajo el problema costo-beneficio.

⁴²⁵ Capítulo VI. Punto 5.1.4.

⁴²⁶ $P(p \times a) > B(g \times e)$, ya mencionada en el punto I. A. del Capítulo V.

1.b. Modo, Montos y Formas de Cumplir con la Sanción de Rehabilitación del Medio Ambiente.

Hemos fundamentado nuestro trabajo, sobre la base de la convicción, de que el derecho penal puede incidir eficazmente en la prevención y sanción de los atentados graves contra el medio ambiente. Hemos afirmado también, que el problema del daño al medio ambiente, posee como una de sus principales causas, el dilema de resolver entre desarrollo y crecimiento económico v/s cuidado y protección del medio ambiente.

Así, no obstante no ser parte de nuestros objetivos, arbitrar en una materia que para muchos es un dilema artificial o aparente y para otros, una las principales causas de la dificultad que suscita regular correctamente la protección del entorno, no podemos ignorar, que en dicha dicotomía, el derecho penal adquiere una insospechada relevancia y en la construcción coherente de sus sanciones descansa quizás, uno de los mejores aportes que se pueden ofrecer al problema.

De esta manera, resulta importante mencionar algunas construcciones jurídico-económicas, que sobre la base del establecimiento de metodologías de cuantificación del daño al ecosistema y al medio ambiente, pueden representar un importante criterio orientador en la búsqueda de indicadores o parámetros objetivos que nos puedan ayudar fundamentalmente para tres cosas:

- Determinar con alta eficiencia el valor económico del daño al medio ambiente y por ende, la posibilidad de establecer multas adecuadas y proporcionales a la naturaleza del daño, mediante un rango que contemple una importante cantidad de hipótesis de daños y su valor. El que sería el monto de la multa. Dicha variable, el empresario deberá incorporarla al momento adoptar la decisión comercial;
- Reducir los grados de incertidumbre que rodean a determinada actividad comercial y que pueden ser fuente de paralización o

disminución de determinada actividad económica ante una legislación penal más rígida;

- Contribuir a crear instrumentos que puedan garantizar, en la máxima medida posible, la reparación del medio ambiente.

Así, sin perjuicio de las diferentes metodologías que se proponen y la mayor precisión o efectividad que pueda tener cada cual, nos inclinamos, como ya hemos dicho, por aquella fórmula que pretende medir o cuantificar el valor del daño al medio ambiente, por la vía de la determinación económica de los servicios que determinado ecosistema dejó de prestarle a determinada comunidad.

1.c. Algunas metodologías o fórmulas de cuantificación del daño al Eco-Sistema y catálogo penal de multas⁴²⁷.

En razón de que sólo es posible apreciar el valor económico de los recursos naturales de manera indirecta, esto es, como costo de producción de los bienes y servicios o como precio de adquisición de esos mismos bienes y servicios, es que se han elaborado una serie de metodologías destinadas a cuantificar por un lado el daño al ecosistema y por otro, el daño al medio ambiente.

Así, el daño al ecosistema derivará de la extracción y transformación de los recursos (renovables y no renovables) en bienes y servicios y que alterará las condiciones naturales de una determinada comunidad o localidad.

Por su parte, el daño al medio ambiente, posee una afectación social más amplia, ya sea de manera directa por ejemplo, a través de la contaminación de las capas freáticas o de forma indirecta, a través por ejemplo del enrarecimiento del aire, aunque sea con una leve polución. Aun cuando son un costo ecológico⁴²⁸.

⁴²⁷ GHERSI, Carlos Alberto, LOVECE, Graciela, WEINGARTEN, Celia. Obra citada. Páginas 165 a 182.

⁴²⁸ "La metodología y el rápido desarrollo del análisis del ciclo de vida es una buena base para el análisis del coste-ecológico de los productos. Entendemos por coste-ecológico de un producto, o más estrictamente costo exergoecológico a la exergía que necesita ser utilizada a lo largo de su ciclo de vida, desde que se extraen las materias primas que lo conforman, hasta que éstas se devuelven a la naturaleza completamente repuestas". NAREDO-VAREDO, "Desarrollo Económico y Deterioro

De esta manera, el ecosistema como objeto de cuantificación económica, considerado como recurso o insumo y el medio ambiente considerado como uso, son conceptos que carecen de mercado, por lo que resulta imposible calificarlos como “mercancía”. Por lo tanto, se recurren a metodologías econométricas indirectas.

Así, desde el punto de vista del beneficio social que reporta un ecosistema dañado, se han construido algunas ideas destinadas a precisar el alcance de dicho beneficio y por ende cuantificar económicamente el daño. No obstante, también se reconoce que puede resultar más riguroso un análisis desde un punto de vista individual, enfocado al beneficio que reporta determinada persona o también, enfocado individualmente a las empresas, determinando su tasa de beneficio.

Con todo, desde el punto de vista del beneficio social, se propone la siguiente idea o fórmula de medición: Si se considera un determinado elemento de la naturaleza (A), que se encuentre en determinada localidad o comunidad (B), calculando con métodos tecnológicos la calidad y cantidad de dicho elemento junto al cálculo de su proceso de decrecimiento ante su explotación hasta su total extinción física o económica, se podrán resolver cuestiones tales como: ¿Cuál es el radio de la comunidad o localidad afectada?; ¿Cuántas poblaciones ciudades o localidades se encuentran comprometidas?; ¿Cuántos puestos de trabajo conforme a la tecnología actual podría llegar a generar?; ¿Cuál es el costo económico para las empresas su extracción y su valor de venta, de forma tal que pueda obtenerse su tasa de beneficio?; ¿Se trata de un recurso renovable?; ¿Cuál es la forma sustitutiva en la actualidad (como costo alternativo) y cuál puede ser su proyección.

Así, se señala que esta forma de investigación debe considerarse parte de la microeconomía de costos. Por ejemplo, si el recurso (A) tiene determinada incidencia porcentual (1%) en la composición final del bien y servicio y, como tal, podemos relacionarlo con el precio de venta final (PvF), con lo cual, se están en condiciones de determinar la incidencia del recurso dañado en la tasa de beneficio (Tb).

Ecológico”, página 211. Citado por GHERSI, Carlos Alberto, LOVECE, Graciela, WEINGARTEN, Celia. Obra citada. Páginas 166.

De esta manera, se indica que esta forma de medir el daño al ecosistema, es decir, como elementos de microeconomía por costos o tasa de beneficio o desarrollo social de un determinado lugar, localidad, ciudad, región, implica el deber de la empresa de realizar una investigación previa que debe condicionar la decisión de ejecutar determinado proyecto de inversión.

Lo anterior pensamos, será posible, en la medida que se encuentren preestablecidos por ley, los parámetros o indicadores necesarios para intentar anticipadamente, con metodologías claras de cuantificación del daño a los ecosistemas y al medio ambiente, asignarle un valor monetario a la reparación, mediante el establecimiento de un catálogo penal que regule un rango de multas proporcional a la naturaleza del daño. De dicha manera, el empresario podrá confrontar objetivamente su dilema costo-beneficio en la toma de la decisión comercial.

Otro ejemplo que se da, es aquel en que el recurso natural reporta beneficio a una determinada actividad comercial. Por ejemplo, la pesca. De esta forma, si se considera que dicha actividad se realiza en una zona determinada (Km^2), la cual posee determinada cantidad promedio del recurso (Nx) y su precio en el mercado es Py , se podría aproximar rápidamente un valor del daño causado como efecto directo.

Se precisa que dicha fórmula no considera los efectos indirectos, aquellos provocados por ejemplo a la fauna, en que con la desaparición de determinada especie, se producirá un desarrollo desordenado por ejemplo, del vegetal que dicho animal consumía, provocando sucesivamente los consiguientes trastornos al equilibrio de dicho ecosistema.

En todo caso, se propone corregir dicho efecto indirecto, por la vía de medir la cantidad de horas hombres (HH) que se necesita para realizar servicios de corte estacional o también, la cantidad de tecnología (Tg) o maquinaria que se deberá emplear (Ma) por cantidad de Km^2 .

Así, sumando el daño directo e indirecto, podría cuantificarse el daño al ecosistema.

Por otra parte, se plantea también la posibilidad de cuantificar el daño por contaminación ambiental, a través de una metodología de cuantificación de “costo de sustitución”. La cual, tiene por objeto que se sustituyan los bienes y servicios que al incrementarse generan contaminación ambiental. Esta metodología también se denomina, “cuantificación económica del daño por costos de reducción”.

En este caso, se trata de establecer un determinado nivel de eficiencia de emisiones (Nef) en que el daño marginal sea igual a los costos de reducción. La idea es evitar que la inversión en sistemas de tecnología de reducción sea de tal envergadura, que impida su aplicación a una fuente concreta. Por lo tanto, el nivel de eficiencia estará donde convergen los dos costos, tanto el costo del daño ambiental, como el costo de invertir en tecnología de reducción de emisiones.

Por otra parte, se aborda una materia de suyo importante, cual es, la incertidumbre como elemento de la metodología de cuantificación del daño al ecosistema o al medio ambiente, en base al elemento costo-beneficio, proponiéndose algunas ideas.

Por ejemplo, se propone establecer las probabilidades de que un hecho contaminante ocurra, además, se le asigna un valor conforme a situaciones conocidas histo-económicamente del ecosistema o el medio ambiente, diseñándose con dicha información histo-económica un programa de probabilidades de acaecimientos de sucesos dañosos para el medio ambiente o al ecosistema.

Así, si se considera que ocurre un daño (x) y cuantificado de acuerdo a alguno de los métodos de cuantificación señalados (y), se puede establecer que existe a mediano o largo plazo, una secuencia probabilística de su acaecimiento, que ciertamente disminuirá la incertidumbre.

Otra materia que se considera, es la posibilidad de cuantificar metodológicamente los riesgos.

Así, ante determinado daño al medio ambiente o al ecosistema, en determinada localidad, ocasionado por ejemplo por residuos sanitarios, es preciso, para determinar el impacto que tendrá en el ambiente o en las personas, que se establezca un probable nivel de contaminación y luego deben analizarse las consecuencias en las personas, como por ejemplo, enfermedades respiratorias.

Posteriormente, se debe calcular cuánto costaría realizar por ejemplo, un relleno sanitario e incluir los costos de los remedios por las enfermedades respiratorias. Luego, se deberá determinar cuánto afecta la disponibilidad de estos recursos dañados, en otras áreas tales como la educación o la reducción de personal. Así, se señala que esta idea, implica no sólo establecer una cuantificación proyectable de los daños por evaluación del riesgo, sino también, la regulación de los riesgos como análisis costo-beneficio social.

Se citan a su vez, algunos ejemplos de lugares, que han adaptado estos métodos de cuantificación a sus realidades. Por ejemplo, el Estado de Luisiana clasifica las empresas que utilizan recursos naturales de su territorio conforme a la importancia del recurso y su impacto en el ecosistema y medio ambiente. Para esto, se establecen máximos de extracción por empresa y por lo tanto, quien supere dicho límite, es responsable por daño ambiental. La sanción, es la imposición de tributos crecientes que pueden dejar a determinada empresa fuera del mercado.

Se menciona a su vez, la importancia de considerar tanto los recursos renovables como los no renovables como elementos de la metodologías de cuantificación de daños al medio ambiente o ecosistemas. Así, respecto de los recursos renovables, se plantea la incidencia de tres elementos: **(1)** Tiempo de su proceso de renovabilidad (inmediato, mediano y largo plazo; **(2)** Tipo de proceso (físico, químico, termodinámico etc.) y; **(3)** Capacidad de asimilación de la naturaleza en la relación ecoambiental y su reequilibrio.

Además, se menciona la necesidad de considerar la disponibilidad del recurso en el ámbito público o privado para determinar su costo de reposición y la oportunidad de

su realización, dado que hay épocas en las que simplemente es imposible su renovación, como la descontaminación de un río en invierno.

En el caso de los recursos no renovables, se indica que se deben diferenciar aquellos que son insustituibles de aquellos que pueden reemplazarse por otros recursos, con similitud de efectos en el ecosistema o medio ambiente.

Respecto de esto último, y como señalamos en su oportunidad, creemos que no obstante que en el hecho determinados recursos pueden ser insustituibles o el daño irreparable o irreversible, estimamos que siempre se podrá intervenir otro ecosistema que se encuentre deteriorado por la carencia o defecto de ese mismo recurso, cualquiera sea la circunstancia que causó dicho deterioro.

De esta manera, hemos querido mencionar algunas fórmulas o construcciones que se han dado, en este caso desde el ámbito de la economía, tendientes a cuantificar adecuadamente el daño ambiental y que de recogerse, podrían contribuir a clarificar con anticipación los montos involucrados en la reparación del daño, si acepta la idea de establecer un catálogo de multas penales, elaborado sobre la base de la determinación anticipada del valor de uno o más ecosistemas.

Así, creemos que se puede contribuir a otorgar los niveles de certeza y objetividad que esta materia merece, junto con contribuir a reducir los niveles de incertidumbre que rodean en este punto al mundo empresarial, como también, a obtener un ordenamiento penal ambiental eficiente y con reglas claras.

Por último, cabe agregar, que dichos criterios o elementos de cuantificación del daño, no implican que deba existir necesariamente una coincidencia exacta respecto a la determinación del monto de la multa, no obstante, constituyen una aproximación económica suficiente como para explorar la posibilidad de elaborar un catálogo de multas penales coherente y proporcional con la naturaleza del daño producido.

1.d. Determinación de los Responsables de la Toma de la Decisión Comercial que causa daño al Medio Ambiente.

Pese a que mencionamos los principales inconvenientes que presenta la determinación de las reglas de imputación⁴²⁹, cuando es la empresa la causante de un daño o sujeto activo de un delito penal ambiental, nuestra propuesta se encontraría incompleta, sino determinamos, quien o quienes, en el ámbito de una empresa, deberán soportar la sanción penal.

No es mucho lo que se puede agregar en una materia que ha sido largamente tratada por la doctrina⁴³⁰. No obstante, conviene tener presente la enorme trascendencia práctica que presenta para la determinación de la responsabilidad penal, resolver quienes son los que finalmente se verán obligados a soportar la sanción. Así, una cosa será determinar la responsabilidad de la empresa como fuente del daño-hecho respecto del cual hemos opinado nuestra adhesión al criterio de nuestro legislador en orden a no atribuirle responsabilidad penal a las personas jurídicas, sin perjuicio de las medidas de seguridad o sanciones administrativas que procedan- y la otra, averiguar sobre que persona natural u órgano recae específicamente la sanción penal.

Para este punto, también se han ofrecidos pautas orientadoras destinadas a resolver los problemas propios de la causalidad suscitados al interior de una empresa y así, se han propuesto fórmulas que tienden también a objetivar o proponer parámetros claros para determinar la responsabilidad penal.

Así, nos parece coherente la solución que han propuesto algunos autores en orden a colocar en primera línea de imputación a los gerentes, directores y administradores a cualquier título del proyecto o actividad donde se origina la fuente de emisión contaminante. A su vez, se propone que sólo podrán excepcionarse, cuando les sea posible demostrar su oposición a los actos constitutivos de delitos,

⁴²⁹ Ver Capítulo V. Punto 5.1.5.

⁴³⁰ Véase, GÜNTHER, Jakobs, "La imputación objetiva en derecho penal". Madrid, Editorial Civitas. Año 1996. REYES ALVARADO, Yesid, "Imputación Objetiva". Santa fe de Bogotá, Editorial Temis S.A., Año 1996. FRISCH, Wolfgang, "Desvalorar e Imputar", *Sobre la imputación objetiva en Derecho Penal*. Barcelona, Editorial Atelier, Año 2004.

acciones de sabotaje u otra intervención de tercero imposible de controlar por los mecanismos internos de la empresa⁴³¹.

Nos parece, que dicha fórmula en sí misma, importa una contribución clara a la idea de objetivar las reglas que informan la regulación del delito penal ambiental, ya que despeja una cantidad considerable de problemas relativos a la imputación de la responsabilidad y sobretodo, en la materia que nos interesa, permite disminuir los niveles de impunidad en que muchas veces quedan determinados daños al medio ambiente. Con todo, cabe tener presente, que en esta materia existen variadas hipótesis y soluciones que se pueden presentar para determinar en concreto al o a los responsables, sin embargo, nos parece que la fórmula general de imputación mencionada, que hace responsables a los ejecutivos o directivos de las empresas, satisfacen nuestra pretensión de contribuir a encontrar criterios o elementos tendientes a clarificar lo máximo posible las reglas relativas a la responsabilidad penal ambiental y al deber de reparar los daños causados como consecuencia de la comisión de un ilícito penal.

2. Las penas privativas de libertad, como pena concurrente a la de Rehabilitación del Medio Ambiente cuando ha existido daño a las personas.

Hemos señalado, que la clasificación de los delitos que causan graves atentados al medio ambiente, se pueden clasificar en delitos de grave contaminación ambiental, el cual se configurará cuando se superen los máximos tolerados por el legislador establecidos en un reglamento, y delitos de grave daño ambiental, el que se configurará cuando se cumplan los supuestos de hecho que dispone la norma penal, sin que exista violación reglamentaria. En ambos casos, habiéndose producido un daño efectivo al medio ambiente o también, a la vida y/o salud de las personas.

Además, mencionamos que dichas clases de delitos, se pueden clasificar a su vez, en delitos de grave contaminación ambiental con y sin consecuencias en las

⁴³¹ Artículo 13-Proyecto de Ley-Boletín 5654-12.

personas y delitos de grave daño ambiental, con y sin consecuencias para las personas, según los efectos del daño al medio ambiente, hayan alcanzado también a las personas.

Dijimos también, que esta clasificación importaba para determinar, por una parte, el sistema de responsabilidad que se deberá aplicar, y por otra, el régimen de sanciones que corresponderá utilizar.

Respecto del régimen de sanciones, hemos señalado nuestra pretensión en orden a que la principal sanción que debiera gobernar el espíritu de una futura legislación penal ambiental, siguiendo con la orientación reparadora de nuestro actual ordenamiento legal ambiental, debiese ser la rehabilitación del medio ambiente, que se manifestaría materialmente como una multa, destinada a un fondo de protección y reparación del medio ambiente, con las finalidades que ya hemos señalado.

Así la rehabilitación del medio ambiente, se erige como sanción común, tanto para los delitos que dañan exclusivamente al medio ambiente, como también, para aquellos cuyos efectos alcanzan además a las personas.

Sin embargo, dicha sanción, se transforma en una medida insuficiente, que no restaura el orden natural de las cosas, si además el delito ha causado daño a las personas.

Es así, como nos parece necesario incorporar, en aquellos casos en que se les ha producido un perjuicio a las personas, además de la rehabilitación del medio dañado, las penas privativas de libertad como pena concurrente de la rehabilitación del medio ambiente.

Para estos efectos, cabe recordar que el sistema de responsabilidad que se deberá aplicar para los delitos que dañan exclusivamente el medio ambiente, será el sistema de responsabilidad objetiva y cuando sus efectos alcanzan o dañan también, la salud y/o vida de las personas, se deberá utilizar el sistema de responsabilidad subjetiva.

Por esto, es preciso considerar que, dado que la procedencia de esta pena concurrente quedará determinada por la existencia de un perjuicio a la salud y/o vida de las personas, su aplicación efectiva se ponderará bajo las reglas generales del sistema general de responsabilidad subjetiva. El cual, hemos señalado corresponde aplicar, cuando además del medio ambiente, se ha producido un perjuicio a las personas.

D. Funcionamiento General del Sistema Mixto de Responsabilidad Penal Ambiental y sus Sanciones.

Nuestra ambición de proponer un mecanismo que eventualmente pueda contribuir a hacer más eficaz un sistema penal ambiental y la protección del bien jurídico medio ambiente, encuentra su límite en aquellos daños que, según la clasificación anteriormente propuesta, provocan además un daño a salud y/o a la vida de las personas. Es esta circunstancia, la que le otorga el carácter de “mixto” al sistema de responsabilidad que proponemos para regular los delitos penales ambientales.

1. Primera Fase: Comisión del Delito.

En esta fase, corresponde determinar en primer lugar si se trata de un delito cometido por una persona jurídica. Determinado que el autor del delito ha sido cometido por una persona jurídica, corresponderá despejar si el hecho ha tenido como antecedente la violación del reglamento que establece los máximos permitidos o si se trata de un hecho que no tiene como antecedente la violación del reglamento, sino que únicamente cumple con los supuestos de hecho de la norma penal. Es decir, si se trata de un delito de grave contaminación ambiental o de grave daño ambiental. En ambos casos, es supuesto indispensable al menos, el daño al medio ambiente para entender consumado el delito.

2. Segunda Fase: Determinación del Sistema de Responsabilidad.

En esta fase, deberá determinarse si el delito causó exclusivamente daños al medio ambiente, o además si sus efectos dañaron o dañarán a alguna persona.

De determinarse que el delito sólo ha causado daños al medio ambiente, deberá regirse por el sistema de responsabilidad objetiva. Si se determina que además ha causado daños a las personas deberá regirse por el sistema de responsabilidad subjetiva.

Ahora bien, puede ocurrir que no sea posible determinar inmediatamente el daño a las personas, dado que éste, particularmente en los delitos que afectan el medio ambiente suele manifestarse con posterioridad al acaecimiento del hecho punible.

a. Problema de los Daños Futuros.

De esta manera, cuando los daños a las personas son posibles de constatar de inmediato, deberá procederse bajo las reglas de la responsabilidad subjetiva. Si no es posible constatar de inmediato la producción de daños a las personas deberá determinarse la certeza científica de su ocurrencia.

Así, en el ámbito del derecho civil se ha discutido “el momento” en que debe analizarse la posibilidad de la ocurrencia de los daños futuros. En nuestro caso, el daño futuro a las personas como consecuencia de un atentado al medio ambiente y la certeza de su futura ocurrencia basada en antecedentes científicos.

De esta forma, algunos señalan que la certeza de su ocurrencia debe determinarse al momento en que se dicta la sentencia que ordena la reparación. Otros, sostienen que debe quedar claro al momento en que se presenta la demanda y otros, al momento de ejecutarse el hecho del cual se deriva el daño⁴³².

Nosotros nos inclinamos por aquellos que sostienen que debe determinarse al momento en que se presenta la demanda, es decir, desde el momento en que se presenta formalmente la acción penal, se deberá determinar científicamente las probabilidades de la ocurrencia de los daños futuros a las personas.

⁴³² RODRÍGUEZ, G. Pablo. Obra citada, página 265.

Nos parece que es la fórmula que más certeza provee desde el punto de vista procesal y en particular puede permitir al tribunal resolver dos importantes aspectos:

a.1. *Determinar el Sistema de Responsabilidad.*

El tribunal deberá resolver inmediatamente las reglas por las cuales se regirá el pleito. Así, si los informes científicos concluyen que no se producirá daño a las personas, el juez deberá proceder bajo las reglas de la responsabilidad objetiva. De lo contrario, deberá aplicar las reglas de la responsabilidad subjetiva.

a.2. *Determinar la conveniencia de aplicar la pena concurrente privativa de libertad.*

Si al momento de presentarse la demanda se determina que el delito causará daño a las personas, el tribunal deberá evaluar y ponderar como combina las siguientes sanciones: Rehabilitación del medio ambiente, que se expresará en la forma de una multa y alguna pena privativa de libertad. Así, si se determina que no causará daño a las personas, el tribunal podrá orientar el litigio hacia una manera eficiente y eficaz de cumplir los fines que se propone la sanción de rehabilitación del medio ambiente. Si por el contrario, se determina que el delito si causará daño a las personas, el tribunal podrá ponderar la conveniencia de privar de libertad a los agentes del daño o únicamente orientar el pleito hacia la rehabilitación del medio ambiente.

3. Tercera Fase: Aplicación de la Sanción Penal de Rehabilitación del Medio Ambiente. Carga Procesal. Prueba de la Prevención de acuerdo a un Sistema de Responsabilidad Objetiva y Subjetiva.

La procedencia de la aplicación de la sanción de rehabilitación del medio ambiente, dijimos que estaba supeditada a la ocurrencia de un daño efectivo al medio ambiente. A su vez, hemos señalado que si

además se ha producido o se ha determinado científicamente que también las personas resultarán dañadas, corresponde evaluar la aplicación de las penas privativas de libertad como pena concurrente a la pena principal de rehabilitación. Esta última, el Tribunal deberá aplicarla siempre que se haya producido un daño al medio ambiente.

Sin embargo, lo anterior se morigerará, ya que el tribunal podrá decidir no condenar a la rehabilitación y eximir de toda responsabilidad al autor del delito, si ha llegado a la convicción respecto a que éste dio cabal cumplimiento a los supuestos de prevención de acuerdo a la fórmula que se indica:

$$\begin{aligned} & \text{RI (Recursos de Información) + RP (Recursos Prevención) X PD (Probabilidad} \\ & \text{de ocurrencia del Daño) } > \text{CM (Costo de la Multa)} \\ & \text{= RO o PO (Parámetro Objetivo).} \end{aligned}$$

$$\text{RI} + \text{RP} \times \text{PD} > \text{CD} = \text{RO.}$$

Parámetro de Objetivación de la Responsabilidad. (P.O.R)

Es decir, si al momento de analizar la conveniencia de tomar determinada decisión comercial la empresa posee los recursos suficientes para informarse y además, los recursos necesarios para adoptar las medidas preventivas necesarias para evitar un suceso dañoso, y éstas no se adoptan y acaecido el resultado, ocurre que el costo de la multa contemplado para la naturaleza del daño acaecido, excede al costo de haberlo prevenido con anticipación, el tribunal podrá determinar en la etapa de prueba, con bastante precisión el alcance y extensión de la sanción.

De esta forma, la carga procesal del agente contaminador se traduciría en el deber jurídico de probar que recogió la información pertinente y que adoptó las medidas necesarias para prevenir el daño, pero que no obstante aquello, el daño sobrevino de todas formas.

Por lo tanto, cuando la empresa ha sido sometida al sistema de responsabilidad subjetiva, por haberse concluido científicamente la existencia actual o futura de daños a las personas dicha carga procesal deberá soportarla el demandante. Es decir, éste deberá probar que la empresa no adoptó las medidas preventivas de acuerdo a la fórmula planteada. Por su parte la empresa, deberá probar la interrupción del nexo causal, acreditando que dio cumplimiento a las medidas preventivas que correspondían y recogió la información suficiente.

Por otra parte, si la empresa ha sido sometida al sistema de responsabilidad objetiva, por haberse concluido científicamente que no existen y no se producirán daños a las personas, dicha responsabilidad se presumirá. Es decir, la empresa deberá probar que recogió la información pertinente y que adoptó las medidas preventivas que correspondían. Por su parte, el demandante únicamente deberá probar la acción de la empresa y la relación causal.

Así, nos parece razonable enfocar el sistema punitivo ambiental directamente hacia la prevención por parte de la empresa de actividades que puedan dañar el medio ambiente y la vida y/o salud de las personas. De esta manera, si la empresa logra probar que recogió toda la información necesaria y adoptó todas las medidas preventivas para evitar el daño y este sobrevino de todas formas, parece razonable que aunque se trate de un hecho que dañe exclusivamente el medio ambiente o también afecte a las personas, se le exima de toda responsabilidad. Dicha circunstancia, nos parece que es un fuerte incentivo para que las empresas adopten todas las medidas de seguridad y prevención que estén a su alcance.

Por otra parte, es de toda lógica que la prueba del agente no podrá consistir en alegar que no poseía los recursos necesarios para recoger dicha información o los recursos suficientes para adoptar las medidas preventivas, ya que, de encontrarse en circunstancia, es evidente que su obligación será la de abstenerse de realizar de todas formas y “a ciegas” su proyecto o actividad comercial que pueda dañar el medio ambiente. La constatación de dicha circunstancia, sería la expresión máxima del dolo ambiental al que hemos hecho alusión.

Por último, tampoco podría excusarse alegando que el costo de recoger dicha información y adoptar las medidas preventivas era mayor que el costo de la multa, ya que regiría con más fuerza el principio anterior.

III. REFLEXIONES FINALES

No ambicionamos con la propuesta ofrecida plantear una solución a un problema que importantes países del mundo no han podido regular del todo, pese a contar con considerables avances científicos e institucionales. Sólo nos hemos propuesto la tarea de abordar un tema extremadamente sensible no sólo para nuestras generaciones, sino también, y fundamentalmente para las que vendrán.

Hemos creído necesario inclinarnos hacia aquellas tendencias orientadas a objetivar la responsabilidad civil por daños producidos al entorno y extrapolar dichas consideraciones y principios, con las dificultades que ello presenta, al ámbito del derecho penal del medio ambiente.

La precedente propuesta, se plantea en el contexto de una inquietud fundamentalmente práctica, cuyo objetivo no ha sido otro, que manifestar nuestra preocupación por la brutal degradación del entorno, a través del recordatorio de determinados criterios que actualmente existen en torno a los instrumentos penales para contenerla.

Hemos querido también expresar nuestra inquietud, a través de una sugerencia realizada en el plano de los sistemas de responsabilidad aplicables ante los atentados sufridos por el medio ambiente y las personas, intentando combinar de forma armónica y coherente, los intereses de las personas expresados tanto en su condición de consumidores de bienes y servicios que deberán soportar el traspaso de los costos internos de la empresa a dichos bienes, como también, expresado en su condición de titular de un derecho colectivo como es el medio ambiente.

A su vez, nuestra preocupación se extiende a las inquietudes e incertidumbres legítimas de las empresas frente a los potenciales riesgos y peligros ambientales

presentes en su actividad comercial, que ante lo disperso y poco claro de un régimen de responsabilidad legal por daños al medio ambiente, pueden implicar que se vean inhibidos de invertir y aportar al crecimiento y desarrollo económico del país.

También hemos querido plantear con especial énfasis, dada la falibilidad de todo sistema de prevención, nuestra inquietud en orden a que una futura legislación penal ambiental pueda mantener el espíritu de nuestra legislación civil de reparación de daños al medio ambiente, expresado en una sanción amplia, que combina tanto fines de prevención general y especial, incorporando también la idea de la retribución, como asimismo, dotándola de fines específicos orientados a restaurar el medio ambiente e interferir en la decisión comercial eventualmente riesgosa para el entorno por parte de la empresa.

CONCLUSIONES

1. Es mayoritaria la opinión de quienes entienden que el derecho ambiental es una disciplina autónoma, no obstante, por sus especiales características, relacionada y vinculada con todas las ramas del derecho.
2. La garantía constitucional establecida en el artículo 19 n° 8 de la Constitución Política debe interpretarse armónicamente. Los bienes jurídicos que la garantía protege, medio ambiente y vida humana, son para nosotros de idéntica jerarquía normativa, por cuanto el medio ambiente constituye la base natural sobre la cual se desarrolla y hace posible la existencia de la vida humana.
3. Para efectos de construir un ordenamiento penal ambiental, las concepciones eco o antropocéntrica, lejos de confrontarse al momento determinar el bien jurídico protegido se complementan armónicamente. Ambas visiones se integran perfectamente en el diseño y creación de una eficaz legislación penal ambiental.
4. La experiencia de otros países en la tipificación penal del delito ambiental, nos proporciona una clara idea de lo que se debe o no hacer en nuestro país. En este sentido, el modelo de regulación seguido por Brasil, que ha optado por elaborar una normativa especial para los delitos penales ambientales, evitando incorporar dichas normas directamente en el Código Penal, parece ser una alternativa a tener en consideración para una futura legislación penal ambiental en Chile. La flexibilidad y dinamismo de dicha fórmula nos parece funcionalmente correcta si se tienen en consideración las permanentes transformaciones que experimenta la regulación ambiental general.
5. Determinar el bien jurídico protegido, no debe significar mayor complejidad, dado que al tratarse un disciplina “ambiental”, será obviamente el medio ambiente o uno de sus componentes el bien jurídico protegido. Lo que no impide, analizar la conveniencia de aplicar una sanción privativa de libertad, cuando además del medio ambiente ha resultado dañada una persona.

6. Clasificar los atentados al medio ambiente, en aquellos delitos de grave contaminación ambiental y de grave daño ambiental, según su antecedente provenga de una infracción reglamentaria en que se superan los máximos permitidos por el legislador, o bien del cumplimiento de los supuestos de hecho que contempla la norma penal, nos resulta de gran utilidad, toda vez que a partir de dicha clasificación, será posible determinar el funcionamiento general del sistema de responsabilidad “mixto” propuesto.
7. En ambas clases de delito, de grave contaminación ambiental y de grave daño ambiental, será necesario que el daño al medio ambiente efectivamente se produzca para entender el delito consumado. Por lo tanto, la denominación de “grave” contaminación o daño ambiental, sólo pretende excluir aquellos delitos que no importan un impacto significativo al medio ambiente. Es decir, los delitos de bagatela.
8. Así, corresponderá que el delito sea sometido a las reglas de la responsabilidad subjetiva, en aquellos casos que además de haberse producido daño al medio ambiente, se haya provocado o se determine científicamente que se provocará daño a las personas. Por su parte, si se acredita científicamente que dichos daños a las personas no han ocurrido y no ocurrirán, corresponderá que el delito sea sometido a las reglas de la responsabilidad objetiva. En ambos casos, la existencia de dichos daños a las personas, deberá determinarse al momento de presentarse la acción penal.
9. También, la distinción que se ha hecho en orden a determinar si además del daño al medio ambiente, se ha provocado o provocará daño a las personas, importa para determinar la procedencia de una pena privativa de libertad como pena concurrente a la de rehabilitación del medio ambiente.
10. Así, la rehabilitación del medio ambiente, expresada en una multa, la proponemos como la principal la sanción penal de una futura legislación penal

ambiental para Chile, sobre la base de su incorporación formal al Código Penal en su artículo 21.

11. Por otra parte, no obstante entender consumado el delito por haberse producido el daño al medio ambiente, sea que haya sido consecuencia de una infracción reglamentaria o haya cumplido con los supuestos de hecho de la normal penal, se ha sugerido la posibilidad de que exista un parámetro objetivo para determinar la procedencia y extensión de la sanción de rehabilitación al medio ambiente, que en concreto significará determinar el importe de la multa o eximir de toda responsabilidad a la empresa, de acuerdo a un catálogo de multas especial y proporcional a la naturaleza del daño. Esto, independientemente de que se hayan producido o se vayan a producir con certeza daños a las personas, asunto que únicamente importará para determinar la procedencia de aplicar el sistema de responsabilidad subjetiva y la conveniencia de aplicar alguna pena privativa de libertad como concurrente a la de rehabilitación del medio ambiente.
12. Dicho parámetro objetivo puede configurarse tanto en un proceso sometido a las reglas de la responsabilidad subjetiva u objetiva, variando únicamente el destinatario de la carga procesal. Así, la configuración del parámetro objetivo deberá ser probada, por el demandante en un sistema de responsabilidad subjetivo y la circunstancia de no haberse configurado, sea que se pruebe que se adoptaron las medidas preventivas y se recogió toda la información necesaria o que ha acaecido un hecho que ha interrumpido el nexo causal, por el demandado en un sistema de responsabilidad objetiva.
13. Con un parámetro o indicador como el que proponemos, estimamos que es posible interferir, directamente desde el derecho penal, en la adopción misma de la decisión comercial de la empresa, la que deberá reflexionar y analizar con mayor cautela antes de decidirse a ejecutar determinado proyecto o actividad.
14. Es decir, dicho parámetro permite establecer un adecuado equilibrio en el régimen de sanciones que se propone, toda vez que, determinado que el

demandado cumplió positivamente con las exigencias de hecho de la fórmula o parámetro, es decir, que adoptó las medidas preventivas que correspondían y que recogió la información suficiente, no será procedente aplicar ni la sanción de rehabilitación al medio ambiente dañado ni alguna pena privativa de libertad. Sino, únicamente sanciones accesorias como, la publicación la situación procesal-ambiental de la empresa.

15. Hemos señalado también, que la aplicación concreta de la sanción de rehabilitación del medio ambiente, cuando corresponda, se materializará mediante la consagración legal de un catálogo de multas especiales y proporcionales a la naturaleza del daño, elaborado sobre la base de metodologías de cuantificación y valoración de posibles daños al medio ambiente de alta precisión científica.
16. En el ámbito de dichas metodologías de cuantificación del daño, nos hemos inclinado por aquellas que pretenden determinar el valor económico de los servicios que determinado ecosistema puede dejar de prestarle a determinada comunidad. Ese a nuestro juicio debe ser el criterio de cuantificación para determinar el rango en que se establecerán las multas.
17. Por otra parte, creemos que el agente del daño, o el “delincuente ambiental”, no podrá reparar realmente el mal causado si es que se establecen penas privativas de libertad para quienes dañen el medio ambiente y/o la salud y vida de las personas. En este sentido, hemos reservado su aplicación para aquellos casos en que, además del medio ambiente, hayan sido afectadas las personas.
18. En este sentido, nos ha parecido razonable que el tribunal pondere en concreto la aplicación de una pena privativa de libertad, cuando además del medio ambiente han resultado dañadas las personas, analizando específicamente la conveniencia de su procedencia mediante el siguiente criterio. Cómo garantizo de mejor forma el pago íntegro de la multa.

Privándolo de libertad o permitiendo que continúe trabajando para que siga produciendo y logre pagar el total de la multa.

- 19.** Por último, el sistema “mixto” de responsabilidad y las sanciones propuestas, descansan bajo la firme convicción de la necesidad de introducir innovaciones en todas aquellas legislaciones que se propongan regular penalmente los daños al medio ambiente. Los desafíos que se deberán tener en consideración, son múltiples y muchos de ellos escapan de los principios e instituciones tradicionales del derecho penal. Así, consideraciones como, crecimiento económico, certidumbre empresarial, eficiencia en la determinación de los responsables, reparación del medio ambiente, entre otros aspectos, constituyen elementos insoslayables para nuestro legislador al momento de diseñar una legislación penal ambiental para Chile.

BIBLIOGRAFÍA

I. LIBROS

1. **ALESSANDRI, R. Arturo**, “De la Responsabilidad extracontractual en el Derecho civil chileno”. Santiago, Editorial Jurídica-Ediar Conosur, reimpresión, Año 1983, N° 139.
2. **ALESSANDRI, Arturo**: “Teoría de las Obligaciones”. Editorial Jurídica Ediar-Conosur Limitada. Santiago, 1988,
3. **ÁLVAREZ, C. Enrique**, “Curso de Derecho Constitucional”. Volumen I. 2ª Edición. Madrid. Editorial Tecnos S.A., Año 1996.
4. **ARBUES, S. Juan José**, “El seguro de responsabilidad civil por daños al medio ambiente”, Madrid, Editorial Dykinson, Año 1998.
5. **BLANCO, L. Carlos**, “La protección del medio ambiente en el derecho penal español y comparado”, Madrid, España, Editorial Comares, Año 1997.
6. **BLEISCHWITZ, Raimund**, “Cognitive and institutional perspectives of eco-efficiency”, Ecological Economics, Editorial Elsevier, Año 2003.
7. **BRAÑES, Raúl**, “Manual de Derecho Ambiental Mexicano”, DF. México, Fondo de Cultura Económica, Año 1994.
8. **BUSTAMANTE A. Jorge**, “Derecho Ambiental: fundamentación y normativa”, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, Año 1995.
9. **BUSTOS, Juan**, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en “Obras completas”, Tomo II, Editorial Ediciones Jurídicas de Santiago Chile, año 2007.

10. **CLARO SOLAR, Luis:** “Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado”, volumen VII. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1950,
11. **COLBO OLBERA, Tomás,** “El procedimiento sancionador tipo”, Barcelona, Editorial Bosch, Año 1999,
12. **CONDE PUMPIDO, Tournon,** “Introducción al delito ecológico”, Madrid, Editorial Trotta S.A., Año 1992.
13. **CORDERO, V. Luis Alberto,** “Institucionalidad Ambiental en el Derecho Chileno”, Editorial Jurídica Conosur Ltda. Santiago, Año 1996.
14. **COUSIÑO Mac Iver, Luis,** “Derecho Penal Chileno” Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Año 1975.
15. **CURY, Enrique,** “Derecho Penal”, Parte General, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996.
16. **CURY, Enrique,** “Derecho Penal”, Parte General, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997.
17. **CURY, Enrique,** “Derecho Penal”, Parte General. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago, 2005.
18. **DE AHUMADA, R, Francisco Javier,** “Materiales para el estudio del Derecho Administrativo Económico”, Madrid, Editorial Dykinson, Año 2001.
19. **FEIJOÓ, S. Bernardo José,** “Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente”, Madrid, Editorial Civitas, Año 2002.
20. **FERNANDEZ, B. Pedro,** “Manual de Derecho Ambiental Chileno”, Santiago, Editorial Jurídica, Año 2004.

21. **FRISCH, Wolfgang**, “Desvalorar e Imputar”, Sobre la imputación objetiva en Derecho Penal. Barcelona, Editorial Atelier, Año 2004
22. **FUENTES O. Flavio**, “Manual de Derecho Ambiental”, Valparaíso, Editorial Libromar, Año 1999.
23. **GARRIDO MONTT. Mario**, “Derecho Penal, Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito”, Parte General, Tomo II, Santiago, Editorial Jurídica, Año 1997.
24. **GHERSI, Carlos Alberto, LOVECE, Graciela, WEINGARTEN, Celia**. “Daños al ecosistema y al medio ambiente”, Buenos Aires, Editorial Astrea, Año 2004.
25. **GHERSI, Carlos Alberto, ROSSELLO, Gabriela, HISE, Mónica**. “Derecho y reparación de daños”. Buenos Aires, Editorial Universidad, Año 1999.
26. **GOLDENBERG, Isidoro H, CAFFERATTA, Néstor A.**, “Daño Ambiental”, Buenos Aires, Editorial ABELEDO-PERROT, Lexis Nexis Argentina S.A., Año 2000.
27. **GONZÁLEZ, José Joaquín, GARZÓN, Ripoll**, “Sociología del Delito Ambiental”. Córdoba, España, Ediciones Universidad de Córdoba, Año 1992.
28. **GOZAÍNÍ, Osvaldo**, “La legitimación para obrar, la protección del ambiente y demás derechos difusos”, en obra colectiva Responsabilidad Ambiental, Buenos Aires, Editorial Belgrano, Año 1999.
29. **GRANDE, E. Ildelfonso**, “Fundamentos y Técnicas de Investigación Comercial” 9ª Edición, Aranguren, Editorial ESIC, Año 2003.
30. **GÜNTHER, Jakobs**, “La imputación objetiva en derecho penal”. Madrid, Editorial Civitas. Año 1996.

31. **JAQUENOD DE Zsögön, Silvia**, "Derecho Ambiental. Información-Investigación, Madrid", Editorial Dykinson, Año 1997.
32. **KELSEN, Hans**, "Teoría pura del derecho" Año 1963, Editorial Eudeba, Madrid, Cuarta Edición Año 1999.
33. **LIBSTER, H, Mauricio**, "Delitos Ecológicos", Buenos Aires, Editorial Depalma, 2da edición, Año 2000
34. **MALAMUD, G, Jaime**, "Política Criminal de la Empresa", cuestiones alternativas. Buenos Aires, Editorial Hammurabi, Año 1983.
35. **MATEO M., Ramón**. "Tratado de Derecho Ambiental", Madrid, Editorial Trivium, Año 1991.
36. **MARTÍN M. Ramón**, "Valoración de los Derechos Ambientales", en Revista de derecho ambiental de la Universidad de Chile, Santiago. Año I, no. 1, diciembre, 2003.
37. **MATUS, A. Jean Pierre, CASTILLO, S. Marcelo, RAMÍREZ, R. María Cecilia, ORELLANA, C. Marcos**, "Derecho Penal del Medio Ambiente", Estudios y propuesta para un nuevo derecho penal ambiental chileno, Editorial Jurídica de Chile, Año 2004.
38. **MOSSET I, Jorge**, "El daño ambiental como daño privado", Santa Fe, Editorial Rubinzal-Culzoni, Año 1999.
39. **NOVOA MONREAL, Eduardo**, "Curso de Derecho Penal Chileno", Tomo I, Santiago, Editorial Conosur, Año 1985.
40. **LLANOS MANCILLA, Hugo**, "La Protección Jurídica del Medio Ambiente en Chile: Convenios Internacionales"; Santiago de Chile, Edición Red Internacional del Libro, Septiembre de 1995.

41. **POLITOFF, L. Sergio**, "Derecho Penal", Tomo I, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, Año 1997.
42. **REYES ALVARADO, Yesid**, "Imputación Objetiva". Santa fe de Bogotá, Editorial Temis S.A., Año 1996.
43. **RODRÍGUEZ, G. Pablo**, "Responsabilidad Extracontractual", Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Año 1999.
44. **RODRÍGUEZ, R. Luis**, "Derecho judicial, delitos y penas" Secundariedad del Derecho Penal Ambiental, Revista "Ius Publicum", nº10, Madrid, Año 2003.
45. **SANTANA, V. Dulce Santa María**, "El Concepto de la Ley Penal en Blanco", Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, Año 2000.
46. **TERRADILLOS, B. Juan**, "El Derecho Penal del Medio Ambiente", Madrid, Editorial Trotta, Año 1997.
47. **VALLS, Mariana**, "Derecho Ambiental: los grandes problemas ambientales que enfrenta la Argentina a fin de siglo: legislación y propuestas de solución. Buenos Aires, Editorial Buenos Aires, Año 1999.
48. **VON LISZT, Franz**, "Tratado de Derecho Penal" Tomo II, Madrid, Editorial Reus, Año 1927.

II. TESIS, MEMORIAS DE GRADO Y APUNTES DE CLASES

1. **CAMACHO, Gladys**, "Administración Ambiental", Potestad Sancionadora y Fiscalizadora de la Administración del Estado. Clase- Sesión 19 de abril del año 2007, 2da versión Magíster en Derecho Ambiental, Universidad de Chile.
2. **CÉSPEDES, I. Rodrigo**, "La responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas", Santiago, Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado

en Ciencias Jurídicas y Sociales, Departamento de Ciencias Penales,
Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Año 2000.

3. **DURÁN, Valentina**, “Acuerdos voluntarios en materia ambiental y su versión chilena: los Acuerdos de Producción Limpia, material complementario, Segunda versión Magíster Derecho Ambiental, Universidad de Chile, sesión de 1 de abril de 2008.
4. **GONZALEZ, A. Rodrigo**, “La responsabilidad Civil”, apuntes de las clases impartidas por el profesor Pedro Zelaya Etchegaray, el primer semestre de 2003, en el curso de derecho civil V, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Privado, Universidad de Chile, Año 2007.
5. **MONTENEGRO, Sergio**, “La Acción de Protección Ambiental”, sesión 13 de agosto de 2007, 2da Versión Magíster en Derecho Ambiental, Universidad de Chile.
6. **MONTENEGRO, Sergio**, “Responsabilidad por Daño Ambiental”, Sesión 24 de julio de 2007, 2ª Versión Magíster en Derecho Ambiental, Universidad de Chile.
7. **MONTES, V, Jenny**, “Ecoeficiencia: Una propuesta de responsabilidad ambiental empresarial para el sector financiero colombiano” Tesis de Grado para optar al título de Maestría en Medio Ambiente y Desarrollo, Medellín, Universidad Nacional de Colombia Sede Medellín, Año 2008.
8. **MORAGA, S. Pilar**, “Marco Internacional Ambiental”, Clase-Sesión de 3 de abril de 2008, Modulo Especialización, Curso A, 2da Versión Magíster en Derecho Ambiental, Universidad de Chile.
9. **MORAGA, S. Pilar**, “La resolución de conflictos ambientales en materia de comercio internacional”, Abogada Universidad de Chile, Doctorante en

Derecho Internacional y Comunitario, Universidad de Lille 2, Francia,
Asistente de Investigación de la Universidad de Valenciennes, Francia.
Apuntes Complementarios 2da Versión Magíster en Derecho Ambiental,
Universidad de Chile

10. **TOLEDO, V. Patsilí**, “Delito ambiental y Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas”, Departamento de Ciencias Penales, Universidad de Chile, Año 2001.
11. **VEGA, Viviana**, “Evolución del Derecho Ambiental en Chile”, Capítulo II, Tesis doctoral para el programa de Geografía, Paisaje y Medio Ambiente de la Universidad de Barcelona, Año 2008-2009-

III. ARTÍCULOS DE REVISTAS

1. **ALFIERI, Natalia**, “Problemas que plantea la protección penal del Medio Ambiente”. Centro de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 23 de marzo de 2008.
2. **BARBERO SANTOS, Marino**, “¿Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas?”, Buenos Aires, en Revista Doctrina Penal, Nº 35, Año 1986
3. **CORRAL, T. Hernán**, “Daño Ambiental y Responsabilidad Civil del Empresario en la Ley de Bases del Medio Ambiente”, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 23, Nº 1, Año 1996.
4. **DÍAZ T, Regina Ingrid**, “La responsabilidad objetiva en el ordenamiento jurídico chileno” En Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, Coquimbo, Año 2007.
5. **GARCÍA, C. Percy**, Ponencia en: “Seminario Internacional de los Delitos Imprudentes en el Ámbito Empresarial”. Santiago, Revista de Estudios de

la Justicia-Nº 10, Centro de Estudios de la Justicia, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Año 2008.

6. **MARTÍN M. Ramón**, “Valoración de los Derechos Ambientales”, en Revista de derecho ambiental de la Universidad de Chile, Santiago. Año I, no. 1, diciembre, 2003), p. 49-71.
7. **MEDINA, J. Rodrigo**, “Constitución, Bien Jurídico y Derecho Penal”. Santiago, Revista Chilena de Derecho, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Volumen 20. Nº 21. Enero-Abril- 2003.
8. **RODRÍGUEZ, R. Luis**, “Derecho judicial, delitos y penas”-“Secundariedad del Derecho Penal Ambiental,” Universidad Santo Tomás, Escuela Derecho, Santiago, Revista Ius Publicum, Derecho Ambiental, N º10,Año 2003
9. **SOTO KLOSS, Eduardo**, “El derecho fundamental a vivir en un ambiente libre de contaminación: su contenido esencial”, Santiago, Gaceta Jurídica Nº 151, Año 1993.
10. **TALLAR, D. Fernando, GARAY, GHIARDO, G. María Teresa**, “Carácter de la normativa constitucional y legal sobre el Medio Ambiente”. Santiago, Gaceta Jurídica Nº 175, Año 1995.
11. **TIEDEMANN, Klaus**, “Constitución y Derecho Penal”, Madrid, Revista española de Derecho Constitucional, Año 11 Nº 33. Editada por Centro de Estudios Constitucionales. Septiembre-Diciembre, Año 1991.
12. **TRIGO REPESAS, Félix A.**, “La defensa del ambiente en la Provincia de Buenos Aires”, Anticipo de Anales, año XLIII, segunda época, nº 36, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, Año 1998.

13. **VARELA, Irene**, "Barreras y motivadores de la legislación ambiental en Costa Rica hacia el concepto de producción más limpia". Costa Rica, Revista Gerente, La Nación, Año 2002.

IV. **FUENTES DE INTERNET. ARTÍCULOS Y DOCUMENTOS PUBLICADOS.**

1. **ALCÁCER, G. Rafael**, "La protección del futuro y los daños cumulativos", en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, de la Universidad de Granada, RECPC 04-08, Año 2002, (En línea), consultado el 14 de mayo de 2009. (En Línea): http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_04.html .
1. **ETCHEBERRY O., Alfredo**. "Reflexiones sobre Política Criminal" (En Línea) http://www.politicacriminal.cl/n_07/d_2_7.pdf
2. **CRESPO, P. Ricardo**, "La responsabilidad objetiva por daños ambientales y la inversión de la carga de la prueba en la Nueva Constitución" (En línea), consultado el 14 de mayo de 2009. (En Línea): http://www.flacsoandes.org/web/imagesFTP/1225820188.Articulo_Ricardo_Crespo.doc
3. **GUENSTE, Nadja, DERVALL, Jeroen, BAUER, Rob, Bauer, KOEDIJK, Kees**, "The Economic Value of Corporate Eco-Efficiency." Working Paper, Erasmus University. (En línea), consultado el 2 de junio de 2009. (En Línea): [http://www.sristudies.org/Guenster+\(2005\)](http://www.sristudies.org/Guenster+(2005)).
4. **ORTEGA, Luís**: "La Pena como Delito", "Evolución Histórica de la Sanción Penal". (En línea), consultado el 11 de junio de 2009. (En Línea): <http://www.mailxmail.com/curso-pena-como-delito/evolucion-historica-sancion-penal>.

5. **PASOS DE FREITAS, Vladimir:** “Responsabilidad por Daño Ambiental: caso Brasil”. Documento Instituto Nacional de Ecología. Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, México. (En línea), consultado el 11 de junio de 2009. (En Línea):
<http://www.ine.gob.mx/publicaciones/libros/398/neofito.html>
6. **PEÑA CHACÓN, Mario:** “Reparación y valoración económica de los daños causados al medio ambiente”, en Revista Electrónica de Derecho Ambiental, “Medio Ambiente y Derecho”. (En línea), consultado el 11 de junio de 2009. (En Línea): <http://www.invenia.es/oai:dialnet.unirioja.es:ART0000060313>
7. **POLANCO, L. Rodrigo,** “Responsabilidad por Daño Ambiental”. Fiscalía del Medioambiente-Chile. (En línea) consultado el 15 de mayo de 2009. (En Línea):
www.fima.cl/pdf/articulos/RESPONSABILIDADPORDANOAMBIENTALRP.PDF
8. **SÁNCHEZ, A.J,** “La “restitutio in pristinum” como mecanismo deseable para la reparación de los daños causados al medio ambiente”, Medio Ambiente y Derecho, Revista Electrónica de la Universidad de Sevilla, 2002. Consultado 4 de mayo de 2009. (En Línea): www.cica.es/aliens/gimadus/
9. **SIERRA, Lucas,** “Reforma de la Institucionalidad Ambiental”: Problemas y Oportunidades. Santiago, Centro de Estudios Públicos, Documento de Trabajo N° 373-Septiembre-2008. (En línea), consultado 6 de junio de 2009).(En Línea) www.cepchile.cl

V. CÓDIGOS, NORMAS Y LEYES DE LA REPÚBLICA DE CHILE

1. **ASTORGA, Martín**, “Repertorio de Legislación de Relevancia Ambiental para Proyectos de Infraestructura”, Ministerio de Obras Públicas, Año 2005.
2. **Boletín 2177-12**, “Tipifica el delito ambiental”.
3. **Boletín 4256-12**, “Sanciona los delitos contra el medio ambiente cometido por Personas Jurídicas”.
4. **Boletín 5947-12**, “Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente”.
5. **Boletín 6747-12**, “Crea el Tribunal Ambiental”.
6. **Boletín 6048-07** “Tipifica delitos que ofenden el medio ambiente”
7. **Boletín nº 5654-12**, “Sobre delitos contra el medio ambiente”.
8. **Código Aeronáutico chileno.**
9. **Código Civil chileno.**
10. **Código de Aguas chileno.**
11. **Código de Procedimiento Penal chileno.**
12. **Código Penal chileno.**
13. **Código Procesal Penal chileno.**
14. **Constitución Política de Chile.**

15. **Decreto con Fuerza de Ley N° 458**, Ley General de Urbanismo y Construcciones.
 16. **Decreto Ley n° 2.222**, Ley de Navegación Marítima.
 17. **Decreto Ley n° 3.557**, Ley de Protección Agrícola.
 18. **Ley n° 18.290**, Ley de Tránsito.
 19. **Ley n° 19.300**, de Bases Generales del Medio Ambiente, y sus reglamentos.
 20. **Ley 20.417**, Modifica la ley de Bases Generales del Medio Ambiente y sus reglamentos y crea el Ministerio de Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia de Medio Ambiente”
 21. **Ley n° 20.084**, Establece un sistema de responsabilidad penal adolescente por infracción a la ley penal
 22. **Ley 20.393**, Establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas para los delitos de lavado de activo, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica.
- VI. NORMATIVA Y SEMINARIOS INTERNACIONALES Y LEGISLACIÓN COMPARADA**
1. **Anexo II de la Directiva 2004/35/CE** del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa.
 2. **III Congreso de jueces del MERCOSUR**: “Cumplimiento de la ley y ejecución de sentencias” Comisión III: Derecho Penal Ambiental.
 3. **Ley CERCLA, Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act** (Ley General de Responsabilidad y Compensación Ambiental)

4. **Libro Blanco sobre Responsabilidad Ambiental** de la Comisión de las Comunidades Europeas.
5. **Libro Verde sobre marco europeo para la Responsabilidad Social de las Empresas** de la Comisión de las Comunidades Europeas
6. **XIII Congreso Internacional de Derecho Penal** celebrado en el Cairo de 1 al 7 de Octubre de 1984.