Informe en Derecho
“El delito de tráfico de residuos peligrosos”

Prof. Valentina Durán Medina

Octubre de 2021

Índice

1. RESUMEN 4

2. SOBRE LA AUTORA 4

3. CONTEXTO INTERNACIONAL Y NACIONAL DE LA INTRODUCCIÓN DEL DELITO DE "TRÁFICO DE RESIDUOS PELIGROSOS" EN LA LEGISLACIÓN CHILENA 5

2.1. El convenio de Basilea 6

2.1.1. Preámbulo 7

2.1.2. Alcances, definiciones y obligaciones 9

2.1.3. La Enmienda Prohibitoria al Convenio de Basilea 12

2.2. Tipificación del delito de tráfico de residuos peligrosos para implementar el convenio de Basilea 13

2.3. La protección penal del medioambiente 14

3. EL DELITO DEL ARTÍCULO 44 EN EL CONTEXTO DE LA LEY. 20.920 QUE "ESTABLECE EL MARCO PARA LA GESTIÓN DE RESIDUOS, LA RESPONSABILIDAD EXTENDIDA DEL PRODUCTOR Y FOMENTO AL RECICLAJE" 15

3.1. La historia legislativa de la introducción del delito de tráfico de residuos peligrosos 17

3.2. Análisis detallado del alcance del delito de tráfico de residuos peligrosos del artículo 44 27

3.2.1. Bienes jurídicos protegidos 27

3.2.1.1. Protección de la salud y el medio ambiente 28

3.2.1.2. Aseguramiento de la trazabilidad de los desechos peligrosos a lo largo de su ciclo de vida 29

3.2.2. Tipicidad 30

3.2.2.1. Autoría 30

3.2.2.2. La conducta de tráfico de residuos peligrosos: exportar, importar o manejar 30

3.2.2.2.1. La ambigüedad del texto 30

3.2.2.2.2. Traficar residuos peligrosos 31

3.2.2.2.3. Exportar e importar residuos peligrosos 32

3.2.2.2.4. Manejar residuos peligrosos en el marco del tráfico 33

3.2.2.3. Objeto material y normativo del delito residuos peligrosos prohibidos y residuos peligrosos sujetos a control 36

3.2.2.3.1. Los residuos peligrosos 36

3.2.2.3.2. Los residuos peligrosos prohibidos de importar o exportar 40

3.2.2.3.2.1. Prohibiciones basadas en la Ley 20.920 41

3.2.2.3.2.2. Prohibiciones basadas en la aplicación del Convenio de Basilea 41
3.2.2.3.2.3. Otras prohibiciones reglamentarias: baterías plomadas fuera de uso y Reglamento del Estatuto Antártico 43
3.2.2.3.3. Los residuos peligrosos sujetos a autorización para su exportación e importación 44
3.2.2.3.4. Trámites para autorizar movimientos transfronterizos de residuos peligrosos 46
3.2.2.3.5. Autorizaciones para el manejo en el contexto del movimiento transfronterizo de residuos peligrosos. 49
3.2.3. Elementos subjetivos del tipo: el dolo y el error de tipo 50
3.2.4. Circunstancia calificante: generación de impacto ambiental 51
4. CONCLUSIONES 53
5. BIBLIOGRAFÍA 55

1. RESUMEN

Por intermedio de los abogados José Domingo Ilharreborde y Rodrigo Ávila, se me ha solicitado elaborar un informe en derecho para su cliente, Empresa Nacional del Petróleo (ENAP), acerca del alcance del tipo penal previsto en el artículo 44 de la Ley Nº20.920.

En el presente Informe en Derecho se ofrece una interpretación sistemática del delito de “tráfico de residuos peligrosos” establecido en el artículo 44 de la Ley 20.920 de 2016.

Para tal efecto, tras la introducción, en el primer capítulo se esboza un panorama general del contexto nacional e internacional que precedió a la dictación del delito en análisis, con especial referencia al Convenio de Basilea y al fenómeno de “internacionalización del derecho penal”.

En el siguiente capítulo se analiza pormenorizadamente el artículo 44 de la ley 20.920, comenzando por un estudio de la historia legislativa de su establecimiento así como por la estructura del delito, partiendo por los bienes jurídicos objetos de protección de la norma y continuando con un estudio de la tipicidad de la norma a partir de la estructura clásica para analizar este ámbito del delito: autoría, conducta, objeto material y objeto normativo.

Finalmente, en el tercer capítulo se ofrecen las conclusiones.

2. SOBRE LA AUTORA

La autora es abogada Universidad de Chile. Master (DEA) en Derecho Ambiental Universidades de París I y Paris II. Profesora asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, donde es directora del Centro de Derecho Ambiental y docente del Departamento de Derecho Económico y del Departamento de Enseñanza Clínica del Derecho, directora de la Revista de Derecho Ambiental, directora académica del Diplomado de Derecho Ambiental e Instrumentos de Gestión.

Ejerce la profesión como asesora y consultora en temas públicos y privados en materias de derecho internacional y nacional del medio ambiente. En el área de residuos sólidos, fue gerente legal de la consultora ambiental GESCAM (2014-2017) especializada en gestión de residuos. Ha sido conferencista y relatora de numerosos cursos de capacitación, postgrados, conferencias, diplomados, sobre el marco jurídico de los residuos sólidos. En el diplomado que dirige, la autora imparte clases sobre derecho internacional del medio ambiente, agenda química, marco jurídico de residuos, entre otras materias. Sobre la materia del presente informe su publicación más reciente es un capítulo titulado “Marco jurídico de la gestión de residuos peligrosos” incluido en el libro Derecho Ambiental chileno: parte especial (2021), editado por Eduardo Astorga y Ezio Costa, publicado por Thomson Reuters, pp 435-488.

Se hace presente que las opiniones vertidas en el presente informe son personales y no comprometen a ninguna institución.

3. CONTEXTO INTERNACIONAL Y NACIONAL DE LA INTRODUCCIÓN DEL DELITO DE "TRÁFICO DE RESIDUOS PELIGROSOS" EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

1. El delito de tráfico de residuos peligrosos, introducido por el legislador en el artículo 44 de la Ley Nº 20.920 sobre "Marco de la gestión de residuos, fomento al reciclaje y responsabilidad extendida del productor", publicada en el Diario Oficial el 1º de junio de 2016 (en adelante indistintamente "Ley REP" o "Ley 20.920"), se enmarca en los esfuerzos nacionales e internacionales por restringir los movimientos transfronterizos de residuos peligrosos.

2. El movimiento transfronterizo de residuos peligrosos es considerado un problema que amenaza la salud y el medio ambiente y la justicia ambiental, y es visto con desconfianza por la comunidad internacional debido a experiencias de graves vulneraciones a los derechos humanos y al medio ambiente, que por lo general están configurados en virtud de relaciones de desigualdad planetaria Norte-Sur, como el conocido caso de contaminación por Plomo en la región de Arica. [1]

3. Como señalo en un capítulo de un libro recientemente publicado, estos movimientos transfronterizos se explican, en parte, debido a la falta de capacidades técnicas de algunos países para tratar, eliminar o valorizar residuos muy específicos; debido a razones económicas que vuelven más rentable tratar residuos peligrosos en países con legislaciones laborales o ambientales más laxas; así como también por efecto de las reacciones NIMBY ("*not in my backyard*") "en mi patio trasero no" que reconoce que ningún país o localidad quiere tener una instalación de tratamiento de sus residuos peligrosos cerca. (Durán, 2021: 476-477).

4. El instrumento internacional más importante en el control de los movimientos transfronterizos de residuos peligrosos es el Convenio de Basilea, del que Chile es parte, tratado que como se verá, impone a sus partes la obligación de adoptar las medidas para prevenir y reprimir los actos que lo contravengan, incluyendo la tipificación del delito de tráfico ilícito de residuos peligrosos. La OCDE por su parte ha

[1] Entre los años 1984 y 1989 la empresa sueca Boliden Mineral AB exportó a Chile, a través de la empresa chilena Promel, 21 toneladas de desechos de su fundición en Skellefta, al norte de Suecia, con el objetivo de ser "tratados" por la empresa chilena para conseguir oro y plata. Estos desechos fueron caratulados como "barros con contenidos metálicos", sin mención a su alto contenido de mercurio, arsénico y plomo, siendo depositados, sin tratamiento, en terrenos fiscales ubicados al noreste de la ciudad de Arica. Luego estos desechos fueron abandonados donde posteriormente se construyeron viviendas lo que provocó la intoxicación por presencia de 4 minerales tóxicos. En 2003, la Honorable Cámara de Diputados constituyó una Comisión Especial Investigadora para esclarecer los hechos, la cual concluyó que el Estado chileno tiene responsabilidad directa en los perjuicios que se han causado a la población por la internación y abandono sin tratamiento de residuos tóxicos provenientes de Suecia. Para intervenir la zona y reparar el daño se dictó la ley N°20.590 que "Establece un programa de intervención en zonas con presencia de polimetales en la comuna de Arica".
En el año 2007, la Corte Suprema tuvo por acreditada la "falta de servicio" del Servicio de Salud de Arica condenando al fisco a pagar, por concepto de indemnización por daño moral, la suma de $8.000.000 a los, vecinos de Arica que demandaron a Promel y el Servicio de Salud de Arica. Sentencia rol de Corte Nº 3174-05. En detalle sobre esta jurisprudencia, véase: Montenegro (2009)

abordado el desafío a través de una serie de decisiones y decisiones-recomendaciones que le son aplicables y que están en sintonía con el Convenio de Basilea[2].

5. Por último, además del Convenio de Basilea, existe también el Convenio de Bamako[3], de 1991, en vigor desde 1998, adoptado por países africanos, que regula también este tipo de movimientos, con una perspectiva más estricta, adoptada a raíz de escándalos y situaciones graves como las ocurridas en Costa de Marfil, que motivó al conjunto de países parte a ejercer el derecho soberano de prohibir importaciones dentro de África, proveniente de estados no-parte, y a considerar tales movimientos (reconocido en el artículo 11 del Convenio de Basilea) como ilegales y criminales.

2.1. El convenio de Basilea

6. El Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación (en adelante el Convenio de Basilea), fue adoptado en Basilea, Suiza, el 22 de marzo de 1989, suscrito por el Gobierno de Chile el 31 de enero de 1990, promulgado por el Decreto Nº 685 del Ministerio de Relaciones Exteriores de 29 de mayo de 1992, y publicado en el Diario Oficial el 13 de octubre de 1992. El texto del Convenio de Basilea[4] se compone de 29 artículos y 10 Anexos[5], cuatro de los cuales fueron incorporados posteriormente[6] .

---

[2] Recommendation of the Council on the Environmentally Sound Management (ESM) of Waste, de 2004; Decision of the Council on the Control of Transboundary Movements of Wastes Destined for Recovery Operations, de 1992, Decision-Recommendation of the Council on the Reduction of Transfrontier Movements of Wastes de 1991; Decision-Recommendation of the Council on Exports of Hazardous Wastes from the OECD area, de 1986; Decision-Recommendation of the Council on Transfrontier Movements of Hazardous Waste de 1984; Decision of the Council on Transfrontier Movements of Hazardous Wastes, de 1988.

[3] El Convenio de Bamako se encuentra disponible en https://www.informea.org/es/treaties/bamako/print

[4] Texto vigente disponible en http://www.basel.int/Portals/4/download.aspx?d=UNEP-CHW-IMPL-CONVTEXT.Spanish.pdf. Más información en https://au.int/es/treaties/bamako-convention-ban-import-africa-and-control-transboundary-movement-and-management y en https://www.informea.org/en/treaties/bamako/text

[5] Los anexos son:
Anexo I: categoría de desechos que hay que controlar
Anexo II: categorías de desechos que requieren una consideración especial
Anexo III: lista de características peligrosas
Anexo IV: operaciones de eliminación
Anexo V A: información que hay que proporcionar con la notificación previa
Anexo V B: información que hay que proporcionar en el documento relativo al movimiento
Anexo VI: arbitraje
Anexo VII: Partes y otros Estados que son miembros de la OCDE, y de la CE, y de Liechtenstein.
Anexo VIII: Lista A,
Anexo IX: Lista B.

[6] El Anexo VII fue incorporado por la llamada "Enmienda prohibitoria" al Convenio, que fue adoptada en la tercera reunión de la Conferencia de las Partes en 1995 en la Decisión III/1. La enmienda, ratificada por Chile el 12 de agosto de 2009, entró en vigor internacional el 5 de diciembre de 2019, de conformidad con el artículo 17(5) del Convenio (notificación del Depositario C.N.420.2019). A su vez, la enmienda, ratificada por Chile, en virtud de la cual el anexo VIII y el anexo IX fueron añadidos al Convenio, entró en vigor el 6 de noviembre de

7. El convenio de Basilea se encuadra en lo que se ha denominado Agenda Química internacional, la cual está vinculada al Capítulo 19 de la antigua Agenda 21 de Río 1992, compuesta por otros dos tratados internacionales: el Convenio de Rotterdam sobre el Consentimiento Fundamentado Previo y el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes (COPs).

8. El Convenio de Basilea busca promover:

> "*i) el manejo ambientalmente adecuado o racional de los residuos peligrosos, aquí se acuñan varios principios de gestión de residuos que se recogen en general en las legislaciones nacionales de los distintos países; ii) la reducción en la fuente, es decir, que los residuos deben tratarse o eliminarse lo más cerca posible del lugar en donde son generados, reducir al mínimo el movimiento transfronterizo de residuos, porque estos movimientos generan mayores riesgos; iii) minimizar los residuos transportados; iv) también establece el derecho soberano de los Estados Partes de prohibir la importación de desechos peligrosos; v) el derecho de restringir exportaciones; vi) también insta a las partes, lo mismo que hacen las recomendaciones y decisiones de la OCDE, a establecer capacidades internas de tratamiento de eliminación de los residuos peligrosos dentro de sus Estados preferentemente; vii) define el tráfico ilícito de residuos peligrosos; y viii) establece mecanismos de información de embalaje, etiquetado y transporte, que son los que existen en todos los países; ix) reglas para los accidentes y x) por supuesto normas de cooperación internacional."* (Durán, 2021:478).

2.1.1. Preámbulo

9. Vale la pena examinar el Preámbulo del Convenio de Basilea, para entender por qué y cómo el tratado busca combatir el tráfico ilícito de residuos peligrosos. Es así como el preámbulo reconoce que "*los residuos peligrosos y otros desechos <u>y sus movimientos transfronterizos</u> pueden causar daño a la salud y el medio ambiente*"[7] siendo la manera más eficaz de proteger estos bienes jurídicos la reducción de la generación de estos tipos de residuos desde el punto de vista de la cantidad y/o peligrosidad.

10. Las partes también se manifiestan "*Convencidas de que los Estados deben tomar las medidas necesarias para que el manejo de los desechos peligrosos y otros desechos, <u>incluyendo sus movimientos transfronterizos y su eliminación</u>, sea compatible con la protección de la salud humana y del medio ambiente, cualquiera que sea el lugar*

1998, o sea, seis meses después de que fue emitida la notificación del Depositario C.N.77.1998 del 6 de mayo de 1998. Sucesivas enmiendas modificaron estos anexos agregando nuevas entradas. La enmienda en virtud de la cual el anexo IX fue añadido al Convenio, entró en vigor el 6 de noviembre de 1998, o sea, seis meses después de que fue emitida la notificación del Depositario C.N.77.1998 del 6 de mayo de 1998 (la cual refleja la Decisión IV/9 adoptada por la Conferencia de las Partes en su cuarta reunión). La última enmienda al Convenio, que modifica entradas de los anexos II, VIII y IX fue adoptada en la decimocuarta reunión de la Conferencia de las Partes en el Convenio de Basilea (COP-14, 29 de abril a 10 de mayo de 2019) con el objetivo de mejorar el control de los movimientos transfronterizos de residuos plásticos y aclarar el ámbito de aplicación del Convenio en su aplicación.

[7] Este y todos los destacados o subrayados son míos.

de su eliminación", y toman nota de que "los Estados tienen la obligación de velar por que el generador cumpla sus funciones con respecto al transporte y a la eliminación de los desechos peligrosos y otros desechos de forma compatible con la protección de la salud humana y del medio ambiente, sea cual fuere el lugar en que se efectúe la eliminación".

11. El preámbulo continúa explayándose sobre la amenaza que significan estos movimientos transfronterizos que se tratan de minimizar: "*reconociendo plenamente que todo Estado tiene el derecho soberano de prohibir la entrada o la eliminación de desechos peligrosos y otros desechos ajenos en su territorio*", "*reconociendo también el creciente deseo de que se prohíban los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación en otros Estados, en particular en los países en desarrollo*", igualmente, "*reconociendo que los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos, especialmente hacia los países en desarrollo, encierran un alto riesgo de no constituir el manejo ambientalmente racional y eficiente de los desechos peligrosos que se preceptúa en el Convenio*".

12. Las partes también afirman "*que los Estados han de cumplir sus obligaciones internacionales relativas a la protección de la salud humana y a la protección y conservación del medio ambiente, y son responsables de los daños de conformidad con el derecho internacional*", y reconocen el principio de autosuficiencia convencidas de que "*en la medida en que ello sea compatible con un manejo ambientalmente racional y eficiente, los desechos peligrosos y otros desechos deben eliminarse en el Estado en que se hayan generado*"

13. Así también las partes tienen presente "*que los movimientos transfronterizos de tales desechos desde el Estado en que se hayan generado hasta cualquier otro Estado deben permitirse solamente cuando se realicen en condiciones que no representen peligro para la salud humana y el medio ambiente, y en condiciones que se ajusten a lo dispuesto en el presente Convenio*". Las partes consideran "*que un mejor control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y otros desechos actuará como incentivo para su manejo ambientalmente racional y para la reducción del volumen de tales movimientos transfronterizos".* También se muestran convencidas "*de que los Estados deben adoptar medidas para el adecuado intercambio de información sobre los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y otros desechos que salen de esos Estados o entran en ellos, y para el adecuado control de tales movimientos*". Agregan: "*Conscientes también de la creciente preocupación internacional por la necesidad de controlar rigurosamente los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y otros desechos, así como de la necesidad de reducir, en la medida de lo posible, esos movimientos al mínimo*".

14. En cuanto al tema que nos ocupa, en el preámbulo del convenio las partes se manifiestan "*Preocupadas por el problema del tráfico ilícito transfronterizo de desechos peligrosos, y otros desechos*".

2.1.2. Alcances, definiciones y obligaciones

15. El artículo primero del Convenio de Basilea señala que, para efectos del Convenio, serán "desechos peligrosos", los desechos que sean objeto de movimientos transfronterizos y que:

a) "*Pertenezcan a cualquiera de las categorías enumeradas en el Anexo I del Convenio, a menos que no tengan ninguna de las características descritas en el Anexo III; y*

b) *No estando incluidos en el apartado a) recién anotado, sean de igual modo definidos o considerados peligrosos por la legislación interna de la Parte que sea Estado de exportación, de importación o de tránsito*"[8].

16. El artículo segundo del Convenio ofrece algunas definiciones, entre las cuales destaco:

- Desecho: "*sustancias u objetos a cuya eliminación se procede, se propone proceder o se está obligado a proceder en virtud de lo dispuesto en la legislación nacional*".
- Movimiento transfronterizo: *"todo movimiento de desechos peligrosos o de otros desechos procedente de una sometida a la jurisdicción nacional de un Estado y destinado a una zona sometida a la jurisdicción nacional de otro Estado, o a través de esta zona, o a una zona no sometida a la jurisdicción nacional de ningún Estado, o a través de esta zona, siempre que el movimiento afecto a dos Estados por lo menos*".
- Tráfico ilícito: "*cualquier movimiento transfronterizo de desechos peligrosos o de otros desechos efectuado conforme a lo especificado en el Artículo 9*".

17. En el artículo 3° sobre definiciones nacionales de desechos peligrosos, el Convenio desarrolla el derecho de cada Parte a definir, *motu proprio*, qué desechos considerará o definirá como peligrosos, lo que puede realizar con cualquier tipo de desecho, salvo aquellos enumerados en los Anexos I y II del Convenio, pudiendo establecer cualquier requisito relativo a los procedimientos de movimientos transfronterizos aplicables a tales desechos, lo que deberá informar a la Secretaría del Convenio dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que se haga parte del Convenio.

18. Luego, el artículo 4° establece las "obligaciones generales" de las partes. En este artículo, el Convenio reconoce el derecho de las partes de prohibir los movimientos transfronterizos de residuos peligrosos, disponiendo en su numeral 1º las reglas para comunicar el ejercicio de sus derechos a prohibir estos movimientos[9].

---

[8] Véase: artículo 3° del Convenio de Basilea

[9] *"1. a) Las Partes que ejerzan su derecho a prohibir la importación de desechos peligrosos y otros desechos para su eliminación, comunicarán a las demás Partes su decisión de conformidad con el artículo 13;*

19. El mismo artículo 4º, en su numeral 2º establece que las partes deben tomar una serie de medidas apropiadas para un conjunto de objetivos, incluyendo:

> "*Velar por que el movimiento transfronterizo de los desechos peligrosos y otros desechos se reduzcan al mínimo compatible con un manejo ambientalmente racional y eficiente de esos desechos, y que se lleve a cabo de forma que se protejan la salud humana y el medio ambiente de los efectos nocivos que puedan derivarse de ese movimiento",* e
>
> *"Impedir la importación de desechos peligrosos y otros desechos si tiene razones para creer que tales desechos no serán sometidos a un manejo ambientalmente racional*"[10].

---

b) Las Partes prohibirán o no permitirán la exportación de desechos peligrosos y otros desechos a las Partes que hayan prohibido la importación de esos desechos, cuando dicha prohibición se les haya comunicado, de conformidad con el apartado a) del presente artículo;
c) Las Partes prohibirán o no permitirán la exportación de desechos peligrosos y otros desechos si el Estado de importación no da su consentimiento por escrito, a la importación de que se trate, siempre que dicho Estado de importación no haya prohibido la importación de tales desechos."

[10] "Artículo 4. numeral 4. "Cada Parte tomará las medidas apropiadas para:

a) Reducir al mínimo la generación de desechos peligrosos y otros desechos en ella, teniendo en cuenta los aspectos sociales, tecnológicos y económicos;
b) Establecer instalaciones adecuadas de eliminación para el manejo ambientalmente racional de los desechos peligrosos y otros desechos, cualquiera que sea el lugar donde se efectúa su eliminación que, en la medida de lo posible, estará situado dentro de ella;
c) Velar por que las personas que participen en el manejo de los desechos peligrosos y otros desechos dentro de ella adopten las medidas necesarias para impedir que ese manejo dé lugar a una contaminación y, en caso de que se produzca ésta, para reducir al mínimo sus consecuencias sobre la salud humana y el medio ambiente;
d) Velar por que el movimiento transfronterizo de los desechos peligrosos y otros desechos se reduzcan al mínimo compatible con un manejo ambientalmente racional y eficiente de esos desechos, y que se lleve a cabo de forma que se protejan la salud humana y el medio ambiente de los efectos nocivos que puedan derivarse de ese movimiento.
e) No permitir la exportación de desechos peligrosos y otros desechos a un Estado o grupo de Estados pertenecientes a una organización de integración económica y/o política que sean Partes, particularmente a países en desarrollo, que hayan prohibido en su legislación todas las importaciones, o si tienen razones para creer que tales desechos no serán sometidos a un manejo ambientalmente racional, de conformidad con los criterios que adopten las Partes en su primera reunión.
f) Exigir que se proporcione información a los Estados interesados sobre el movimiento transfronterizo de desechos peligrosos y otros desechos propuesto, con arreglo a lo dispuesto en el Anexo V A, para que se declaren abiertamente los efectos del movimiento propuesto sobre la salud humana y el medio ambiente;
g) Impedir la importación de desechos peligrosos y otros desechos si tiene razones para creer que tales desechos no serán sometidos a un manejo ambientalmente racional;
h) Cooperar con otras Partes y organizaciones interesadas directamente y por conducto de la Secretaría en actividades como la difusión de información sobre los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y otros desechos, a fin de mejorar el manejo ambientalmente racional de esos desechos e impedir su tráfico ilícito"

20. Especialmente importante para la comprensión del establecimiento por Chile del delito del artículo 44 de la Ley REP es el numeral 3º del artículo 4º que dispone que: "*Las Partes considerarán que el tráfico ilícito de desechos peligrosos y otros desechos es delictivo*", seguido del numeral 4º que señala que: "*Toda Parte adoptará las medidas jurídicas, administrativas y de otra índole que sean necesarias para aplicar y hacer cumplir las disposiciones del presente Convenio, incluyendo medidas para prevenir y reprimir los actos que contravengan el presente Convenio*."

21. A su vez. el numeral 5 del citado artículo 4 señala que: "*Ninguna Parte permitirá que los desechos peligrosos y otros desechos se exporten a un Estado que no sea Parte o se importe de un Estado que no sea Parte*"; el numeral 6 establece la prohibición de exportación de residuos peligrosos y otros desechos para su eliminación "*en la zona situada al sur de los 60° de latitud sur, sean o no esos desechos objeto de un movimiento transfronterizo*".

22. El numeral 7 añade que toda Parte: "*a) Prohibirá a todas las personas sometidas a su jurisdicción nacional el transporte o la eliminación de desechos peligrosos y otros desechos, a menos que esas personas estén autorizadas o habilitadas para realizar ese tipo de operaciones; b) Exigirá que los desechos peligrosos y otros desechos que sean objeto de un movimiento transfronterizo se embalen, etiqueten y transporten de conformidad con los reglamentos y normas internacionales generalmente aceptados y reconocidos en materia de embalaje, etiquetado y transporte y teniendo debidamente en cuenta los usos internacionalmente admitidos al respecto; c) Exigirá que los desechos peligrosos y otros desechos vayan acompañados de un documento sobre el movimiento desde el punto en que se inicie el movimiento transfronterizo hasta el punto en que se eliminen los desechos."*

23. El numeral 9 establece los requisitos que las Partes deben cumplir para permitir el movimiento transfronterizo de desechos (peligrosos u otros), ordenando que sólo se permitan estos movimientos si: *"a) el Estado de exportación no dispone de la capacidad técnica ni de los servicios requeridos o de lugares de eliminación adecuados a fin de eliminar los desechos de que se trate de manera ambientalmente racional y eficiente; o b) los desechos de que se trate son necesarios como materias primas para las industrias de reciclado o recuperación en el Estado de importación; o c)el movimiento transfronterizo de que se trate se efectúa de conformidad con otros criterios que puedan decidir las Partes, a condición de que esos criterios no contradigan los objetivos de este Convenio."*

24. El artículo 6° regula el procedimiento para el movimiento transfronterizo de desechos peligrosos, estableciendo, entre otras, las obligaciones de notificar por escrito a todos los Estados interesados; consentimiento expreso de estos Estados previamente notificados, el que puede ser sujeto a condición o no; y la obligación de contratar seguros, fianzas u otras garantías.

25. Luego, en el artículo 9°, el Convenio define que entenderá por tráfico ilícito: *"todo movimiento transfronterizo de desechos peligrosos o de otros desechos realizado: a) sin notificación a todos los Estados interesados conforme a las disposiciones del presente Convenio; o b) sin el consentimiento de un Estado interesado conforme a las*

disposiciones del presente Convenio; o c) con consentimiento obtenido de los Estados interesados mediante falsificación, falsas declaraciones o fraude; o d) de manera que no corresponda a los documentos en un aspecto esencial; o e) que entrañe la eliminación deliberada (por ejemplo, vertimiento) de los desechos peligrosos o de otros desechos en contravención de este Convenio y de los principios generales del derecho internacional".

26. El Convenio dispone luego las consecuencias para el Estado exportador cuando se determine la responsabilidad del exportador o generador, en un movimiento transfronterizo calificado como tráfico ilícito: deberá velar porque estos desechos sean devueltos por el exportador o por él mismo al Estado exportador o, de no ser posible lo anterior, eliminados de otro modo en el plazo de 30 días. Si el movimiento transfronterizo de residuos peligrosos es calificado como tráfico ilícito por una conducta del importador o eliminador, el Convenio establece que el Estado de importación velará por que estos sean eliminados de manera ambientalmente racional por el importador o el eliminador, o, en caso de ser necesario, por el propio Estado importador, en un plazo de 30 días. En aquellos casos en que no sea posible atribuir la responsabilidad del tráfico ilícito al exportador, generador, importador o eliminador, las Partes deberán cooperar para garantizar que los desechos en cuestión sean eliminados lo antes posible de una manera ambientalmente racional, en cualquier lugar que sea conveniente.

27. Finalmente, el numeral 5º del artículo 9 sobre tráfico ilícito, en concordancia con el preámbulo y las obligaciones generales ya expuestas (artículos 4.3 y 4.4), una vez más, y esta vez de manera perentoria, mandata a las partes a tipificar el delito de tráfico ilícito de residuos peligrosos en los siguientes términos:

> *"Cada Parte promulgará las disposiciones legislativas nacionales adecuadas para prevenir y castigar el tráfico ilícito. Las Partes Contratantes cooperarán con miras a alcanzar los objetivos de este artículo."*

2.1.3. La Enmienda Prohibitoria al Convenio de Basilea[11]

28. La Enmienda de la Prohibición (Decisión III/1) es una modificación introducida al Convenio de Basilea, jurídicamente vinculante para las partes, que incorpora un nuevo párrafo al preámbulo; un nuevo artículo (4a) y un nuevo Anexo (VII). El objetivo de estas modificaciones consiste en prohibir a los Estados miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), la Unión Europea (EU) y Liechtenstein, la exportación de desechos peligrosos según lo definido por el Convenio hacia otros países, principalmente a países en desarrollo o países con economías en transición.

29. La Enmienda Prohibitoria incorpora el siguiente párrafo al preámbulo:

[11] Esta enmienda prohibitoria está en vigor internacional desde el 05/12/2019 una vez que obtuvo el número de ratificaciones necesarias, entre ellas la de Chile que data del 12 de agosto de 2009 en el contexto de la adhesión a la OCDE.

"*Reconociendo que los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos, especialmente hacia los países en desarrollo, encierran un alto riesgo de no constituir el manejo ambientalmente racional y eficiente de los desechos peligrosos que se preceptúa en el Convenio*"

También agrega un nuevo artículo 4A:

"1. Cada una de las Partes enumeradas en el Anexo VII deberá prohibir todo movimiento transfronterizo de desechos peligrosos que estén destinados a las operaciones previstas en el Anexo IV A, hacia los Estados no enumerados en el Anexo VII. 2. Cada una de las Partes enumeradas en el Anexo VII deberá interrumpir gradualmente hasta el 31 de diciembre de 1997 y prohibir desde esa fecha en adelante todos los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos contemplados en el apartado a) del inciso i) del Artículo 1 del Convenio que estén destinados a las operaciones previstas en el Anexo IV B hacia los Estados no enumerados en el anexo VII. Dicho movimiento transfronterizo sólo quedará prohibido si los desechos de que se trata han sido caracterizados como peligrosos con arreglo a lo dispuesto en el Convenio."

Finalmente, la Enmienda agrega un nuevo Anexo VII:

"*Partes y otros Estados que son miembros de la OCDE*[12]*, y de la CE, y Liechtenstein*."

2.2. Tipificación del delito de tráfico de residuos peligrosos para implementar el convenio de Basilea

30. Durante la década de los noventa, existieron en Chile múltiples proyectos de ley que buscaban implementar el Convenio de Basilea y regular la internación y tráfico de residuos peligrosos basados en que "Chile no estaba en condiciones, aún, de asegurar un manejo ambientalmente racional de residuos peligrosos y que las importaciones para valorización podían ocultar casos de corrupción. Prueba de ello es el caso del Plomo de Arica, que es un caso de una importación de residuos peligrosos, situación muy conocida que produjo daños irreversibles a la salud de las personas y al medio ambiente" (Durán, 2021: 480).

31. A modo ejemplar, podemos mencionar el proyecto de ley que regula la internación y tráfico de residuos peligrosos: Boletín N°150-11 de 1990, compuesto de un único artículo que señalaba: "*Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de desechos que provengan de terceros países, sean éstos peligrosos o no. Por desechos se entienden las sustancias u objetos a cuya eliminación se procede, se propone proceder, o se está obligado a proceder en virtud de lo dispuesto en la legislación nacional. No se podrán reciclar en Chile desechos que provengan del extranjero*." Tras 12 años de tramitación, el

[12] Actualmente, los 38 países que integran la OCDE son: Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, República Checa, Chile, Colombia, Costa Rica, República de Corea, Dinamarca, República Eslovaca, Eslovenia, España, Estados Unidos, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, Hungría, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Japón, Letonia, Lituania, Luxemburgo, México, Noruega, Nueva Zelanda, Polonia, Portugal, Reino Unido, Suecia, Suiza y Turquía

12 de junio de 2002 la Comisión de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente de la Cámara de Diputados solicitó el archivo del proyecto de ley, entre otros motivos debido a que: "A la Fecha, después de esta larga discusión, y al tenor de todos los antecedentes recibidos, se ha estimado que esta materia se encuentra regulada en el Convenio de Basilea sobre el control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación, adoptado por la Conferencia de Plenipotenciarios del 22 de marzo de 1989, sobre todo si se tiene presente que la ratificación de dicho instrumento fue posterior al ingreso del mencionado proyecto". Podemos mencionar también el Boletín N°12.205-07 que "Sistematiza los delitos económicos y atentados contra el medio ambiente, modifica diversos cuerpos legales que tipifican delitos contra el orden socioeconómico, y adecua las penas aplicables a todos ellos" y el Boletín N°8.920-07 que "Sanciona delitos contra el medio ambiente y daño ambiental. En el mismo sentido, boletines: 5.654-12; 9.367-12; 12.121-12; y 12.398-12.

32. Finalmente, fue a través de la dictación de la ley 20.920, que el Estado de Chile honró los compromisos adquiridos con la firma del Convenio de Basilea al regular, en el artículo 8°, las obligaciones de los importadores y exportadores de residuos y prohibir la importación de residuos peligrosos para su eliminación y, al tipificar, en el artículo 44°, el delito de tráfico de residuos peligrosos. Cabe señalar que como se verá más adelante, también con estas disposiciones, se honraron parte de los compromisos establecidos ante la OCDE.

2.3. La protección penal del medioambiente

33. La incorporación del delito de tráfico de residuos peligrosos en la ley 20.920 debe ser interpretada a la luz del auge que ha experimentado durante el siglo XXI la protección penal del medio ambiente, tendencia que no ha estado exenta de críticas. En efecto, la utilización del Derecho Penal para la protección de bienes jurídicos colectivos, de algún modo, riñe con la concepción liberal del "derecho penal clásico" pues utiliza herramientas jurídico-penales cuestionadas, como lo son los delitos de peligro abstracto y las leyes penales en blanco (Sessano, 2002; Muñoz Conde et al, 2013), ambas características presentes en el delito de tráfico de residuos peligrosos de la ley 20.920, a las que podríamos agregar la característica de ser, por lo general, delitos pluriofensivos, es decir, que buscan la protección de múltiples bienes jurídicos. En el caso que nos ocupa: el medioambiente y la salud humana.

34. En Chile, la protección penal del medio ambiente está dispersa en distintos cuerpos normativos careciendo de sistematicidad, lo que se ha buscado enmendar durante las últimas décadas con la presentación de múltiples proyectos de ley que buscan crear una regulación sistémica de los delitos ambientales, con sucesivos compromisos políticos, aún incumplidos, asumidos por distintas administraciones. [13]

[13] A modo ejemplar, véanse: Boletín N°12.205-07 que "Sistematiza los delitos económicos y atentados contra el medio ambiente, modifica diversos cuerpos legales que tipifican delitos contra el orden socioeconómico, y adecua las penas aplicables a todos ellos" y Boletín N°8.920-07 que "Sanciona delitos contra el medio ambiente y daño ambiental. En el mismo sentido, boletines: 5.654-12; 9.367-12; 12.121-12; y 12.398-12.

35. A pesar del auge que ha experimentado la protección penal del medio ambiente, son escasos los análisis dogmáticos existentes sobre los delitos ya incorporados al ordenamiento jurídico, así como su utilización por parte de los operadores del sistema de justicia penal, además de estar pendiente un análisis crítico respecto de su efectividad en la protección del medioambiente.

36. Lo cierto es que este fenómeno de búsqueda de la protección penal del medio ambiente se enmarca en un proceso que se ha denominado "internacionalización del Derecho Penal" (Matus 2014, 2018), que ha implicado la adaptación del Derecho Penal doméstico a las exigencias y estándares requeridos por la comunidad internacional, en este caso el Convenio de Basilea y la OCDE, pero también en relación con otros tratados como la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES)[14] o la Convención Internacional para la caza de Ballenas[15] lo que denota el contexto de creciente globalización y auge de la gestión internacional de la problemática ambiental.

3. EL DELITO DEL ARTÍCULO 44 EN EL CONTEXTO DE LA LEY. 20.920 QUE "ESTABLECE EL MARCO PARA LA GESTIÓN DE RESIDUOS, LA RESPONSABILIDAD EXTENDIDA DEL PRODUCTOR Y FOMENTO AL RECICLAJE"

37. Como señalé, fue a través de la dictación de la ley 20.920, particularmente a través de los artículos 8º y 44º, que el Estado de Chile honró parte de los compromisos adquiridos con la firma del Convenio de Basilea.

38. La Ley promulgada consta de 46 artículos permanentes y cuatro transitorios organizados en 7 títulos:

- Título I: Disposiciones generales
- Título II: de la gestión de residuos
- Título III: de la responsabilidad extendida del productor
- Título IV: mecanismos de apoyo a la responsabilidad extendida del productor
- Título V: sistema de información
- Título VI: régimen de fiscalización y sanciones
- Título VII: modificaciones a otros cuerpos normativos.

39. Si bien la Ley 20.920 tiene su foco principal en el fomento al reciclaje y en la creación del instrumento de la responsabilidad extendida del productor, también viene a complementar el marco jurídico de la gestión de residuos en general, y de

[14]Ley 20.962 que "Aplica Convención sobre el comercio internacional de especies amenazadas de flora y fauna silvestre". Publicada el 16 de noviembre de 2016.

[15]Ley 20.293 que "Protege a los cetáceos e introduce modificaciones a la ley N°18.892 general de pesca y acuicultura". Publicada el 25 de octubre de 2008

residuos o desechos peligrosos en particular, que había sido hasta entonces regulada principalmente por el D.S. 148 de 2004 de Salud, derivado del Código Sanitario.

40. En cuanto a las disposiciones generales contenidas en el Título I, la ley 20.920 comienza señalando que tiene como objetivos:

> "*disminuir la generación de residuos y fomentar su reutilización, reciclaje y otro tipo de valorización, a través de la instauración de la responsabilidad extendida del productor y otros instrumentos de gestión de residuos, con el fin de proteger la salud de las personas y el medio ambiente*" (Artículo 1°).

41. El artículo 2° enumera y define los principios que inspiran a la ley:

> *"a) el que contamina paga; b) gradualismo; c) inclusión; d) jerarquía en el manejo de residuos; e) libre competencia; f) participativo; g) precautorio; h) preventivo; i) responsabilidad del generador de un residuo; j) transparencia y publicidad; k) trazabilidad."*

42. Luego, el artículo 3° incorpora una serie de 31 definiciones, entre ellas:

- *"Generador: Poseedor de un producto, sustancia u objeto que lo desecha o tiene la obligación de desecharlo de acuerdo a la normativa vigente.*
- *Residuo: Sustancia u objeto que su generador desecha o tiene la intención u obligación de desechar de acuerdo a la normativa vigente.*
- *Valorización: Conjunto de acciones cuyo objetivo es recuperar un residuo, uno o varios de los materiales que lo componen y,o el poder calorífico de los mismos. La valorización comprende la preparación para la reutilización, el reciclaje y la valorización energética."*

43. El artículo 4°, que abre el Título II de la Ley titulado "De la gestión de los residuos" comienza señalando la aspiración general de la norma, esta es, que "todo residuo potencialmente valorizable deberá ser destinado a tal fin evitando su eliminación", para lo que la Ley dispone de una serie de instrumentos[16] y obligaciones para los generadores y gestores de residuos para este fin.

44. En el artículo 8° la ley establece el marco general que regula a los exportadores e importadores de residuos:

> *"Artículo 8º.- Obligaciones de los importadores y exportadores de residuos. Los importadores y exportadores de residuos se regirán por lo dispuesto en el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación, y por las demás normas legales y reglamentarias que regulen la materia.*

[16] Ecodiseño; Certificación, rotulación y etiquetado de uno o más productos; Sistemas de depósito y reembolso; Mecanismos de separación en origen y recolección selectiva de residuos; Mecanismos para asegurar un manejo ambientalmente racional de residuos; Mecanismos para prevenir la generación de residuos, incluyendo medidas para evitar que productos aptos para el uso o consumo, según lo determine el decreto supremo respectivo, se conviertan en residuos

Se prohíbe la importación de residuos peligrosos para su eliminación. La importación de residuos peligrosos para su valorización sólo será autorizada si se acredita ante el Ministerio del Medio Ambiente que aquella será efectuada por gestores autorizados que cuenten con una resolución de Calificación Ambiental que los habilite para tal efecto.

Mediante decreto supremo, expedido por el Ministerio y firmado además por el Ministro de Salud, se establecerán los requisitos, exigencias y procedimientos para la autorización de importación, exportación y tránsito de residuos, el que deberá incluir la regulación de las garantías asociadas.

Cuando la autoridad correspondiente advierta que un importador o exportador no cuenta con la autorización señalada en el inciso precedente, el Ministerio podrá adoptar las medidas necesarias para el adecuado manejo de los residuos, a costa del infractor, debiendo siempre manejar los residuos de manera que garantice la protección del medio ambiente y la salud de las personas.

El Ministerio estará facultado para denegar fundadamente las autorizaciones de importación y exportación, cuando existan antecedentes de que los residuos no serán sometidos a un manejo ambientalmente racional.

Todo importador y exportador de residuos deberá informar, al menos, el tipo de residuo, cantidad, origen, tratamiento aplicado, incluyendo el destino de los residuos generados, cuando corresponda, a través del Registro de Emisiones y Transferencias de Contaminantes."

45. Luego, en su artículo 44, la ley tipifica el delito de tráfico de residuos peligrosos en los siguientes términos:

"Artículo 44.- Responsabilidad penal por tráfico de residuos peligrosos. El que exporte, importe o maneje residuos peligrosos, prohibidos o sin contar con las autorizaciones para ello será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio.

Si además la actividad ha generado algún tipo de impacto ambiental se aplicará la pena aumentada en un grado."

46. Como se verá, de la historia fidedigna de su tramitación legislativa, así como de las normas arriba transcritas, se desprende que la necesidad de regular estas materias surge de los compromisos internacionales adquiridos por Chile tras la firma y ratificación del "Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación". [17]

3.1. La historia legislativa de la introducción del delito de tráfico de residuos peligrosos

47. La tramitación legislativa de la ley 20.920 se inició el 14 de agosto de 2013 a través de la presentación del Mensaje presidencial N°182-361 con el que el

[17] Para un análisis con mayor profundidad de todos los aspectos de la ley 20.920, véase Durán (2021:469-476).

presidente Sebastián Piñera envió al congreso la propuesta de "Ley Marco para la gestión de residuos y responsabilidad extendida del productor".

48. En el citado mensaje se reconoce como uno de los fundamentos del proyecto, las recomendaciones realizadas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), en la Evaluación de Desempeño Ambiental del país del año 2005, oportunidad en la cual el organismo internacional instó a Chile a: "*evaluar las posibilidades de introducir instrumentos económicos nuevos como cargos por residuos peligrosos, entre otros*"[18].

49. En la Evaluación, el organismo internacional también recomendó a Chile:

> *"fortalecer el manejo de residuos de sustancias químicas y peligrosas con arreglo a los tratados internacionales, en especial el Convenio de Estocolmo sobre contaminantes orgánicos persistentes, el Convenio de Rotterdam sobre el procedimiento de consentimiento fundamentado previo aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional, y el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación; completar y poner en práctica planes nacionales sobre contaminantes orgánicos persistentes y residuos peligrosos; fortalecer las actividades de fiscalización, desarrollar los registros de liberación y transferencia de contaminantes y perfeccionar el marco regulatorio para mejorar el manejo de los productos químicos a lo largo de todo su ciclo de vida" (OCDE, 2005: 33)* (el subrayado es nuestro).

50. Del análisis del Mensaje con que el ejecutivo envió a discusión el proyecto de ley, resulta claro que su objetivo era el establecimiento de una Ley marco de gestión de residuos sólidos esencialmente a través de la incorporación de instrumentos económicos para tal efecto, entre los cuales estaban: valorización de residuos, fomento del reciclaje, estableciendo criterios para la certificación, rotulación y etiquetado de productos, regulando la responsabilidad extendida del productor respecto de determinados productos, entre otros.

51. El Proyecto original prescindía del Derecho Penal como instrumento sancionatorio[19], dejando las obligaciones de fiscalización y sanción en sede administrativa (a cargo de la Superintendencia del Medio Ambiente) con su correspondiente régimen recursivo en sede judicial[20]. Además, el proyecto de ley presentado por el Ejecutivo regulaba las obligaciones de importadores y exportadores de residuos remitiéndose al Convenio de Basilea, en un artículo que fue luego objeto de modificaciones, como se verá, en el segundo trámite constitucional en el Senado.

52. El proyecto de ley original contenía un artículo séptimo que señalaba:

[18] Citado en: HDL 20.920 página 6.

[19] A excepción de las sanciones finalmente incorporados en el párrafo 6° bis "de la certificación, rotulación y etiquetado" del Título II "de los instrumentos de gestión ambiental" de la ley 19.300.

[20] Título VI del Proyecto de Ley, artículos 33 y siguientes. (HDL, 17)

"Artículo 7.- Obligaciones de los importadores y exportadores de residuos. Los importadores y exportadores de residuos se regirán por lo dispuesto en el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación, y por las demás normas legales y reglamentarias que regulen la materia.

Mediante decreto supremo, expedido por el Ministerio del Medio Ambiente y firmado además por el Ministro de Salud, se establecerán los requisitos, exigencias y procedimiento para la importación y/o exportación de residuos hacia o desde el territorio nacional, el que deberá incluir la regulación de las garantías asociadas.

En caso que la autoridad correspondiente advierta que un importador o exportador no cuenta con la autorización correspondiente, y que por las condiciones de transporte y el tipo de residuo pueda preverse un riesgo inminente de daño a la salud de las personas o al medio ambiente, el Ministerio podrá adoptar las medidas necesarias para el adecuado manejo de los mismos, a costa del infractor."

53. Durante su segundo trámite legislativo este artículo fue objeto de las siguientes indicaciones:

- **Indicación 44A del Senador De Urresti, para reemplazarlo por:**

  "Artículo 7º: Importación y exportación de residuos. Se prohíbe la importación y exportación de residuos peligrosos y otros desechos sujetos al Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación. Respecto de la exportación, ésta se permitirá cuando no exista en el país, la capacidad técnica, servicios o lugares para su valorización o eliminación adecuados, de acuerdo lo establezca la autoridad competente y las demás normas establecidas en el Convenio de Basilea."[21]

- **Indicación 44 B de S.E. la Presidenta de la República, para intercalar el siguiente inciso segundo, nuevo :**

  "Se prohíbe la importación de residuos peligrosos para su eliminación."[22]

- **Indicación 46 del Senador Lagos. Sustituir por:**

  "Artículo 7°.- Importación y exportación de residuos. En aplicación de los principios preventivo, precautorio, de responsabilidad de la cuna a la tumba, y de jerarquía en el manejo de residuos, se prohíbe la exportación de residuos peligrosos y otros desechos sujetos al Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación, a menos que no exista en el país la capacidad técnica ni los servicios o lugares para su

[21] Rechazada unánimemente por los miembros presentes de la Comisión, Honorables Senadores señora Allende, y señores Horvath y Moreira.

[22] Aprobada por la unanimidad de los miembros presentes, Honorables Senadores señora Allende, y señores Horvath y Moreira.

valorización o eliminación adecuados, y así lo determine el Ministerio en consulta con el Ministerio de Salud, mediante resolución fundada.

Con todo, en ningún caso se permitirá la exportación de residuos peligrosos hacia estados no miembros de la OCDE.

Un decreto supremo, expedido por el Ministerio y firmado además por el Ministerio de Salud, establecerá las condiciones excepcionales que regirán el otorgamiento de la autorización de la importación o exportación de residuos peligrosos conforme a los incisos anteriores. El decreto establecerá además los requisitos, exigencias y procedimientos para la autorización de importación y exportación de residuos no peligrosos, hacia o desde el territorio nacional, en los casos en que se permita. Dicho decreto deberá incluir la regulación de las garantías asociadas. Adicionalmente, en aplicación del principio precautorio y del Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación, el decreto deberá resguardar el derecho del Ministerio del Medio Ambiente de denegar las autorizaciones de importaciones y exportaciones cuando las autoridades competentes tengan razones para sospechar que tales desechos no serán sometidos a un manejo ambientalmente adecuado por los estados de tránsito, o de destino u origen.

Sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que correspondan, toda vez que el Servicio de Aduanas, la Autoridad Sanitaria, o la Superintendencia del Medio Ambiente tomen conocimiento de una importación o exportación de residuos peligrosos que se realice o intente realizar sin la autorización correspondiente, deberá adoptar, sin demora, las medidas necesarias para el adecuado manejo de los residuos, a costa del infractor, debiendo siempre privilegiar la aplicación de la estrategia de manejo de residuos y la protección del medio ambiente y de la salud humana. Las autoridades que hayan asumido la ejecución de las medidas señaladas podrán exigir su reembolso al generador de los residuos."[23]

- **Indicación 47 de Senadores Girardi y Lagos. Sustituir el artículo 7° por los siguientes:**

"Artículo 7°.- La gestión sustentable de residuos sólidos implica que los residuos generados en la Nación se eliminan dentro del territorio nacional evitando su exportación e importación, siendo su generador el responsable de su gestión integral desde su origen hasta su eliminación o disposición final, minimizando su generación, reutilizando o reciclando todo o parte de ellos según el caso, y eliminándolos o disponiéndolos de una manera ambientalmente racional y sustentable.

Artículo 7° bis.- Se prohíbe la exportación de residuos peligrosos y otros desechos sujetos al Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación, a menos que no exista en el país la

[23] Indicación 46 (HDL 20.920, pag 264)

capacidad técnica ni los servicios o lugares para su valorización o eliminación adecuados, y así se acredite fehacientemente ante las autoridades sanitarias y ambientales nacionales.

Artículo 7° ter.- Se prohíbe la importación de residuos peligrosos con el objeto de proceder a su eliminación o disposición final en el país.

Artículo 7° quáter.- Cuando excepcionalmente se autorice la importación o exportación de residuos que la legislación permita, se procederá en conformidad a las prescripciones del Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación.

Un reglamento establecerá las condiciones excepcionales que regirán el otorgamiento de la autorización de la importación o exportación de residuos peligrosos. El reglamento establecerá además los requisitos, exigencias y procedimientos para la autorización de importación y exportación de residuos no peligrosos, hacia o desde el territorio nacional, en los casos en que se permita. Dicho decreto deberá incluir la regulación de las garantías asociadas incluyendo las condiciones para denegar las autorizaciones de importaciones y exportaciones cuando existan razones para sospechar que tales desechos no serán sometidos a un manejo ambientalmente adecuado por los estados de tránsito, o de destino u origen.

Artículo 7° quinquies.- Sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que correspondan, toda vez que se tome conocimiento de una importación o exportación de residuos peligrosos que se realice o intente realizar sin la autorización correspondiente, se deberán adoptar, inmediatamente, las medidas necesarias para el adecuado manejo de los residuos, a costa del infractor, debiendo siempre privilegiar la aplicación de la estrategia de manejo de residuos más adecuada y la protección del medio ambiente y de la salud humana"[24]

54. Complementando esta regulación propuesta vía indicaciones de los residuos peligrosos, los senadores Girardi y Lagos presentaron una indicación, durante el paso del proyecto por la Comisión de Medio Ambiente del Senado, para agregar un nuevo artículo al proyecto de ley del siguiente tenor:

"Artículo…- Responsabilidad penal por tráfico de residuos. El que exporte, importe, genere, maneje, transporte o elimine residuos peligrosos prohibidos o sin contar con las autorizaciones para ello será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio.

Si además la actividad ha generado algún tipo de impacto ambiental se aplicará la pena aumentada en un grado."[25]

---

[24] Indicación 47 (HDL 20.920, pag 264 y ss).
Las indicaciones 46 y 47 fueron declaradas inadmisibles por el señor Presidente de la Comisión, de conformidad con lo dispuesto en el número 2° del inciso cuarto del artículo 65 de la Constitución Política de la República. (HDL, 303)

[25] Indicaciones 126 y 127, (HDL 20.920, pag 273)

55. Esta indicación fue rechazada por la unanimidad de los Senadores de la Comisión de Medio Ambiente (HDL, 357).

56. En consecuencia, tras su paso por la Comisión de Medio Ambiente del Senado, el tratamiento de la importación y exportación de residuos peligrosos quedó regulado únicamente en el artículo 8°, sin incluir, todavía, una norma que estableciera la Responsabilidad penal por el tráfico de residuos peligrosos.

57. El artículo 8°, aprobado por la Comisión de Medio Ambiente del Senado en segundo trámite constitucional, tuvo la siguiente redacción:

> *Artículo 8°.- Obligaciones de los importadores y exportadores de residuos. Los importadores y exportadores de residuos se regirán por lo dispuesto en el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación, y por las demás normas legales y reglamentarias que regulen la materia.*
>
> *Se prohíbe la importación de residuos peligrosos para su eliminación*
>
> *Mediante decreto supremo, expedido por el Ministerio y firmado además por el Ministro de Salud, se establecerán los requisitos, exigencias y procedimientos para la autorización de importación, exportación y tránsito de residuos, el que deberá incluir la regulación de las garantías asociadas.*
>
> *Cuando la autoridad correspondiente advierta que un importador o exportador no cuenta con la autorización señalada en el inciso precedente, el Ministerio podrá adoptar las medidas necesarias para el adecuado manejo de los residuos, a costa del infractor, debiendo siempre manejar los residuos de manera que garantice la protección del medio ambiente y la salud de las personas.*
>
> *El Ministerio estará facultado para denegar fundadamente las autorizaciones de importación y exportación, cuando existan antecedentes de que los residuos no serán sometidos a un manejo ambientalmente racional.*
>
> *Todo importador y exportador de residuos deberá informar, al menos, el tipo de residuo, cantidad, origen y tratamiento aplicado, incluyendo el destino de los residuos generados, cuando corresponda, a través del Registro de Emisiones y Transferencias de Contaminantes."*

58. La necesidad de incorporar una sanción penal al tráfico de residuos peligrosos, que había sido previamente propuesta por los Senadores Lagos y Girardi y rechazada, volvió a debatirse en la discusión en Sala en el Senado, oportunidad en la cual el Senador Horvath manifestó:

> *"(…) Solamente queda un punto en el cual se quiere reabrir debate, que se refiere a la posibilidad de internar residuos peligrosos para ser objeto de un proceso que les agregue valor.*
>
> *En cuanto a lo último, por ningún motivo se debe permitir que eso sea una excusa para que lleguen elementos contaminantes, como ocurrió con PROMEL en Arica, lo cual significó un verdadero escándalo del que nadie se ha hecho cargo.*

Al revés, se busca permitir la exportación de elementos peligrosos si, de repente, algunos aparatos electrónicos o de otra naturaleza no pueden ser tratados aquí o exista una sola empresa que los puede manipular y algunos países vecinos estén dispuestos a hacerlo.

Por tales situaciones se ha reabierto el debate"[26]

59. Luego, refiriéndose a la reincorporación de las indicaciones del Senador Girardi y Lagos que establecían el delito de tráfico de residuos peligrosos, la Senadora Allende manifestó:

"¿Qué estamos diciendo? Que la importación de residuos peligrosos destinados a valorización, que es muy distinto de "para la eliminación", o sea, solo para su reciclaje, únicamente será posible si se acredita su necesidad ante el Ministerio del Medio Ambiente.

Además, la operación será efectuada por gestores, que deberán encontrarse registrados, autorizados y respaldados por una resolución de calificación ambiental. Es decir, evitamos por cualquier medio que pueda haber una importación de residuos peligrosos con la excusa de que se van a utilizar para el reciclaje, y que después, al final, los que la realicen se hagan los lesos y nos quedemos con residuos contaminantes que no se trabajen.

Por eso, señor presidente, nos hemos allanado a encontrar un acuerdo.

La exportación está concebida solamente en caso de que no tengamos capacidad como país para realizar ese reciclaje; y no solo debería ser hacia los países de la OCDE (hasta ahora sería así, supuestamente, de acuerdo al Convenio de Basilea), sino también hacia otras naciones de la región.

Finalmente, se incorpora una disposición referida a la responsabilidad penal respecto al tráfico ilícito de residuos peligrosos.

Señor presidente, quiero decir brevemente que concuerdo con que no solo se considere una responsabilidad civil, porque estamos hablando de "tráfico ilícito de residuos peligrosos". Pero deseo hacer ver que esto forma parte de un tema mayor que planteamos ya hace bastante tiempo y que guarda relación con el delito ambiental.

(…) Ya no bastan las multas, sino que debemos dar un paso más, como sucede en la gran mayoría de los países desarrollados, en el sentido de conseguir que se cumpla con un objetivo principal: proteger a las personas y al medioambiente"[27]

60. Enseguida, interviene en el debate el Senador Navarro, quien consultó a la Sala si existiría consenso unánime para aprobar un acuerdo al que habrían llegado los Parlamentarios para restituir la responsabilidad penal rechazada en Comisión en

[26] (HDL 20.920, 2016: 454)
[27] (HDL 20.920, 2016: 457)

conjunto con la prohibición de importación residuos peligrosos para su eliminación (y la autorización de importación para su valorización), señalando, además, lo siguiente:

> *"¿Qué hemos hecho?*
>
> *Después de lo sucedido en Arica en 1997 (pareciera haber sido ayer), la entonces bancada verde, integrada por Diputados tanto de Gobierno como de Oposición, presentó una denuncia por la importación de miles de toneladas de residuos desde Suecia por la empresa Boliden S.A., que generaron un daño que hasta hoy provoca graves problemas en esa ciudad.*
>
> *Hubo que dictar una ley especial; hubo que pagar indemnizaciones; hubo que construir poblaciones completas, y hubo que realizar miles y miles de exámenes de sangre a los niños que resultaron contaminados. Estos jugaban en esa enorme montaña que ni ellos ni sus padres sabían que contenía mercurio, plomo, cadmio y arsénico.*
>
> *Por tanto, si hay acuerdo sobre el conjunto de las tres indicaciones, estoy disponible para aprobar la primera. Porque, si permitimos que exista importación de residuos peligrosos con autorización del Ministro del Medio Ambiente, evaluada por agentes autorizados, las otras dos serán complementarias.*
>
> *Lo digo, porque si respecto a esa importación no se dispone de estos dos aspectos claves: responsabilidad civil y penal, aun cuando ella cuente con una resolución de calificación ambiental que la habilite, la verdad es que se podrá cometer el error de autorizar la importación regulada, pero sin la existencia de sanciones que obliguen a quienes la realicen a cumplir la ley.*
>
> *Entonces, mi pregunta es: ¿hay consenso en la Sala acerca de los tres artículos o solo del primero, señor Presidente?*
>
> *Eso resulta clave, porque este es un acuerdo global, y formo parte de él. Voy a votar a favor de las tres modificaciones. No creo que sea adecuado que estén separadas y obtengamos resultados distintos*."[28]

61. El Senador Girardi, respondiendo a la consulta hecha por el senador Navarro, manifiesta que sí: "*hay acuerdo*".[29]

62. Más adelante, en su intervención, el Senador Girardi vuelve sobre el punto señalando que:

> *"Yo soy la persona que denunció los tráficos ilegales de basura en Arica. Identifiqué a la empresa Promel y la denuncié.*
>
> *¿Cómo llegó Promel a Chile?*
>
> *No lo hizo comercializando residuos tóxico. Para violar la Convención de Basilea, que exige que cuando se trata de tales residuos hay que darle aviso al país*

[28] (HDL 20.920,2016: 458)
[29] Ibid

destinatario, estas empresas rotulan los residuos como "reciclables" o "valorizables".

A esas compañías les interesa sacar la dioxina de los productos. Están dispuestos, incluso, a agregarles elementos valiosos para que se transformen -entre comillas- en recuperables. Sin embargo, lo que les importa -insisto- es obtener la dioxina.

Promel fue pagada por Boliden, que es una empresa sueca de alto estándar, seria. Pero, claro, como en esos países existen legislaciones "de la cuna a la muerte", quien produce basura es responsable de ella. En todo caso, aunque la suelen tratar de por vida, muchas veces prefieren sacarla a naciones que aceptan basura, como la nuestra.

Lo mismo sucedió en La Negra y Rungue, donde Refimet llevó a cabo tráficos de residuos peligrosos, los que nunca fueron tratados. Y se ingresaron como desechos reciclables, no como residuos tóxicos.

¡Nosotros no queremos que Chile termine siendo, por la vía indirecta, un basurero aceptador!

Yo tenía brochures, catálogos -los puedo traer- en los que se ofrecía el Desierto de Atacama para traer residuos peligrosos, transformando a nuestro país en un basurero. ¡Porque es buen negocio!

Bajo esa lógica esto puede ser muy peligroso.

¿Qué se hizo acá para combatir las situaciones descritas? Se establecieron resguardos de mucha rigurosidad.

Ahora bien, puede ser que Chile algún día tenga ventajas para tratar ciertos residuos, como el arsénico, dado que cuenta con muchos elementos de los que carecen otros países. A lo mejor, no habría que cerrar totalmente esa compuerta.

Ocurre lo mismo con la exportación de residuos. No nos interesa hacerles a naciones limítrofes lo que países desarrollados han hecho con nosotros. Por tanto, esa puerta también debe ser muy acotada.

Señor presidente, me parece interesante lo que se agrega en la iniciativa: la exportación de residuos solo deben realizarla, al igual que en la importación, empresas que cuenten con certificación ambiental y cumplan todos los requisitos pertinentes.

Lo mismo debe regir para empresas que están fuera del territorio: que cumplan con los criterios respectivos; que tengan las certificaciones ambientales; que estén validadas por sus gobiernos, y que haya trazabilidad. O sea, para que no exista comercio ilícito, es preciso saber de dónde viene el producto que se quiere exportar.

Considero que el proyecto avanza en el sentido correcto, pues apunta a hacer más eficiente la ley.

Otro aspecto muy importante es que se incluye algo que no existía: la responsabilidad civil objetiva.

En materia de residuos peligrosos, no establecer tal responsabilidad significa darles chipe libre a los traficantes, a las mafias. En este caso, ante un tráfico ilícito, se debe demostrar que ellos tuvieron voluntad e intención de causar daño. En cambio, con la responsabilidad civil objetiva basta demostrar que existió el tráfico para lograr una sanción.

Al respecto, destaco las normas internacionales en esta materia. ¡No puede ser que un tráfico de residuos peligrosos termine en una multa o en una pena simple! Debe haber sanción penal, como en todas partes del mundo. Ya dije que en algunos países esta es "de la cuna a la muerte"; o sea, para siempre, aunque se trate el residuo.

En resumen, se incorporan elementos que fortalecen el proyecto, lo que no significa que no deba seguir mejorándose: se va a poder importar y exportar pero muy restringidamente; se agrega la responsabilidad civil objetiva; se imponen sanciones penales...

Vamos caminando en el sentido correcto. Esta propuesta legislativa es equilibrada, aunque todavía está bajo los estándares que demanda la Unión Europea. Cabe notar que las exigencias de la OCDE son mucho más duras aún en materia de tráfico de residuos peligrosos.

Con todo, la ley en proyecto comienza a homologar a Chile con el resto del mundo y le da los instrumentos para defender su soberanía y no ser víctima de quienes exporten residuos peligrosos so pretexto de que son reciclables.

Con las normas propuestas se podrá identificar cuándo los residuos son verdaderamente valorizables y cuándo se trata de sustancias peligrosas.

Y lo mismo, en materia de exportación: se deberá acreditar de manera rigurosa que se exporta a lugares donde los residuos serán tratados, por lo que no van a dañar la salud de la población."[30]

63. Llevado a votación, se aprueban las normas por 16 votos a favor, 1 en contra y 3 abstenciones, quedando el proyecto aprobado en particular y despachado en su segundo trámite legislativo.

64. La Cámara de Diputados, revisando las modificaciones introducidas por el Senado, aprobó estas sin modificaciones.

65. En fin, de lo expuesto se concluye que los artículos 8º y 44 de la Ley 20.920 tienen como motivación la desconfianza hacia el movimiento de desechos transfronterizos, reconociendo a ésta como una actividad que debe ser minimizada, por los riesgos que ella entraña máxime en un país que vivió el caso de la internación de desechos plomados en Arica.[31]

66. Así, mientras el artículo 8° establece las obligaciones que deben cumplir los importadores y exportadores de residuos peligrosos; la prohibición de importación

[30] (HDL 20.920, 2016: 462-463)

[31] Esto lo he desarrollado en: Durán (2021:476-478)

de residuos peligrosos para su eliminación; la regulación de la importación de residuos peligrosos para su valorización, entre otros aspectos, el artículo 44 establece las sanciones para quienes no cumplan estas obligaciones, en el contexto de la importación y exportación de residuos calificados como peligrosos.

67. La ley fue publicada en el Diario Oficial el primero de junio de 2016.

3.2. Análisis detallado del alcance del delito de tráfico de residuos peligrosos del artículo 44

3.2.1. Bienes jurídicos protegidos

68. Antes de abordar el análisis de los bienes jurídicos protegidos por la norma en comento, es conveniente tener presente que este ilícito es de aquellos denominados de "peligro abstracto", técnica comúnmente empleada en la protección penal del medio ambiente[32], en tanto, como se verá, se verifica con prescindencia de que el bien jurídico sea efectivamente lesionado o no, presumiendo el legislador la lesión al bien jurídico con la sola realización de la conducta descrita (Maldonado, 2006).

69. Es decir, el delito contenido en el inciso primero del artículo 44 no requiere de un resultado en particular para consumarse, ya que el mero tráfico de un residuo peligroso prohibido o sujeto a autorización para su movimiento transfronterizo sin contar con él, realiza la conducta típica. En caso de que exista una resultado producto de esta conducta estaríamos en presencia de la hipótesis agravada del inciso segundo de la norma o, incluso, en una hipótesis de concurso con otro delito (por ejemplo el delito de lesiones).

70. Cabe tener presente que la doctrina ha formulado reparos sobre la constitucionalidad de la técnica legislativa consistente en prescindir de la afectación a un bien jurídico para efectos de castigar una determinada conducta, presumiendo de derecho, es decir, sin admitir prueba en contrario, la lesión al bien jurídico protegido por la norma. Esto estaría vedado por el artículo 19 N°3, inciso séptimo, de la Constitución Política, el cual señala: "La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal". Los delitos de peligro abstracto pondrían en tensión el principio inspirador de la justicia penal moderna y liberal consistente en que la protección de bienes jurídicos está en el centro de la misión del sistema penal (principio de lesividad). Como ha afirmado el Tribunal Constitucional, "La existencia de un bien jurídico realmente afectado, en cuanto permite conocer qué se protege, determina el contenido y límite de la tipicidad."[33] Para enfrentar esta dificultad, nuestra jurisprudencia constitucional y doctrina especializada ha construido una serie de requisitos que deben cumplir estos delitos para salvar su constitucionalidad.[34]

[32] Ver supra: título 2.3.

[33] Sentencia Tribunal Constitucional Rol 739 C° 15 y siguientes

[34] En detalle sobre la constitucionalidad de esta técnica legislativa, así como los requisitos que debe reunir un tipo penal configurado como aquellos denominados de peligro abstracto para ser constitucional, véase:

3.2.1.1. Protección de la salud y el medio ambiente

71. De la historia de la ley y su análisis sistemático no cabe duda de que lo que busca el establecimiento del delito de tráfico de residuos peligrosos es la protección del medio ambiente y de la salud humana, constituyéndose como un delito pluriofensivo. (Poblete, 2019).

72. El carácter pluriofensivo de los delitos ambientales se explica debido a la relación directa que existe entre la salud humana y el medio ambiente, en el sentido de que la plena realización y protección de aquella tiene como criterio de necesidad un buen estado de conservación de aquel. Mientras más afectado está un determinado ecosistema más afectada estará, también, la salud de los humanos que habiten o transiten dicho territorio.

73. Lo anterior se aprecia nítidamente en las intervenciones legislativas antecedentes del artículo 44 que, ya reproducidas en este Informe, las que justificaron la incorporación de penas corporales a quienes incurrieran en estas conductas, recordando los casos de contaminación por Plomo en Arica y otros similares

74. Además, es el propio artículo 1° de la ley 20.920 el que señala que el objetivo de la ley es:

> "*disminuir la generación de residuos y fomentar su reutilización, reciclaje y otro tipo de valorización, a través de la instauración de la responsabilidad extendida del productor y otros instrumentos de gestión de residuos,* ***con el fin de proteger la salud de las personas y el medio ambiente***."

75. Por su parte, el Decreto 148 sobre manejo de residuos peligrosos[35]: señala que:

> "*Artículo 3°.- Para los efectos del presente reglamento, las expresiones que aquí se indican tendrán el significado que se señala:*
>
> - ***Residuo peligroso****: residuo o mezcla de residuos que presenta riesgo para la salud pública y/o efectos adversos al medio ambiente, ya sea directamente o debido a su manejo actual o previsto, como consecuencia de presentar algunas de las características señaladas en el artículo 11."*

76. También es posible encontrar fundamentos para sostener que el delito de tráfico de residuos peligrosos busca proteger al medio ambiente y la salud humana en la lectura del artículo 8°, cuando señala que: *"los importadores y exportadores de residuos se regirán por lo dispuesto en el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación"*[36] y este instrumento internacional señala, en su Preámbulo, lo siguiente:

Maldonado (2006); Garrido Montt (2015), Hernández (2015) y Sentencias del Tribunal Constitucional Rol 739 y Rol 8950, entre otras.

[35] Decreto 148 del Ministerio de Salud que Aprueba Reglamento Sanitario sobre manejo de residuos peligrosos. Publicado el 16 de junio de 2004.

[36] Ratificado por Chile a través del Decreto supremo N° 685/1992 del Ministerio de Relaciones Exteriores

"Las Partes en el presente Convenio

Conscientes de que los desechos peligrosos y otros desechos y sus movimientos transfronterizos pueden causar daños a la salud humana y al medio ambiente.

Teniendo presente el peligro creciente que para la salud humana y el medio ambiente representan la generación y la complejidad cada vez mayores de los desechos peligrosos y otros desechos, así como sus movimientos transfronterizos.

Teniendo presente también que la manera más eficaz de proteger la salud humana y el medio ambiente contra los daños que entrañan tales desechos consiste en reducir su generación al mínimo desde el punto de vista de la cantidad y los peligros potenciales. Convencidas de que los Estados deben tomar las medidas necesarias para que el manejo de los desechos peligrosos y otros desechos, incluyendo sus movimientos transfronterizos y su eliminación, sea compatible con la protección de la salud humana y del medio ambiente, cualquiera que sea el lugar de su eliminación."

77. Estos objetivos del Convenio de Basilea, antecedente directo y explícito de la regulación de los residuos peligrosos a través de la ley 20.920, son refrendados por una cartilla informativa sobre este convenio publicada por el PNUMA (Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente), en la cual se lee que: "*El objetivo principal del Convenio es proteger la salud humana y el medio ambiente de los daños causados por la generación y la gestión de estos desechos, incluidos los movimientos transfronterizos*"[37]

3.2.1.2. Aseguramiento de la trazabilidad de los desechos peligrosos a lo largo de su ciclo de vida

78. Por otro lado, estimo que las razones de política criminal que justifican la tipificación del tráfico de residuos peligrosos están vinculadas con la necesidad de garantizar la trazabilidad de los residuos peligrosos, para efectos de permitir la efectiva realización del principio de "responsabilidad de la cuna a la tumba" o de "Responsabilidad del generador de un residuo"[38]: que buscan comprometer a los generadores de residuos con el tratamiento de éstos desde su origen hasta su disposición, eliminación o valorización final, todo lo cual no sería posible sin la observación de los requisitos establecidos por los Estados para el transporte transfronterizos de estos, en los términos del ya citado Convenio de Basilea.

79. Las razones para sostener lo anterior estriban en los principios reconocidos por la propia ley 20.920, la cual en su artículo 2°, señala:

"*Artículo 2°.- Principios. Los principios que inspiran la presente ley son los siguientes:*

[37] PNUMA (2010)

[38] La ley REP define este principio de la responsabilidad del generador de un residuo de la siguiente forma: "*El generador de un residuo es responsable de éste, desde su generación hasta su valorización o eliminación, en conformidad a la ley*".

- ***Responsabilidad del generador de un residuo****: El generador de un residuo es responsable de éste, desde su generación hasta su valorización o eliminación, en conformidad con la ley.*
- ***Transparencia y publicidad****: la gestión de residuos se efectuará con transparencia, de manera que la comunidad pueda acceder a la información relevante sobre la materia.*
- ***Trazabilidad****: Conjunto de procedimientos preestablecidos y autosuficientes que permiten conocer las cantidades, ubicación y trayectoria de un residuo o lote de residuos a lo largo de la cadena de manejo".*

3.2.2. Tipicidad

3.2.2.1. Autoría

80. La expresión "El que" con que arranca el tipo indica que estamos en presencia de un delito común. Es decir, no es relevante la calidad de quien lo comete, pudiendo ser un funcionario público o un ciudadano no revestido de poderes especiales o en ejercicio de funciones.

81. En cuanto al tipo de persona que pudiera incurrir en esta conducta, no cabe duda que el tipo penal tiene como sujeto destinatario de la norma a las personas naturales y no a las jurídicas. Lo anterior, al tenor de lo dispuesto en el artículo 58 del Código Procesal Penal, que establece la regla general en materia penal: la responsabilidad recae única y exclusivamente en personas naturales, y, también, a la luz de lo dispuesto por la ley 20.393 que establece la excepción a esta regla general citada, instaurando la posibilidad de sancionar penalmente a personas jurídicas pero únicamente respecto de los delitos enumerados en el artículo primero de tal disposición entre los cuales no se encuentra el artículo 44 de la ley 20.920.

3.2.2.2. La conducta de tráfico de residuos peligrosos: exportar, importar o manejar

3.2.2.2.1. La ambigüedad del texto

82. Una primera lectura del artículo plantea algunas dudas respecto su alcance. En primer lugar, la redacción del artículo podría sugerir que el legislador buscó tipificar el tráfico de residuos peligrosos (importar y exportar), por una parte, y el manejo de residuos peligrosos, por otra, como dos conductas autónomas e independientes, siendo posible sancionar el manejo en un contexto independiente del tráfico. Sin embargo, de un análisis más atento se concluye que lo anterior no resulta plausible, como expondré más adelante

83. Por ahora, baste señalar que dicha posibilidad interpretativa fluye de la ambigüedad con que fue redactado el tipo, al incluir un título "Responsabilidad penal por tráfico de residuos peligrosos" asociado a tres verbos (importar, exportar y manejar), y dos objetos: los "residuos peligrosos prohibidos" y "los residuos peligrosos

sujetos a autorización". La confusión viene de la incorporación del verbo "manejar", conducta ajena a la definición tradicional que se ha utilizado para "traficar", que consiste en el comercio ilícito de determinados elementos (drogas, por ejemplo).

84. Ahora bien, como se ahondará más adelante, coincido con Poblete (2019) quien señala que estos tres verbos "son manifestaciones de tres modalidades independientes de una misma actividad: el tráfico de residuos peligrosos". (113)[39]

85. Por otra parte, otro aspecto cuestionable de la técnica gramatical usada por el legislador dice relación con el objeto material del ilícito. Una lectura rápida, prescindiendo del contexto internacional en que se dicta esta norma así como de la ubicación sistemática de este ilícito al interior de la ley 20.920, sugeriría que los objetos materiales son tres: los residuos peligrosos, los residuos prohibidos "o" los residuos sin contar con las autorizaciones para ello. Esto podría sostenerse a partir de la conjunción disyuntiva "o" empleada por el legislador que sugeriría tres objetos independientes el uno del otro. No obstante, esto tampoco es correcto a la luz de un análisis literal, sistemático e histórico de la norma.

86. A partir del análisis literal queda claramente establecido que la intención del legislador fue sancionar el "Tráfico de residuos peligrosos", de ahí el título del artículo, y no el tráfico de cualquier otro tipo de residuos (sean estos prohibidos o no). Son los residuos peligrosos el objeto principal del tipo, los cuales pueden ser, a su vez, prohibidos o sujetos a autorización para su exportación, importación o manejo (en el contexto del tráfico).

87. La exégesis sistemática nos indica que los residuos peligrosos son el objeto de toda la ley 20.920 (por ejemplo: artículos 7°, 8° inciso segundo, 23 inciso segundo, 43 y 44), regulando especialmente su exportación e importación, remitiéndose directamente al Convenio de Basilea, el cual, como ya he mencionado, tiene por objeto el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación.

88. El análisis histórico nos provee de más argumentos para sostener lo anterior. De la historia fidedigna del establecimiento de esta norma resulta claro que el objetivo fue sancionar penalmente el tráfico de residuos peligrosos, a partir de las recomendaciones de la OCDE y para precaver nuevos eventos de contaminación como el caso ocurrido en Arica por Plomo importado desde Suecia.[40]

3.2.2.2.2. Traficar residuos peligrosos

89. En primer lugar, la expresión "**tráfico**" (acción de traficar) que encabeza el artículo 44 que se titula "responsabilidad penal por tráfico de residuos peligrosos", debe asimilarse al tráfico ilícito de residuos peligrosos tal como está definido en el

[39] En detalle: Infra 3.2.2.3.3.
[40] Ver:supra: nota 1.

Convenio de Basilea, es decir el movimiento transfronterizo de residuos realizado de un modo antijurídico

90. En efecto, "*tráfico*", debe entenderse más allá del simple "*Movimiento o tránsito de personas, mercancías, etc., por cualquier medio de transporte*" (una de las acepciones de la RAE). En el contexto de este tipo penal, su acepción lleva implícito un disvalor y se extiende evidentemente más allá del simple "comercio", como un comercio prohibido. Tal es así que, el Código de comercio chileno no emplea la voz "tráfico" como sinónimo de comercio (que define en su artículo 3º) donde cabe "*la compra y permuta de cosas muebles con ánimo de venderlas, permutarlas o arrendarlas*". En cambio, la única vez que el Código de Comercio emplea la voz "traficar", lo hace para referirse a un comercio que es prohibido, para establecer que "s*e prohíbe a factores y dependientes traficar por su cuenta y tomar interés en nombre suyo o ajeno en negociaciones del mismo género que las hagan por cuenta de sus comitentes, a menos que fueren expresamente autorizados para ello*" (Artículo 331). De tal manera, "tráfico", debe entenderse en los términos de la "*acción de realizar operaciones comerciales de manera ilegal o con productos prohibidos (tráfico de drogas)"*[41]. Del mismo modo se entienden internacionalmente los delitos de tráfico de especies protegidas, de estupefacientes, de armas, etc.

91. Pero más precisamente estimo que **la expresión "tráfico de residuos peligrosos", no definida en la Ley 20.920, debe asimilarse a la voz "tráfico ilícito" definida en el artículo 2º numeral 21 del Convenio de Basilea** que dispone que por "tráfico ilícito" se entiende "cualquier *movimiento transfronterizo de desechos peligrosos o de otros desechos efectuado conforme a lo especificado en el Artículo 9".*

92. Recordemos que el artículo 9º entiendo por tráfico ilícito a "todo movimiento transfronterizo de desechos peligrosos o de otros desechos realizado: a) sin notificación a todos los Estados interesados conforme a las disposiciones del presente Convenio; o b) sin el consentimiento de un Estado interesado conforme a las disposiciones del presente Convenio; o c) con consentimiento obtenido de los Estados interesados mediante falsificación, falsas declaraciones o fraude; o d) de manera que no corresponda a los documentos en un aspecto esencial; o e) que entrañe la eliminación deliberada (por ejemplo, vertimiento) de los desechos peligrosos o de otros desechos en contravención de este Convenio y de los principios generales del derecho internacional".

3.2.2.2.3. Exportar e importar residuos peligrosos

93. Entendida la expresión "tráfico de residuos peligrosos" que encabeza el delito de artículo 44, titulado "responsabilidad penal por tráfico de residuos peligrosos", cabe precisar que la disposición emplea luego los verbos "**exportar, importar o manejar**" de un modo disyuntivo, de lo cual se infiere entonces que incurre en el delito en cuestión quien realice todas o alguna (cualquiera) de estas tres acciones.

[41] Kernerman English Multilingual Dictionary © 2006-2013 K Dictionaries Ltd.

94. En cuanto al significado de los verbos **exportar e importar**, debemos entenderlos en su sentido lingüístico obvio: exportar residuos peligrosos implica el traslado de estos desde Chile a cualquier otro país, independiente del fin perseguido. Por su parte, la importación implica ingresar desde otro país a Chile algún residuo peligroso.

95. Ambas acciones son fácilmente asimilables a la noción de "movimiento transfronterizo" en los términos que el Convenio de Basilea emplea y define este concepto en su artículo 2.3:

"Artículo 2° Definiciones. A los efectos del presente Convenio:

Por "movimiento transfronterizo" se entiende todo movimiento de desechos peligrosos o de otros desechos procedente de una zona sometida a la jurisdicción nacional de un Estado y destinado a una zona sometida a la jurisdicción nacional de otro Estado, o a través de esta zona, o a una zona no sometida a la jurisdicción nacional de ningún Estado, o a través de esta zona, siempre que el movimiento afecte a dos Estados por lo menos."

3.2.2.2.4. Manejar residuos peligrosos en el marco del tráfico

96. En cuanto al manejo de residuos peligrosos, esta acción se encuentra definida por la propia ley 20.920, razón por la que debemos atenernos a ésta, según lo ordena el artículo 20 del Código Civil. El artículo 3º define que para efectos de esta ley se entenderá por:

13) Manejo: Todas las acciones operativas a las que se somete un residuo, incluyendo, entre otras, recolección, almacenamiento, transporte, pretratamiento y tratamiento".

97. Definido el alcance de los tres verbos empleados por el delito en análisis, cabe preguntarse: **¿Se sanciona con la pena ahí señalada el manejo de residuos peligrosos en un contexto que no sea el tráfico?**

98. Responder esta pregunta no resulta sencillo, dado el carácter ambiguo con que está redactado el tipo penal. Como ya he dicho, una lectura simple del tipo penal podría llevar a concluir que este busca sancionar el tráfico (importar y exportar) y el manejo, como dos conductas punibles autónomamente. Sin embargo, como a continuación expondré, estimo que <u>existen sólidos argumentos, a partir de una lectura detenida del tipo penal, para sostener que esta interpretación debe ser desechada, y, por lo tanto, a afirmar con seguridad que el manejo de residuos peligrosos es sancionado en el contexto de la actividad de tráfico.</u>

99. En **primer término**, es el propio artículo 44 el que señala, explícitamente, que lo que busca sancionar es el "tráfico de residuos peligrosos" asimilable a la voz "tráfico ilícito" en los términos del Convenio de Basilea, como hemos definido previamente.

100. En **segundo término**, de los antecedentes legislativos de este artículo, ya extensamente reproducidos en este Informe, es claro que el objetivo de los legisladores

al introducir y aprobar esta norma fue sancionar el tráfico ilícito internacional de residuos peligrosos, es decir, aquel realizado sin sujeción a las obligaciones legales que regulan estas importaciones y exportaciones. Las normas fueron discutidas como un conjunto normativo que buscaba regular el tráfico de estos residuos, estableciendo el artículo 8° sus requisitos y el artículo 44 las sanciones a la inobservancia de estos, dándose como ejemplo paradigmático a evitar, el grave caso de la importación de residuos peligrosos a Arica ocurrido en 1984 y cuyas secuelas se conocen hasta hoy.

101. En **tercer lugar,** como ya se ha dicho en este informe, es necesario leer el artículo 44 a la luz del artículo 8° de la misma ley, que establece y regula las obligaciones de los importadores y exportadores de residuos, dejando claro, una vez más, que la sanción del artículo 44 está pensada únicamente para el contexto del tráfico ilícito (movimientos transfronterizos) de residuos peligrosos.

102. En **cuarto lugar**, justifico esta conclusión a partir de constatar que una interpretación diferente, es decir, sostener que el manejo de residuos peligrosos prohibidos o sujetos a autorización, sin contar con ella, se sancionaría con prescindencia del contexto en el cual se produzca este manejo, y al margen del tráfico internacional ilícito, conduciría a sancionar toda acción operativa ejercida sobre residuos, sin autorización, independiente de su resultado (impacto, contaminación o daño) llevando a sancionar penalmente conductas que no sólo no fueron previstas por el legislador, sino que podrían ser de escasa gravedad en los términos del bien jurídico protegido, merecedoras en algunos casos solo de sanciones administrativas.

103. En **quinto lugar,** no hay que perder de vista que la ley 20.920, según sus antecedentes legislativos, vino a cumplir las obligaciones adquiridas por el Estado de Chile con la firma y ratificación del Convenio de Basilea, el cual señala, en su artículo 9.5 que: "Cada Parte promulgará las disposiciones legislativas nacionales adecuadas para prevenir y castigar el tráfico ilícito".

104. En **sexto lugar**, hay que recordar que los Senadores Lagos y Girardi presentaron indicaciones que buscaban, precisamente, incorporar una hipótesis amplia de manejo, sancionando al que "*exporte, importe, genere, maneje, transporte o elimine residuos peligrosos prohibidos o sin contar con las autorizaciones para ello" y* que luego dichas indicaciones rechazadas*.*

105. En **séptimo lugar**, cuando en **derecho comparado** se ha querido sancionar el manejo ilegal de residuos peligrosos al margen del tráfico, se han usado tipos penales de grave contaminación, como por ejemplo en Argentina, en que la Ley 24.051, de Residuos Peligrosos, (sobre la cual se aplicó un veto) en su artículo 55 prescribe: "*Será reprimido con las mismas penas establecidas en el artículo 200 del Código Penal, el que, utilizando los residuos a que se refiere la presente ley, envenenare, adulterare o contaminare de un modo peligroso para la salud, el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general. Si el hecho fuere seguido de la muerte de alguna persona, la pena será de diez (10) a veinticinco (25) años de reclusión o prisión"*.

106. En **octavo lugar**, hay razones de técnica legislativa para sostener que el manejo solo es punible si se presenta en un contexto de tráfico (ilícito) de residuos

peligrosos. En efecto, considero que incluir el verbo "manejo" en el listado de conductas señaladas por el tipo penal que sanciona el tráfico, permite adelantar la reacción punitiva a etapas previas a la consumación de las conductas de importación o exportación. De este modo, si el legislador hubiera decidido únicamente referirse en el tipo penal a las acciones de importar y exportar, y en un hecho concreto se estuviera en presencia de actos de manejo, preparatorios de una exportación sin poder concretarla, tal conducta debería ser sancionada conforme a los criterios generales establecidos por el Código Penal para castigar las fases previas del desarrollo del delito o "*iter criminis*".

107. En ese sentido, por ejemplo, podríamos encontrarnos con una acción operativa de *recolección, almacenamiento, transporte, pretratamiento y tratamiento* de residuos peligrosos, destinados a su exportación, o que hayan sido importados, acciones que pueden ser previas o posteriores a la entrada o salida, o dicho de otro modo, anteriores o posteriores al embarque mismo o cruce de una frontera de los desechos peligrosos en un medio de transporte internacional. Para que un residuo peligroso prohibido o sujeto a control sea exportado, requiere previamente ser recolectado, transportado, almacenado, tratado y eventualmente pretratado. De la misma forma ocurre para la importación.

108. Piénsese en el siguiente ejemplo: en una planta industrial se envasa y carga un conteiner con un determinado residuo peligroso (pasta de baterías de plomo ácido trituradas: un residuo peligroso cuya exportación está prohibida por el Decreto Nº2 de 2010 de Salud) que se pretende pasar por un producto o sustancia (supuesto sulfato de plomo) engañando a las autoridades aduaneras, y se traslada a un puerto para su posterior embarque, para burlar la prohibición de exportación de baterías de plomo ácido, pero debido a la astucia policial esta exportación no se concreta y la operación se sorprende antes del ingreso a puerto. Si el legislador no hubiera incorporado la palabra "manejo" en el artículo 44, esta conducta debería sancionarse como un delito de tráfico de residuos peligrosos frustrado, correspondiendo la rebaja de pena que el Código Penal establece para esta faz imperfecta del desarrollo del delito. Ahora bien, con la redacción finalmente aprobada, la conducta del ejemplo descrito podría ser sancionada como un delito de tráfico de residuo peligroso consumado, debido a que estaríamos en presencia de un "manejo de residuos peligrosos en el contexto de tráfico".

109. En **noveno y último lugar: la doctrina**. Esta interpretación que entiende que el "manejo" se sanciona en el contexto del tráfico ilícito de residuos, es compartida por la doctrina que ha analizado este delito:

110. Así lo ha afirmado Marcela Poblete (2019:113) en los siguientes términos:

> *"Con respecto a la forma activa de cometer el delito, la Ley de Fomento al Reciclaje menciona como verbos rectores una serie de conductas que no tendrían ningún sentido si no se acompañan del objeto material del tipo (Politoff, Matus & Ramírez, 2011, pág. 577 y s.). En este caso <u>las conductas son exportar, importar y manejar, que se presentan como verbos disyuntivos mostrando modalidades independientes de una misma actividad: el tráfico de residuos peligrosos</u>" (113).*

111. Jean Paul Dussaubat y Claudio Tapia (2016:39-40), refiriéndose a este punto, señalan también que:

> *"Al respecto, si bien el encabezado del artículo que regula esta materia expresamente hace referencia a la "responsabilidad penal por tráfico de residuos peligrosos", el cuerpo de dicha norma tipifica tres conductas: exportación, importación y manejo de residuos peligrosos. Sobre esta última figura, el manejo de residuos, estimamos que una interpretación sistemática de la norma y la revisión de la tramitación legislativa permite precisar que la sanción penal se puede entender circunscrita exclusivamente a las acciones asociadas al tráfico de residuos y no a otra clase de manejo."*

112. En conclusión, pese a la deficiente técnica legislativa empleada en la redacción del artículo, lo cual ya he argumentado en esta presentación, estimo que el manejo de residuos peligrosos es punible en los términos del artículo 44, únicamente cuando se realice en el contexto del tráfico ilícito (es decir, movimiento transfronterizo ilegal) de estos residuos, cumpliendo con los demás elementos del tipo penal que se exponen más adelante (que estos residuos sean peligrosos y estén prohibidos o sujetos a autorización para su exportación e importación y no se cuente con ella).

3.2.2.3. Objeto material y normativo del delito residuos peligrosos prohibidos y residuos peligrosos sujetos a control

113. Pese a la falta de claridad con que fue redactado el tipo penal (Poblete, 2019: 116), estimo posible sostener que la estructura típica está conformada por un elemento central, los residuos peligrosos, y por dos tipos o especies de estos:[42]

- Residuos peligrosos prohibidos
- Residuos peligrosos sujetos a control

114. La conjunción "o" utilizada en el primer inciso podría llevar a concluir que el legislador lo que buscó era enlistar tres elementos independientes: los residuos peligrosos, los residuos prohibidos y los residuos sin autorización. Sin embargo, esta interpretación debe ser desechada por similares argumentos a los sostenidos en el acápite anterior de esta presentación respecto de los alcances del verbo "manejar" en el contexto de tráfico. A saber, el objetivo del delito está claramente establecido en su historia fidedigna publicada, y este es, sin duda, la penalización del tráfico ilícito de residuos peligrosos, en cumplimiento de lo establecido por el Convenio de Basilea y para sancionar hechos como la contaminación por importación de plomo en Arica.

3.2.2.3.1. Los residuos peligrosos

115. Antes de abordar qué son los residuos peligrosos, valga recordar qué entendemos por residuos o desechos, en tanto aquellos, los residuos peligrosos, serían

[42] En los mismos términos que Poblete (2019).

una especie de estos. Cabe establecer en primer lugar que residuo y desecho son sinónimos.

116. En el ámbito internacional, la definición tradicional está contenida en el ya citado Convenio de Basilea de 1989, el cual señala, en su artículo 2°, que, para los efectos del Convenio, se entenderá por desecho: "*las sustancias u objetos a cuya eliminación se procede, se propone proceder o se está obligado a proceder en virtud de lo dispuesto en la legislación nacional*"

117. En nuestra legislación interna la ley 20.920, contiene por primera vez una definición de residuo de rango legal, en su el artículo 3° numeral 25 que establece que un residuo es "*una sustancia u objeto que su generador desecha o tiene la intención u obligación de desechar de acuerdo a la normativa vigente*". Esta definición es similar a aquella previa contenida en el artículo 3° del Decreto Supremo N°148 de 2004 del Ministerio de Salud, que establece el Reglamento Sanitario sobre manejo de residuos peligrosos, el cual ya había definido *residuo o desecho* como: "*sustancia, elemento u objeto que el generador elimina, se propone eliminar o está obligado a eliminar*".

118. Como se ve, de las definiciones anotadas se desprende que el concepto residuo o desecho contiene un elemento objetivo, consistente en aquello que un generador, en la realidad, desecha, y un elemento subjetivo, consistente en aquello que un generador tiene la obligación o intención de eliminar o desechar[43]. Profundizando sobre estos aspectos de la definición, en una publicación reciente he señalado que:

> *"En términos generales, las definiciones que atienden a los aspectos objetivos pueden responder a criterios técnicos, como entender un residuo es todo objeto resultante de una actividad económica que no posea un empleo conocido dentro de la misma, es decir, que no sea materia prima ni insumo. También las definiciones pueden responder a criterios económicos: aquel elemento cuyos costos de aprovechamiento son mayores que los beneficios que brinda. y por último, a un criterio ambiental: que más allá del potencial abandono, el elemento pueda generar un perjuicio, riesgo o daño a la salud de las personas o a alguno de los componentes del medio ambiente, que justifique que el legislador mantenga un especial control sobre él, como ocurre en general con los residuos peligrosos que, aunque no salgan del perímetro de la propiedad de su generador, deben ser controlados en todo su ciclo de vida(...)*
>
> *La definición de residuo que un país adopta no es neutral. En términos generales, que una sustancia o elemento sea calificado como tal, implica que se debe someter al marco jurídico sobre gestión de los residuos, lo que puede incluir la exigencia de autorizaciones específicas para los distintos tipos de operaciones de gestión, su sometimiento a restricciones para su exportación o importación, el control especial de su transporte, obligaciones de declaración y seguimiento, y una responsabilidad especial para su generador, que puede ir, como se verá "de la cuna a la tumba", entre otras reglas (...)*

[43] Hemos desarrollado más ampliamente la definición de residuos o desechos y sus clasificaciones en: Durán (2021: 437-442)

Desde un punto de vista de los bienes jurídicos de la protección ambiental y sanitaria, es positivo que la definición de residuos sea comprensiva amplia, considerando elementos objetivos y subjetivos, como es el caso de la definición legal hoy vigente en Chile(...)" (Durán, 2021: 438-441)

119. Ahora, por generador, la ley 20.920 en su artículo 3º literal 9, entiende que se refiere a aquel "*poseedor de un producto, sustancia y objeto que lo desecha o tiene la obligación de desecharlo de acuerdo a la normativa vigente*".

120. Como se ve, entonces, la característica esencial para delimitar el ámbito de aplicación del delito de tráfico de residuos peligrosos consiste en reconocer que este no busca sancionar todo movimiento transfronterizo de algún producto o sustancia (sea esta peligrosa o no) sino que única y exclusivamente de residuos peligrosos, los que son caracterizados como tipos de sustancia que se desechan o deben desechar y que tienen la característica de ser peligrosos, como expondré.

121. Así, por ejemplo, el movimiento transfronterizo de materias primas o *commodities* no está, bajo ningún concepto, sujeto al marco regulatorio de los residuos, por más riesgos que pueda acarrear su transporte o manejo posterior. El manejo de sustancias peligrosas tiene su propia regulación complementaria pero distinta de aquella que regula el manejo de residuos peligrosos y/o su movimiento transfronterizo. Es el caso, por ejemplo, del transporte de petróleo. Sin duda que su movimiento transfronterizo implica riesgos y debe sujetarse a las normas que regulan esta actividad, sin embargo el estatuto jurídico internacional del Convenio de Basilea, y el nacional, de la ley 20.920, no es aplicable a esta actividad, pues el petróleo, para el importador o exportador, no es desecho o residuo, por cuanto no es una sustancia que busca ser desechada o tiene la obligación de serlo, sino que es un producto, sustancia o materia prima objeto de comercio internacional.

122. Ahora bien, los residuos pueden ser clasificados de diversas formas, entre las más usuales encontramos:

- Según su estado físico: líquidos y sólidos
- Según los efectos o riesgos que pueden provocar en el ambiente: inertes y peligrosos.
- Según su origen o el tipo de actividad que los genera: domiciliarios, industriales, mineros, hospitalarios, nucleares, espaciales, entre otros (Durán, 2021: 442)

123. Los residuos peligrosos propiamente tales, objeto material base del artículo 44 de la ley 20.920, están definidos en el Convenio de Basilea como "desechos peligrosos" y estos contemplan aquellos desechos que sean objeto de movimientos transfronterizos y que:

a) pertenezcan a cualquiera de las categorías enumeradas en el Anexo I[44], a menos que no tengan ninguna de las características descritas en el Anexo III[45]; y

b) No incluidos en el apartado a), pero definidos o considerados peligrosos por la legislación interna de la Parte que sea Estado de exportación, de importación o de tránsito

124. A nivel legal, los residuos peligrosos no están definidos, razón por la cual debemos encontrar una definición de estos tipos de residuos en el ya citado artículo 3° del Decreto N°148, el cual señala que residuo peligroso es aquel: "*residuo o mezcla de residuos que presenta riesgo para la salud pública y/o efectos adversos al medio ambiente, ya sea directamente o debido a su manejo actual o previsto, como consecuencia de presentar algunas de las características señaladas en el artículo 11*.".

125. El mencionado artículo 11 del reglamento dispone lo siguiente:

"*Artículo 11 Para los efectos del presente reglamento las características de peligrosidad son las siguientes:*

a) toxicidad aguda,

b) toxicidad crónica,

c) toxicidad extrínseca,

d) inflamabilidad,

e) reactividad, y

f) corrosividad.

Bastará la presencia de una de estas características en un residuo para que sea calificado como residuo peligroso."

126. Ahora bien, el Decreto 148 citado, además de contemplar estos criterios del artículo 11 para definir un residuo como peligroso, también ofrece un listado de residuos que, sin perjuicio de no cumplir con alguna de las características del artículo 11 serán considerados igualmente como peligrosos, a menos que su generador pueda demostrar ante la Autoridad Sanitaria que no presentan ninguna característica de peligrosidad. Estos listados están contenidos en los artículos 18, 21, 22, 23 y 24.

[44] El anexo I del Convenio contiene dos listas de desechos que hay que controlar: corrientes de desechos (desechos clínicos, desechos que contengan cianuros, mezclas y emulsiones de desechos de aceite y agua o de hidrocarburos y agua, entre otros) y desechos que tengan como constituyente ciertos compuestos (metales carbonilos, berilio, compuestos de cobre, compuestos de zinc, arsénico, entre otros).

[45] El anexo III enlista una serie de "características peligrosas" definiendo su contenido, entre ellas: explosivos; líquidos inflamables; sólidos inflamables; sustancias o desechos susceptibles de combustión espontánea; sustancias o desechos que, en contacto con el agua, emiten gases inflamables; oxidantes; peróxidos orgánicos; tóxicos; ecotóxicos; entre otros.

127. Por último, el Reglamento también enlista tipos de residuos que cumplen las características señaladas por el artículo 11[46].

128. Delimitado el concepto de residuo y las fuentes reglamentarias, legales y convencionales que permiten caracterizar a estos como "residuos peligrosos", ahora me referiré a la clasificación pertinente para efectos del artículo 44: los residuos peligrosos que están prohibidos de importar y exportar y los residuos peligrosos que están sujetos a control o autorizaciones para su movimiento transfronterizo.

3.2.2.3.2. Los residuos peligrosos prohibidos de importar o exportar

129. Debo hacer una prevención en relación con la expresión "residuos peligrosos prohibidos": Me resulta difícil sostener que existan en nuestra legislación residuos cuya existencia, o incluso más, cuya *generación* esté prohibida. Existen, por el contrario, sustancias químicas peligrosas cuya comercialización está prohibida, en cuanto productos, de lo que no se colige necesariamente que esté prohibida a todo evento la generación de residuos que los contengan.

130. Imaginemos por ejemplo un determinado plaguicida que es sometido a prohibición de comercialización o aplicación. Si queda en alguna bodega o lugar un excedente de ese producto, este producto que no se puede usar, pasará a ser un residuo peligroso cuyo almacenamiento tiene límites máximos de tiempo y del cual su poseedor debe deshacerse con lo que pasa a ser un generador de un residuo peligroso. Si entendemos la diferencia entre un producto y un residuo, el concepto de "residuos peligrosos prohibidos" no presta gran utilidad si lo relacionamos con su generación, pues si el residuo existe, es generado, debe ser eliminado de alguna forma autorizada por la ley, no siendo útil ni conducente entender desde un punto de vista de la regulación de residuos peligrosos y de los bienes jurídicos protegidos, que un residuo en sí mismo "está prohibido".

131. Los que sí existen y son objeto material del delito del artículo 44 son los residuos peligrosos *prohibidos de importar o exportar* y los residuos peligrosos *sujetos a control para su importación y exportación*, como expondré a continuación.

132. La prohibición de exportar o importar determinados residuos peligrosos es un elemento normativo del tipo penal (Poblete, 2019:94).

133. Debido a esto, para definir los alcances del delito corresponde identificar **¿qué normas son las que determinarán el carácter prohibido del movimiento transfronterizo de un residuo peligroso?**

[46] Por ejemplo, el artículo 88 enlista las sustancias químicas que el reglamento considera "tóxicas agudas" (en los términos de la letra a) del artículo 11 del propio reglamento); el artículo 89 enlista las sustancias químicas que el reglamento considera "tóxicas crónicas" (en los términos de la letra b) del artículo 11 del propio reglamento).

3.2.2.3.2.1. Prohibiciones basadas en la Ley 20.920

134. Debemos encontrar la fuente de prohibición, en primer lugar, en la propia ley 20.920, en tanto es la norma que contiene el delito objeto de análisis y en tanto es la que busca dotar de un marco general la gestión de residuos peligrosos. Ahora bien, el artículo 8° de la ley 20.920 establece una remisión al Convenio de Basilea y a las diversas normas legales y reglamentarias para la regulación de los residuos peligrosos.[47]

135. El ya citado artículo 8° establece la prohibición general sobre la materia: **se prohíbe la importación de cualesquiera residuos peligrosos para su eliminación,** y en su artículo 3°, N°8, señala que se entenderá por eliminación "*todo procedimiento cuyo objetivo es disponer en forma definitiva o destruir un residuo en instalaciones autorizadas*"[48].

3.2.2.3.2.2. Prohibiciones basadas en la aplicación del Convenio de Basilea

136. Por otra parte, deberemos entender que está prohibida la exportación o importación de un residuo peligroso que se hace en los términos de las cinco hipótesis que prevé el artículo 9º del Convenio de Basilea, tantas veces mencionado, que define el tráfico ilícito de residuos peligrosos como aquel que se realiza *"a)* ***sin notificación*** *a todos los Estados interesados conforme a las disposiciones del presente Convenio; o b)* ***sin el consentimiento*** *de un Estado interesado conforme a las disposiciones del presente Convenio; o c)* ***con consentimiento obtenido de los Estados interesados mediante falsificación, falsas declaraciones o fraude****; o d) d****e manera que no corresponda a los documentos en un aspecto esencial****; o e) que entrañe la* ***eliminación deliberada*** *(por ejemplo, vertimiento) de los desechos peligrosos o de otros desechos* ***en contravención de este Convenio*** *y de los principios generales del derecho internacional".*

137. En este punto, y como otra hipótesis de prohibición, en relación con la definición de tráfico ilícito, debemos recordar nuevamente que el Convenio de Basilea reconoce a los Estados su derecho soberano de prohibir las importaciones y

[47] La remisión al Convenio de Basilea de parte del artículo 8° de la ley 20.920 es redundante, pues a la fecha de la dictación de esta norma el Convenio de Basilea ya había sido incorporado a la legislación nacional, razón por la que era un instrumento que regulaba a los residuos peligrosos y su movimiento transfronterizo sin necesidad de que el legislador lo volviera a señalar.

[48] Sobre este punto se debe mencionar que la ley realizó una distinción que el Convenio no realiza y dejó la definición de eliminación en contradicción con el Convenio de Basilea y con la definición de eliminación del Decreto 148. Mientras el Convenio de Basilea entiende por "eliminación" en su artículo 2.4 "cualquiera de las operaciones especificadas en el Anexo IV del presente Convenio", sea que lleven o no a la recuperación, valorización o reciclaje, y lo mismo hace el Decreto Nº148, la Ley Nº20.920 restringe el concepto de eliminación en su artículo 3º Nº8, a "todo procedimiento cuyo objetivo es disponer en forma definitiva o destruir un residuo en instalaciones autorizadas". Es la noción de eliminación del Decreto 148 aquella que sirve para interpretar las tipologías de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos relacionados con residuos de proyectos al conforme a la Ley 19.300 y su reglamento del SEIA (DS 40 de 2013 del MMA).

exportaciones de residuos peligrosos y la obligación correlativa de los otros países de respetar estas prohibiciones.

138. También se establece una prohibición absoluta en consideración al lugar de destino como la prohibición de *exportación de desechos peligrosos y otros desechos para su eliminación en la zona situada al sur de los 60º de latitud sur.*

139. Para ello es que el Convenio establece un sistema de información e inicia la enumeración de las obligaciones generales de las partes en su artículo 9º estableciendo que:

> *"1. a) Las Partes que ejerzan su derecho a prohibir la importación de desechos peligrosos y otros desechos para su eliminación, comunicarán a las demás Partes su decisión de conformidad con el Artículo 13;*
>
> *b) Las Partes prohibirán o no permitirán la exportación de desechos peligrosos y otros desechos a las Partes que hayan prohibido la importación de esos desechos, cuando dicha prohibición se les haya comunicado de conformidad con el apartado a) del presente Artículo;*
>
> *c) Las Partes prohibirán o no permitirán la exportación de desechos peligrosos y otros desechos si el Estado de importación no da su consentimiento por escrito a la importación de que se trate, siempre que dicho Estado de importación no haya prohibido la importación de tales desechos." (...)*

140. De esta manera, conforme al Convenio de Basilea, al que remite la Ley 20.920, son varias las hipótesis por las que en Chile se pueden o se deben prohibir los movimientos transfronterizos de residuos, así como aquellas en que se debe hacer respetar las decisiones de otros Estados. Las infracciones a estas prohibiciones pueden configurar las hipótesis de "residuos peligrosos cuyo movimiento transfronterizo está prohibido". Así, el Convenio de Basilea dispone en su artículo 4º numeral 2º que:

> *"2. Cada Parte tomará las medidas apropiadas para: (...)*
>
> *e) No permitir la exportación de desechos peligrosos y otros desechos a un Estado o grupo de Estados pertenecientes a una organización de integración económica y/o política que sean Partes, particularmente a países en desarrollo, que hayan prohibido en su legislación todas las importaciones, o si tiene razones para creer que tales desechos no serán sometidos a un manejo ambientalmente racional, de conformidad con los criterios que adopten las Partes en su primera reunión (...).*
>
> *g) Impedir la importación de desechos peligrosos y otros desechos si tiene razones para creer que tales desechos no serán sometidos a un manejo ambientalmente racional;*
>
> *5. Ninguna Parte permitirá que los desechos peligrosos y otros desechos se exporten a un Estado que no sea Parte o se importen de un Estado que no sea Parte.*
>
> *6. Las Partes acuerdan no permitir la exportación de desechos peligrosos y otros desechos para su eliminación en la zona situada al sur de los 60º de latitud sur, sean o no esos desechos objeto de un movimiento transfronterizo."*

141. Además, debe tenerse en cuenta la **enmienda prohibitoria** incorporada al Convenio de Basilea, ratificada por Chile en el contexto de su adhesión a la OCDE, la cual establece la prohibición de todo movimiento transfronterizo desde Estados miembros de la OCDE, la Comunidad Europea y Liechtenstein a países que no formen parte de estas Organizaciones internacionales (Anexo VII).

142. De este modo está prohibida la exportación desde Chile de residuos peligrosos hacia países no incluidos en este anexo, (no OCDE, no Unión Europea o Liechtenstein). En concreto, hoy Chile no puede exportar residuos hacia sus países limítrofes, y en el continente americano, sólo podría hacerlo, eventualmente, hacia Colombia, Costa Rica, y Estados Unidos[49].

143. Siguiendo el ya extensamente citado texto de Marcela Poblete, coincido en que también podemos considerar una fuente internacional de algunas de estas prohibiciones de importación y exportación, el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes[50], el que junto con el Convenio de Basilea y el Convenio de Rotterdam sobre el Consentimiento Fundamentado Previo -en relación con ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos que son objeto de comercio internacional- conforman lo que se ha denominado la Agenda Química internacional, vinculada con el Capítulo 19 de la antigua Agenda 21 de Río 1992 (Durán, 2021: 477). Esto, siempre y cuando el objeto material no sea solo una "sustancia" sino una "sustancia u objeto" caracterizada como residuo peligroso, en los términos ya expuestos en este Informe.[51]

3.2.2.3.2.3. Otras prohibiciones reglamentarias: baterías plomadas fuera de uso y Reglamento del Estatuto Antártico

144. Desde el punto de vista reglamentario, el Decreto N°2 de 2010 del Ministerio de Salud que "Regula autorización de movimientos transfronterizos de residuos peligrosos consistentes en **baterías de plomo usadas**" también incorpora una prohibición de exportación de estos residuos peligrosos en los siguientes términos:

> "*1º.- Se prohíbe el movimiento transfronterizo de baterías de plomo usadas, desde Chile a terceros países, en tanto existan en el país instalaciones con capacidad para procesar estos residuos peligrosos*."

145. Por otra parte, y en adición a la prohibición de exportación más allá de la latitud 60º sur, debe considerarse la reciente **ley Nº 21.255 que establece el Estatuto Chileno Antártico,** del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicada en el Diario

[49] Véase Supra 2.3.3.

[50] Ratificado por Chile mediante el Decreto 38 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el 19 de mayo del 2005.

[51] Es decir, una sustancia u objeto que su generador desecha o tiene la intención u obligación de hacerlo y que cumple con alguno de los criterios establecidos en el Convenio de Basilea o el reglamento 148 para caracterizar a tal sustancia como peligrosa.

Oficial el 17 de septiembre de 2020 y cuya entrada en vigencia data del 16 de marzo de 2021.

146. En su artículo 23 Nº 7, esta ley prohíbe eliminar todo tipo de basura y residuos en cualquier sector de la Antártica y sus mares circundantes, salvo en los casos especialmente autorizados por el Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente y sus Anexos o las normas internacionales sobre navegación marítima. Adicionalmente, el artículo 36, titulado "Eliminación y tratamiento de residuos" dispone un estatuto exigente y adaptado para la gestión de residuos en la Antártica basado en el principio preventivo. En ese marco se prevé que un reglamento determine las sustancias y residuos cuya descarga o eliminación se encuentre prohibida en la Antártica en virtud de los acuerdos internacionales suscritos por Chile y que se encuentren vigentes[52].

147. En resumen, sostengo que un residuo peligroso está prohibido de ser importado o exportado cuando cumpla alguna de las características establecidas por la propia ley 20.920 para considerar que su movimiento transfronterizo se encuentra prohibido por ser ilícito (artículo 8°), es decir, que su tráfico esté prohibido por la ley 20.920, por el Convenio de Basilea o en virtud de ellos, o por alguna norma reglamentaria que regule este asunto, como el Decreto N°2 ya expuesto.

3.2.2.3.3. Los residuos peligrosos sujetos a autorización para su exportación e importación

148. Hemos establecido que conforme al artículo 44, el tipo penal de tráfico de residuos peligrosos puede considerar las conductas de exportación, importación o manejo (en contexto de tráfico), y que pueden recaer, estas conductas, en los objetos materiales de residuos peligrosos prohibidos (de movimiento) o residuos peligrosos sin autorización.

149. El ejercicio que se debe realizar para determinar si un residuo peligroso está sujeto a autorización para su movimiento (y a cuáles) consiste en establecer, en

[52] "Artículo 36: Toda actividad realizada en la Antártica se planificará y ejecutará considerando generar o tratar en ella la menor cantidad posible de residuos, con el fin de minimizar su repercusión en el medioambiente antártico y las interferencias con los valores naturales de la Antártica, con la investigación científica o con los otros usos lícitos de la Antártica.

El manejo de residuos se regirá por los principios de prevención, jerarquía y racionalidad ambiental.

Los residuos producidos por toda expedición a la Antártica y dentro de ella, o resultados de las actividades que allí se realicen, en la que participen chilenos o naves o aeronaves nacionales, y que haya sido organizada o autorizada en Chile, y en la medida que ello sea técnicamente posible, serán devueltos al territorio nacional americano. El resto de los residuos serán tratados o eliminados de modo de minimizar el daño o efectos ambientales de los mismos.

El almacenamiento, eliminación, tratamiento y remoción de residuos se efectuará conforme a los procedimientos que determine el reglamento respectivo. Asimismo, el reglamento determinará las sustancias y residuos cuya descarga o eliminación se encuentre prohibida en la Antártica en virtud de los acuerdos internacionales suscritos por Chile y que se encuentren vigentes".

primer lugar, que dicha sustancia se corresponde realmente con lo que la legislación nacional e internacional denominan un "residuo peligroso" y, en segundo lugar, reconocer si tal residuo peligroso se encuentra prohibido de ser importado o exportado.

150. En caso de que estemos en presencia de un residuo peligroso no sujeto a prohibición de movimiento transfronterizo, o respecto del cual no se haya ejercido el derecho de prohibir su movimiento por alguno de los Estados, en virtud de la Ley 20.920 o del Convenio de Basilea, estaremos frente a un residuo peligroso sujeto a autorización como requisito para su movimiento transfronterizo.

151. Lo anterior, debido a que todo movimiento transfronterizo permitido (o no prohibido) de residuo peligroso está sujeto a las autorizaciones que establece el artículo 8° de la ley.

152. En el caso de las importaciones para valorización, sólo se autorizarán si se acredita ante el Ministerio del Medio Ambiente que aquella será efectuada por gestores autorizados que cuenten con una resolución de Calificación Ambiental que los habilite para tal efecto.

153. Se debe tener en cuenta que pueden concurrir prohibiciones sobrevinientes en virtud del principio precautorio: "el Ministerio estará facultado para denegar fundadamente las autorizaciones de importación y exportación, cuando existan antecedentes de que los residuos no serán sometidos a un manejo ambientalmente racional" (Artículo 8°, inciso 5º).

154. Sin embargo, el inciso 5º del artículo 8 dispone que, aun cumpliendo los requisitos anteriormente señalados, el Ministerio del Medio Ambiente estará facultado para denegar fundadamente las autorizaciones de importación y exportación que se le soliciten, cuando estime que existen antecedentes de que los residuos no serán sometidos a un manejo ambientalmente racional.

155. Luego, el artículo 8° también establece otra exigencia: todo importador y exportador de residuos deberá informar, al menos, el tipo de residuo, cantidad, origen, tratamiento aplicado, incluyendo el destino de los residuos generados, cuando corresponda, a través del Registro de Emisiones y Transferencia de Contaminantes. [53]

156. Los requisitos, exigencias y procedimientos para la autorización de importación, exportación y tránsito de residuos se establecerán a través de un Decreto Supremo dictado por el Ministerio del Medioambiente en colaboración con el Ministerio de Salud. Este Reglamento si bien fue consultado e ingresado y reingresado en varias oportunidades bajo el número 9 de 2017, fue devuelto por la CGR sin tomar razón en septiembre de 2020, por lo que a la fecha, se encuentra en revisión por el Ministerio del Medio Ambiente (Durán, 2021: 473).

[53] Este reglamento corresponde al N°1 del Ministerio del Medio Ambiente "aprueba reglamento del registro de emisiones y transferencias de contaminantes, RETC" publicado el 02 de mayo de 2013.

3.2.2.3.4. Trámites para autorizar movimientos transfronterizos de residuos peligrosos

157. Cabe hacer presente que mientras no se dicte el reglamento mencionado en el artículo 8° de la ley 20.920, existe no obstante en el país, desde la vigencia del Convenio, un sistema de autorizaciones para el movimiento transfronterizo de residuos peligrosos, que está a cargo del Ministerio del Medio Ambiente desde 2010, luego de la reforma a la institucionalidad ambiental dispuesta por la Ley 20.417. Previamente la autoridad competente para estas autorizaciones era el Ministerio de Salud. Las autoridades competentes designadas por las Partes son las que evalúan si se cumplen los requisitos del Convenio para el otorgamiento de las autorizaciones, cuando corresponda.

158. Los trámites para autorizar los Movimientos Transfronterizos de Residuos Peligrosos están puestos a disposición del público en el sitio web del Ministerio del Medio Ambiente[54] y se transcriben a continuación:

"*Los antecedentes que deben presentarse para que el Ministerio del Medio Ambiente evalúe el movimiento transfronterizo de residuos peligrosos dependen según se trate de Exportación, Tránsito o Importación.*

En el caso de la ***autorización de exportación****, el interesado debe enviar una carta al Ministerio dirigida al Subsecretario, con un breve resumen del movimiento, nombre de los residuos a exportar, destino, cantidad y razones de exportación.*

Debe acompañar a la carta:

1. *Documentos de notificación. El Ministerio informa al exportador el número de la notificación;*
2. *Ruta de tránsito, indicando el punto habilitado de salida del territorio nacional que será utilizado;*
3. *Proceso a partir del cual se generaron los residuos;*
4. *Medios de transporte previstos;*
5. *Especificación de las operaciones de valorización o eliminación a realizar, de acuerdo a los códigos establecidos en los formularios dispuestos en la página web: "operaciones de valorización o eliminación", y descripción de la o las operaciones de valorización o eliminación. Si los residuos están destinados a valorización, además se deberá informar lo siguiente:*

a. *El método de eliminación previsto para la fracción no valorizable una vez concluida la valorización;*

b. *La proporción de residuos valorizables en relación con los residuos no valorizables;*

[54] https://economiacircular.mma.gob.cl/convenio-de-basilea

6. *Copia de la autorización del transportista en Chile, de acuerdo a la legislación sanitaria y ambiental que corresponda con los respectivos seguros;*
7. *Copia de la autorización de el o los destinatarios para la valorización o eliminación de los residuos, incluida la duración de la autorización, de acuerdo a la legislación que corresponda. Dicha copia deberá ser firmada por el exportador;*
8. *Copia del contrato entre el exportador y el destinatario o copia de la cadena de contratos entre el exportador hasta llegar al destinatario, para la valorización o eliminación, que señale su vigencia; y*
9. *Copia de la fianza o seguro equivalente, que sea efectivo en el momento de la notificación o, a más tardar cuando el traslado tenga lugar, de acuerdo al artículo 6 numeral 11 del Convenio de Basilea.*
10. *Considerar requisitos de Perú en caso de transitar por dicho país. (se indica enlace a los requisitos de Perú)*

    Si es que el requerimiento es cursado y la solicitud aceptada por el país de destino debe enviar una copia del formulario "Documento de movimiento" (cuyo link se adjunta) al ministerio tres días antes de se inicie el traslado de los residuos peligrosos al país de destino".

159. En el caso de la **autorización de tránsito**, su regulación señala que:

"*los antecedentes para que el Ministerio del Medio Ambiente evalúe el tránsito de residuos peligrosos se listan a continuación, acompañando una carta al Ministerio dirigida al Subsecretario, conteniendo un breve resumen del movimiento, nombre de los residuos a exportar, destino y cantidad y acompañando:*

1. *Documento de notificación.*
2. *Especificación de los medios de transporte previstos.*
3. *Ruta de tránsito, indicando el punto habilitado de entrada y el punto habilitado de salida del territorio nacional.*
4. *Copia de la autorización del transportista que transportará los respectivos residuos en Chile, de acuerdo a la legislación sanitaria y ambiental que corresponda.*
5. *Descripción de la ruta a utilizar en el territorio nacional con una evaluación de riesgo;*
6. *Plan de contingencia; Lo anterior en el marco del «Acuerdo sobre transporte internacional terrestre adoptado el 01. de enero de 1990 por Chile, Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay», promulgado mediante el DS N°257 de 1991 del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile*."

160. En el caso de la **autorización de importación**, *"los antecedentes para que el Ministerio del Medio Ambiente evalúe la importación de residuos peligrosos se listan a continuación*:

1. *Carta al Ministerio dirigida al Subsecretario, que debe contener un breve resumen del movimiento, nombre de los residuos a importar, destinatario(s), cantidad y razones de importación.*
2. *Documento de notificación;*
3. *Descripción de la o las rutas de tránsito, indicando el o los puntos habilitados de entrada al territorio nacional que serán utilizados;*
4. *Especificación de los medios de transporte previstos;*
5. *Indicar lo siguiente:*

a. *El método de eliminación previsto para la fracción no valorizable una vez concluida la valorización;*

b. *La proporción de los residuos valorizables en relación con los residuos no valorizables;*

6. *Copia de la autorización del transportista que transportará los respectivos residuos en Chile, de acuerdo con la legislación sanitaria y ambiental que corresponda;*
7. *Copia de la autorización de el o los destinatarios que realizarán la valorización, de acuerdo con la legislación sanitaria y ambiental que corresponda;*
8. *Descripción del contrato entre el exportador y el destinatario y, cuando corresponda, de la cadena de contratos entre el exportador y el destinatario, señalando su vigencia;*
9. *Descripción de la ruta a utilizar en el territorio nacional con una evaluación de riesgo;*
10. *Plan de contingencia;*
11. *Resolución de Calificación Ambiental"*

161. Se indica a los solicitantes que deben:

"*Considerar que: de acuerdo a la Ley N°20.920, sólo será autorizada la importación de residuos peligrosos para su valorización si se acredita ante el Ministerio que aquella será efectuada por gestores autorizados que cuenten con una resolución de calificación ambiental que los habilite para tal efecto y cuenten con las otras autorizaciones que exige la normativa vigente. Sólo se permitirá la importación de residuos no peligrosos para su valorización, cuando ésta sea efectuada por gestores autorizados. Se prohíbe la importación de residuos peligrosos para su eliminación.*

La consulta debe ser realizada por la autoridad competente".

162. Finalmente, el sitio web explica que:

"La Ley 20.920 establece en su artículo 7 la obligación de contar con seguros a los gestores de residuos peligrosos, en su artículo 8 Obligaciones de los importadores y exportadores de residuos y en su artículo 39 el régimen de infracciones a lo

indicado en la ley, y en su artículo 40 y 41 las sanciones y circunstancias para la determinación de la sanción. En el art. 44 se define la responsabilidad penal por tráfico de residuos peligrosos." e indica las coordenadas para ingresar la documentación.

3.2.2.3.5. Autorizaciones para el manejo en el contexto del movimiento transfronterizo de residuos peligrosos.

163. En el caso de la conducta de manejo sin contar con la autorización para ello, vale recordar que hemos entendido que este manejo debe ser una operación relacionada a un tráfico ilegal de residuos, es decir con el objetivo de importar o exportar un residuo peligroso.

164. En ese sentido, además de las autorizaciones recién reseñadas y que son otorgadas por el Ministerio del Medio Ambiente en el marco del Convenio de Basilea, las operaciones de manejo de residuos peligrosos, en el marco del tráfico de residuos pueden estar sujetas a la obtención de alguna de las siguientes autorizaciones, en adición a las autorizaciones de exportación o importación:

- **Una resolución de calificación ambiental**, cuando corresponda en virtud del artículo 10 de la Ley 19.300 especialmente en los casos de los proyectos de saneamiento ambiental. El artículo 10 de la Ley 19.300 establece que deben ingresar al sistema de evaluación de impacto ambiental "o) Proyectos de saneamiento ambiental, tales como sistemas de alcantarillado y agua potable, plantas de tratamiento de aguas o de residuos sólidos de origen domiciliario, rellenos sanitarios, emisarios submarinos, sistemas de tratamiento y disposición de residuos industriales líquidos o sólidos". Luego esto es detallado en el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, DS. 40 de 2013 del Ministerio del Medio Ambiente, que en su artículo 3º literal o.9. incluye los "Sistemas de tratamiento, disposición y/eliminación de residuos peligrosos con una capacidad de veinticinco kilos día (25 kg/día) para aquellos que estén dentro de la categoría de "tóxicos agudos" según DS 148/2003 Ministerio de Salud; y de mil kilos día (1000 kg/día) para otros residuos peligrosos.
- **Aprobación de proyectos para instalaciones de eliminación de residuos peligrosos**, otorgada por la autoridad sanitaria. Permite solicitar a la Secretaría Regional Ministerial (SEREMI) de Salud la aprobación del proyecto de cualquier instalación destinada a la eliminación de residuos peligrosos, según lo establecido en el Reglamento sanitario sobre el manejo de residuos peligrosos. Las instalaciones o establecimientos que pretendan eliminar sus propios residuos peligrosos o prestar el servicio de eliminación, deben presentar un proyecto de ingeniería ante la SEREMI de Salud que contenga el diseño de las

distintas unidades en las cuales se manejen los residuos peligrosos, además de la identificación de estos.[55].

- **Autorización sanitaria de sitios de almacenamiento de residuos peligrosos,** otorgada por la Autorización Sanitaria. Si se trata del almacenamiento de dos o más residuos peligrosos incompatibles, doce o más kilogramos de residuos tóxicos agudos, doce o más toneladas de residuos peligrosos que presenten cualquier otra característica de peligrosidad, los interesados deberán contar con un proyecto de ingeniería, previamente aprobado por la SEREMI de Salud[56].
- **Autorización sanitaria para el proyecto del sitio de almacenamiento temporal de residuos peligrosos** (DS 148). Permite solicitar a la Secretaría Regional Ministerial (SEREMI) de Salud la autorización sanitaria de un sitio de almacenamiento de residuos peligrosos, según lo establecido en el Reglamento sanitario sobre el manejo de residuos peligrosos[57].
- **Aprobación del Plan de manejo de residuos peligrosos**, para aquellos establecimientos que, anualmente, generen uno o más kilógramos de residuos tóxicos agudos, o a partir de 12 toneladas de residuos que presenten cualquier otra característica de peligrosidad, según lo establecido en el DS 148[58].
- **Autorización sanitaria para el transporte de residuos peligrosos**: Permite solicitar a la Secretaría Regional Ministerial (Seremi) de Salud la autorización para transportar residuos peligrosos, es decir, aquellos que presentan una o más características de peligrosidad: toxicidad, reactividad, inflamabilidad y corrosividad (según lo indicado en el Decreto Supremo (DS) Nº 148). Para ello, las empresas deben contar con los vehículos adecuados y las instalaciones necesarias para el desarrollo de la actividad[59].

3.2.3. Elementos subjetivos del tipo: el dolo y el error de tipo

165. En primer lugar, corresponde señalar que la figura típica está estructurada como un delito susceptible de ser cometido a través del dolo directo, estando excluido del catálogo de delitos posibles de cometerse culposamente. Es decir,

[55] Más información en https://www.chileatiende.gob.cl/fichas/58683-aprobacion-de-proyectos-para-instalaciones-de-eliminaci%C3%B3n-de-residuos-peligrosos

[56] Más información sobre el trámite en https://www.chileatiende.gob.cl/fichas/58686-autorizacion-sanitaria-de-sitios-de-almacenamiento-de-residuos-peligrosos

[57] Si se trata del almacenamiento de dos o más residuos peligrosos incompatibles, doce o más kilogramos de residuos tóxicos agudos, doce o más toneladas de residuos peligrosos que presenten cualquier otra característica de peligrosidad, los interesados deberán contar con un proyecto de ingeniería, previamente aprobado por la SEREMI de Salud.

[58] Más información en https://www.chileatiende.gob.cl/fichas/58693-aprobacion-del-plan-de-manejo-de-residuos-peligrosos.

[59] Más información en https://www.chileatiende.gob.cl/fichas/58605-autorizacion-sanitaria-para-el-transporte-de-residuos-peligrosos

nuestro ordenamiento jurídico no contempla la posibilidad de cometer el delito de tráfico de residuos peligrosos a través de la figura del cuasidelito.

166. Luego, en cuanto a la posibilidad de incurrir en esta figura penal a través de un dolo eventual, es decir, cuando un determinado autor se representa como posible la realización del resultado (traficar residuos peligrosos) y obra en ese sentido sin impedir tal resultado. De la lectura del tipo, estimo que no es posible descartar esta vía de comisión, siendo plenamente típica la conducta de quien obra en un sentido tal que hace previsible un resultado, aunque sin buscarlo.

167. En cuanto al error sobre el tipo, es decir, la equivocación sobre las circunstancias fácticas que son presupuestos de la comisión del tipo penal, sin duda que excluiría la efectiva concreción de la figura típica. Un ejemplo que graficaría lo anterior consiste en imaginar el caso de un transportista que mueve residuos peligrosos por la frontera pensando que, en realidad está transportando un producto.

3.2.4. Circunstancia calificante: generación de impacto ambiental

168. Como ya he señalado, el delito del inciso primero del artículo 44 está configurado como uno de peligro abstracto, en tanto no requiere de la producción de un resultado para perfeccionarse. Luego, el inciso segundo del artículo establece que en caso de ocurrir un resultado producto de este tráfico, se aplicará la pena del inciso primero aumentada en un grado, es decir, presidio menor en su grado máximo (tres años y un día a cinco).

169. El resultado que se debe producir para estar en presencia de la hipótesis del inciso segundo es el de "impacto ambiental", el cual no es definido por la ley 20.920. Encontramos una definición de impacto ambiental en el artículo 2° de la Ley 19.300, que lo define como "la alteración del medio ambiente, provocada directa o indirectamente por un proyecto o actividad en un área determinada" [60], definición que se explica en el contexto del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, que la ley regula, instrumento que no prohíbe la generación de impactos ambientales sino que busca asegurar que un proyecto o actividad, y sus impactos, se ajusten a la legislación vigente y para ello se fijen medidas para minimizar los impactos, mitigarlos, y por último, compensarlos, en el marco de la normativa ambiental vigente.

170. El concepto de impacto ambiental está fuertemente vinculado al de daño ambiental, el cual es definido por la citada ley 19.300, en su artículo 2. Literal e), como "toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes", de manera que el impacto ambiental implica un resultado sustantivamente menos grave que el de daño ambiental.

171. Lo anterior no vendría sino a ratificar lo que ya he señalado en este informe respecto de las razones de política criminal que explican la incorporación de este ilícito: lo que el legislador buscó fue fortalecer y garantizar la trazabilidad en el tránsito transfronterizo de residuos peligrosos, para efectos de la efectiva realización

[60] En los mismos términos es definido por el Decreto 40 del Ministerio del Medioambiente "Aprueba reglamento del sistema de evaluación de impacto ambiental"

de los principios de “responsabilidad” y “de la cuna a la tumba”, en el contexto de una actividad, relativa a residuos peligrosos, que genera un riesgo para la salud y el medio ambiente, por lo cual el tipo penal se verifica, en su versión simple, sin que se presente en concreto un impacto o daño ambiental.

172. Por supuesto, si los resultados exceden al impacto y provocan, por ejemplo, un detrimento a la salud o vida de una o más personas estaríamos, desde el punto de vista penal, en una hipótesis de concurso entre los delitos de lesiones u otro y el delito del artículo 44 de la ley 20.920, lo cual se deberá resolver conforme a las reglas generales que el Código Penal establece (véase: supra 3.3.1)

4. CONCLUSIONES

173. El movimiento transfronterizo de residuos peligrosos es visto con desconfianza por la comunidad internacional dado los casos de daño ambiental producido por estos, así como por el reconocimiento de que estos movimientos transfronterizos se dan en un contexto de desigualdad planetaria Norte-Sur

174. El Convenio de Basilea, ratificado por Chile, es un esfuerzo de la comunidad internacional por regularizar y disminuir el tránsito transfronterizo de residuos peligrosos.

175. El Convenio de Basilea establece una serie de obligaciones para los Estados Parte, entre las que se encuentran, precisamente, castigar penalmente el tráfico ilícito de residuos peligrosos, compromiso honrado por Chile con la dictación de la ley 20.920 que establece el "Marco para la gestión de residuos, la responsabilidad extendida del productor y fomento al reciclaje"

176. La ley 20.920 establece, en su artículo 8°, las "obligaciones de los importadores y exportadores de residuos", y en su artículo 55 el delito de "Tráfico de residuos peligrosos".

177. De la historia de la ley y su análisis sistemático se desprende que el establecimiento del delito de tráfico de residuos peligrosos lo que busca es la protección del medioambiente y de la salud humana, constituyéndose este como un delito pluriofensivo, de peligro abstracto y "común", en tanto puede ser cometido por cualquier persona. A ello se suman las razones de política criminal que justifican la tipificación del tráfico de residuos peligrosos están vinculadas con la necesidad de garantizar la trazabilidad de los residuos peligrosos, para efectos de permitir la efectiva realización del principio de "responsabilidad de la cuna a la tumba" o de "Responsabilidad del generador de un residuo".

178. Las conductas que constituyen el tráfico de residuos peligrosos pueden ser exportar, importar o manejar. En este punto por las razones señaladas apoyadas en la doctrina y la historia sistemática de la ley, estimo que el manejo de residuos peligrosos es punible en los términos del artículo 44, únicamente cuando se realice en el contexto del tráfico ilícito (es decir, movimiento transfronterizo ilegal) de estos residuos, cumpliendo los demás elementos del tipo penal: que estos residuos sean peligrosos y estén prohibidos o sujetos a autorización para su exportación e importación y no se cuente con ella. En otras palabras, el manejo de residuos peligrosos (generación, almacenamiento, transporte, disposición o valorización) en un contexto que no sea de tráfico ilegal, no está sancionado con las penas señaladas en el artículo 44 de la ley 20.920.

179. Pese a la falta de claridad con que fue redactado el tipo penal, es claro que la estructura típica está conformada por un elemento central, los residuos peligrosos, (definida la expresión residuo por la ley como "*una sustancia u objeto que su generador desecha o tiene la intención u obligación de desechar de acuerdo a la normativa vigente*"

lo que descarta cualquier sustancia u objeto del cual el generador no se desprenda ni esté obligado a desechar*;* y el adjetivo *peligroso* según se explica supra (123-127) conforme a las hipótesis del Convenio de Basilea y del Decreto N°148 – Reglamento Sanitario de manejo de residuos peligrosos, que los define) y por dos tipos o especies de estos: los residuos peligrosos prohibidos y los residuos peligrosos sujetos a control. En relación con ambos tipos de residuos peligrosos, la fuente de la prohibición y/o autorizaciones para el movimiento transfronterizo de residuos peligrosos debemos encontrarla, en primer lugar, en la propia ley 20.920. Luego, por expresa remisión del artículo 8° de la ley 20.920, debemos encontrar estas prohibiciones y autorizaciones, también, en el Convenio de Basilea y las decisiones de los Estados parte en aplicación de este, y en las demás normas legales y reglamentarias que regulen esta materia, como lo son, por ejemplo, el Decreto que prohíbe la exportación de baterías plomadas fuera de uso y el Estatuto Antártico.

180. De esta manera es claro que no cae dentro del delito del Artículo 44 de la Ley 20.920, la actividad de exportación o importación de un producto o sustancia peligrosa, para su refinación, tratamiento, o empleo en cualquier finalidad o proceso productivo, si se trata de una sustancia, peligrosa o no, que no haya sido desechada por su generador o no se encuentre éste obligado a desechar, es decir que no sea un residuo.

5. BIBLIOGRAFÍA

- GARRIDO, M. (2015) “Derecho Penal Parte general tomo II: Nociones fundamentales de la teoría del delito”. Cuarta edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- HERNÁNDEZ, H. (2015) “Sobre la legitimidad de los delitos de peligro abstracto a propósito de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”, en Cárdenas, Claudia y Ferdman, Jorge (Coords.), El Derecho Penal como teoría y como práctica. Libro Homenaje a Alfredo Etcheberry, Thomson, Santiago.
- MATUS ACUNA, Jean Pierre; RAMIREZ GUZMAN, Mª Cecilia y CASTILLO SANCHEZ, Marcelo (2018) Acerca de la necesidad de una reforma urgente de los delitos de contaminación en Chile, a la luz de la evolución legislativa del siglo XXI. Polít. crim. [online]. 2018, vol.13, n.26, pp.771-835.
- MATUS, Jean Pierre (2014), “Evolución del Derecho Penal chileno en el siglo XXI: Democratización, diversificación, intensificación e internacionalización de la respuesta penal”, en Nova Criminis, No 7, pp. 149-174., p. 163s.
- Sessano, Javier (2002). La protección penal del medio ambiente: peculiaridades de su tratamiento jurídico. En: Justicia ecológica y protección del medio ambiente, Vicente Gimenez (Coord). Editorial Trotta, Madrid.
- Poblete, Marcela (2019). Tráfico de residuos peligrosos (art. 44 Ley N°20.920) En: Derecho Penal del Medio Ambiente Chileno. Parte especial y política criminal. Jean Pierre Matus (director). Editorial Tirant Lo Blanch.
- MALDONADO, F (2006). Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados “Delitos de Peligro” en el moderno Derecho Penal. Revista de Estudios de la Justicia, (7): 23-63
- Montenegro, S. (2015). Comentarios sobre jurisprudencia en materia de tribunales superiores de justicia: caso "contaminación por plomo en Arica". Revista de Derecho Ambiental, (3), Pág. 185-201. Consultado de https://revistaderechoambiental.uchile.cl/index.php/RDA/article/view/36507/38128
- Durán, Valentina (2021). Marco Jurídico de la gestión de residuos sólidos (Capítulo IX). En: Derecho Ambiental parte especial. Ezio Costa y Eduardo Astorga (Directores). Editorial Thomson Reuters. Pp 435 y ss.
- Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) (2010). El tráfico ilícito en el marco del convenio de Basilea. Disponible en: http://www.basel.int/Portals/4/Basel%20Convention/docs/pub/leaflets/leaflet-illegtraf-2010-sp.pdf
- Muñoz Conde, Francisco; García Álvarez, Pastora y Loópez Peregrin, Ma Carmen. (2013). Manual de derecho penal medioambiental. Editorial Tirant lo Blanch, España. Disponible en: http://bibliografias.uchile.cl/3743

- Historia de la Ley 20.920 (HDL 20.920) (2016). Disponible en: https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5030/HLD_5030_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf