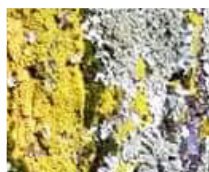
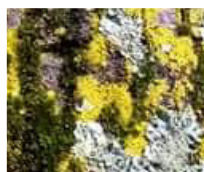
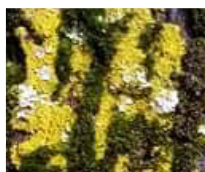
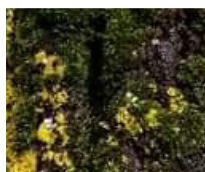
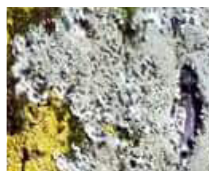


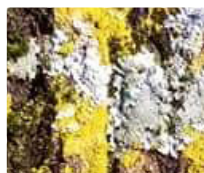
JUAN PABLO LEPPE GUZMÁN

ANÁLISIS Y COMENTARIO DEL NUEVO PÁRRAFO DE
**ATENTADOS CONTRA EL
MEDIO AMBIENTE DEL
CÓDIGO PENAL**

COLECCIÓN
ESTUDIOS DE DERECHO AMBIENTAL



Eh Editorial Hammurabi®



La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor. No se permite la reproducción total o parcial de esta obra, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio (electrónico, mecánico, fotocopia, grabación u otros) sin autorización previa y por escrito de los titulares del copyright. La infracción de dichos derechos puede constituir un delito contra la propiedad intelectual.. Usos infractores pueden constituir delito.



Más información sobre el libro y su autor escanee el código QR o en nuestra página web www.editorialhammurabi.com o nuestra Librería ubicada en Huerfanos 1055, local 12 (332) Santiago, Chile (Galería Agustín Edwards)



EditorialHammurabi



HammurabiEditor



HammurabiEditor



EditorialHammurabi

ANÁLISIS Y COMENTARIO DEL NUEVO PÁRRAFO DE
ATENTADOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE DEL CÓDIGO PENAL

© Es propiedad de Juan Pablo Leppe Guzmán
Inscripción de Obra 2023-A-10838
ISBN: 978-956-6234-47-0
Octubre: 1ª Edición, octubre de 2023

Editorial Hammurabi*

Editor: Manuel Álvarez Cabello
Teléfono: +56955258948
Correo electrónico: manuel.alvarez@editorialhammurabi.com
Sitio web: www.editorialhammurabi.com
Sala de ventas: Huerfanos 1055, local 12 (332) Santiago, Chile
(Galería Agustín Edwards)
Portada y diagramación: Editorial Hammurabi

COLECCIÓN
ESTUDIOS DE DERECHO AMBIENTAL

*Dedicado a la memoria de Andrés Figueroa Gómez
y a su familia*

ÍNDICE

ABREVIATURAS UTILIZADAS	11
CONTEXTO	13
I. ARTÍCULO 305	23
II. ARTÍCULO 306	61
III. ARTÍCULO 307	69
IV. ARTÍCULO 308	75
V. ARTÍCULO 309	79
VI. ARTÍCULO 310	83
VII. ARTÍCULO 310 BIS	99
VIII. ARTÍCULO 310 TER	117
IX. ARTÍCULO 311	125
X. ARTÍCULO 311 BIS	129
XI. ARTÍCULO 311 TER	131
XII. ARTÍCULO 311 QUÁTER	135
XIII. ARTÍCULO 311 QUINQUES	137
XIV. ARTÍCULO 311 SEXIES	143
XV. ARTÍCULO 312	147
COMENTARIOS FINALES	151
BIBLIOGRAFÍA	155

ABREVIATURAS UTILIZADAS

CEPAL:	Comisión Económica para América Latina y el Caribe
CDE:	Consejo de Defensa del Estado
CS:	Corte Suprema
DIA:	Declaración de Impacto Ambiental
DGA:	Dirección General de Aguas
D.S.:	Decreto supremo
EIA:	Estudio de Impacto Ambiental
LBGMA:	Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente
Ley SBAP:	Ley N° 21.600, que Crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas.
LO - SMA	Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente
MMA:	Ministerio del Medio Ambiente
OAECA:	Organismo de la Administración del Estado con Competencias Ambientales
OCDE:	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
ONU:	Organización de las Naciones Unidas
PAS:	Permiso Ambiental Sectorial
RAE:	Real Academia Española
RCA:	Resolución de Calificación Ambiental
REMA:	Reporte del Estado del Medio Ambiente
SBAP:	Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas
SEA:	Servicio de Evaluación Ambiental
SEIA:	Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental
SMA:	Superintendencia del Medio Ambiente
STC:	Sentencia del Tribunal Constitucional
RSEIA:	Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental
UICN:	Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza
UTA:	Unidad o Unidades Tributarias Anuales (UTM x 12)
UTM:	Unidad o Unidades Tributarias Mensuales

CONTEXTO

En un esfuerzo por acotar en el tiempo el desarrollo de nuestro ordenamiento jurídico ambiental hasta la situación que presenta en la actualidad, podemos señalar que el año 1976, en la parte considerativa del Acta Constitucional N°3¹, se consignaba: “(...) no puede tampoco el constituyente ignorar el peligro de la contaminación ambiental, el que, aunque no tratado todavía por otras Cartas Constitucionales, implica un riesgo permanente para la vida y desarrollo del hombre”, asegurándose luego en aquella a las personas el derecho que hoy contiene el artículo 19 8° de la Constitución vigente, con la única diferencia de un inciso final que posteriormente fuera suprimido².

De este modo, el Constituyente del año 1980 -en un acto adelantado para la época, al menos a nivel latinoamericano- reconoció a todas las personas el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, estableciendo a continuación como deberes del Estado velar para que tal derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza (artículo 19, 8°, inciso 1°)³, al tiempo que aseguraba la propiedad como derecho, pero admitiendo que esta pudiera ser limitada

1 Decreto Ley N°1552/1976, del Ministerio de Justicia.

2 Conforme al cual: “La integridad territorial de Chile comprende la de su patrimonio ambiental”.

3 El estándar del medio ambiente libre de contaminación asociado al derecho constitucional, entendido como contaminación jurídicamente tolerable, es perfectamente conciliable con la tipificación del delito ambiental en Chile, sin embargo, por la vía de tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentran vigentes e instrumentos complementarios de ellos, tales como la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores; el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, denominado comúnmente “Acuerdo de Escazú”, y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocido como “Protocolo de San Salvador”; se puede afirmar con propiedad que el estándar exigible hoy entre nosotros en relación a un derecho público subjetivo sobre la materia, es el del derecho a un medio ambiente sano.

o restringida por ley en razón de su función social a la luz, entre otras cosas, de la conservación del patrimonio ambiental⁴.

Conceptos que por casi quince años no contaron con definiciones legales, no obstante lo cual, los tribunales fueron dotándolos de contenido en forma paulatina, especialmente, al resolver acciones de protección fundadas en el citado artículo 19 8°. De este modo, por citar un ejemplo, el año 1985, la Corte Suprema resolvía el que a la postre sería un caso histórico⁵, conocido como “Caso Lago Chungará”, interpretando que: “(...) el medio ambiente, el patrimonio ambiental, la preservación de la naturaleza, de que habla la Constitución y que ella asegura y protege, es todo lo que naturalmente nos rodea y que permite el desarrollo de la vida, y tanto se refiere a la atmósfera como a la tierra y sus aguas, a la flora y fauna, todo lo cual conforma la naturaleza, con sus sistemas ecológicos de equilibrio entre los organismos y el medio en que viven. El medio ambiente se afecta si se contamina o si se altera de modo perjudicial para el mejor desarrollo de la vida”⁶.

Fallo al cual se suman otros posteriores, que a juicio de BORDALÍ darían cuenta de una paulatina concepción del derecho del artículo 19 8° de la Constitución como comprensivo de la preservación de la naturaleza. A saber, los recaídos en los recursos “Callejas Molina, Homero y otros con Compañía Minera del Pacífico S.A.”, “Orrego y otros con Empresa Eléctrica Pingüe”, y “Horvath y otros”, en el cual, específicamente, la Corte Suprema consideró como manifestación de la preservación de la naturaleza el “mantenimiento de las condicio-

4 El artículo 19 24°, en sus incisos 1° y 2°, establece:

“La Constitución asegura a todas las personas:

El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.

Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que derivan de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio Ambiental”.

5 Caratulado “Humberto Palza Corvacho con Dirección General de Aguas”. Palza actuando a nombre de la Comunidad de regantes de la localidad de Putre.

6 Considerando 10°.

nes originales de los recursos naturales, reduciéndose al mínimo la intervención humana”⁷.

Con todo, el derecho y los deberes constitucionales referidos más arriba finalmente fueron dotados de contenido normativo por la vía legal el año 1994, mediante la ley N°19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA).

Ley cuya promulgación obedeció, entre otras razones, a obligaciones adquiridas por el Estado de Chile ante la comunidad internacional y que surgió como medio para alcanzar cuatro objetivos declarados: darle un contenido concreto y un desarrollo jurídico adecuado a la garantía constitucional que asegura a todas las personas el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, crear una institucionalidad que permitiera a nivel nacional solucionar los problemas ambientales existentes y evitar la creación de otros nuevos, crear los instrumentos para una eficiente gestión del problema ambiental de modo que se pueda dar una adecuada protección de los recursos naturales, y disponer de un cuerpo legal general a la cual se pudiera referir toda la legislación ambiental sectorial. Estructurando a la vez sus contenidos sobre la base de seis principios: el principio preventivo, “el que contamina paga”, el gradualismo, el principio de la responsabilidad, el principio participativo, y el de la eficiencia⁸.

En el artículo 1° de aquella se incorporó a su ámbito de aplicación el derecho y los deberes constitucionales antes referidos; en su artículo 2° se definieron “para todos los efectos legales” conceptos tan fundamentales para operativizar las mencionadas normas constitucionales como “medio ambiente”, “contaminación”, “contaminante”, “medio ambiente libre de contaminación”, “preservación de la naturaleza” y “protección del medio ambiente”, y en el resto de su articulado se crearon instrumentos de gestión ambientales que han resultado fundamentales en el desarrollo de nuestro ordenamiento jurídico ambiental.

7 Citado por VARGAS MIRANDA (2007), p. 281.

8 Para mayor detalle véase el Mensaje del presidente Aylwin al Senado con que se diera inicio al proyecto de ley de bases del medio ambiente y el resto de la historia de la ley 19.300, disponible en línea en la URL: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6910/>

Así, hoy leemos en la LBGMA:

Para todos los efectos legales, se entenderá por:

Medio ambiente: el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones (art. 2º, ll).

Preservación de la naturaleza: el conjunto de políticas, planes, programas, normas y acciones, destinadas a asegurar la mantención de las condiciones que hacen posible la evolución y el desarrollo de las especies y de los ecosistemas del país (art. 2º, p).

Protección del medio ambiente: el conjunto de políticas, planes, programas, normas y acciones destinados a mejorar el medio ambiente y a prevenir y controlar su deterioro (art. 2º, q).

Definiciones legales de particular relevancia, entre las cuales se erige como premisa o punto de partida una definición de “medio ambiente” singularmente amplia y abarcadora, que utilizando las categorías sugeridas a nivel doctrinal por MATEOS RODRÍGUEZ - ARIAS, comprende elementos de tres sectores: un primero relativo al ambiente natural, un segundo sector comprensivo del ambiente construido por el Hombre, y un tercero, constituido por el ambiente social⁹.

Con la ley N°19.300 también se creó la Comisión Nacional del Medio Ambiente (Conama) como servicio público, y las Comisiones Regionales del Medio Ambiente (Coremas), las cuales diseñaban e implementaban políticas públicas medioambientales y al mismo tiempo administraban el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) desde que este comenzó a operar el año 1997¹⁰.

Junto con ello, y como apunta VARGAS, en los años 90 y los primeros años del siglo XXI, Chile se fue dotando de un verdadero “marco normativo de preservación de la naturaleza” compuesto por una Estrategia Nacional de la Biodiversidad, un Plan de Acción Nacional para la Biodiversidad, una Estrategia Nacional de Humedales, una Estrategia

⁹ MATEOS RODRÍGUEZ - ARIAS, Antonio (1992), pág. 32.

¹⁰ A partir del año 1999, y en virtud de un acuerdo adoptado por el Consejo Directivo de la Conama, se conforman los Comités Operativos de Fiscalización, COF, de nivel nacional y regional.

Nacional de Cambio Climático, una Política Nacional de Especies Amenazadas, un Reglamento para la Clasificación de Especies Silvestres, y una Política Nacional de Áreas Protegidas, entre otros planes, políticas, estrategias y programas¹¹.

Posteriormente, en el año 2010, y mediante la ley N°20.417, además de sumarse nuevas definiciones a la LBGMA tales como la del concepto de “cambio climático”¹², se previó y reguló parte de la institucionalidad ambiental vigente, partiendo por el Ministerio del Medio Ambiente, y siguiendo por el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), y la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA), entre otros.

De este modo, y para los efectos del siguiente estudio, diremos que desde poco antes de la entrada en vigor de la Constitución vigente se cuenta en Chile con un derecho fundamental de naturaleza individual y social¹³ que ha ido transitando de una fórmula expresada en términos negativos a la del derecho a un ambiente sano¹⁴, y dos deberes estatales de protección medioambiental e inspiración “moderadamente antropocéntrica”¹⁵, los cuales fueron desarrollados por primera vez a nivel legal en los años 90 del siglo pasado mediante una ley marco (“de bases”).

11 Ob. Cit., pp. 288 y ss.

12 “Para todos los efectos legales, se entenderá por: Cambio Climático: se entiende un cambio de clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural del clima observada durante períodos de tiempo comparables (art. 2°, a ter)”.

13 En este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional (considerando 8°) recaída en el requerimiento de inaplicabilidad Rol N° 9920 - 2020, dictada con fecha 2 de noviembre de 2021.

14 Como COSTA indica, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha comprendido este derecho de un modo tal que él provendría del derecho a la vida; sería un derecho tanto individual como colectivo, que incluye a las generaciones futuras; estaría conectado con el derecho de acceso al agua y a la alimentación; incorporaría un deber estatal de prevención general y de precaución, y contendría, a su vez, los derechos de acceso a la información, participación y acceso a la justicia. “Por una Constitución Ecológica”, Ezio COSTA, publicado por Catalonia, Chile (2021), págs. 101 y ss.

15 SESSANO GOENAGA (2002), pp. 19 y ss.

Además de lo cual, en dicha ley se hizo mención del concepto de “patrimonio ambiental” que, si bien, no ha sido definido aún por el legislador, como indican FIGUEROA y RETAMAL, se utilizó originariamente en relación al concepto de “integridad territorial” y con un carácter desiderativo o programático, desde el año 1994 admite ser engarzado conceptualmente con el concepto de “conservación ambiental”, cuya definición comprende la expresión de “patrimonio ambiental” aludiendo a “...componentes del medio ambiente, especialmente, aquellos propios del país que sean únicos, escasos o representativos”¹⁶⁻¹⁷.

Por lo tanto, mientras se iban creando e implementando instituciones e instrumentos de gestión ambientales, y se iba conformando un marco normativo asociado a la preservación de la naturaleza; en paralelo el Congreso aprobaba esporádica, pero sostenidamente, leyes que tipificaban delitos que protegían el medio ambiente de manera indirecta¹⁸ y, junto con ello, se presentaban proyectos de ley tendientes a tipificar el denominado “delito ambiental”¹⁹, entendido como aquel mediante el cual se protege penalmente el medio ambiente en calidad

16 FIGUEROA HERNÁNDEZ, Dante, y RETAMAL HERRERA, Jaime, “Notas para la Criminalización de Algunas Ofensas Ambientales en Chile”, en: Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, N° 5 (1998), págs. 113 y 114.

17 El artículo 2°, b), de la LBGMA, establece:

“Para todos los efectos legales, se entenderá por:

Conservación del Patrimonio Ambiental: el uso y aprovechamiento racionales o la reparación, en su caso, de los componentes del medio ambiente, especialmente aquellos propios del país que sean únicos, escasos o representativos, con el objeto de asegurar su permanencia y su capacidad de regeneración”.

18 Si bien se encuentran en el Código Penal y en leyes dispersas tipos penales que desde antiguo protegen indirectamente recursos naturales o bienes del patrimonio cultural; no tenemos que ir muy atrás en el tiempo para extraer ejemplos de regulaciones relativas a materias tan diferentes entre sí como la gestión de residuos (art. 44 de la ley N° 20.920, Establece Marco para la Gestión de Residuos, la Responsabilidad Extendida del Productor y Fomento al Reciclaje, del año 2016) o el desarrollo de la actividad pesquera (art. 136 de la ley General de Pesca y Acuicultura, del año 1991, modificado recientemente el año 2019), que han incorporado tipos penales a su articulado.

19 No es pacífico el entendimiento del concepto “delito ambiental” y prueba de ello es que el propio legislador lo incorporó al articulado del Código de Aguas el año 2022 (artículo 307 ter), tiempo antes de que se promulgara la ley N° 21.595 que incorporara el párrafo que se comenta al Código Penal.

de bien jurídico valioso para la vida colectiva e individual²⁰⁻²¹⁻²², haciendo así eco de una tendencia que se observaba en el Derecho comparado, especialmente en ordenamientos jurídicos de países desarrollados como España y Alemania.

Lo anterior como resultado de una creciente toma de conciencia de que “(...) para hacer frente a (...) nuevas realidades criminológicas, el sistema penal basado en el siglo XIX resultaba obsoleto frente a problemas del siglo XXI, como pueden ser las amenazas que derivan de la globalización y aquellas actividades donde incide la tecnología, como el medio ambiente.²³”, así como de lo que indicara entre nosotros Graciela RAFART, en el sentido que “la consagración constitucional significa que en nuestro ámbito normativo se la he dado una valoración jurídica a la naturaleza ambiente; es decir, en nuestra legislación tiene

20 Entendemos aquí por bien jurídico, “una relación social valiosa que debe ser protegida mediante las normas penales”. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. “Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente (En: “Pena y Estado”, Editorial Conosur, 1995)”, págs. 101 y ss.

21 Sobre los bienes jurídicos de esta naturaleza, véanse, entre otros, *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, de Dulce Vega SANTANA VEGA, publicado por Dykinson S.L., España (2000); *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, de Jesús - María SILVA SÁNCHEZ, IBDeF, Argentina (2011) y “Medioambiente como bien jurídico protegido, ¿Visión antropocéntrica o ecocéntrica?”, de Alejandro OCHOA FIGUEROA, en: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 11 (2014), pp. 253 y ss.

22 El concepto de “delito ambiental” presenta complejidades, especialmente, en cuanto a su alcance, y el entendimiento del mismo varía muchas veces de un ordenamiento jurídico a otro. Entre nosotros, el Ministerio Público señalaba antes de la promulgación de la ley N° 21.595 que los “delitos medioambientales”, “(...) son todos aquellos actos que intencionalmente, en forma accidental o negligente, producen como consecuencia la destrucción o menoscabo de ciertos sistemas naturales, especies animales o vida vegetal cuya protección es considerada valiosa por el hombre para la mantención de sus condiciones de vida, salud, actividades económicas o culturales (<http://www.fiscalia.dechile.cl/Fiscalia/areas/ambiente.jsp>)”. A nivel doctrinal, por su parte, pueden verse sobre el tema, entre otros, “Delito ecológico” de Henán SILVA SILVA, en: *Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción*, Vol. IV, N° 4 (1995), pp. 73 y ss., y el libro de Elena FASOLI, Malgosía FITZMAURICE, Valsamis MITSILEGAS, y Fabio GIUFFRIDA, titulado *The Legal Regulation of Environmental Crime. The International and European Dimension*, Brill - Nijhoff, Países Bajos (2022).

23 RUIZ ARIAS (2020), p. 85.

un sentido valioso, transformándose en un bien que requiere ser tutelado por el ordenamiento jurídico”²⁴⁻²⁵.

En paralelo, el año 2009 se promulgaba la ley N°20.393, que Establece la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en los Delitos que Indica. Legislación que, si bien contemplaba inicialmente solo tres “delitos base”, abrió una puerta para responsabilizar a las empresas por sus atentados contra el medio ambiente en la medida que de estos se siguiera un peligro ambiental reprochable o se tratara de conductas derechamente contaminantes o dañosas del entorno, de una entidad o magnitud considerable o significativa, realizadas al margen de la ley y, por lo general, en beneficio o provecho económicos de aquellas.

Por otra parte, y ya con la institucionalidad ambiental creada tras el ingreso del país a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), se fueron constatando tanto a nivel interno²⁶ como externo²⁷, las limitaciones de la respuesta sancionatoria de la Administración y acentuando la necesidad de contar con tipos penales

24 Citada por KÜNSEMÜLLER (1987), p. 6.

25 Con todo, como indica Valentina DURÁN (citando a SESSANO, MUÑOZ CONDE y a otros); en lo que va del siglo XXI, más acusadamente, se ha visto un auge de la protección penal del medio ambiente “(...) tendencia que no ha estado exenta de críticas...la utilización del Derecho penal para la protección de viene 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”. Informe en Derecho titulado “El delito de tráfico de residuos peligrosos”, presentado ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, en la causa RIT 172 - 2022, p. 14.

26 Ya el año 2016 el Superintendente del Medio Ambiente de la época, Cristián Franz, alertaba públicamente sobre la necesidad de contar con “delitos ambientales” para una persecución eficaz de los responsables de atentados contra el medio ambiente: <https://www.latercera.com/diario-impreso/cristian-franz-creemos-que-hay-conductas-que-tienen-que-ser-sancionadas-penalmente/>

27 En *Evaluación de Desempeño Ambiental. Chile, 2016*, de la OCDE, por dar un ejemplo, se indica “A diferencia de la mayoría de los países miembros de la OCDE, en Chile no se aplican sanciones penales por delitos ambientales (p. 29)”, recomendando posteriormente “(...) considerar la posibilidad de adoptar sanciones penales por delitos ambientales graves (p. 31)”. “Chile debería materializar su intención de imponer una responsabilidad penal a varias categorías de delitos ambientales graves y establecer diferencias claras entre las infracciones posibles de sanciones administrativas y aquellas punibles mediante sanciones penales (p.122)”.

que protegieran el medio ambiente como un bien jurídico valioso *per se*, y no ya como consecuencia secundaria de la protección directa de otros bienes jurídicos.

Luego, en el marco de esta línea de tiempo, el año 2018 se encuentra un antecedente directo del nuevo párrafo del Código Penal que se comenta: el párrafo 1º, del Título XIII del Anteproyecto de Código Penal, elaborado y presentado el año 2018 al Ministerio de Justicia, por una comisión conformada por destacados abogados penalistas.

Finalmente, en el año 2023, y teniendo a la base la situación pos-revuelta o estallido social²⁸ que motivó la elaboración del proyecto de ley y el ingreso de su respectiva moción parlamentaria a la Cámara de Diputados; finalmente se aprobó en el Congreso la ley N°21.595, Ley de Delitos Económicos, con cuyo proyecto se habían refundido dos boletines²⁹. Dicho proyecto fue sometido a tres trámites constitucionales, parcialmente vetado, y luego publicado como ley en el Diario Oficial el día 17 de agosto del año mencionado.

Con la referida ley se ha pretendido generar un sistema de determinación de penas privativas de libertad adecuado al tipo de criminalidad de que se trata; reformar el sistema de consecuencias pecuniarias y de inhabilitación vinculadas a la criminalidad económica; perfeccionar el régimen de responsabilidad penal de personas jurídicas, y complementar el derecho penal económico sustantivo. En resumen, con la ley N° 21.595 se modificaron diversos cuerpos legales para ampliar la responsabilidad de las personas jurídicas y regular el ejercicio de la acción penal respecto de los delitos contra el orden socioeconómico.

En este documento, específicamente, se abordará el nuevo párrafo del Código penal de “Atentados contra el medio ambiente”, quedando afuera del estudio, por lo tanto, los tipos penales incorporados a la LO - SMA, y los delitos ambientales sectoriales que el legislador penal agrupara en la segunda y tercera categorías de delitos económicos.

28 Episodio histórico que ha sido comúnmente denominado “estallido social”, pero que también se ha dado en llamar en forma pública “asonada” por la filósofa Lucy Oporto, o “asonada cretina” por el antropólogo social Pablo Ortúzar, y respecto del cual incluso se ha llegado a sostener por el historiador Alfredo Jocelyn Holt, que aún no poseería nombre.

29 Los N°s 13.204 - 07 y 13.205 - 07.

Como se irá observando, el párrafo que se aborda aquí apunta principalmente a criminalizar las actividades industriales de contaminación y de explotación ilegales de recursos naturales más graves, y desde una perspectiva conceptual, tiene a la base conceptos normativos tales como los de “conservación del patrimonio ambiental”, “preservación de la naturaleza” y “protección del medio ambiente”, no obstante se enmarque en una ley de delitos contra el orden socioeconómico³⁰.

El estudio se lleva a cabo analizando y comentando artículo por artículo y buscando las relaciones internas existentes entre ellos en un intento por analizar los tipos penales desde una perspectiva tanto legal penal como ambiental, de cara a su eventual aplicación.

Por último, cabría señalar que estos comentarios se llevan a cabo motivados por un afán de contribuir a facilitar el entendimiento de los tipos penales, particularmente por parte de operadores jurídicos que no se encuentran familiarizados con el Derecho ambiental ni con sus principales instituciones, con la intención también de plantear temas que pudieran suscitar ulteriores discusiones doctrinales y, eventualmente, propuestas *de lege ferenda*.

Todo ello, con plena consciencia de las limitaciones de que da cuenta el trabajo -más acusadas, seguramente, en el abordaje dogmático penal de los tipos penales-, así como del carácter heterogéneo de las fuentes consultadas y citadas, el cual obedece, en gran medida, a lo reciente de la ley N°21.595 y a la consecuente escasez momentánea de libros y artículos académicos basados en ella.

30 A nivel internacional, y como es bien sabido, Klaus TIEDEMANN consideraba los delitos ambientales como parte del Derecho penal económico en sentido amplio por implicar ellos una lesión mediata del orden económico, y entre nosotros, Juan BUSTOS, consideraba en los años 80s que el bien jurídico “ambiente” constituía un bien jurídico de carácter socioeconómico en el entendido que abarcaría las condiciones necesarias para el desarrollo de la persona en sus aspectos sociales y económicos. Véase al respecto su *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, editado en España por Ariel, el año 1986 (p. 352).

I. ARTÍCULO 305

Será sancionado con presidio o reclusión menor en sus grados mínimo a medio el que sin haber sometido su actividad a una evaluación de impacto ambiental a sabiendas de estar obligado a ello:

- 1. Vierta sustancias contaminantes en aguas marítimas o continentales.*
- 2. Extraiga aguas continentales, sean superficiales o subterráneas, o aguas marítimas.*
- 3. Vierta o deposite sustancias contaminantes en el suelo o subsuelo, continental o marítimo.*
- 4. Vierta tierras u otros sólidos en humedales.*
- 5. Extraiga componentes del suelo o subsuelo.*
- 6. Libere sustancias contaminantes al aire.*

La pena será de presidio o reclusión menor en sus grados medio a máximo si el infractor perpetra el hecho estando obligado a someter su actividad a un estudio de impacto ambiental.

En primer lugar, cabría señalar que este primer artículo junto con los dos siguientes integran una tríada de delitos de contaminación, presentando un rasgo común además de la problemática ambiental que atacan, cual es a juicio de BALMACEDA, COX y PIÑA, “(...) una consideración de gravedad administrativa para su valoración como delito, dado que no simplemente basta con la afectación de los componentes ambientales, sino que además esas conductas deben realizarse en un especial contexto regulativo con la agencia administrativa (la elusión de su control o la infracción de sus normas en ciertos supuestos)”³¹.

A mayor abundamiento, durante la tramitación legislativa de la ley N°21.595 BASCUÑÁN hizo ver en el Senado, que “La idea es que el delito de contaminación se someta a una regla penal que refuerce el

³¹ BALMACEDA *et al* (2023), p. 95.

sistema de control sancionatorio administrativo ambiental, para evitar que el diseño conceptual del delito se solape con el sistema administrativo y se genere confusión entre la responsabilidad administrativa y la responsabilidad penal³².

Volviendo al artículo 305 en particular, se desprende de su encabezado -y como es la tónica también en la mayoría de los delitos previstos y sancionados en el párrafo-, que el sujeto activo que prevé el tipo penal es indeterminado, pudiendo cometer el delito tanto una persona natural como una jurídica.

Luego, habría que señalar que el tipo asume dos presupuestos fácticos: primero que la conducta específica verificada se enmarca en la ejecución de un proyecto o actividad de aquellos que deben someterse forzosamente al SEIA, y que, debiendo su titular haber sometido a evaluación tal proyecto o actividad (en orden a contar con calificación ambiental favorable en forma previa a su ejecución), no lo hizo a sabiendas de estar obligado a hacerlo, maliciosamente³³⁻³⁴; elemento negativo que da cuenta de una clara accesoriedad administrativa del tipo³⁵.

32 Historia de la ley N° 21.595, p. 456.

33 Ya el año 2004 Marcelo CASTILLO SÁNCHEZ, Jean Pierre MATUS ACUÑA, Marcos ORELLANA CRUZ y María Cecilia RAMÍREZ GUZMÁN, sugerían penalizar la “elusión” del SEIA como delito ambiental. Véase al respecto *Derecho Penal del Medio Ambiente. Estudios y Propuesta para un Nuevo Derecho Penal Ambiental Chileno*, publicado por Editorial Jurídica de Chile, el año en referencia.

34 Javiera PÉREZ SANTOS, en el documento de su autoría que se cita más adelante, hace ver que en el segundo trámite constitucional de la tramitación legislativa de la ley N° 21.595, se habrían dejado fuera del encabezado de este artículo las actividades que requirieran de alguna autorización diferente a la otorgada por el SEA y, asimismo, a las actividades que no contaran con calificación ambiental en razón de haber iniciado su ejecución con anterioridad a la entrada en vigor de la LBGMA.

35 Creemos que la utilización de la expresión “a sabiendas” no es casual, primero, porque el legislador efectivamente habría deseado acotar los sujetos activos del tipo a quienes obren con dolo directo (lo cual consta en distintos pasajes de la historia de la ley) y, segundo, porque disposiciones legales concordantes, tales como los artículos 11 bis de la LBGMA y 3°, k) de la LO - SMA, utilizan la misma expresión en relación al fraccionamiento ilegal de proyectos o actividades sujetos a evaluación ambiental obligatoria (no obstante en el nuevo tipo penal contenido en el artículo 37 bis (hipótesis b) de la LO - SMA, se utilice otra expresión asocia-

En este punto, cabe señalar que en la LBGMA se define la evaluación de impacto ambiental como:

el procedimiento, a cargo del Servicio de Evaluación Ambiental, que, en base a un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, determina si el impacto ambiental de una actividad o proyecto se ajusta a las normas vigentes³⁶.

Dicho cuerpo normativo opera sobre la base de un sistema de tipologías de proyectos o actividades que se asume producen un impacto negativo en el medio ambiente, las cuales son listadas en su artículo 10 y desarrolladas en el artículo 3° del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. De modo que, si un proyecto o actividad se encuadra en alguna de las tipologías legales -a las cuales el legislador ambiental les atribuyó la posibilidad de generar *per se* un impacto negativo de cierta entidad o magnitud en el medio ambiente o bien, de hacerlo en razón de su emplazamiento³⁷⁻³⁸-, debe someterse por su titular a evaluación de impacto ambiental ante el SEIA³⁹ -que es el instrumento de gestión ambiental preventivo que administra el SEA⁴⁰-, ser evaluado y, en definitiva, contar con una calificación ambiental

da históricamente en nuestro sistema penal a la exigencia típica de dolo directo, como es “maliciosamente”).

36 Artículo 2°, literal i bis) de la LBGMA.

37 Con todo, la jurisprudencia judicial y el propio SEA parecen ir transitando sutilmente a un entendimiento del sistema basado tanto en la generación de impactos como en la producción de riesgos. Al respecto véanse, entre otros, los fallos de la Corte Suprema recaídos en los recursos Rol N° 91.156 - 2021, 15.499, 15.500 y 15.501 de 2018.

38 Con los cambios incorporados mediante la ley N° 21.202, la lista de tipologías avanzó en la consideración de proyectos en razón de su emplazamiento. Tendencia que se observa a nivel comparado, por ejemplo, en jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Rol C - 575/21).

39 Previsto y regulado en el párrafo 2° del Título II de la ley N° 19.300, cuyo epígrafe es “De los Instrumentos de Gestión Ambiental”. Artículo 8° y siguientes.

40 En palabras del propio SEA, a partir de la implementación paulatina de la institucionalidad ambiental vigente, del año 2010 en adelante, “(...) se establece la cualidad del SEIA como instrumento de gestión ambiental de tercer orden, siendo de primer orden el establecimiento de políticas públicas, y de segundo orden la dictación de normas, los instrumentos de planificación territorial y luego la evaluación ambiental estratégica”. “Historia y evolución del SEIA”, en: Revista Técnica del Servicio de Evaluación Ambiental, N° 1 (2019), págs. 9 y ss.

que autorice a su titular para poder ejecutarlo con arreglo a Derecho. Lo anterior sin perjuicio de lo que hacen ver, entre otros, BENÍTEZ y CARRASCO, en el sentido que “la Corte Suprema(...) ha diluido los contornos de lo que debe o no evaluarse en el SEIA, al señalar que las causales de ingreso al SEIA no son taxativas (Roles N°12.833 - 2022, 2.608 -2020, 12.808 - 2019, entre otros)”⁴¹⁻⁴².

Luego, si el proyecto se encuadra en el listado de la LBGMA que desarrolla el Reglamento del SEIA (RSEIA), y además permite predecir que producirá o presentará impactos significativamente adversos para el medio ambiente al generar alguno de los efectos, características o circunstancias previstos en el artículo 11 de la LBGMA (desarrollados igualmente en el RSEIA)⁴³⁻⁴⁴, aquél no podrá ser sometido a evaluación a través de una mera Declaración de Impacto Ambiental (DIA) y deberá ser sometido a evaluación a través de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA), que es un documento de muchísima mayor complejidad, costo económico y sofisticación que una DIA⁴⁵, y que, seguramente por lo mismo, se ve con notable menor frecuencia en el SEIA.

En este punto, transcribimos a continuación la definición que da el propio SEA de ambos instrumentos de evaluación para efectos de una mayor claridad conceptual:

Declaración de Impacto Ambiental o DIA: documento descriptivo de una actividad o proyecto que se pretende realizar,

41 BENÍTEZ y CARRASCO (2023), p. 54.

42 Causas a las cuales se puede sumar la conocida por la Corte Suprema con el Rol N° 84.513 - 2021 y las demás citadas por José Andrés ILLANES VERGARA, en su artículo titulado “Revisión y crítica a la judicialización del ingreso de proyectos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”, publicado en la Revista de Derecho aplicado LLM UC, Pontificia Universidad Católica de Chile, N° 11 (2023).

43 Entre sus artículos 5° y 10.

44 El SEA, en su Guía de participación ciudadana en el SEIA (2023), define los “impactos significativos” como: “aquellos impactos ambientales que generen o presenten alguno de los efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la Ley N°19.300, conforme a lo establecido en el Título II del Reglamento del SEIA”, p. 60.

45 Que comprende líneas base; medidas de mitigación, compensación y/o reparación, y un Plan de Seguimiento de Variables Ambientales asociadas a los impactos significativos que se espera se produzcan con la ejecución del proyecto o actividad.

o de las modificaciones que se le introducirán, otorgado bajo juramento por el respectivo titular, cuyo contenido permite al organismo competente evaluar si su impacto ambiental se ajusta a las normas ambientales vigentes⁴⁶.

Estudio de Impacto Ambiental o EIA: documento que describe pormenorizadamente las características de un proyecto o actividad que se pretenda llevar a cabo o su modificación. Debe proporcionar antecedentes fundados para la predicción, identificación e interpretación de su impacto ambiental y describir la o las acciones que ejecutará para impedir o minimizar sus efectos significativamente adversos⁴⁷.

De este modo, sometida la DIA o el EIA de un proyecto o actividad al SEIA, superando el respectivo proceso de evaluación de impacto ambiental y recibiendo finalmente una calificación positiva; su titular contará con una RCA favorable que lo habilitará para ejecutar su proyecto o actividad con arreglo a Derecho, pudiendo así desarrollar su actividad económica con respeto de las normas legales ambientales que la regulan. Dicha resolución se entiende por el SEA como:

(un) acto administrativo terminal mediante el cual la Comisión de Evaluación (Coeva) Regional o el/la director/a ejecutivo/a del Servicio de Evaluación Ambiental, según corresponda, una vez culminado el proceso de evaluación del Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, establece si este ha sido aprobado, rechazado o aprobado con condiciones.

La RCA contiene, a lo menos: 1) los fundamentos legales y reglamentarios que se tuvieron a la vista para resolver; 2) las consideraciones técnicas en que se fundamenta la resolución; 3) la ponderación de las observaciones formuladas por las organizaciones ciudadanas y personas naturales directamente afectadas, y 4) la calificación ambiental del proyecto o actividad, aprobándolo, rechazándolo o fijando condiciones o exigencias que deberán cumplirse para ejecutar el proyecto o actividad⁴⁸.

46 SEA (2023), p. 59.

47 Ibid.

48 Idem, p. 62.

Con todo, ante la duda de si una nueva actividad o proyecto concretos, o las modificaciones que se le desean introducir a uno existente se encuadran o no en alguna de las tipologías del artículo 10 de la LBGMA; se cuenta con la llamada “Consulta de pertinencia de ingreso”, que es un mecanismo surgido como práctica del mundo de la consultoría y bajo el alero del “derecho constitucional de petición”, hoy regulado en el RSEIA en los términos de su artículo 26:

Sin perjuicio de las facultades de la Superintendencia para requerir el ingreso de un proyecto o actividad, los proponentes podrán dirigirse al Director Regional o al Director Ejecutivo del Servicio, según corresponda, a fin de solicitar un pronunciamiento sobre si, en base a los antecedentes proporcionados al efecto, un proyecto o actividad, o su modificación, debe someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. La respuesta que emita el Servicio deberá ser comunicada a la Superintendencia⁴⁹.

De este modo, en caso de dudas, de que el resultado de la operación de subsunción de un proyecto en las tipologías listadas por el legislador no sea completamente claro; se puede llevar a cabo una Consulta de Pertinencia. Instrumento cuya aplicación solo permite determinar en forma binaria si un proyecto o actividad debe o no ingresar forzosamente a evaluación de impacto ambiental, pero no si debe hacerlo a través de un EIA o bastando una DIA⁵⁰.

49 Regulación normativa que en los hechos se ha visto complementada con Instructivos que el SEA ha dictado sobre la materia, mediante Oficios Ordinarios de los años 2022, 2014 y 2013.

50 Para profundizar en el mecanismo, véanse, entre otros, “Consulta de pertinencia y fiscalización ambiental: una propuesta de armonización”, de Jaime PHILLIPS LETELIER y Felipe PAVEZ TORREALBA, en: *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. XXXVI, N° 1 (2023); *Texto Comentado y Concordado de la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente*, de Juan Pablo LEPPE GUZMÁN, Editorial Hammurabi, Chile (2019); “Consulta de pertinencia de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental: Un problema práctico-jurídico”, de Gustavo ARELLANO REYES y Carolina SILVA SANTELICES, en: *Actas de las VII Jornadas de Derecho Ambiental*, Thomson Reuters, Chile (2014), y “Las consultas de pertinencias de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental como herramienta de flexibilización del acto administrativo ambiental”, de Magdalena PRIETO PRA-DENAS, en: *Revista de Derecho Administrativo*, N° 8, Chile (2013).

Finalmente, cabría indicar que la LO - SMA en su artículo 3º, letra i), establece que el Servicio público a cargo del *enforcement* ambiental, la SMA, cuenta entre sus funciones y atribuciones con la de requerir -previo informe del SEA, mediante resolución fundada y bajo apercibimiento de sanción-, a los titulares de proyectos o actividades que conforme al artículo 10 de la ley N°19.300, debieron someterse al SEIA y no cuenten con una RCA, para que sometan a dicho sistema el Estudio o Declaración de Impacto Ambiental correspondiente⁵¹. Así como que el artículo 35 de la misma ley en su literal b), establece que le corresponde a la misma SMA el ejercicio de la potestad sancionadora respecto de la ejecución de proyectos y el desarrollo de actividades para los que la ley exige RCA, sin contar con ella y respecto del incumplimiento del requerimiento efectuado según lo previsto en las letras i) y j) del artículo 3º.

Disposiciones que la institución interpreta de forma que:

*La Superintendencia podrá iniciar facultativamente un procedimiento administrativo sancionatorio y/o un procedimiento de requerimiento de ingreso al SEIA de un proyecto o actividad, o modificación o ampliación de proyecto o actividad, en elusión, conforme a las particularidades de cada caso*⁵².

En materia de bien jurídico protegido, por su parte, cabría recordar lo que BASCUÑÁN señalara en la Cámara de Diputados durante el primer trámite constitucional de la tramitación legislativa de la ley, en el sentido que, “(el) el proyecto en estudio (...) tiene por objeto proteger el medioambiente mediante la protección, valga la redundancia, del sistema administrativo de control medioambiental como, asimis-

51 Por su parte, la letra j) del artículo 3º de la LO - SMA establece que la SMA tiene, entre otras funciones y atribuciones, requerir, previo informe del SEA, mediante resolución fundada y bajo apercibimiento de sanción, a los titulares de RCA, que sometan al SEIA, las modificaciones o ampliaciones de sus proyectos o actividades que, conforme al artículo 10 de la ley N°19.300, requieran de una nueva RCA.

52 Artículo 2º de las Instrucciones de la SMA para la tramitación de los procedimientos de requerimientos de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, según lo dispuesto en los literales i) y j) del artículo 3º de la Ley orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente; con que además se revoca la resolución N°769 exenta, de fecha 28 de agosto de 2015, de la Superintendencia del Medio Ambiente; aprobadas mediante la R.E. N°1.445/2023.

mo, la reacción de dicha rama del derecho frente a la infracción de sus disposiciones. De este modo, se contempla en primer lugar el delito de elusión del sistema administrativo (artículo 305), sancionando el delito de contaminación cometido por el infractor”⁵³⁻⁵⁴.

Intervención que nos parece iluminadora en cuanto a la protección de bienes jurídicos diversos mediante el mismo injusto o tipo penal, si además de la historia de las normas se tiene en cuenta el epígrafe del párrafo en que ellas se insertan y las conductas típicas aparejadas⁵⁵. Ello porque las conductas asociadas trasuntan una clara protección del bien jurídico medio ambiente, no obstante los objetos materiales sean componentes específicos del mismo y, por lo tanto, la protección dispensada se presente parcelada, salvaguardando las partes de un todo⁵⁶. Naturaleza de delito complejo o pluriofensivo que, por cierto, supone un grado de dificultad adicional tanto para la configuración del delito, como para su prueba.

En relación a ello, estimamos que para poder dar por acreditada la conducta omisiva de “elusión ambiental” la mayor parte de las veces se deberá oficiar al SEA en su calidad de administrador del SEIA, con-

53 Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados recaído en el Proyecto de Ley refundido que sistematiza los delitos económicos y atentados contra el medioambiente, de 15 de junio de 2021, disponible en la historia de la ley N° 21.595, en: <https://www.bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/8195/>

54 BALMACEDA *et al*, por su parte, señalan en relación a este artículo y a los dos siguientes, que “(...) puede decirse que estos delitos tienen por finalidad la protección ambiental mediante la protección del sistema administrativo de control medioambiental”. Ob. Cit., p. 95.

55 Aquellas que pueden agruparse en la modalidad comisiva contaminante del tipo, especialmente, pueden derivarse sin problemas del derecho constitucional a un medio ambiente libre de contaminación que se asegura en el artículo 19 8° de la Constitución, y es desarrollado con rango legal a partir del artículo 1° de la LBGMA.

56 A nivel comparado y con base en la tipificación que existe en Alemania de los delitos ambientales, Lothar KUHLEN ha sostenido que los bienes jurídicos serían el agua, el aire y el suelo (sin perjuicio de que ellos pudieran ser agrupados bajo el concepto genérico de medioambiente). Citado por Carlos Alberto JIMÉNEZ CABARCAS en “La protección del medioambiente a través de los delitos acumulativos en el Derecho penal colombiano”, de, en: *Revista Derecho Penal y Criminología de la Universidad Externado*, Vol. 38, N° 104, Colombia (2017), pp. 203 - 242.

siderando además su *expertise* y la rectoría técnica que ostenta en la materia⁵⁷ (además de revisar la situación del titular a este respecto ante la SMA, en orden a conocer la eventual reacción de la institución y así velar por una reacción estatal consistente). Ello habida cuenta del carácter indispensable que tendrá su respuesta sobre pertinencia de ingreso al SEIA la mayoría de las veces⁵⁸.

En este punto, se debe tener presente que si bien la regla general en virtud de lo dispuesto en el artículo 37 de la LO - SMA⁵⁹, es que las infracciones ambientales prescriban a los 3 años a contar de su comisión, la “elusión ambiental” ha sido considerada por la jurisprudencia como una infracción permanente de modo tal que⁶⁰, en principio, no debieran generarse problemas de prescripción de la infracción base o

57 En este punto debe tenerse presente que el año 2010 se modificó el texto de la LBGMA, entre otras cosas, incorporándosele un artículo 11 bis, mediante el cual se prohibió el fraccionamiento de proyectos o actividades realizado con la finalidad de eludir el SEIA. Fraccionamiento que, además, hoy podría configurar por sí solo un delito en virtud del tipo penal contenido en el nuevo artículo 37 bis, b), de la LO - SMA.

58 Si se atiende, especialmente, al desarrollo de las tipologías legales de ingreso forzoso a nivel reglamentario en el RSIEA, es posible observar que habrá oportunidades en que existen umbrales claros y, en principio, relativamente sencillos de probar, tales como, por ejemplo, las 80 o más viviendas que conformen un conjunto habitacional en relación a la tipología del art. 10, g) de desarrollo urbano o turístico en zonas no comprendidas por planes sometidos a evaluación ambiental estratégica; las 7 o más hectáreas de emplazamiento de viviendas, o las 300 o más viviendas, en relación a los proyectos inmobiliarios que se ejecuten dentro de zonas latentes o saturadas (tipología del art. 10, h) o el tratamiento diario de un efluente con una carga contaminante media equivalente a las aguas servidas de 100 personas, en algún parámetro regulado por una norma de emisión que regule la descarga de residuos líquidos, en relación a la tipología de los proyectos o actividades de saneamiento ambiental (prevista en el literal o) del art. 10 de la LBGMA).

59 “Las infracciones previstas en esta ley prescribirán a los tres años de cometidas, plazo que se interrumpirá con la notificación de la formulación de cargos por los hechos constitutivos de las mismas”.

60 Véanse al respecto, entre otras, las sentencias recaídas en los recursos Rol N° 99.487 - 2020 (Corte Suprema), caratulados “Agrícola Santis Frut Limitada con Superintendencia del Medio Ambiente”; y en la reclamación R - 267 -2020, deducida ante el Segundo Tribunal Ambiental y caratulada Emilfork Orthusteguy Marcos Nicolás con Superintendencia del Medio Ambiente”.

basal, en relación al plazo de prescripción de la acción penal que, de acuerdo a las reglas generales, será de 5 años⁶¹.

Luego, en cuanto a la modalidad de participación subjetiva en el tipo, el “a sabiendas” como expresión aparejada al dolo directo podría acreditarse, creemos, mediante el expediente de las presunciones cuando, pese a contar con la respuesta positiva de la autoridad -hecha una Consulta de Pertinencia-, su titular opte de todas formas por ejecutar su proyecto sin pasar por el SEIA o por hacerlo sin contar en forma previa con la correspondiente Resolución de Calificación Ambiental (RCA) que lo califique como “ambientalmente favorable” o, incluso, si no contara con la respuesta de la autoridad a una Consulta de Pertinencia, se tratara de lo que la Superintendencia del Medio Ambiente considera un “sujeto calificado”⁶². Vale decir, uno ya familiarizado con la institucionalidad ambiental, consciente de sus obligaciones legales ambientales y que, por ejemplo, ya cuenta con otros proyectos sometidos a evaluación ambiental y hasta calificados, de otras “unidades fiscalizables” o incluso de la misma en la que se verifica el hecho.

Como se desprende de lo anterior, la mera culpa, impudencia o negligencia en relación a la conducta omisiva del encabezado no serán suficientes para dar por configurado el delito y su participación culpable en él. Lo que puesto en relación al estándar probatorio penal de nuestro Código Procesal Penal para conseguir la convicción del tribunal: “más allá de toda duda razonable”⁶³, puede suponer dificultades

61 Sin perjuicio de ello, el cómputo del plazo de la correspondiente infracción administrativa, aunque se califique de “permanente”, es un punto sujeto a interpretaciones y que, por ende, podría desacoplar los plazos de prescripción de la infracción ambiental del de la acción penal. Al respecto pueden verse el voto de minoría de la sentencia precitada y recaída en la reclamación R - 267 -2020, deducida ante el Segundo Tribunal Ambiental y caratulada Emilfork Orthusteguy Marcos Nicolás con Superintendencia del Medio Ambiente”, o la sentencia de la Corte Suprema recaída en los recursos Rol N° 144.349 - 2020, caratulados “Ortúzar Greene Florencia con Superintendencia del Medio Ambiente”.

62 La Corte Suprema ha validado jurisprudencialmente el uso del concepto, por ejemplo, en el fallo recaído en los recursos Rol N° 24.812 - 2020 (considerando 33), caratulados: “Celulosa Arauco y Constitución S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente”.

63 Artículo 340, inciso 1°: “Convicción del tribunal. Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho

para la persecución penal que podrán ser superadas, eventualmente -como indicábamos-, mediante el expediente de la prueba presuntiva.

A mayor abundamiento, en el inciso final del artículo 311 *sexies* se contiene una remisión a esta disposición, previendo que:

La declaración administrativa de no estar obligado a someter la actividad a una evaluación de impacto ambiental exime de responsabilidad conforme al artículo 305, a menos que concurran las circunstancias señaladas en el inciso precedente.

Así, contando con una respuesta negativa de la autoridad ambiental a una Consulta de Pertinencia, no se configurará el delito por faltar un elemento del tipo, a menos, que la referida respuesta negativa hubiera sido obtenida mediante engaño, coacción o cohecho, o la persona autorizada sepa que tal respuesta es o ha devenido manifiestamente improcedente, por ejemplo, por haber variado las circunstancias de hecho posteriormente en relación a las informadas en sede administrativa. Sin embargo, será requerida una sentencia condenatoria con efecto de cosa juzgada para que opere esta suerte de contra excepción o, a lo menos, prueba de cargo tendiente a acreditar una variación relevante del estado de cosas respecto de lo autorizado.

Ahora, en cuanto a las conductas que se enumeran en el tipo, si bien creemos que una interpretación basada en los elementos sistemático y lógico (orientado por la *ratio legis* de la ley N° 21.595, especialmente) debieran conducirnos a considerar que basta la descripción del encabezado y de una sola conducta típica de las enumeradas para la configuración del delito; ya se observa que autores tales como BENÍTEZ y CARRASCO, sostienen a la luz de la redacción normativa que para configurar el delito podría ser necesario describir la conducta omisiva del encabezado y, además, las seis conductas enumeradas, “si consideramos que la ley penal no puede interpretarse en perjuicio del reo”⁶⁴⁻⁶⁵.

punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley”.

64 Idem, p. 54.

65 Problema de interpretación que se podría haber evitado, por ejemplo, sumando una letra “o” como conjunción disyuntiva entre las conductas 5ª y 6ª, o con una fórmula como “en cualquiera de las siguientes circunstancias”, o “alguna de las siguientes circunstancias”, utilizadas en el encabezado de los artículos 307 y 310 bis, respectivamente.

Con todo, tanto la omisión que redundaba en la “elusión ambiental” como las conductas típicas engarzadas a ella que a continuación se analizan, han sido previstas de modo que el delito se configure siempre como uno de mera actividad y, a mayor abundamiento, como uno de peligro abstracto. Punto sobre el cual se profundiza al término del comentario de la primera conducta de las seis que se enumeran en el tipo.

Por último, la penalidad aparejada es la de presidio o reclusión menor en sus grados mínimo a medio. Vale decir, la de una pena privativa de libertad o corporal que va de los 61 días hasta los 3 años, con las salvedades y alcances que se indican más adelante, al concluir el comentario de este artículo.

Será sancionado con presidio o reclusión menor en sus grados mínimo a medio el que sin haber sometido su actividad a una evaluación de impacto ambiental a sabiendas de estar obligado a ello:

1. Vierta sustancias contaminantes en aguas marítimas o continentales.

En relación a esta primera conducta típica, cabría señalar que cometerá el delito quien habiendo evitado maliciosamente la evaluación de impacto ambiental de una actividad o proyecto de aquellos enumerados en el listado de tipologías del artículo 10 de la LBGMA; vierta dolosamente sustancias que de acuerdo a la definición legal del término califiquen como contaminantes, y lo haga en aguas marítimas o continentales.

En cuanto al verbo rector, y haciendo aplicación del elemento gramatical de la interpretación de la ley, cabría recordar que la Real Academia Española define la voz “verter” en su primera acepción, como:

1. tr. Derramar o vaciar líquidos, y también cosas menudas, como sal, harina, etc. U. t. c. prnl⁶⁶.

Luego, para determinar si una sustancia califica como contaminante, se deberá atender a la definición legal dada por el legislador para el concepto, el año 1994:

⁶⁶ Definición del Diccionario de la lengua española, actualizado en 2022 y consultado en línea en la URL: <https://dle.rae.es/verter>

Para todos los efectos legales, se entenderá por:

Contaminante: todo elemento, compuesto, sustancia, derivado químico o biológico, energía, radiación, vibración, ruido, luminosidad artificial o una combinación de ellos, cuya presencia en el ambiente, en ciertos niveles, concentraciones o períodos de tiempo, pueda constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio Ambiental (art. 2º, d)⁶⁷.

Como se puede observar, con la definición legal de “contaminante” el legislador extendió el alcance del concepto a la protección de diversos bienes jurídicos. Sin embargo, estimamos que aquí su entendimiento debe acotarse a la protección de la preservación de la naturaleza y de la conservación del patrimonio ambiental; en definitiva, a la protección del medio ambiente. Ello por razones de sistematicidad y consistencia interna mínimas del nuevo párrafo, sin dejar de mencionar las complicaciones prácticas que podrían producirse al intentar aplicar la definición completa del concepto a tipos del párrafo que, claramente, no fueron concebidos para proteger bienes jurídicos tales como la “salud de las personas” y la “calidad de vida de la población”.

En cuanto al objeto sobre el cual recae la conducta u objeto material: aguas marítimas y continentales superficiales, cabe hacer presente como contexto situacional que, según el REMA 2022, solo durante el año 2020 se registraron más de 2 millones de toneladas de emisiones de contaminantes al agua, ya sea al mar o cuerpos de agua continentales (ríos y lagos), correspondiendo el 75% de tales emisiones a vertidos

67 Definición legal que, de ser necesario, debe ser puesta en relación a las definiciones de los conceptos “contaminación” y “medio ambiente libre de contaminación”.

“Para todos los efectos legales, se entenderá por:

Contaminación: la presencia en el ambiente de sustancias, elementos, energía o combinación de ellos, en concentraciones o concentraciones y permanencia superiores o inferiores, según corresponda, a las establecidas en la legislación vigente (art. 2º, c).

Medio ambiente libre de contaminación: aquél en el que los contaminantes se encuentran en concentraciones y períodos inferiores a aquéllos susceptibles de constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio Ambiental (art. 2º, m)”.

al océano, y de este último porcentaje, el 90% a compuestos a base de cloro (principalmente cloruros)⁶⁸.

Ahora, desde un punto de vista jurídico, y más específicamente, desde la perspectiva de fuentes del Derecho aparejadas a la materia, en nuestro ordenamiento contamos con tratados internacionales no autoejecutables que prohíben el vertimiento de determinadas sustancias, especialmente, en aguas marítimas⁶⁹ y a nivel interno, contamos con una Ley General de Pesca y Acuicultura, la cual en su artículo 136 contiene un tipo penal que prevé y sanciona la introducción de agentes contaminantes en cuerpos de agua sin autorización o con contravención de condiciones autorizatorias o de la normativa aplicable, produciendo un resultado de daño en recursos hidrobiológicos⁷⁰.

Además, contamos con el D.S. N°90/2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que Establece Norma de Emisión para la Regulación de Contaminantes Asociados a las Descargas de Residuos Líquidos a Aguas Marinas y Continentales Superficiales, y a nivel del SEIA, existen dos Permisos Ambientales Sectoriales (PAS), “de contenidos únicamente ambientales” que se asocian directamente con la conducta del numeral: el PAS del artículo 111 del RSEIA⁷¹ y el del artículo 115 del mismo cuerpo de normas⁷².

68 MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE (2022), A - 2, pp. 14 y 15.

69 Véanse al respecto, el Convenio de Minamata sobre el mercurio (2013), el Protocolo complementario del acuerdo sobre la Cooperación regional para el combate contra la contaminación del Pacífico sudeste por hidrocarburos y otras sustancias nocivas (1983), y el Convenio sobre prevención de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias (1972), entre otros.

70 En relación al tipo penal del artículo 136 de la ley General de Pesca y Acuicultura, véanse, entre otros, BESIO, Martín (2019). “Comentario al artículo 291 bis y ter”. En: Javier Couso y Héctor Hernández (editores), *Código Penal comentado: Parte especial, Libro Segundo, Título VI (arts. 261 a 341)*. Santiago: Thomson Reuters; y MUÑOZ, José y FERNÁNDEZ, José (2010). “Estudio dogmático penal de los artículos 291 del Código Penal y del artículo 136 de la Ley de Pesca y Acuicultura: A propósito del caso del Santuario de la Naturaleza Carlos Anwandter”. *Política Criminal*, 5 (10): páginas 410 y ss.

71 Permiso para el vertimiento en las aguas sometidas a jurisdicción nacional desde naves, aeronaves, artefactos navales, construcciones y obras portuarias.

72 Permiso para introducir o descargar materias, energía o sustancias nocivas o peligrosas de cualquier especie a las aguas sometidas a la jurisdicción nacional.

En su faz subjetiva, y como comentario que podemos hacer extensivo a los restantes numerales del tipo, estimamos que la exigencia de actuar con dolo directo o “a sabiendas” -expresión esta última equivalente en nuestro Derecho penal al adverbio de modo “maliciosamente”- sería solo exigible en relación a la omisión de haberse sometido al SEIA en forma previa (en orden a contar con una RCA mediante la cual se haya calificado la actividad o proyecto como “ambientalmente favorable”); que el verbo rector -en este caso “verter”-, debe haberse descrito en el marco del desarrollo de la actividad o proyecto no sometido a evaluación ni calificado ambientalmente, y que bastaría con que el vertido se ejecute con dolo eventual para darse por satisfecha la tipicidad de la conducta, sin necesidad de haber producido un cierto resultado con ella, toda vez que se trata de un delito formal o de mera actividad.

Sobre este tipo de delitos creemos que la regulación legal de Ecuador echa luz, cuando en ella

*(...) se entiende que los delitos de mera actividad son aquellos en los que, dentro del tipo delictivo en concreto, el legislador ha incluido un comportamiento, pero no ha prestado atención, esto es, no ha incorporado como elemento típico, el efecto natural provocado y separable del mismo*⁷³.

A lo que añade:

Así, si los delitos de mera actividad se siguen definiendo como delitos carentes de resultado relevante de la acción, serían delitos sin afección al bien jurídico a través del resultado y por tanto sostenidos exclusivamente en el desvalor de la acción, “en la medida en que no se exige que el bien jurídico entre en ningún momento en contacto con la acción peligrosa, no parece que pueda afirmarse que ésta lo perturba de algún modo.

Luego, y teniendo presente lo que indica MALDONADO, en el sentido de que los delitos de mera actividad pueden ser tanto de lesión

73 Artículo 245 del Código Orgánico Integral Penal de Ecuador, citado en el Capítulo III del *Manual sobre Derecho penal ambiental ecuatoriano*, producido y publicado por la Fiscalía General del Estado y la Sea Shepherd Conservation Society, Ecuador (2016), pp. 74 y 75.

como de peligro⁷⁴; recordamos lo que señala QUINTERO en cuanto a que “(...) resulta más fácil la aplicación de los tipos de delito de peligro abstracto, mucho más aliviados de problemas probatorios. Por ejemplo: arrojar sustancias tóxicas a un río puede ser castigado sin necesidad de esperar a que aparezcan peces muertos”⁷⁵. A juicio del autor español esta categoría de delitos facilita que las conductas típicas no dependan “(...) de la creación efectiva de un peligro probado, sino que se estimarían peligrosas por sí mismas y, en cualquier caso, sin límites cualitativos o cuantitativos”⁷⁶.

A mayor abundamiento, “se puede apreciar en la literatura penal económica... (que) la reconstrucción de la lesividad social económica (en sentido estricto) ha sido entendida en base a tres modelos diferentes que se vinculan directamente a las propuestas de configuración del bien jurídico...: i) el modelo clásico del delito de peligro, ii) el modelo acumulativo de los delitos de peligro y iii) el modelo idealizado de la lesión”⁷⁷. Siendo el segundo modelo (el acumulativo), “principalmente desarrollado por HEFENDEHL en Alemania para los delitos económicos (...) pero previamente propuesto por KUHLEN para delitos contra el medioambiente”⁷⁸.

En relación a aquél SILVA SÁNCHEZ sostiene que los “delitos acumulativos” o “de efecto sumativo” “permiten sancionar penalmente una conducta individual aun cuando ésta no sea por sí misma lesiva del bien jurídico (ni lo ponga por sí misma en peligro relevante), si se cuenta con la posibilidad cierta de que dicha conducta *-per se* no lesivase realice también por otros sujetos y el conjunto de comportamientos sí vaya a acabar lesionando el correspondiente bien jurídico”⁷⁹.

Por su parte MAÑALICH entre nosotros, señala que “lo distintivo de los bienes jurídicos colectivos es que su afectación solo parece posible en el nivel de la peligrosidad abstracta, esto es, en el nivel de la erosión de ciertas condiciones de seguridad que hacen posible su utilización

74 MALDONADO (2006), p. 26.

75 QUINTERO (2013), p. 80.

76 Ob. Cit., p. 133.

77 GARCÍA PALOMINOS (2017), p. 175.

78 Idem, p. 177.

79 SILVA (2001), p. 131.

despreocupada por parte de la generalidad de sus titulares”⁸⁰, operando los efectos cumulativos “(...) como fundamento de una norma de comportamiento que prohíbe determinadas formas de conducta cuya realización masiva produciría un efecto destructivo para ciertas propiedades valoradas positivamente, ya se trate de propiedades de determinadas instituciones, o se trate de propiedades del medio ambiente”⁸¹⁻⁸².

Finalmente, y ya desde la perspectiva práctica de las tipologías de proyectos o actividades de los artículos 10 de la LBGMA y 3° del RSEIA, diremos que visualizamos aquellas asociadas a terminales marítimos⁸³, a proyectos industriales⁸⁴, a instalaciones fabriles⁸⁵, a agroindustrias y lecherías de dimensiones industriales⁸⁶, y a producción, almacenamiento, transporte, disposición o reutilización habituales de sustancias tóxicas o radioactivas⁸⁷; como aquellas en cuya ejecución (en condiciones normales de operación) pudiera llevarse a cabo el vertimiento de sustancias contaminantes en aguas marítimas o continentales.

Será sancionado con presidio o reclusión menor en sus grados mínimo a medio el que sin haber sometido su actividad a una evaluación de impacto ambiental a sabiendas de estar obligado a ello:

2. Extraiga aguas continentales, sean superficiales o subterráneas, o aguas marítimas.

Esta segunda conducta típica y otras que se verán más adelante, contemplan las aguas como objeto material. En este caso, las continentales o terrestres -superficiales y subterráneas-⁸⁸, y las marítimas.

80 MAÑALICH (2006), p. 513

81 Idem, p. 517

82 Sobre los delitos de efecto acumulativo, véase del mismo autor su artículo del año 2021 también citado.

83 Artículos 10, literal f) de la LBGMA y 3°, letra f) del RSEIA.

84 Artículos 10, literal h) de la LBGMA y 3°, letra h) del RSEIA.

85 Artículos 10, literal k) de la LBGMA y 3°, letra k) del RSEIA.

86 Artículos 10, literal l) de la LBGMA y 3°, letra l) del RSEIA.

87 Artículos 10, literal ñ) de la LBGMA y 3°, letra ñ) del RSEIA.

88 Conforme a lo dispuesto en el artículo 2° del Código de Aguas, las aguas terrestres superficiales son aquellas que se encuentran naturalmente a la vista del

Como cuestión previa, diremos que, en nuestra opinión, al régimen jurídico de las aguas en Chile subyace el principio del uso racional de los recursos naturales⁸⁹. Principio que el legislador explicitó en el texto de la LBGMA al definir “para todos los efectos legales” el concepto “conservación del patrimonio ambiental”:

*el uso y aprovechamiento racionales o la reparación, en su caso, de los componentes del medio ambiente, especialmente aquellos propios del país que sean únicos, escasos o representativos, con el objeto de asegurar su permanencia y su capacidad de regeneración*⁹⁰.

Así como al señalar:

*El uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables se efectuará asegurando su capacidad de regeneración y la diversidad biológica asociada a ellos, en especial de aquellas especies clasificadas según lo dispuesto en el artículo 37*⁹¹.

De este modo, y no obstante tal principio programático solo se encuentre recogido en forma específica en el texto de la LBGMA en relación al componente suelo⁹², creemos que aquél ha permeado históricamente la regulación de componentes ambientales tratados como recursos en sistemas como el nuestro, con matices, ciertamente, que se han ido observando con una frecuencia creciente en las últimas décadas.

Como señala HERVÉ, “el ordenamiento jurídico regula el acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales basándose fundamentalmente en dos instituciones: la propiedad y la soberanía”⁹³, las cuales se aplican dependiendo de si se trata de un ámbito de aplicación nacional

hombre, ya sea como aguas corrientes o detenidas. Las aguas subterráneas, por su parte, son aquellas que están ocultas en el seno de la tierra y no han sido alumbradas.

89 Definidos “para todos los efectos legales” en el artículo 2°, r), de la LBGMA, como: “los componentes del medio ambiente susceptibles de ser utilizados por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades o intereses espirituales, culturales, sociales y económicos”.

90 Artículo 2°, letra b) de la LBGMA.

91 Artículo 41 de la LBGMA.

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

93 HERVÉ (2015), p. 167.

o internacional. A mayor abundamiento, ESTEVE PARDO apunta que, “aunque toda la legislación sobre recursos naturales tenía, y mantiene en muy buena medida, una clara orientación productivista o de explotación del recurso de que se trate...lo cierto es que con ese objetivo prioritario de asegurar la explotación se han venido adoptando medidas de protección y regeneración muy diversas que han dado en muchos casos excelentes resultados”⁹⁴.

Lo anterior, resulta de interés, entre otras cosas, en la delimitación del bien jurídico medio ambiente. Sobre lo cual MAÑALICH indica que “el carácter perjudicial o nocivo de un comportamiento que, sin embargo, no puede ser descrito como la causación de una lesión, solo adquiere sentido si se advierte una propiedad particular del medio ambiente en tanto bien colectivo. Lo que define a un bien jurídico colectivo es la *no - exclusión en el uso*”⁹⁵⁻⁹⁶⁻⁹⁷.

Luego, hablando específicamente de los “bienes colectivos” de naturaleza ambiental, LORENZETTI aborda la indivisibilidad de los beneficios de ellos, afirmando que “este uso común produce lo que se denomina la ‘tragedia de los comunes’, es decir, la ausencia de incentivos individuales para protegerlos y evitar el sobreuso...por lo que se requieren reglas limitativas que definan el uso sustentable. Ello significa que el uso del bien debe ser hecho de tal modo que no comprometa las posibilidades de otros individuos y de las generaciones futuras”⁹⁸⁻⁹⁹.

94 ESTEVE PARDO (2008), p. 167.

95 Ob. Cit., p. 514.

96 Afirmación que, creemos, debe ser matizada a la luz de la situación que presenta el uso recursos naturales en nuestro ordenamiento jurídico ambiental, aparejado, en ocasiones, a la titularidad de derechos, permisos o autorizaciones previas.

97 En la doctrina nacional se encuentran autores que se muestran críticos frente a la protección penal de los llamados bienes jurídicos colectivos. Uno de ellos, es el profesor y abogado integrante Enrique ALCALDE. Véase al respecto su obra titulada: *Los principios generales del Derecho. Su función de garantía en el Derecho público y privado chileno*, publicada por Ediciones Universidad Católica de Chile (2003), pp. 163 y ss.

98 LORENZETTI y LORENZETTI (2020), p. 93.

99 Sobre el concepto entrecomillado, véase el artículo de 1968 de Garrett HARDIN, titulado “La tragedia de los comunes”, disponible, entre otros, en la *Polis*, Revista de la Universidad Bolivariana, Vol. 4, N° 10, de 2005.

En nuestro ordenamiento jurídico, las aguas terrestres o continentales cuentan con un régimen jurídico que presenta un importante grado de densidad normativa, comprendiéndose en él normas que emanan de fuentes formales de toda la pirámide de Kelsen, partiendo en reglas constitucionales, pasando por normas legales (que, entre otras cosas, les dan la naturaleza jurídica de bienes nacionales de uso público¹⁰⁰), y llegando a la interpretación normativa de la Administración contenida en manuales y circulares que emanan principalmente de la DGA. Régimen que comprende el otorgamiento de derechos de aprovechamiento y que, con el paso del tiempo, ha ido virando su enfoque a uno en virtud del cual “La autoridad deberá siempre velar por la armonía y el equilibrio entre la función de preservación ecosistémica y la función productiva que cumplen las aguas”¹⁰¹.

Luego, y como se desprende de la conducta típica, podría darse en la práctica que unos mismos hechos calificaran como infracción administrativa por extracción ilegal de agua y al tiempo como constitutivos del delito previsto y sancionado en el injusto comentado, o como constitutivos de los delitos de usurpación y del tipo que se comenta.

En el primer caso, estimamos que podría verificarse un proceso administrativo sancionatorio con base en el incumplimiento de lo dispuesto en los artículos 20, 59 y 163 del Código de Aguas, así como en los artículos 42 y 43 del D.S. N°203/2013, del Ministerio de Obras Públicas, que Aprueba Reglamento sobre Normas de Exploración y Explotación de Aguas Subterráneas; y otro proceso judicial penal, pero debiendo aplicarse las reglas de los artículos 310 ter, inciso final, del párrafo que se comenta y 78 bis del Código Penal, presentándose sí un supuesto de hecho de mayor complejidad desde el punto de vista del *ne bis in idem* si ambos procesos concluyeran en la imposición de sanciones de distinta naturaleza¹⁰².

100 Artículos 5° del Código de Aguas y 595 del Código Civil.

101 Artículo 5 bis, inciso 3°, del Código de Aguas. Disposición legal incorporada al texto de dicho Código mediante la ley N° 21.435, del año 2022.

102 En este punto no debe olvidarse que el nuevo artículo 8° de la ley N°20.393, establece:

“Penas. Serán aplicables a la persona jurídica una o más de las siguientes penas:

1. La extinción de la persona jurídica.
2. La inhabilitación para contratar con el Estado.
3. La pérdida de beneficios fiscales y la prohibición de recibirlos.

Con todo, y como indica BERMÚDEZ, el Tribunal Constitucional chileno ha fijado criterios a través de su jurisprudencia para determinar cuándo se infringe el principio del *non bis in idem*. A saber: mismo sujeto, mismos hechos y fundamento(s), de modo que “(i) el sujeto debe ser el mismo. (ii) En cuanto a la identificación de los hechos, se entiende que existe uno solo cuando la actuación corresponda a una misma manifestación de voluntad (criterio finalista) y sea valorado unilateralmente en un tipo (criterio normativo). (iii) El mismo fundamento corresponderá cuando el bien jurídico tutelado sea de idéntico tenor en ambos ordenamientos (penal y administrativo) que orientan la punición”¹⁰³⁻¹⁰⁴.

Por otra parte, para el segundo caso, y como se verá con mayor detenimiento en su oportunidad, en el artículo 311 *quáter* se prevé en forma expresa la posibilidad de que, con ocasión de la descripción de estas conductas típicas, además se pueda configurar un delito de usurpación, previéndose por el legislador expresamente la posibilidad de que las penas aparejadas a ambos delitos puedan aplicarse y ser impuestas.

En cuanto a las aguas marítimas, si bien ellas constituyen parte fundamental de los recursos hídricos y conforme a lo que se establece en el Código Civil son bienes nacionales de uso público¹⁰⁵; es posible

4. La supervisión de la persona jurídica.

5. La multa.

6. El comiso a que se refiere el inciso tercero del artículo 14.

7. La publicación de un extracto de la sentencia condenatoria”.

103 Criterios extraídos de la STC Rol N°12.539 - 2021, citada por BERMÚDEZ (2022), p. 7.

104 En cuanto a la identidad del fundamento punitivo, sostiene Rosa GÓMEZ: “(...) esta identidad busca determinar si las normas concurrentes protegen o no un mismo bien jurídico. En general las normas no establecen de manera categórica el o los bienes jurídicos que protegen, por lo cual será necesario verificar si en ellas efectivamente existe una doble protección. De ahí que cabe prevenir que la regulación de sanciones en preceptos diversos no importan *per se* la exclusión de esta identidad, ello por cuanto establecida la confluencia de dos o más disposiciones sancionadoras respecto de un mismo hecho y sujeto, sea necesario determinar si el bien jurídico que ambas buscan resguardar queda en todo o en parte subsumido y/o garantizado por la otra disposición concurrente (2017)”. Citada por Bermúdez, p. 5.

105 Su artículo 595 prescribe: “Todas las aguas son bienes nacionales de uso

constatar que no cuentan con un régimen jurídico verdaderamente desarrollado a nivel interno¹⁰⁶, y ello se ha hecho patente, por ejemplo, con el auge de actividades económicas de data relativamente reciente como la desalinización de agua de mar. Por lo mismo, la norma que se comenta reviste un especial interés en este punto por su carácter innovativo, sin embargo, carece de un desarrollo normativo basal que sí se observa en relación a las aguas terrestres o continentales, con todo su régimen jurídico asociado a los derechos de aprovechamiento de ellas como botón de muestra.

Por último, si se tienen en mente las tipologías de proyectos o actividades de los artículos 10 de la LBGMA y 3° del RSEIA en cuya ejecución pudiera llevarse a cabo la extracción de aguas en condiciones normales de operación, se nos vienen a la mente, entre otras, las que comprenden embalses o tranques¹⁰⁷, la relativa a centrales hidroeléctricas generadoras de más de 3 MW, las que se asocien a proyectos industriales¹⁰⁸, a instalaciones fabriles¹⁰⁹, y a agroindustrias¹¹⁰.

Será sancionado con presidio o reclusión menor en sus grados mínimo a medio el que sin haber sometido

público”, y antes de él, su artículo 593, inciso 2°, indica que: “Las aguas situadas en el interior de las líneas de base del mar territorial, forman parte de las aguas interiores del Estado”.

106 En el Derecho internacional público que nos aplica en la materia, podemos citar, entre otros instrumentos, el Convenio Internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos con su anexo, del año 1969; el Convenio sobre prevención de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias del año 1972, y el Protocolo complementario del Acuerdo sobre la cooperación regional para el combate contra la contaminación del pacífico sudeste por hidrocarburos y otras sustancias nocivas, del año 1983.

107 Artículos 10, literal a) de la LBGMA y 3°, letra a) del RSEIA.

108 Artículos 10, literal h) de la LBGMA y 3°, letra h) del RSEIA.

109 Artículos 10, literal k) de la LBGMA y 3°, letra k) del RSEIA.

110 Si bien las plantas desalinizadoras no figuran todavía en el listado de tipologías del artículo 10 de la LBGMA, la mayoría de las veces deben someterse a evaluación ambiental en virtud de tipologías aledañas y en razón del emplazamiento de aquellas. En este sentido, el propio SEA ha sostenido que “En el marco del SEIA, esto se ha traducido en un incremento sostenido en el ingreso de proyectos de plantas desalinizadoras (...)”. Guía para la descripción de proyectos de plantas desalinizadoras en el SEIA, de mayo de 2023, p. 14.

su actividad a una evaluación de impacto ambiental a sabiendas de estar obligado a ello:

3. Vierta o deposite sustancias contaminantes en el suelo o subsuelo, continental o marítimo.

En cuanto a esta tercera conducta típica, podemos afirmar que con ella se sanciona verter y depositar sustancias que tengan carácter de contaminantes a la luz de la definición legal del concepto que encontramos en el artículo 2° de la LBGMA¹¹¹, con las salvedades hechas más arriba, considerando el valor del componente suelo, tanto a nivel de superficie como de subsuelo -en su variante continental o marítima¹¹²⁻, para el desarrollo de la vida en sus distintas formas; los servicios ecosistémicos que él presta, e incluso, la importancia que presenta en ocasiones en relación al patrimonio cultural y para el desarrollo de actividades económicas tales como la minería, en el caso del subsuelo¹¹³.

En relación al componente que representa aquí el objeto material se puede afirmar que en nuestro ordenamiento jurídico ambiental el componente suelo tiene aparejado un régimen exiguo, inorgánico y que se encuentra disperso, principalmente, entre normativa sectorial,

111 Si bien son normas o estándares de aplicación voluntaria, creemos que pueden prestar utilidad, según el caso y con la salvedad previa, las normas del INN sobre la materia, tales como la NCh 3663:2021. Calidad del suelo - Caracterización de suelos contaminados relacionada con la protección del agua subterránea.

112 En materia de suelos marítimos, debe tenerse en cuenta que según la Ley Orgánica de la Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante (Directemar), aprobada mediante el DFL 292/1953, del Ministerio de Hacienda: “Corresponde a la Dirección:

m) Ejercer la fiscalización y control de las playas y de los terrenos fiscales de playa colindantes con éstas en el mar, ríos y lagos; de las rocas, fondos de mar y porciones de agua dentro de las bahías, ríos y lagos, y a lo largo de las costas del litoral y de las islas, cuyo control y fiscalización otorgan las leyes al Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Marina”.

113 En el artículo 19 24°, inciso 6° de la Constitución Política se lee:

“El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, comprendiéndose en éstas las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y las demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales, no obstante la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas. Los predios superficiales estarán sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para facilitar la exploración, la explotación y el beneficio de dichas minas”.

pese a que algunas estimaciones indicaban al año 2014 que la erosión de los suelos afectaba alrededor de la mitad de la superficie terrestre de Chile¹¹⁴ y a que un manejo sustentable del mismo puede prestar importantes servicios ecosistémicos, tales como el secuestro de carbono.

De este modo, se constata que no contamos siquiera con una definición de suelo “para todos los efectos legales” en la LBGMA, sin perjuicio de lo cual, la RAE lo defina como “superficie terrestre”¹¹⁵⁻¹¹⁶, y a nivel doctrinal, JENNY se haya referido a él como: “un componente del ecosistema que debe ser caracterizado en términos del substrato geológico y del material biológico”¹¹⁷.

Prueba de la falta de un tratamiento orgánico y sistemático, es que en el marco del instrumento de gestión SEIA, particularmente, el suelo se regula con rango legal y reglamentario como un recurso natural renovable¹¹⁸, no obstante gran parte de los especialistas de las disciplinas científicas ligadas a la materia indiquen que aquél no califica como recurso renovable en razón de los extensos horizontes temporales que requiere para su conformación¹¹⁹.

Deficiencias, vacíos y problemáticas que llevaron a un grupo de especialistas de la sociedad civil a elaborar un anteproyecto de ley marco para los suelos que finalmente fue sometido a tramitación legislativa el año 2021 por un grupo transversal de senadores, y que a la fecha permanece en su primer trámite constitucional¹²⁰.

114 MMA citado por la OCDE (2016), p. 231.

115 Definición del Diccionario de la lengua española, actualizado en 2022 y consultado en línea en la URL (1ª acepción): <https://dle.rae.es/suelo?m=form>

116 Definición que, se podría argumentar, excluye *ab initio* el suelo y el subsuelo marítimos mencionados en el tipo.

117 Citado por LUZIO *et al* (2006/2020), p. 5.

118 Artículos 11 de la LBGMA y del RSEIA.

119 *Inter alia*, puede verse el libro editado por LUZIO y CASANOVA precitado, en uno de cuyos prólogos se lee: “(...) la formación de un suelo implica miles de años y, en algunos casos millones de años, por lo tanto, un suelo que se destruye no se recupera con la misma velocidad con la que nace, vive y se muere un hombre. De esta manera, en nuestra concepción el suelo es un recurso natural no renovable, cuya pérdida es irrecuperable, al menos, para las próximas cien generaciones”.

120 Boletín N° 14.714 - 01.

Sin embargo, en nuestro Derecho positivo vigente encontramos un mandato del legislador incorporado a la LBGMA el año 2010, con el cual se mandata a sí estableciendo que “La ley velará porque el uso del suelo se haga en forma racional, a fin de evitar su pérdida y degradación (artículo 39)”.

Señalado lo anterior, creemos que la falta de densidad normativa que presenta el componente en la actualidad podría generar importantes dificultades prácticas a la hora de aplicar el tipo penal. Máxime si se tiene en cuenta lo que concluía la Contraloría General de la República el año 2021, en el sentido de la patente falta de normativa y de estándares que definan las concentraciones permisibles de contaminantes en el suelo y cuándo corresponde adoptar medidas de gestión sobre el particular y quiénes son sus responsables...asimismo, la falta de instrumentos o mecanismos que establezcan el riesgo tolerable en los procesos de evaluación de riesgos de Suelos con Potencial Presencia de Contaminantes (SPPC), específicamente, en los estudios de Fase III de la Guía Metodológica¹²¹ y en el análisis de incertidumbre que establece dicho instrumento; generaría que la implementación de la metodología arroje resultados dispares y ambiguos dada la variabilidad en los criterios, factores y escenarios de exposición adoptados por los ejecutores y la contraparte técnica que revisa los estudios¹²²⁻¹²³.

Con todo, en cuanto a los verbos rectores y a la luz de la definición que da la RAE para el segundo verbo -“depositar”: “colocar algo en un sitio determinado y por tiempo indefinido”¹²⁴-, es posible deducir que, en principio, el verter sustancias contaminantes tendrá efectos de menor extensión temporal en el ambiente que hacer depósito de ellas.

121 Guía Metodológica para la gestión de suelos con potencial presencia de contaminantes, aprobada mediante la Resolución Exenta N° 406, del Ministerio del Medio Ambiente (2013).

122 Informe Final de Auditoría N° 168/2021, sobre el manejo integral de los pasivos ambientales mineros, p. 52.

123 Sin perjuicio de todo lo señalado, cabe indicar que mientras se escribía el presente comentario, el Ministerio del Medio Ambiente trabajaba en la elaboración de la primera norma primaria de calidad ambiental para suelos de nuestro país. Proceso administrativo al que se dio inicio formalmente con la Resolución N° 309/2023, del MMA.

124 Definición del Diccionario de la lengua española, actualizado en 2022 y consultado en línea en la URL: <https://dle.rae.es/depositar?m=form>

En lo tocante a esta última hipótesis podemos señalar que actividades económicas tales como la de los relenos sanitarios o depositar relaves, por citar dos ejemplos, cuentan con detallados regímenes jurídicos, seguramente, en razón de situaciones gravísimas para las personas y el medio ambiente que se han vivido en el país producto de una pobre gestión de sustancias contaminantes, tales como el caso de contaminación por polimetales en Arica (desde mediados de los años 80 del siglo pasado); el derrumbe de tranques de relaves en la zona de El Melón, comuna de Nogales (año 1965), o el derrumbe y posterior incendio en el Relleno Sanitario Santa Marta, comuna de Talagante (año 2016).

Por último, a la luz de las tipologías del artículo 10 de la LBGMA y desarrolladas en el artículo 3° del RSEIA, creemos que se podría pensar en abstracto en tipologías de proyectos o actividades que pudieran comprender entre sus obras, acciones y partes el vertido o la disposición de sustancias contaminantes al suelo o subsuelo. Tal podría ser el caso de proyectos que se puedan encuadrar en la tipología del almacenamiento o disposición habituales de sustancias tóxicas o radioactivas¹²⁵, o bien, en la tipología denominada de “saneamiento ambiental”, y que comprendan la disposición a nivel de suelo o de subsuelo, de residuos industriales líquidos o sólidos, peligrosos o no, pero que en definitiva califiquen como “contaminantes”.

Será sancionado con presidio o reclusión menor en sus grados mínimo a medio el que sin haber sometido su actividad a una evaluación de impacto ambiental a sabiendas de estar obligado a ello:

4. Vierta tierras u otros sólidos en humedales.

En la 4ª conducta de las enumeradas en el tipo, se prevé y sanciona el verter tierras u otros sólidos sobre humedales, sin importar la ubicación de éstos.

Áreas que hasta la promulgación de la Ley SBAP, no contaban con una definición legal, sin perjuicio de que ahora la tengan solo “para los efectos” de la misma ley. De este modo, la ley N° 21.600, establece:

Defniciones. Para los efectos de esta ley, se entenderá por:

125 Artículos 10 y 3°, letras ñ), de la LBGMA y del RSEIA.

*Humedal: extensiones de marismas, pantanos y turberas, o superficies cubiertas de aguas, sean éstas de régimen natural o artificial, permanentes o temporales, estancadas o corrientes, dulces, salobres o saladas, incluidas las extensiones de agua marina cuya profundidad en marea baja no exceda los seis metros.*¹²⁶

Se constata así que aún no contamos en nuestro ordenamiento jurídico con una definición legal “para todos los efectos legales” de estos cuerpos de agua¹²⁷, contando sí a la fecha con la definición transcrita y con definiciones reglamentarias -y para los solos efectos de los respectivos reglamentos-, de “humedal”¹²⁸, “humedal urbano”, y de “humedal parcialmente dentro del límite urbano”¹²⁹.

126 Artículo 3°, N° 18.

127 Lo que claramente puede incidir en un grado importante de incerteza jurídica, por un lado, y en una dificultad considerable para persecutores y querrelantes, por otra.

128 En el D.S. N° 82/2010, del Ministerio de Agricultura, aprobatorio del Reglamento de Suelos, Aguas y Humedales (dictado en virtud del artículo 17 de la ley N° 20.283, sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal), se lee:

“Para los efectos del presente Reglamento se entenderá por:

Humedales: Ecosistemas asociados a sustratos saturados de agua en forma temporal o permanente, en los que existe y se desarrolla biota acuática y, han sido declarados Sitios Prioritarios de Conservación, por la Comisión Nacional del Medio Ambiente, o sitios Ramsar. Para efectos de delimitación, se considerará la presencia y extensión de la vegetación hidrófila. Tratándose de ambientes que carezcan de vegetación hidrófila se utilizará, para la delimitación, la presencia de otras expresiones de biota acuática (artículo 2°, letra l)”.

129 En el D.S. N° 15/2020, del Ministerio del Medio Ambiente, mediante el cual se Establece Reglamento de la Ley N° 21.202, que Modifica Diversos Cuerpos Legales con el Objetivo de Proteger los Humedales Urbanos, se lee:

“Para los efectos del presente Reglamento se entenderá por:

g) Humedal urbano: todas aquellas extensiones de marismas, pantanos y turberas, o superficies cubiertas de aguas, sean éstas de régimen natural o artificial, permanentes o temporales, estancadas o corrientes, dulces, salobres o saladas, incluidas las extensiones de agua marina, cuya profundidad en marea baja no exceda los seis metros y que se encuentren total o parcialmente dentro del límite urbano, y

h) Humedal parcialmente dentro del límite urbano: humedal que presenta alguna porción de superficie dentro del límite urbano, no estando la totalidad del área contenida en él, indistintamente de su superficie”.

Sin embargo, el Ministerio del Medio Ambiente ha elaborado un inventario nacional de humedales que actualiza constantemente¹³⁰, el cual puede ser de gran ayuda, al menos como punto de partida, a la hora de evaluar si se está o no ante la descripción de la conducta típica y, en definitiva, de la configuración del delito. Inventario que quedó regulado en el artículo 39 de la Ley SBAP, junto con los criterios para el uso sustentable de los humedales y el permiso para alterarlos físicamente (siempre que estos no constituyan sitios prioritarios y no se modifique de manera permanente su estructura ni sus funciones), de la siguiente manera:

El Servicio llevará un inventario nacional de los humedales del país, en el marco del sistema de información referido en el artículo 24. Dicho inventario contendrá, al menos, localización georreferenciada, límites del cuerpo de agua y de su cuenca hidrográfica expresados en coordenadas, superficie y tipo de humedal. Este inventario deberá sujetarse a lo dispuesto en el inciso segundo del citado artículo 24.

En relación al verbo rector, por su parte, cabría señalar que verter tierras u otros sólidos sobre los cuerpos de agua en referencia no era inusual antes de que se comenzaran a regular los humedales -especialmente los emplazados en áreas urbanas-, por ejemplo, cuando se construían terraplenes para facilitar el cruce sobre terrenos inestables y con presencia de agua, en el marco de proyectos inmobiliarios o industriales¹³¹.

Luego, en cuanto a las tipologías de ingreso forzoso a evaluación ambiental que podrían presentar relación en los hechos con la conducta típica se encuentra la de proyectos industriales o inmobiliarios que se ejecuten en zonas declaradas latentes o saturadas¹³², la de instalaciones fabriles¹³³, la de proyectos en áreas colocadas bajo protección oficial¹³⁴⁻¹³⁵

130 <https://humedaleschile.mma.gob.cl/inventario-humadales/>

131 A modo de ejemplo, véase el supuesto de hecho aparejado a la demanda por daño ambiental presentada ante el Tercer tribunal Ambiental, Rol D - 9 - 2019, caratulada: “Ilustre Municipalidad de Valdivia con Nicolás Reichert Haverbeck”.

132 Tipología de la letra h) de los artículos 10 de la LBGMA y 3° del RSEIA.

133 Tipología de la letra k) de los artículos 10 de la LBGMA y 3° del RSEIA.

134 Tipología de la letra p) de los artículos 10 de la LBGMA y 3° del RSEIA.

135 En el SEIA califican como “áreas protegidas” o “colocadas bajo protección

y la de obras o actividades que puedan significar una alteración física o química a los componentes bióticos, a sus interacciones o a los flujos ecosistémicos de humedales que se encuentran total o parcialmente dentro del límite urbano, indistintamente de su superficie¹³⁶.

Con todo, el análisis de pertinencia de ingreso al SEIA o *screening* de proyectos que comprendan entre sus obras, partes y acciones la afectación directa de humedales reviste un alto grado de complejidad técnica si consideramos que, además de la normativa vigente sobre la materia, el Servicio de Evaluación Ambiental ha dictado recientemente instrumentos complementarios tales como instrucciones y guías, por ejemplo, sobre el ámbito de aplicación de la Ley de Humedales Urbanos en el SEIA¹³⁷, para determinar el área de influencia de humedales en el SEIA¹³⁸ o para predecir y evaluar impacto ambiental en humedales en el SEIA¹³⁹, respectivamente.

Todo lo cual parece apuntar a la necesidad *ex ante facto* de contar con la opinión experta del Servicio de Evaluación Ambiental y, eventualmente, del SBAP, antes de llevar adelante una persecución penal razonablemente bien fundada contra los autores de la conducta prevista en este numeral que se comenta.

Será sancionado con presidio o reclusión menor en sus grados mínimo a medio el que sin haber sometido su actividad a una evaluación de impacto ambiental a sabiendas de estar obligado a ello:

oficial” los humedales de importancia internacional incluidos en la Lista Ramsar de Humedales de Importancia Internacional (Sitios Ramsar), los humedales declarados prioritarios para la conservación de la biodiversidad y los humedales urbanos. Lo anterior sin perjuicio de la regla que contiene el artículo 36, inciso 1°, de la LBGMA, en virtud de la cual:

“Formarán parte de las áreas protegidas mencionadas en los artículos anteriores, las porciones de mar, terrenos de playa, playas de mar, lagos, lagunas, glaciares, embalses, cursos de agua, pantanos y otros humedales, situados dentro de su perímetro”.

136 Tipología de la letra s) del artículo 10 de la LBGMA.

137 De enero de 2022.

138 De marzo de 2023.

139 De abril de 2023.

5. Extraiga componentes del suelo o subsuelo.

Como se veía más arriba en relación a la 3ª conducta típica del injusto, el suelo en Chile tiene asociado un régimen jurídico exiguo y completamente falto de sistematicidad, a lo que cabe agregar un desconocimiento de la condición de los suelos en el territorio nacional producto de la falta de una línea de base actualizada¹⁴⁰.

De hecho, si se revisa la historia de la ley, se constata que en un primer momento el proyecto de ley no abordaba el suelo como componente ambiental ni hacía referencia a “subcomponentes” del mismo, sino, en cambio, contenía la expresión “tierras”¹⁴¹. Sin perjuicio de ello, el encabezado del tipo permite acotar el universo de supuestos de hecho probables.

Con todo, estimamos que la redacción normativa da cuenta aquí, otra vez, de una técnica legislativa poco depurada, ya que ni siquiera de la historia de la ley se desprende con claridad a qué deseaba hacer referencia el legislador penal con la alusión a “los componentes del componente” suelo. No obstante lo cual, una interpretación posible pueda encontrarse, por ejemplo, en el esquema de SADZAWKA, conforme al cual el suelo sería un conjunto de fases e interfases, constituido por componentes sólidos, líquidos y gaseosos¹⁴².

Yendo ahora el SEIA, a la luz del artículo 10 de la LBGMA y de su desarrollo, podría pensarse en proyectos o actividades con impacto negativo en el medio ambiente que puedan implicar una explotación intensiva del suelo, tales como los proyectos mineros o la extracción industrial de áridos, turba o greda¹⁴³ o, incluso, en proyectos cuyo emplazamiento y construcción se pueda ver facilitada por la ex-

140 En este punto, y no obstante la falta de desarrollo que exhibe la regulación del componente, no debe perderse de vista que por mandato legal el Ministerio del Medio Ambiente “(...) debe elaborar los estudios necesarios y recopilar toda la información disponible para determinar la línea de base ambiental del país, elaborar las cuentas ambientales, incluidos los activos y pasivos ambientales, y la capacidad de carga de las distintas cuencas ambientales del país, en virtud del artículo 70, literal k) de la LBGMA, modificada el año 2010 mediante el artículo primero de la ley N° 20.417.

141 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2023), p. 200.

142 LUZIO (2006/2020), p. 135.

143 Tipología de la letra i) de los artículos 10 de la LBGMA y 3° del RSEIA.

tracción de suelo o subsuelo, tales como los proyectos industriales o inmobiliarios¹⁴⁴.

Con todo, estimamos que no todos los suelos poseen el mismo valor ambiental. En este sentido, el propio RSEIA establece diferencias, por ejemplo, al dar una mayor protección a los suelos “ñadis”¹⁴⁵. De este modo, con suelos como los ñadis o los de ciertas “áreas protegidas”, probablemente existirá un margen menor de tolerancia por el sistema penal, en comparación con suelos más comunes. No obstante lo cual, creemos en este punto que para los efectos del tipo debiera pesar el valor natural o ambiental acreditado del suelo, y no la aptitud que pueda presentar el mismo, por ejemplo, desde un punto de vista agropecuario o forestal¹⁴⁶.

Será sancionado con presidio o reclusión menor en sus grados mínimo a medio el que sin haber sometido su actividad a una evaluación de impacto ambiental a sabiendas de estar obligado a ello:

6. Libere sustancias contaminantes al aire.

Finalmente, la última conducta de la disposición genera no pocas dudas por la forma en que fue prevista por el legislador.

El verbo rector “liberar” debiera entenderse de la misma forma en que lo hace la RAE en aplicación del principio gramatical de hermenéutica legal. Esto es:

3. tr. Desprender, producir o secretar algo¹⁴⁷.

De este modo, dada la amplitud semántica del verbo rector estimamos que con el tipo se proscriben las emisiones de contaminantes, pero también las emanaciones de contaminantes, ya sea que se encuentren en un estadio gaseoso, como vapor, como humo, polvo, etc¹⁴⁸.

144 Tipología de la letra h) de los artículos 10 de la LBGMA y 3º del RSEIA.

145 Art. 3º, letra a.2.2. del RSEIA.

146 Véase al respecto, entre otros, el D.S. N° 83/2010, del Ministerio de Agricultura, que Declara Clasificación de Suelos Agropecuarios y Forestales en Todo el País, los que Indica.

147 Definición del Diccionario de la lengua española, actualizado en 2022 y consultado en línea en la URL: <https://dle.rae.es/liberar>

148 A nivel de SEIA, al menos, suele distinguirse entre la acción de “emitir” contaminantes y producir “emanaciones”, como las previstas en el D.S. N°144/1961,

En cualquier caso -y como se veía en relación a la primera circunstancia del artículo-, el concepto “contaminante” asociado a sustancias es un concepto normativo que aquí se debe aplicar en forma acotada para evitar distorsiones que podrían producirse en el evento de hacer una aplicación de la definición completa que contiene el artículo 2° de la LBGMA de la palabra.

Luego, por componente aire, creemos que debe entenderse aquel que se encuentra en la atmósfera, interpretación que además de dar mayor sentido a la conducta tipificada, implica acotar el ámbito de aplicación potencial de la norma¹⁴⁹. Sin embargo, la alusión al componente resulta conflictiva, toda vez que con la redacción normativa no termina de quedar claro si el legislador pensó en proscribir y tipificar solo la emisión y emanación de contaminantes atmosféricos, tales como los que hoy tienen aparejadas en nuestro ordenamiento normas primarias de calidad ambiental¹⁵⁰⁻¹⁵¹ y prohibiciones genéricas de emisión derivadas de instrumentos internacionales¹⁵², o si, además pensó, por ejemplo, en la generación de ruidos, en la producción de olores molestos¹⁵³ o en la emisión de radiación electromagnética asociada a equipos y redes de transmisión de servicios de telecomunicaciones,

del Ministerio de Salud, que Establece normas para evitar emanaciones o contaminantes atmosféricos de cualquier naturaleza.

149 El citado Diccionario define “atmósfera” como la “Capa de aire que rodea la tierra”. <https://www.rae.es/dpd/atm%C3%B3sfera>

150 Para material particulado respirable MP10, para material particulado fino respirable MP 2,5, para anhídrido sulfuroso, para dióxido de nitrógeno, para ozono, para dióxido de azufre, para monóxido de carbono, y para plomo en el aire.

151 En el artículo 2° de la LBGMA se establece que “para todos los efectos legales se entenderá por norma primaria de calidad ambiental”:

“aquella que establece los valores de las concentraciones y períodos, máximos o mínimos permisibles de elementos, compuestos, sustancias, derivados químicos o biológicos, energías, radiaciones, vibraciones, ruidos o combinación de ellos, cuya presencia o carencia en el ambiente pueda constituir un riesgo para la vida o la salud de la población (letra n)”.

152 Tales como el Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono (1985), y el Convenio de Estocolmo sobre contaminantes orgánicos persistentes, COPs (2001).

153 Problemáticas la de los ruidos y la de los olores, que tienen asociadas el mayor número de denuncias recibidas, históricamente, por la SMA. Véase al respecto la *Cuenta Pública Participativa 2023* de la institución.

que viajan por el aire y pueden terminar produciendo efectos nocivos en la salud humana, animal y vegetal.

Con todo, y pese a la parquedad de la redacción, creemos que la mención del aire como componente del medio ambiente directamente protegido debiera llevar a interpretar que lo delictivo debiera ser solo el liberar sustancias contaminantes que afecten, en primer lugar y en forma directa, la calidad del aire (se encuentren o no ellas reguladas en una norma primaria de calidad)¹⁵⁴.

Si buscamos casos similares a nivel comparado podemos observar que el legislador alemán ha tipificado en forma expresa la emisión de ruidos molestos, así como la emisión de radiaciones no ionizantes con infracción de normativa administrativa¹⁵⁵, y el legislador penal español ha hecho lo propio con la emisión de ruidos y con las radiaciones ilegales que causen o puedan causar “daños sustanciales” a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas¹⁵⁶.

De este modo, a la luz de la técnica legislativa empleada, y además en atención a los principios de legalidad y tipicidad, descartamos que el tipo penal que se comenta pudiera invocarse en relación a conductas que no impliquen en sentido estricto la liberación de sustancias contaminantes al aire.

De todas formas, incluso interpretando la norma acotadamente creemos que ella reviste una importancia considerable habida cuenta de la calidad del aire que presentan algunas ciudades del país, especialmente en los meses de invierno, y del hecho que “(...) numerosos estudios científicos señalan que la mayor parte del calentamiento global de las últimas décadas se debe a la gran concentración de gases de efecto

154 Según el MMA, el año 2021 un poco más de 11 millones de habitantes del país vivían en zonas declaradas latentes o saturadas solo por Material Particulado fino (MP 2,5). *Reporte del Estado del Medio Ambiente 2022*, A -2, p. 3.

155 Sección 325^a, de la División 29, de “Ofensas contra el medio ambiente”, del Código Penal alemán.

156 Artículo 325, del Capítulo III, “De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, del Título XVI, “De los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente”, del Código Penal español.

invernadero (anhídrido carbónico, metano, óxidos de nitrógeno y otros), emitidos sobre todo a causa de la actividad humana”¹⁵⁷⁻¹⁵⁸⁻¹⁵⁹.

Ahora bien, al pensar en tipologías de proyectos que deben ser sometidos forzosamente a evaluación de impacto ambiental y en el marco de cuya ejecución antijurídica se pueda llevar a cabo más probablemente la conducta, primero descartamos la tipicidad de liberaciones de contaminantes que puedan efectuar, por ejemplo, vehículos y motocicletas, y estimamos que las normas de emisión pueden prestar una utilidad referencial o indicativa a efectos de acotar el universo de tipos de proyectos que más probablemente podrían describir la conducta típica.

Así, las centrales termoeléctricas, las empresas que lleven a cabo actividades de incineración y co-incineración, o aquellas que combustioneen o puedan combustionar leña o pellets de madera, las fundiciones y las fuentes emisoras de arsénico, establecimientos emisores de anhídrido sulfuroso, o material particulado, y las fuentes emisoras de monóxido de carbono y dióxido de azufre, podrían quedar cubiertas por la norma, siempre que puedan ser encuadradas en alguna de las tipologías del artículo 10 de la LBGMA (desarrolladas en el artículo 3° del RSEIA).

Tipologías que, a su vez, podrían ser, entre otras, la de centrales generadoras de energía mayores a 3 MW¹⁶⁰; la de puertos, vías de navegación, y terminales marítimos¹⁶¹; la de proyecto industriales que se

157 S.S. FRANCISCO (2015), p. 21.

158 Los gases de efecto invernadero son definidos legalmente en la ley N° 21.455, ley Marco de Cambio Climático (para sus solos efectos), como: “componente gaseoso de la atmósfera, natural o antropógeno, que absorbe y emite radiación en determinadas longitudes de onda del espectro de radiación terrestre, emitida por la superficie de la Tierra, por la propia atmósfera o por las nubes, considerados por la Convención y por la Enmienda de Kigali o las que las reemplacen (art. 3°, h)”, y en el glosario de la Política Energética de Chile, Energía 2050, a su turno, como: “(...) aquellos gases con potencial de calentamiento global”, p. 144.

159 A su vez, el cambio climático ha sido considerado como uno de los principales factores de la pérdida de biodiversidad. Al respecto, véase, entre otros, “La economía de la biodiversidad: el informe DASGUPTA” (2021), disponible en línea en: www.gov.uk/official-documents.

160 Tipología de la letra c) de los artículos 10 de la LBGMA y 3° del RSEIA.

161 Tipología de la letra f) de los artículos 10 de la LBGMA y 3° del RSEIA.

ejecuten en zonas declaradas latentes o saturadas¹⁶²; la de proyectos de desarrollo minero, incluidos los de carbón, petróleo y gas¹⁶³; la de instalaciones fabriles¹⁶⁴; agroindustrias¹⁶⁵; o de aplicación masiva de productos químicos en áreas urbanas o zonas rurales próximas a centros poblados¹⁶⁶.

A modo de corolario, cabría indicar que de las seis conductas típicas enumeradas se derivan dos modalidades comisivas del delito: una contaminante y otra extractiva, las cuales, a su turno, podrían derivarse desde un punto de vista material de los deberes que el Constituyente prescribió para el Estado consistentes en velar para que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no sea afectado, y en tutelar la preservación de la naturaleza.

Por otra parte, cabría indicar que la dificultad inicial para determinar que los autores debían someter sus proyectos o actividades al SEIA, unida a los términos en que se plasmó la descripción típica de las conductas sin parámetros o estándares de afectación¹⁶⁷, podrían redundar además en una avalancha de denuncias de los funcionarios públicos que tomen conocimiento de afectaciones a componentes ambientales y deseen cumplir en forma estricta la obligación legal del artículo 175 del Código Procesal Penal¹⁶⁸. Sin perjuicio de lo cual, el Ministerio Público y la jurisprudencia puedan con el tiempo ir dotan-

162 Tipología de la letra h) de los artículos 10 de la LBGMA y 3° del RSEIA.

163 Tipología de la letra i) de los artículos 10 de la LBGMA y 3° del RSEIA.

164 Tipología de la letra k) de los artículos 10 de la LBGMA y 3° del RSEIA.

165 Tipología de la letra l) de los artículos 10 de la LBGMA y 3° del RSEIA.

166 Sobre las dificultades, especialmente probatorias, que presenta la persecución de delitos de contaminación atmosférica, véase el artículo “Cuestiones que suscita la persecución del delito de contaminación atmosférica”, de Luis Fernando REY HUIDOBRO, publicado en la Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, N° 9 (2002), ya que si bien el tipo penal del artículo 325 del Código penal español da cuenta de importantes diferencias de redacción con el tipo y la conducta que se comentan, se observan, *ex ante*, dificultades transversales y comunes para perseguir a los responsables de este tipo de delitos.

167 No obstante el tipo penal del artículo 308 prevea y sancione “afectaciones graves” con las circunstancias de este mismo artículo y de los dos siguientes.

168 Véase al respecto la columna de TAPIA ALVIAL (2023), citada también más adelante.

do de contenido a este respecto el principio de relevancia, y con ello, contribuir en la modulación de los límites tácitos del tipo.

Por último, el inciso segundo de la disposición que se comenta establece una figura agravada en relación a la del inciso primero, al señalar una pena de presidio o reclusión que puede ir de los 541 días a los 5 años, “(...) si el infractor perpetra el hecho estando obligado a someter su actividad a un estudio de impacto ambiental”.

Norma que se justificaría por el hecho que, como se indicara más arriba, la necesidad de presentar un EIA obedece a la generación de impactos significativamente adversos en el medio ambiente que han sido presupuestos por el legislador y asociados por el mismo a los efectos, características o circunstancias que se citan en el artículo 11 de la LBGMA y se desarrollan en los artículos 5° a 10 del RSEIA, siempre en relación a los proyectos o actividades de ingreso forzado a evaluación de impacto ambiental en razón de su tipología.

Con todo, determinar la procedencia de un EIA en lugar de una DIA como instrumento de evaluación -lo que se conoce en el mundo de la consultoría ambiental como “*scoping*”-, suele requerir de análisis complejos y altamente técnicos que en ocasiones ni siquiera el propio SEA lleva a cabo solo, si consideramos, por ejemplo, que para dar término anticipado a la evaluación de una DIA por falta de información esencial en orden a “(...) determinar la inexistencia de efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la ley”¹⁶⁹, el organismo dispone de un plazo de 30 días hábiles computados a contar de la presentación del documento. Plazo dentro del cual, se asume, aquél habrá recibido al menos parte de los informes o pronunciamientos de los OAECAS que debieran participar de la respectiva evaluación ambiental (en razón de otorgar algún permiso requerido).

Por último, en cuanto a la penalidad de la figura; ella va de los 61 días a los 3 años de presidio o reclusión¹⁷⁰. Regla que, sin embargo, debe concordarse con el artículo 311 que, si bien se revisa y comenta en su oportunidad, adelantamos que contiene reglas conforme a

169 Artículo 48 del RSEIA.

170 A la luz de lo dispuesto en el artículo 32 del Código Penal, la única diferencia entre las penas privativas de libertad de presidio y reclusión sería que en la primera de ellas es obligatorio trabajar. En cambio, en la segunda, el trabajo es optativo.

las cuales en determinadas hipótesis la pena solo será de multa. Así como con el artículo 311 ter, el cual faculta a el juez o los jueces, para apreciar la concurrencia de una atenuante muy calificada conforme al artículo 68 bis del Código Penal, cuando el hechor repare el daño ambiental causado por el hecho (regla que, *prima facie*, no parece hacer mayor sentido respecto de delitos de mera actividad como el previsto y sancionado en el tipo que se comenta).

II. ARTÍCULO 306

Las penas señaladas en el inciso primero del artículo anterior serán aplicables al que, contando con autorización para verter, liberar o extraer cualquiera de las sustancias o elementos mencionados en los números 1 a 6 del artículo 305, incurra en cualquiera de los hechos allí previstos, contraviniendo una norma de emisión o de calidad ambiental, incumpliendo las medidas establecidas en un plan de prevención, de descontaminación o de manejo ambiental, incumpliendo una resolución de calificación ambiental, o cualquier condición asociada al otorgamiento de la autorización, y siempre que el infractor hubiere sido sancionado administrativamente en, al menos, dos procedimientos sancionatorios distintos, por infracciones graves o gravísimas, dentro de los diez años anteriores al hecho punible y cometidas en relación con una misma unidad sometida a control de la autoridad.

La disposición establece una figura calificada que aplica a quien describa las conductas del artículo anterior (verter sustancias contaminantes en aguas marítimas o continentales; extraer aguas continentales -superficiales o subterráneas- o aguas marítimas; verter o depositar sustancias contaminantes en el suelo o subsuelo -continental o marítimo-; verter tierras u otros sólidos en humedales; extraer componentes del suelo o subsuelo o liberar sustancias contaminantes al aire), estando autorizado para ello; pero lo haga contraviniendo una norma de emisión o incumpliendo un plan de prevención, de descontaminación o de manejo, una obligación derivada de una RCA vigente o una condición asociada a otra autorización administrativa¹⁷¹.

171 Estimamos que la mención de las normas de calidad ambiental obedecería a un error que, probablemente, se debería a haber vertido aquí la mayoría de los instrumentos de gestión ambiental respecto de cuales la SMA puede ejercer su potestad fiscalizadora (en virtud del mandato contenido en tal sentido en la LO - SMA). Ello toda vez que el único obligado, en forma directa, por las normas

Sin embargo, no se trata de cualquier sujeto activo, toda vez que la disposición establece que solo puede describir el tipo penal un infractor que ya haya sido sancionado administrativamente antes, al menos dos veces en los 10 años anteriores al hecho punible, y en relación a la misma “unidad”¹⁷². Condición que cuesta imaginar que se produzca en materia ambiental si consideramos que la SMA aplicando su “salida alternativa” por excelencia: los Programas de Cumplimiento, o recibiendo una primera “autodenuncia” presentada en los términos que la hagan legalmente procedente, puede eximir de sanción efectiva a un infractor comprobado¹⁷³⁻¹⁷⁴.

de calidad ambientales, es el propio Estado, el que, fiscalizando el componente correspondiente, podrá, según el caso, declarar una zona latente o saturada, y que, como consecuencia de ello, deberá elaborar en forma posterior un Plan de Prevención o de Descontaminación, respectivamente. Aseveración que se puede fundamentar en los artículos 48 bis, 64 y 70 de la LBGMA, y 2º, 3º, 16, 31 y 32 de la LO - SMA, como argumentos de texto.

172 La palabra “unidad”, presentaría a todas luces, una proximidad conceptual indesmentible con la de “unidad fiscalizable”. Expresión que utiliza la SMA para aludir a una “Unidad física en la que se desarrollan obras, acciones o procesos, relacionados entre sí y que se encuentran regulados por uno o más instrumentos de carácter ambiental de competencia de la Superintendencia (del Medio Ambiente)”. Definición extraída de la R.E. N° 8/2023, de la SMA, que Fija Programa y Subprogramas de Fiscalización Ambiental de Resoluciones de Calificación Ambiental para el Año 2023, pero presente y utilizada en numerosos otros actos administrativos del servicio público.

173 Para ahondar en el régimen jurídico tanto de los programas de cumplimiento como de la autodenuncia; véanse los artículos de la 41 y 42 de LO - SMA, y el D.S. N° 30/2012, del Ministerio del Medio Ambiente, Aprueba Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación.

174 Si bien el Programa de Cumplimiento ambiental ha sido un instrumento que ha gozado de gran popularidad y ha recibido frecuente aplicación ante la SMA en el marco de procesos sancionatorios iniciados por ésta, el ámbito de su procedencia fue acotado -con razón creemos-, el año 2018, cuando en la Guía de Presentación de Programas de Cumplimiento por Infracciones a Instrumentos de Carácter Ambiental de la SMA, se estableció que: “(...) la presentación de un PDC no es procedente en caso de infracciones que hayan causado daño ambiental, sea éste susceptible, o no, de reparación, por existir en la misma LO - SMA o en la ley N° 19.300, otros mecanismos jurídicos aplicables a infracciones que hayan ocasionado daño ambiental (pág. 6)”.

Con todo, la accesoriedad administrativa del tipo remite a instrumentos de carácter ambiental respecto de los cuales la SMA tiene competencias legales para ejecutar, organizar y coordinar su seguimiento y fiscalización en virtud del artículo 2° de la LO - SMA, remisión que supone la posibilidad de que los infractores deban enfrentar procesos administrativos sancionatorios en paralelo a la persecución penal.

En cuanto a los referidos instrumentos, estimamos que la alusión a los planes de manejo podría generar dudas a simple vista, ya que la LBGMA los prevé como potencial exigencia para el aprovechamiento de recursos naturales en áreas determinadas, debiendo ser solicitados en conjunto con “el organismo público encargado por la ley de regular el uso o aprovechamiento de los recursos naturales en un área determinada” y tener como objetivo el de asegurar la conservación de tales recursos. Sin embargo, el artículo 42 de tal cuerpo normativo establece que todo ello es “sin perjuicio de lo establecido en otros cuerpos legales”, y que no aplica respecto de proyectos evaluados en el SEIA que cuenten con calificación favorable; no habiendo sido dictado uno solo hasta la fecha.

Luego, también se encuentra la previsión y utilización de planes de manejo en legislación sectorial como la ley N° 20.283, sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal¹⁷⁵, y en legislación de más amplio alcance como la Ley N° 21.600, que Crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas (Ley SBAP), en la cual se definen los planes de manejo¹⁷⁶ y son previstos en relación a las áreas protegidas del Estado¹⁷⁷, a las áreas

175 En ella se definen “para sus solos efectos”, como “(un) instrumento que, reuniendo los requisitos que se establecen en este cuerpo legal, planifica la gestión del patrimonio ecológico o el aprovechamiento sustentable de los recursos forestales de un terreno determinado, resguardando la calidad de las aguas y evitando el deterioro de los suelos”, de este modo, se regulan tanto en su variante de preservación como netamente forestal en un Título completo de la ley (el II°), y se prevén, asimismo, en el Reglamento general de ella (aprobado mediante el D.S. N°93/2008, del Ministerio de Agricultura).

176 Artículo 3°.- “Definiciones. Para los efectos de esta ley, se entenderá por:

20) Plan de manejo: instrumento de gestión ambiental basado en la mejor evidencia posible, que establece metas, principios, objetivos, criterios, medidas, plazos y responsabilidades para la gestión adaptativa de la biodiversidad”.

177 Artículo 71, de la Ley SBAP.

protegidas privadas¹⁷⁸⁻¹⁷⁹, y a la conservación de ecosistemas amenazados¹⁸⁰. Sin embargo, creemos que la norma que comenta apuntaría a los planes de manejo previstos en la LBGMA por contraste con los planes sectoriales y de la Ley SBAP, y a la luz de otros pasajes del párrafo en los que queda claro que el legislador deseó engarzar la respuesta penal, especialmente, a los instrumentos cuya fiscalización es de competencia de la SMA.

A mayor abundamiento, en el evento que no estuviera claro el alcance de una autorización, al menos en relación a una RCA, a una norma de emisión, o a un plan de prevención y/o de descontaminación, se dispone de la posibilidad legal de solicitar al SEA una interpretación administrativa de tales instrumentos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 81 de la LBGMA, literales g) y o). Interpretación que, creemos, podría solicitarse en los demás casos también con base en el derecho de petición del artículo 19 14° de la Constitución, evitando con ello incurrir en un error de prohibición.

De otro lado, la remisión a las normas de emisión, a los planes de prevención, planes de descontaminación, planes de manejo, una RCA o “cualquier condición asociada al otorgamiento de la autorización”, da cuenta del uso de la técnica legislativa denominada “ley penal en blanco”, en el entendido que conforme a la ya clásica definición de CURY, “la ley penal en blanco es aquella que determina la sanción aplicable, describiendo sólo parcialmente el tipo delictivo correspondiente y confiando la determinación de la conducta punible o su resultado a otra norma jurídica a la cual reenvía expresamente o tácitamente”¹⁸¹.

Técnica controversial por la colisión que entraña su uso con el principio constitucional de reserva legal en materia penal¹⁸², pero cuya utilización el mismo penalista precitado veía como inevitable a co-

178 Artículo 103, de la Ley SBAP.

179 En ambos casos el legislador se remite a Reglamentos que deberán ser dictados en el plazo de dos años a contar de la publicación de la ley, en virtud de lo dispuesto en el artículo duodécimo de la misma Ley SBAP.

180 Artículo 5°, letra e).

181 CURY (1988), p. 38.

182 En lo tocante a la necesaria previsión de las penas y los delitos se encuentra recogido expresamente en el artículo 19 3° de la Constitución (incisos 7° y 8°, respectivamente).

mienzos de este siglo, “a medida que se extiende la protección penal de bienes jurídicos sociales cuya consistencia depende de relaciones cambiantes, porque se hallan sujetos a la compleja dinámica de la vida contemporánea”¹⁸³.

Volviendo a la norma, entre los instrumentos a que remite el tipo, las RCAs y los planes de manejo, podrían encontrar una mayor resistencia desde el punto de vista constitucional de los principios de legalidad y tipicidad, considerando que se tratan de actos administrativos de rango infra reglamentario¹⁸⁴ (que, por lo tanto, no han sido dictados en ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República) y cuya dictación ha obedecido a una pretensión de cubrir alcances individuales, no obstante se trate de actos que en la práctica operan de forma semejante a los clásicos instrumentos ambientales de comando y control, sean conocidos y vinculantes por, y para, su(s) destinatario(s) y, en último término, establezcan más las modalidades de la conducta típica que la conducta misma.

No obstante lo cual, y como indica ORTIZ, en el sistema alemán-claro referente para nuestro legislador penal al menos en relación al párrafo que se comenta- se optara ya por “la idea de establecer un concepto ad - hoc de ‘obligaciones jurídicas’, especificando en la propia regulación sus fuentes, ello por permitir un mayor nivel de definición de la prohibición”¹⁸⁵.

183 CURY (2001), p. 151.

184 De acuerdo con lo que dispone el artículo 3º, incisos 3º, y 5º a 7º, de la ley N° 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los órganos de la Administración del Estado:

“Los actos administrativos tomarán la forma de decretos supremos y resoluciones”.

“Las resoluciones son los actos de análoga naturaleza que dictan las autoridades administrativas dotadas de poder de decisión.

Constituyen, también, actos administrativos los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias.

Las decisiones de los órganos administrativos pluripersonales se denominan acuerdos y se llevan a efecto por medio de resoluciones de la autoridad ejecutiva de la entidad correspondiente”.

185 ORTIZ (2018), p. 9.

Resistencia la mencionada que, creemos, podría fundarse en el hecho que, si bien el Tribunal Constitucional chileno ha admitido desde hace décadas la existencia de leyes penales en blanco “propias” -que desde un punto de vista formal remitan a fuentes del Derecho infralegales y desde un punto de vista material remitan a normas extrapenales-; lo ha hecho bajo estándares restrictivos que el mismo organismo jurisdiccional resume en:

- *Que la ley establezca el núcleo esencial de la conducta sancionada, dejando a la norma infralegal de complemento solamente elementos accidentales del tipo*
- *Que la norma de complemento sea un reglamento, dentro de lo cual cabe exigir que sea dictado por el Presidente de la República -contenido entonces en un Decreto Supremo- y que sea de carácter general y abstracto*
- *Que sea publicado en el Diario Oficial*¹⁸⁶.

Lo anterior, con la salvedad de que el sistema alemán -considerado por varios como el que exhibe la tipificación penal más evolucionada en la materia a nivel comparado-, emplea numerosas remisiones a normas extrapenales, operando sobre la base de lo que define el artículo 330d, N° 4, de su Código penal, como “deberes bajo la ley administrativa”. Disposición conforme a la cual tales deberes pueden emanar de provisiones legales, de decisiones judiciales, de condiciones o requerimientos administrativos o de contratos de Derecho público, pudiendo emanar el deber, en cualquier caso, de un acto administrativo, por así disponerlo una norma expresa contenida en la disposición precitada¹⁸⁷.

Técnica legislativa y dinámica que el Tribunal Constitucional alemán habría validado recurriendo a las denominadas “cláusulas de remisión inversa”, “a través de las cuales se intenta que los infractores de la disposición complementaria del tipo penal sepan que la misma se en-

186 STC recaída en el requerimiento de inaplicabilidad Rol N° 13.301 - 2022, en la cual, a su vez, se citan sobre el punto las STC.Roles N° 24, 306, 468; 559; 781; 1.973; 2.716; 2.773; y 5.304.

187 Código Penal alemán.

cuentra castigada por una ley penal mediante una cláusula de remisión a la misma que se hallaría en las disposiciones administrativas”¹⁸⁸.

Ahora bien, en materia de bien jurídico protegido, HUBE y ZALIASNIK sostienen que este sería un delito de infracción grave al sistema administrativo de control, con el cual “se reforzaría el sistema sancionador con la intervención del Derecho penal, cuando el primero falle en su objetivo con el infractor porque es reincidente”¹⁸⁹. Interpretación que pone el foco en el sujeto activo y en lo sostenido por el MMA durante la tramitación de la ley N° 21.595, en el sentido que con el tipo “(...) se busca sancionar la contumacia, esto es, la persona que constantemente desobedece y que, a pesar de la imposición de sanciones, insiste en la conducta”¹⁹⁰.

Sin perjuicio de lo cual, si el foco se traslada del sujeto activo a las conductas típicas y a la puesta en riesgo que ellas implican, creemos que se podría sostener que el bien jurídico protegido, nuevamente, es el medio ambiente, toda vez que el común denominador de las conductas es la afectación, a lo menos potencial, de componentes ambientales y en definitiva, de partes integrantes del patrimonio natural.

En cuanto a las sanciones administrativas previas que exige el tipo, y pese a la evidente falta de precisión normativa a este respecto, diremos a la luz de la historia de la ley¹⁹¹, y tanto de los instrumentos de carácter ambiental que se citan en la norma como de la gradación (grave o gravísima) de las infracciones sancionadas señalada; que se trataría de las sanciones impuestas por la SMA en razón de infracciones ambientales del catálogo contenido en el artículo 36 de la LO - SMA.

Sanciones impuestas y ejecutoriadas dentro de un horizonte temporal de 10 años que debieran ser verificadas, en primer lugar, en el Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental (SNIFA), sin perjuicio de que la SMA pudiera llevar un listado de aquellos infractores que hayan recibido dos o más sanciones dentro de los últimos 10 años.

188 SANTANA, Dulce María, citada por CASH (2011), p. 56.

189 HUBE y ZALIASNIK (2023), p. 27.

190 Segundo Informe de la Comisión de Constitución del Senado, de fecha 31 de marzo de 2023. Historia de la ley N° 21.595, citada más arriba.

191 Idem.

Con todo, creemos que la técnica legislativa en este punto deja que desear dada su vaguedad en un ámbito de interpretación estricta como es el del Derecho penal, y también porque la disposición refiere a quienes cuenten “con autorización para verter, liberar o extraer (...)” sin especificar cuál sería dicha autorización, lo que podría haber dado pie para considerar también sanciones impuestas a nivel sectorial, por ejemplo, en el marco de procesos administrativos sancionatorios sustanciados por la Dirección General de Aguas, el Servicio Agrícola y Ganadero, la Corporación Nacional Forestal u otro OAECA¹⁹².

Por último, la penalidad aparejada a la figura es la de presidio o reclusión menor en sus grados mínimo a medio (de 61 a 540 días, y de 541 días a 3 años), no obstante lo cual en la determinación de la pena deban tenerse en cuenta, además, el artículo 311, que contiene reglas conforme a las cuales en determinadas hipótesis la pena imponible será solo de multa; así como el artículo 311 ter, el cual faculta a el juez o los jueces, para apreciar la concurrencia de una atenuante muy calificada conforme al artículo 68 bis del Código Penal, cuando el hechor repare el daño ambiental causado por el hecho (regla que, *prima facie*, no parece hacer mayor sentido respecto de delitos de mera actividad como el previsto y sancionado en el tipo que se comenta).

192 A modo de ejemplo, en la Ley N° 20.600, que Crea los Tribunales Ambientales, se consideran “actos ambientales” y, por lo tanto, se admite la impugnación judicial de “(...) los actos administrativos que dicten los Ministerios o servicios públicos para la ejecución o implementación de las normas de calidad, de emisión y los planes de prevención o descontaminación, cuando estos infrinjan la ley, las normas o los objetivos de los instrumentos señalados (...) (artículo 17, N° 7)”. Lo que da cuenta del hecho que el legislador ambiental asume que tanto Ministerios como servicios públicos, intervienen continuamente en la aplicación del Derecho ambiental en el sistema chileno.

III. ARTÍCULO 307

Las penas señaladas en el inciso primero del artículo 305 serán también aplicables al que, contando con autorización para extraer aguas continentales, superficiales o subterráneas, las extraiga infringiendo las reglas de su distribución y aprovechamiento en cualquiera de las siguientes circunstancias:

1. Habiéndose establecido por la autoridad la reducción temporal del ejercicio de esos derechos de aprovechamiento.

2. En una zona que haya sido declarada zona de prohibición para nuevas explotaciones acuíferas, haya sido decretada área de restricción del sector hidrogeológico, que se haya declarado a su respecto el agotamiento de las fuentes naturales de aguas o se la haya declarado zona de escasez hídrica

En cuanto al encabezado, primero, es claro que el sujeto activo podría ser en principio cualquier persona natural o jurídica que cuente con autorización para extraer (verbo rector)¹⁹³ aguas “continentales” o no marítimas, lo que equivale a señalar que debe tratarse del titular de un derecho de aprovechamiento de aguas previamente concedido u otorgado por la autoridad sectorial o reconocido, en forma previa igualmente, por juez competente¹⁹⁴, y que para configurar el delito debe extraerlas en exceso, infringiendo las reglas de aprovechamiento

193 El diccionario de la RAE define la palabra en su primera acepción como “sacar (poner algo fuera de adonde estaba)”. Definición del Diccionario de la lengua española, actualizado en 2022 y consultado en línea en la URL: <https://dle.rae.es/extraer>

194 Si bien lo señalado parece claro *prima facie*, somos conscientes de que, en la práctica, podrían producirse situaciones fácticas de una mayor complejidad, tales como, aquella en que se está ante el ejercicio de una servidumbre, ante el traslado del ejercicio de un derecho, o ante el arriendo de un predio con los derechos de aprovechamiento que tiene asociados (y los derechos los ejerce, por lo tanto, una persona distinta de su titular), o ante el arriendo solo de un derecho (ídem).

propias de su derecho o las reglas de distribución establecidas por la organización de usuarios de aguas a que pertenezca, en su caso.

En cuanto al ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas, por regla general él queda regulado en el mismo acto administrativo o sentencia en que se otorga o reconoce un derecho (la combinatoria específica entre permanente o eventual; discontinuo, continuo, o alternado, y definitivo o provisional) junto con la indicación del tipo de derecho de que se trata (consuntivo o no consuntivo) y del caudal asociado.

Sin embargo, bien podrían quedar fijadas reglas de ejercicio de un derecho en una RCA, si consideramos, por ejemplo, que los acuíferos que alimentan vegas y bofedales en las Regiones de Arica y Parinacota, Tarapacá y Antofagasta califican como “áreas protegidas” o “colocadas bajo protección oficial” para efectos del SEIA, en virtud de lo dispuesto en los artículos 10, p), de la LBGMA y 3°, p), del RSEIA, y de la interpretación que ha hecho de ellos el SEA a través de instructivos, y consideramos, además, que el RSEIA prevé un PAS habilitante para realizar nuevas explotaciones o mayores extracciones de aguas subterráneas que las autorizadas en zonas de prohibición correspondientes a tales acuíferos¹⁹⁵, de modo que las reglas generales podrían verse alteradas para un proyecto o actividad específicos, en virtud de su RCA.

En materia de distribución, por su parte, debe tenerse presente que, si un titular de derechos de aprovechamiento de aguas forma parte de una organización de usuarios queda supeditado a la distribución que hagan de ellas el directorio o los administradores de la organización, quienes, por cierto, pueden cometer faltas y abusos al distribuir las aguas (denunciables ante la DGA, en virtud del artículo 283° del Código del ramo).

En cuanto al bien jurídico protegido -de acuerdo al razonamiento desarrollado y consignado previamente-, este sería el medio ambiente, toda vez que con el tipo se salvaguarda uno de los componentes del mismo, como es el componente hídrico. Luego, desde el punto de vista de la afectación del bien jurídico identificado, se trataría de un delito formal o de mera actividad y de peligro, el cual se verá configu-

¹⁹⁵ PAS de contenidos “únicamente ambientales”, previsto y regulado en el artículo 130 del RSEIA.

rado con la descripción de conductas que recaigan en el objeto material “aguas continentales (no marítimas)”, superficiales o subterráneas -vistas como elemento de un componente ambiental antes que como mero recurso- y que, ciertamente, se subsuman en las “circunstancias” previstas y sancionadas por el legislador penal.

Ahora, en relación a las circunstancias del numeral 1, específicamente, cabe relevar que el Código de Aguas ha ido adoptando en forma paulatina una aproximación cada vez más ambiental¹⁹⁶, siendo la ley N°21.435 -con que se reformara dicho Código el año 2022-, un ejemplo palmario de ello. De este modo, hoy el cuerpo normativo reconoce expresamente entre las funciones que cumplen las aguas la de preservación ecosistémica, y prevé que los nuevos derechos de aprovechamiento se otorguen en función de un interés público, quedando su ejercicio sujeto a las limitaciones que el mismo contempla¹⁹⁷.

Probablemente producto de fenómenos tales como la crisis climática que han incidido en una menor disponibilidad hídrica, así como de un mayor conocimiento y conciencia de la disminución en el acceso al agua, por un lado, y de la necesidad insoslayable que tenemos de ella al punto que el acceso al agua potable y al saneamiento han pasado a ostentar la calidad de derecho humano¹⁹⁸, por otra, el legislador ha ido cambiando el enfoque regulatorio.

Atendido lo anterior, es que el Código del ramo hoy prevé numerosas situaciones en las que se autoriza a la Dirección General de Aguas para reducir temporalmente el ejercicio de derechos de aprovechamiento, habiendo indicado sí el legislador criterios para hacerlo:

196 Ya el año 2005, mediante la ley N° 20.017 se incorporó al Código la figura del “caudal ecológico mínimo”, por citar un ejemplo.

197 Artículo 5° bis, inciso 2°.

198 En este punto podemos citar tratados internacionales suscritos por nuestro Estado tales como la Convención sobre los Derechos del Niño o la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, y resoluciones sobre la materia que han sido dictadas por organismos internacionales como el Consejo de Derecho Humanos (N° 7/22, de marzo de 2008 y la 12/8, de octubre de 2009), y la Asamblea General de las Naciones Unidas (N° 64/292, de junio de 2010). Para un estudio más acabado sobre la materia véanse, entre otros, *Derecho de aguas y derecho al agua*, de Raúl Escalona Orellana, Editorial Metropolitana (2021), pp. 43 a 73, y el Capítulo I de las actas de las III Jornadas del régimen jurídico de las aguas, citadas más adelante.

La Dirección General de Aguas se sujetará a la priorización dispuesta en el inciso segundo¹⁹⁹ cuando disponga la reducción temporal del ejercicio de los derechos de aprovechamiento o la redistribución de las aguas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 17²⁰⁰, 62²⁰¹, 314²⁰² y demás normas pertinentes de este Código. Con todo, la autoridad deberá considerar la diversidad geográfica y climática del país, la disponibilidad efectiva de los recursos hídricos y la situación de cada cuenca hidrográfica.

En relación a las circunstancias del numeral 2, a su turno, cabe relevar que el Director General de Aguas se encuentra facultado por ley

199 “Siempre prevalecerá el uso para el consumo humano, el uso doméstico de subsistencia y el saneamiento, tanto en el otorgamiento como en la limitación al ejercicio de los derechos de aprovechamiento”.

200 “Los derechos de aprovechamiento de ejercicio permanente facultan para usar el agua en la dotación que corresponda, salvo que la fuente de abastecimiento no contenga la cantidad suficiente para satisfacerlos en su integridad, en cuyo caso el caudal se distribuirá en partes alícuotas.

De existir una junta de vigilancia, se aplicará lo dispuesto en los artículos 266, 274 y siguientes (incisos 1° y 2°)”.

201 “Si la explotación de aguas subterráneas produce una degradación del acuífero o de una parte de él, al punto que afecte su sustentabilidad, la Dirección General de Aguas, si así lo constata, de oficio o a petición de uno o más afectados, deberá limitar el ejercicio de los derechos de aprovechamiento en la zona degradada, a prorrata de ellos, de conformidad a sus atribuciones legales.

Se entenderá que se afecta la sustentabilidad del acuífero cuando con el volumen de extracción actual se produce un descenso sostenido o abrupto de sus niveles freáticos.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso primero, si la explotación de aguas subterráneas por algunos usuarios ocasionare perjuicios a los otros titulares de derechos, la Dirección General de Aguas, de oficio o a petición de parte, podrá establecer la reducción temporal del ejercicio de los derechos de aprovechamiento, a prorrata de ellos, mediante resolución fundada.

Esta medida quedará sin efecto cuando a juicio de dicha Dirección hubieren cesado las causas que la originaron”.

202 “El Presidente de la República, a petición y con informe de la Dirección General de Aguas, podrá declarar zonas de escasez hídrica ante una situación de severa sequía por un período máximo de un año, prorrogable sucesivamente, previo informe de la citada Dirección, para cada período de prórroga.

La Dirección General de Aguas calificará previamente, mediante resolución, los criterios que determinan el carácter de severa sequía (incisos 1° y 2°)”.

en el Código de Aguas para declarar zonas de prohibición para nuevas explotaciones, mediante resolución fundada en la protección de acuífero, la cual se publica en el Diario Oficial²⁰³.

Las “áreas de restricción”, por su parte, corresponden a sectores hidrogeológicos de aprovechamiento común declarados tales mediante una resolución dictada el efecto por el Director General de Aguas, en razón de la existencia de grave riesgo de disminución de un determinado acuífero o de su sustentabilidad, con el consiguiente perjuicio de derechos de terceros ya establecidos en él²⁰⁴.

En cuanto al agotamiento de fuentes naturales, el Director General de Aguas cuenta con la facultad legal de declarar en casos justificados, a petición fundada de la junta de vigilancia respectiva o de cualquier interesado y mediante una resolución dictada el efecto, y para los efectos de la concesión de nuevos derechos consuntivos permanentes; el agotamiento de las fuentes naturales de aguas, sean éstas cauces naturales, lagos, lagunas u otros. Declaratoria que produce como efecto que no se puedan conceder nuevos derechos de aprovechamiento consuntivos y permanentes por la autoridad sectorial en relación a tales fuentes²⁰⁵.

Por último, las zonas de escasez hídrica son declaradas por el Presidente de la República o por el Ministerio de Obras Públicas bajo la fórmula “por orden del Presidente de la República”, a través de un Decreto Supremo dictado para tal efecto, a petición y con informe de la Dirección General de Aguas, ante una situación de severa sequía y por un período máximo de un año, prorrogable²⁰⁶⁻²⁰⁷.

Como indica TAPIA, “una vez declarada la escasez, tendrán las juntas de vigilancia atribuciones extraordinarias de redistribución de agua, a través de acuerdos, a fin de reducir al mínimo los daños generales derivados de la sequía. En caso de que no exista acuerdo entre los usuarios, la DGA puede intervenir la junta, redistribuyendo las aguas, suspendiendo las atribuciones de la junta, así como suspender los secciona-

203 Artículo 63° del Código de Aguas.

204 Artículo 65° del Código de Aguas.

205 Artículo 282°, incisos 1° y 2°, del Código de Aguas.

206 Artículo 314° del Código de Aguas.

207 Declaración que no aplica a las aguas acumuladas en embalses particulares, por excepción expresa prevista en el inciso final del artículo 314°, del Código de Aguas.

mientos de las corrientes naturales que estén comprendidas dentro de la zona de escasez”²⁰⁸.

Ahora, desde el punto de vista probatorio, estimamos que la existencia y uso adecuado de sistemas de medición y de transmisión de extracciones efectivas -de uso cada vez más extendido en virtud de exigencias de la propia Dirección General de Aguas en tal sentido-, podría ser de gran ayuda para configurar el delito o para descartar su configuración, atendido el hecho que se trata de información proporcionada por el mismo titular o usuario de las aguas, y asimismo que emana de una fuente en principio fidedigna por lo general reconocida como válida por el organismo público con rectoría técnica, y potestades fiscalizadoras y sancionadoras en la materia, como es la DGA.

Con todo, en este punto convendría tener presente que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 172 ter, inciso final, del Código de Aguas:

El personal fiscalizador de la Dirección tendrá el carácter de ministro de fe respecto de los hechos que consignen en el cumplimiento de sus funciones y que consten en el acta a que se refiere este artículo. Los hechos establecidos por los ministros de fe constituirán presunción legal.

Por último, en cuanto a la penalidad establecida, cabe señalar que la pena aparejada al delito va de los 61 días hasta los 3 años de presidio o reclusión, no obstante lo cual en la determinación de la pena deban tenerse en cuenta, además, el artículo 311, que contiene reglas conforme a las cuales en determinadas hipótesis la pena imponible será solo de multa; así como el artículo 311 ter, el cual faculta a el juez o los jueces, para apreciar la concurrencia de una atenuante muy calificada conforme al artículo 68 bis del Código Penal, cuando el hechor repare el daño ambiental causado por el hecho (regla que, *prima facie*, no parece hacer mayor sentido respecto de delitos de mera actividad como el del tipo que se comenta).

208 TAPIA VALENCIA (2021), p. 396.

IV. ARTÍCULO 308

El que, vertiendo, depositando o liberando sustancias contaminantes, o extrayendo aguas o componentes del suelo o subsuelo, afectare gravemente las aguas marítimas o continentales, superficiales o subterráneas, el suelo o el subsuelo, fuere continental o marítimo, o el aire, o bien la salud animal o vegetal, la existencia de recursos hídricos o el abastecimiento de agua potable, o que afectare gravemente humedales vertiendo en ellos tierras u otros sólidos, será sancionado:

1. Con la pena de presidio o reclusión mayor en su grado mínimo, si la afectación grave fuere perpetrada concurriendo las circunstancias previstas en los artículos 305, 306 o 307.

2. Con la pena de presidio o reclusión menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo en los casos no comprendidos en el número precedente, y siempre que no estuviere autorizado para ello.

Como se desprende de su lectura, el tipo prevé y sanciona la producción de un resultado causado mediante la descripción de alguna de las conductas a que remite. Conductas que, para efectos didácticos, englobaremos en tres grupos. Así, el primer conjunto de ellas se asocia a los verbos rectores “verter”, “depositar” y “liberar” sustancias contaminantes, debiendo tenerse a la vista la definición que la Real Academia Española da de tales palabras en aplicación del principio gramatical de interpretación de la ley (definiciones vistas más arriba), así como la definición de “contaminante” que contempla la LBGMA, en su artículo 2º, acotada en función del párrafo, como sugeríamos más arriba.

Luego, la mención de “sustancia” a la luz de la interpretación que sugerimos para la voz “contaminante”, estimamos, redundante por contraste en la exclusión del tipo de “todo elemento, compuesto...derivado químico o biológico, energía, radiación, vibración, ruido, lumi-

nosidad artificial o una combinación de ellos”. Viéndose así acotada la conducta reprochable -a nuestro juicio en forma innecesaria- al haberse hecho uso de una técnica legislativa poco holística o sistemática.

Por otra parte, el segundo conjunto de conductas punidas engloba la extracción antijurídica de aguas o componentes del suelo o subsuelo. De modo tal que, asumimos, no cometerá el delito quien extraiga aguas o componentes del suelo o subsuelo -tales como áridos, por dar solo un ejemplo-, si lo hace contando con los permisos requeridos para el desarrollo de la actividad de que se trate, y al desarrollarla cumple con ellos.

Además de lo anterior, el tipo penal prevé y sanciona en su faz objetiva el verter tierras u otros sólidos sobre humedales. Cuerpos de agua y verbo rector a los que nos referimos antes en relación al tipo penal del artículo 305.

Con todo, y como es propio del llamado “delito de resultado”, definido por GARRIDO MONTT como “aquel que por exigencias de la descripción típica requiere, para consumarse, además de la realización de la acción o de incurrir en la omisión en que consiste, de la producción de un efecto material determinado, diverso al actuar u omitir”²⁰⁹; el tipo en este caso exige una “afectación grave” en los términos del artículo 310 bis, la cual debe producirse en objetos materiales tales como: aguas marítimas o continentales (superficiales o subterráneas), el suelo o el subsuelo (continental o marítimo), humedales y calidad del aire, o bien, en la salud animal o vegetal o en la existencia de recursos hídricos, en el abastecimiento de agua potable.

Objetos materiales variados y diversos que, como se puede constatar, resulta difícil conciliar con, o reconducir a, el bien jurídico “medio ambiente”, especialmente si pensamos en la afectación de la salud animal o vegetal, o en el abastecimiento de agua potable.

En este punto, y a diferencia, por ejemplo, de lo que interpreta BALMACEDA HOYOS²¹⁰, estimamos que solo una interpretación forzada podría concluir en la asociación de objetos materiales tales como el abastecimiento de agua potable con el bien jurídico medio ambiente. Ello, entre otras razones, porque no obstante el tipo penal comentado

209 GARRIDO MONTT (2009), p. 329.

210 BALMACEDA (2023), p. 15.

se ubique al interior de un párrafo cuyo epígrafe sea “atentados contra el medio ambiente”, su redacción se aleja conceptualmente del conjunto y de la tónica que se observa en los tipos penales que lo integran, cual es la consideración de componentes ambientales y de áreas protegidas como objeto material²¹¹.

De hecho, en lo tocante a la afectación de la salud de los animales y de individuos pertenecientes a especies del reino vegetal, este tipo penal se presenta como una variación del tipo penal del antiguo artículo 291 del Código Penal²¹², con matices tales como que mediante el tipo mencionado se tipificara un delito de peligro y aquí uno de resultado en el que la consecuencia negativa se circunscribe a un catálogo acotado de conductas, todas lesivas de componentes medio ambientales.

Volviendo a la afectación requerida por el tipo, ella no es cualquiera, y ha sido aparejada en forma expresa a un grado de magnitud que en atención al adjetivo utilizado -“grave”-, debe ser “grande, de mucha entidad o importancia”²¹³ y, por lo tanto, para darse por satisfecha debe ser evaluada caso a caso a la luz de las circunstancias que contiene el artículo 310 bis, siempre en contraste con la situación previa que presentaba el componente del medio ambiente, el humedal, los animales

211 Sin dejar de mencionar hecho que a nivel doctrinal prevalece la identificación de bienes jurídicos protegidos diversos del medioambiente en el artículo 291 del Código Penal. Al respecto pueden verse, entre otros: “La persecución de la criminalidad medioambiental en Chile: un estudio dogmático y empírico” de Jorge CABRERA GUIRAO y CARLOS CORREA ROBLES, publicado en *Revista de Derecho ambiental*, Vol. 1, N° 17 (2022), pp. 69 - 98; “Comentario al artículo 291 bis y ter”, de Martín BESIO, en *Código Penal comentado: Parte especial, Libro Segundo*, editado por Javier COUSO y Héctor HERNÁNDEZ y publicado por Thomson Reuters (2019), pp. 215 - 297, y “Sobre el sentido y alcance del artículo 291 del Código Penal” de Jean Pierre MATUS ACUÑA, en *Revista de Derecho*, Vol. XXVI, N° 2 (2013), pp. 137 - 166.

212 “Los que propagaren indebidamente organismos, productos, elementos o agentes químicos, virales, bacteriológicos, radiactivos, o de cualquier otro orden que por su naturaleza sean susceptibles de poner en peligro la salud animal o vegetal, o el abastecimiento de la población, serán penados con presidio menor en su grado máximo”.

213 Definición del Diccionario de la lengua española, actualizado en 2022 y consultado en línea en la URL: <https://dle.rae.es/grave>

o individuos de especies vegetales, los recursos hídricos existentes o el abastecimiento de agua potable.

Por otra parte, para probar la existencia del delito será necesario acreditar el nexo causal entre la conducta punida y el resultado lesivo, aportando prueba que pueda establecer la aptitud de la conducta llevada a cabo para causar la “afectación grave” que aborda el artículo 310 bis, en los objetos materiales señalados más arriba.

En relación a la hipótesis del número 1, específicamente, ella prevé la producción de una afectación grave de aquellas del artículo 310 bis, concurriendo alguna de las “circunstancias” de los 3 artículos anteriores: “elusión ambiental (artículo 305)” ; infracción de naturaleza ambiental cometida por un titular contumaz, ya sancionado a lo menos dos veces en los últimos diez años por infracciones calificadas como “graves” o “gravísimas (artículo 306)”, o extracción de aguas pese a existir una restricción temporal al ejercicio de derechos de aprovechamiento impuesta por la autoridad sectorial o bien, en una zona calificada con alguna de las categorías de vulnerabilidad o indisponibilidad hídricas del artículo 307, N° 2; operando de este modo una suerte de figura agravada.

Se establece una pena de crimen, que partirá en los 5 años y 1 día, y podrá ir hasta los 10 años, sin perjuicio de lo cual, en este punto debe tenerse presente además la regla del inciso final del artículo 310 bis, conforme a la cual, cuando en estos casos la afectación grave cause un daño irreversible de un ecosistema, deberá imponerse el máximo de la pena.

Por último, la hipótesis del número 2 es de carácter residual respecto del número anterior, requiriendo sí que el sujeto activo carezca de autorización para ejecutar la conducta como elemento objetivo que la revista de antijuridicidad.

A ella se apareja una pena corporal que podrá ir desde los 3 años y un día, hasta los 10 años.

V. ARTÍCULO 309

El que por imprudencia temeraria o por mera imprudencia o negligencia con infracción de los reglamentos incurriere en los hechos señalados en el artículo anterior, será sancionado:

1. Con la pena de presidio o reclusión menor en su grado máximo, si la afectación grave fuere perpetrada concurriendo las circunstancias previstas en los artículos 305, 306 o 307.

2. Con la pena de presidio o reclusión menor en cualquiera de sus grados en los casos no comprendidos en el número precedente.

Tal como se puede observar, se trata de una figura privilegiada en relación a la del artículo 308, toda vez que mediante ella se da un trato benévolo fundado en la concurrencia de culpa en la comisión del delito, y no ya de dolo.

El empleo por el legislador de conceptos tales como “imprudencia temeraria”, “mera imprudencia” y “negligencia”, apuntaría en tal sentido. Expresiones todas que se usan en forma deliberada en nuestro ordenamiento jurídico penal en orden a distinguir cuasidelitos de delitos, a la luz, especialmente de lo dispuesto al respecto en el artículo 2° del Código penal:

Las acciones u omisiones que cometidas con dolo o malicia importarían un delito, constituyen cuasidelito si sólo hay culpa en el que las comete.

A juicio de BUSTOS, “(...) el fundamento del tipo legal culposo no es la acción, sino el bien jurídico; desde éste habrá que determinar el contenido y los límites de cada tipo legal y por tanto de la acción que interesa jurídicamente”²¹⁴, y en cuanto a la acción, por su parte,

214 BUSTOS (1995/2010), p. 37.

MATUS y RAMÍREZ indican que “(...) actúa con culpa quien no evita un resultado previsible y evitable”.²¹⁵

En este punto, y siguiendo a GARCÍA CAVERO, cabría señalar que con la tipificación de conductas culposas no se asume “una imputación de conocimiento sobre la aptitud lesiva concreta de la conducta (en cuyo caso estaríamos ante una imputación dolosa), sino una imputación de conocimiento sobre la posible lesividad de la conducta que activa el deber de adoptar medidas de cuidado. La imputación subjetiva culposa no debe ser entendida, entonces, como cognoscibilidad, sino como imputación de conocimiento, pero en un nivel cuantitativamente menor que el exigido para el dolo. Este conocimiento le permite al autor prever las posibles consecuencias de su actuación, pero no conocer su segura o probable materialización”²¹⁶.

Por otra parte, la exigencia del tipo consistente en que se verifique una “infracción de los reglamentos”, es una exigencia que se constata con frecuencia en numerosos tipos o injustos del Código penal. Elemento que, a nuestro juicio, a la luz de lo que ha interpretado el Tribunal Constitucional sobre el particular²¹⁷, y en aras de velar por un debido respeto de los principios de legalidad y tipicidad; podría entenderse aquí acotado a normas ambientales contenidas en decretos supremos reglamentarios de contenido ambiental dictados en ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución con que dotó el Constituyente al Presidente de la República.

Siguiendo el esquema de CURY, creemos que el elemento en referencia debe entenderse como un criterio auxiliar de atención, y cuidado o prudencia, que deberá faltar al “hombre medio” imprimir a su conducta como medida de dirección final de que era capaz²¹⁸, considerando, a su vez, que la imprudencia resulta equivalente a la culpa leve en el ámbito civil²¹⁹.

215 MATUS y RAMÍREZ, (2021), p. 417.

216 GARCÍA CAVERO (2019), p. 558.

217 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el requerimiento de inaplicabilidad Rol 2716 - 14 (considerando 6°).

218 CURY (2001), p. 329.

219 En este tipo penal la infracción de reglamentos es un elemento objetivo del mismo, pero en la regulación genérica de la responsabilidad por daño ambiental que contiene la LBGMA, en cambio, opera como base de una presunción legal de

A mayor abundamiento, la expresión “con infracción de los reglamentos” hace evidente la accesoriedad administrativa del injusto, rasgo que se observa con frecuencia en la técnica legislativa empleada en sistemas punitivos comparados al tipificar conductas lesivas del entorno, y que en opinión de COLLADO y LEYTON, se explicaría porque “(...) los delitos medioambientales se presentan necesariamente como un refuerzo que opera cuando se superan los umbrales establecidos por la legislación ambiental, pues todo este cuerpo de normas funciona a nivel de la teoría del delito como una negación de la tipicidad, en concreto, de la tipicidad objetiva conocida como ‘actuación dentro del riesgo permitido’”²²⁰.

Con todo, la infracción de normativa sectorial como elemento del injusto deberá probarse en sede penal, y como indica ESTEVE PARDO, “esto tiene una especial relevancia para la necesaria actividad probatoria: para probar la infracción a efectos de imponer una sanción administrativa bastará con probar la realización de la conducta; pero para la constatación del delito ecológico será necesario probar además que esa conducta atenta gravemente contra el equilibrio de los sistemas naturales y es susceptible, por tanto, de dañarlos de manera considerable”²²¹. Prueba que va a diferir en su alcance fáctico, en sus estándares y además en el nivel de convencimiento requerido por quien absuelve o impone la sanción, según se trate de una sanción administrativa o de una pena aplicada en el marco de un juicio penal.

En cualquier caso, la prueba aquí de la inobservancia de los decretos reglamentarios atingentes podría generar importantes dilaciones, por ejemplo, si la infracción administrativa ya se encuentra siendo discutida en sede contenciosa administrativa y el o los juzgadores deciden

responsabilidad, leyéndose en el artículo 52 de la LBGMA:

“Se presume legalmente la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existe infracción a las normas de calidad ambiental, a las normas de emisiones, a los planes de prevención o de descontaminación, a las regulaciones especiales para los casos de emergencia ambiental o a las normas sobre protección, preservación o conservación ambientales, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias.

Con todo, sólo habrá lugar a la indemnización, en este evento, si se acreditaré relación de causa a efecto entre la infracción y el daño producido”.

220 COLLADO y LEYTON (2020), pp. 120 y 121.

221 Ob. Cit., p. 118.

acompañarse con la Administración en orden a evitar decisiones contradictorias, o si el Juez de Garantía o los jueces de un Tribunal Oral en lo Penal ofician al organismo público competente a objeto de que este confirme la infracción normativa y de ese modo se esclarezca cualquier duda que pudiera haber sobre el tema.

En cuanto ya a los hechos, ellos son los mismos del artículo anterior. Vale decir: verter, depositar o liberar sustancias contaminantes, o extraer aguas o componentes del suelo o subsuelo, afectando gravemente las aguas marítimas o continentales -superficiales o subterráneas-, el suelo o el subsuelo -continental o marítimo-, el aire, la salud animal o vegetal, la existencia de recursos hídricos o el abastecimiento de agua potable, o afectar gravemente humedales al verter en ellos tierras u otros sólidos. Razón por la cual nos remitimos a lo señalado previamente en relación a las conductas, a su resultado y a su prueba.

En la primera hipótesis se sanciona con una pena de 3 años y 1 día a 5 años la afectación grave del artículo 308, cuando sea perpetrada con culpa y la concurrencia de alguna de las circunstancias de los artículos 305, 306 o 307: “elusión ambiental (artículo 305)” ; infracción de naturaleza ambiental cometida por un titular ya sancionado a lo menos dos veces en los últimos diez años por infracciones calificadas como “graves” o “gravísimas (artículo 306)”, o extracción de aguas pese a existir una restricción temporal al ejercicio de derechos de aprovechamiento impuesta por la autoridad sectorial o bien, en una zona calificada con alguna de las categorías de vulnerabilidad o indisponibilidad hídricas del artículo 307, N° 2.

En la segunda hipótesis de hecho, a su turno, se sanciona con una pena de entre 61 días y 5 años los hechos del artículo 308 que se cometan con culpa y no puedan encuadrarse o subsumirse en la hipótesis anterior, fungiendo aquella de este modo como hipótesis residual.

Por último, cabría relevar que la técnica legislativa de que da cuenta el tipo resulta rebuscada si consideramos, entre otras cosas, la doble remisión que él contiene: por un lado, a los hechos del artículo anterior, y por otro, a las circunstancias de los artículos 305, 306 y 307. Técnica que, creemos, obedecería a un deseo del legislador de cubrir el espectro más amplio posible de hechos dentro del marco que dan los artículos anteriores.

VI. ARTÍCULO 310

Artículo 310.- El que afectare gravemente uno o más de los componentes ambientales de una reserva de región virgen, un parque nacional, un monumento natural, una reserva nacional o un humedal de importancia internacional, será sancionado con presidio o reclusión mayor en su grado mínimo.

La misma pena se impondrá al que, infringiendo una resolución de calificación ambiental o sin haber sometido su actividad a una evaluación de impacto ambiental estando obligado a ello, afectare gravemente un glaciar.

La pena será de presidio o reclusión menor en su grado máximo si cualquiera de los hechos señalados en los incisos anteriores fuere perpetrado por imprudencia temeraria o por mera imprudencia o negligencia con infracción de los reglamentos.

Señalábamos al comienzo que un deber constitucional del Estado consiste en “tutelar la preservación de la naturaleza”, y utilizar la ley penal como acción “(...) destinada a asegurar la mantención de las condiciones que hacen posible la evolución y el desarrollo de las especies y de los ecosistemas del país”²²², es, en principio, la vía legal más intensa para hacerlo.

Dicho ello, diremos que en el primer inciso del artículo 310 del Código Penal se consagra la figura básica del tipo penal cuyo sujeto activo es inespecífico (“el que...”), sin perjuicio de que por contraste con el inciso segundo y con otras normas del párrafo, no debiera ser el titular de un proyecto evaluado y con RCA favorable.

Desde el punto de vista de la lesividad, se tipifica un delito de resultado con un estándar (“afectación grave”) que se detalla en el artículo siguiente, y que, sin describir mayormente el verbo rector, redobra la

²²² Extraído de la definición legal del concepto contenida en el artículo 2°, letra p), de la LBGMA.

protección de determinadas áreas de nuestro patrimonio natural ya protegidas²²³, pero a nuestro juicio, solo en lo tocante a componentes naturales del medio ambiente, y más específicamente, a determinados factores bióticos y abióticos.

En cuanto al concepto de “componente ambiental”, veíamos más arriba que él fue empleado por el legislador al definir “conservación del patrimonio ambiental”, y como se verá a lo largo del documento, él también fue empleado para definir otros conceptos tales como “daño ambiental”, “recursos naturales”, “reparación”, y recientemente, “impacto crítico”.

De este modo, se constata que se trata de un concepto estructurante para nuestro ordenamiento jurídico ambiental que, aunque no cuente con una definición legal propia, suele coincidir con los objetos materiales de los delitos que son previstos y sancionados en el párrafo²²⁴. Concepto que, a mayor abundamiento, remite a los “(...) elementos naturales tanto del medio abiótico como biótico y sus interacciones”, que en el esquema del profesor GASTÓ, conforman la variable y sub-

223 La creación de un área protegida del Estado comienza hoy en nuestro sistema con la propuesta que le hace en tal sentido el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad y el Cambio Climático al Presidente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 71, c), de la LBGMA.

224 En el SEIA, como se podría esperar, se observa un desarrollo conceptual mayor, toda vez que en relación a los elementos o componentes del medio ambiente se distinguen atributos y objetos de protección, en el entendido que “El concepto ‘objeto de protección’ hace referencia al elemento o componente del medio ambiente que se desprende del marco legal vigente, particularmente del artículo 11 de la Ley N°19.300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente, y según lo establecido en los artículos 5° al 10 del Decreto Supremo N°40, de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente, que establece el Reglamento del SEIA, y que, para efectos del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), se pretende proteger de los impactos ambientales¹ que pueda generar la ejecución de un proyecto o actividad”. SEA, Criterio de Evaluación en el SEIA: Objetos de protección (2022) p. 4.

sistema biogeoesctructura²²⁵⁻²²⁶⁻²²⁷, y que en la clasificación de MATEOS RODRÍGUEZ - ARIAS referida más arriba, remite al “ambiente natural”, lo que implica excluir, por ende, los sectores artificial y social del concepto de medio ambiente.

En otras palabras, cuando se emplea el concepto de “componentes ambientales” se alude a partes o elementos de un sistema -en este caso-, elementos o partes integrantes de un sistema ecológico o ecosistema. Lo que reviste gran importancia si compartimos (y extrapolamos, según el caso) el entendimiento de GÓRRIZ, conforme al cual “(...) los recursos naturales guardan con el bien jurídico, medio ambiente, una relación de repercusión, de suerte que la afección de aquéllos ha de comportar la ofensa a este último²²⁸”, de modo que la lesión del bien jurídico medio ambiente “(...) comportará un efectivo desequilibrio de los factores que garantizan el complejo entramado vital del ecosistema propio de cada concreto recurso natural²²⁹”, asumiendo que “(...) el medio ambiente no puede reducirse a la mera suma o yuxtaposición de los recursos naturales y su base física, sino que es el entramado complejo de las relaciones de todos esos elementos que, por sí mismos, tienen existencia propia y anterior, pero cuya interconexión les dota de un significado trascendental, más allá del individual de cada uno²³⁰”.

Así, cuando el legislador penal hace mención aquí de “componentes ambientales”, remite solo a la faz natural del medio ambiente definido legalmente, de modo que, si extrapolamos aquí la interpretación de ORTIZ, podremos sostener que la alusión a, y la tutela de, una sola

225 RIVEROS y ZUNINO (1992), p. 7.

226 A mayor abundamiento, una aplicación sin matices de la definición legal del concepto de “contaminante” podría generar conflictos, además, por el hecho que ella anticipa la protección al mero riesgo de los bienes jurídicos protegidos. Anticipación que en los hechos podría pugnar con descripciones típicas de delitos de resultados.

227 Los componentes ambientales específicamente protegidos en este nuevo párrafo del Código Penal son el agua, el suelo, el aire, la flora y la fauna.

228 GÓRRIZ (2015) p. 408.

229 Ibid.

230 GÓRRIZ, Ob. Cit. (2015) p. 409.

parte del medio ambiente implicaría la consagración legislativa de un sistema de “accesoriedad relativa”²³¹.

En materia de bien jurídico protegido, nos remitimos a lo señalado más arriba, sin perjuicio de recordar lo que indica MAÑALICH, en el sentido que cuando usamos el sustantivo “medioambiente” para designar el objeto de protección de un conjunto de normas de comportamiento punitivamente reforzadas, “lo que así se tematiza no es más que un haz de propiedades sustanciales o relaciones de equilibrio susceptibles de ser exhibidas por uno o más componentes ambientales, cuya conservación –relativa a un determinado estado– se corresponde con el *telos* de esas mismas normas”²³².

En palabras de NIETO MARTÍN, “es frecuente que se afirme por doctrina y jurisprudencia que en estos delitos trata de garantizarse el ‘mantenimiento de las propiedades del suelo, el aire y el agua, así como de la flora y la fauna y las condiciones ambientales de desarrollo de estas especies, de tal forma que el sistema ecológico se mantenga con sus sistemas subordinados y no sufra alteraciones esenciales’”²³³.

De este modo, si bien resulta claro que con el tipo penal comentado lo que se protege como bien jurídico es en última instancia el medio ambiente, creemos aquí en atención a lo afirmado por los autores citados y por PEÑA CHACÓN, que “(...) el bien jurídico protegido por los delitos ecológicos ... es el mantenimiento de la estabilidad del ecosistema. El concepto ecosistema asume y refleja las mutuas relaciones entre la comunidad biótica y abiótica”²³⁴. Lo anterior, especialmente, si consideramos que el tipo penal que se comenta pivota sobre el concepto de área protegida.

Luego, desde la entrada en vigor de la esperada Ley SBAP contamos en nuestro ordenamiento con definiciones legales de los conceptos de “área protegida”, “área protegida del Estado” y “área protegida privada”²³⁵, siendo la primera:

231 Ob. Cit., p. 8.

232 MAÑALICH (2021), p. 82.

233 NIETO MARTÍN *et al* (2018), p. 662.

234 PEÑA (2003), p. 5.

235 Para un estudio de la situación de las áreas protegidas previa a la creación del SBAP y del sistema que establece la Ley SBAP, véase, entre otros, “Las áreas protegidas de Chile. Antecedentes, institucionalidad, estadísticas y desafíos”, de

Artículo 3°. Definiciones. Para los efectos de esta ley, se entenderá por:

*2) Área protegida: espacio geográfico específico y delimitado, reconocido mediante decreto supremo del Ministerio del Medio Ambiente, con la finalidad de asegurar, en el presente y a largo plazo, la preservación y conservación de la biodiversidad del país, así como la protección del patrimonio natural, cultural y del valor paisajístico contenidos en dicho espacio*²³⁶.

La mayor parte de las áreas protegidas a que remite el tipo se encuentra definida y regulada en el párrafo 2°, “Categorías de áreas protegidas”, del Título IV de la Ley SBAP, cuyo epígrafe es “Del Sistema Nacional de Áreas Protegidas”²³⁷. Áreas que, puestas bajo protección oficial, representan un instrumento de conservación *in situ*, entendida como lo hace el legislador en el cuerpo de normas citado, como “la conservación de los componentes de la biodiversidad biológica en sus hábitats naturales”.

Ello sin perjuicio, de que el mismo legislador haya previsto expresamente la posibilidad de que proyectos o actividades puedan desarrollarse dentro de los límites de áreas protegidas, debiendo sí “(...) respetar la categoría y el objeto de protección del área y ser compatible con su plan de manejo”²³⁸, someterse en forma previa al SEIA de ser

Leonel SIERRALTA JARA *et al*, publicado por el Ministerio del Medio Ambiente, Chile (2011).

236 Definición de nuestra legislación interna que se estructura sobre la base de la escueta definición de “área protegida” que proporciona el Convenio sobre la Diversidad Biológica creado en el marco de la llamada “Cumbre de la Tierra”, celebrada por Naciones Unidas en Río de Janeiro, el año 1992, y promulgado entre nosotros mediante el D.S. N° 1963/1994, del Ministerio de Relaciones Exteriores. En el artículo 2 del Convenio se lee: “por ‘área protegida’ se entiende un área definida geográficamente que haya sido designada o regulada y administrada a fin de alcanzar objetivos específicos de conservación”.

237 El nuevo artículo 34 de la LBGMA, sustituido en virtud del artículo 144 de la Ley SBAP, comienza indicando que: “El Estado administrará un Sistema Nacional de Áreas Protegidas, con objeto de asegurar la conservación de la biodiversidad y la protección del patrimonio natural”.

238 Artículo 63, inciso 1°.

necesario²³⁹, y contar con los permisos ambientales sectoriales y administrativos sectoriales que resulten aplicables²⁴⁰.

De este modo, “reserva de región virgen”, se define en el artículo 57, inciso 1°, de la Ley SBAP, como:

*un área terrestre, acuática, marina, insular o continental, cualquiera sea su tamaño, en la que existen condiciones primitivas naturales, no perturbada significativamente por actividades humanas, reservada para preservar la biodiversidad, así como los rasgos geológicos o geomorfológicos y la integridad ecológica*²⁴¹⁻²⁴².

Definición de la legislación interna que entre nosotros debiera conciliarse con la de la Convención para la Protección de la Flora, Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América, comúnmente llamada “Convención de Washington (por la ciudad en que fue suscrita el año 1940)”²⁴³, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5°, inciso 2°, de la Constitución Política. Instrumento de Derecho internacional público que establece:

*Se entenderá por reservas de regiones vírgenes: una región administrada por los poderes públicos, donde existen condiciones primitivas naturales de flora, fauna, vivienda y comunicaciones, con ausencia de caminos para el tráfico de motores y vedada a toda explotación comercial*²⁴⁴.

239 En virtud de la tipología del artículo 10, p) de la LBGMA.

240 Tales como los de los artículos 120 y 121, del RSEIA.

241 Disposición legal que complementa indicando en los dos incisos siguientes: “El objetivo de esta categoría es la preservación estricta de la integridad ecológica, los rasgos naturales, la continuidad de los procesos evolutivos y la mantención de los servicios ecosistémicos que proveen.

Se prohíbe en esta área la explotación de recursos naturales con fines comerciales, y no podrá efectuarse ningún tipo de actividad, salvo aquellas que se autoricen con propósitos de investigación científica, conforme al artículo 79 y siguientes”.

242 Antes de la Ley SBAP, esta categoría de área protegida era definida y tratada como “área de manejo” en la ley N° 18.362, que Crea un Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado (artículo 4°). Ley expresamente derogada en virtud del artículo 143 de la Ley SBAP.

243 Promulgada en nuestro ordenamiento jurídico el año 1967 mediante el D.S. N° 531, del Ministerio de Relaciones Exteriores.

244 Artículo I, N° 4.

En lo tocante a los Parques Nacionales, por su parte, ellos se encuentran definidos en el artículo 58, inciso primero, de la Ley SBAP, como:

*un área terrestre, acuática, marina, insular o continental, generalmente amplia, en la que existen diversos ambientes únicos o representativos del patrimonio natural del país, no alterados significativamente por la acción humana, y en que la biodiversidad o las formaciones geológicas son de especial interés educativo, científico o recreativo*²⁴⁵⁻²⁴⁶.

Luego, cabría agregar lo que la Convención de Washington señala al respecto:

*Se entenderá por parques nacionales: Las regiones establecidas para la protección y conservación de las bellezas escénicas naturales y de la flora y la fauna de importancia nacional, de las que el público pueda disfrutar mejor al ser puestas bajo la vigilancia oficial*²⁴⁷⁻²⁴⁸.

En lo tocante ahora, a los “monumentos naturales”, ellos se definen en el artículo 59, inciso 1° de la Ley SBAP, como:

un área terrestre, acuática, marina, insular o continental, generalmente reducida en extensión, caracterizada por la

245 Antes de la Ley SBAP, esta categoría de área protegida era definida y tratada como “área de manejo” en la ley N° 18.362, que Crea un Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado (artículo 5°).

246 Antes de la Ley SBAP, esta categoría de área protegida era definida y tratada como “área de manejo” en la ley N° 18.362, que Crea un Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado (artículo 5°).

247 Artículo I, N°1.

248 Para profundizar en el tratamiento pre Ley SBAP de la categoría de protección, véase “Regulación de los parques nacionales en Chile”, de Ezio COSTA CORDELLA, incluido en las Actas de las VI Jornadas de Derecho ambiental de la Universidad de Chile, publicado por Legalpublishing, Chile (2012), pp. 189 a 211.

*presencia de componentes naturales específicos, relevantes para la biodiversidad, o formaciones naturales de valor excepcional*²⁴⁹⁻²⁵⁰⁻²⁵¹.

Complementariamente, la Convención de Washington establece:

*Se entenderá por monumentos naturales: Las regiones, los objetos o las especies vivas de animales o plantas de interés estético o valor histórico o científico, a los cuales se les da protección absoluta. Los Monumentos Naturales se crean con el fin de conservar un objeto específico o una especie determinada de flora o fauna declarando una región, un objeto o una especie aislada, monumento natural inviolable excepto para realizar investigaciones científicas debidamente autorizadas, o inspecciones gubernamentales*²⁵².

De este modo, y aunque el concepto en nuestro ordenamiento jurídico remita, como señala MEDINA PARRA²⁵³, a dos categorías diferentes de cosas: espacios naturales y objetos o especies vivas; creemos que la alusión que se hace aquí del concepto debiera remitir solo a áreas o formaciones naturales²⁵⁴, primando así para los efectos del tipo penal

249 Disposición legal que añade en sus dos incisos restantes:

“El objetivo de esta categoría es la preservación de un componente específico de la biodiversidad o de elementos o sitios de especial interés geológico, paisajístico, educativo o científico, y los hábitats asociados a dichos elementos.

Se prohíbe en esta área la explotación de recursos naturales con fines comerciales”.

250 Ello sin perjuicio que en la misma Ley SBAP se prevea la posibilidad de que el MMA, en consulta al Ministerio de Agricultura o al Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, pueda “declarar como monumento natural a una o más especies o especímenes de plantas, algas, hongos, líquenes o animales silvestres, entre otros, con base en su interés estético o a su valor histórico o científico (artículo 44, inciso 1°)”.

251 Antes de la Ley SBAP, esta categoría de área protegida era definida y tratada como “área de manejo” en la ley N° 18.362, que Crea un Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado (artículo 6°).

252 Artículo I, N°3.

253 MEDINA PARRA (2006), p. 310.

254 Antes de la creación formal e implementación del SBAP, los Planes de Manejo de los Monumentos Naturales han sido diseñados e implementados por la Corporación Nacional Forestal, Conaf. Ellos pueden verse en línea en la página web que tiene la siguiente URL: <https://www.conaf.cl/parques-nacionales/normativa-y-reglamento/planes-de-manejo-monumento-natural/>. Para revisar los polígonos que dan cuenta de sus superficies, véase la página web del Ministe-

la definición que contiene la Ley SBAP. Ello en aplicación del elemento sistemático de interpretación legal, toda vez que los “monumentos naturales” se mencionan en el encabezado del injusto, después de los componentes ambientales y dentro de un elenco cerrado de áreas protegidas o colocadas bajo protección oficial.

En lo tocante a su vez, a las “reservas nacionales”, ellas se definen en el artículo 60, inciso 1° de la Ley SBAP, como

un área terrestre, acuática marina, insular o continental, cualquiera sea su tamaño en la que existen comunidades biológicas, especies nativas, hábitats sitios de reproducción relevantes para la protección de determinadas especies y ecosistemas en condiciones predominantemente naturales que son relevantes para la educación, ciencia y turismo^{255 256}.

Complementariamente, la Convención de Washington indica:

*Se entenderá por reservas nacionales: Las regiones establecidas para la conservación y utilización, bajo vigilancia oficial, de las riquezas naturales, en las cuales se dará a la flora y la fauna toda protección que sea compatible con los fines para los que son creadas estas reservas*²⁵⁷.

En lo tocante al concepto de “humedales de importancia internacional”, cabría indicar que él no cuenta con una definición legal en nuestra legislación interna, sin embargo, el concepto sería alusivo a aquellos cuerpos de agua relevantes para las aves acuáticas en toda estación que el Estado se compromete a conservar y usar racionalmente ante la comunidad internacional, y que han sido incorporados formalmente

rio de Bienes Nacionales cuya URL es la siguiente: <https://patrimonio.bienes.cl/categoria-del-patrimonio/patrimonio-natural/monumentos-naturales/>

255 Disposición legal que añade en sus dos incisos restantes:

“El objetivo de esta categoría es la conservación de las comunidades biológicas, especies y hábitats, a través de una gestión activa para la recuperación, mantención y provisión de servicios ecosistémicos.

En esta área podrán desarrollarse actividades de uso sustentable, siempre que no pongan en riesgo los servicios ecosistémicos que esta área provee”.

256 Antes de la Ley SBAP, esta categoría de área protegida era definida y tratada como “área de manejo” en la ley N° 18.362, que Crea un Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado (artículo 7°).

257 Artículo I, N°2.

por el Estado en una lista que éste le hace llegar a la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y los Recursos Naturales, UICN, como secretaría ad hoc de la Convención sobre Zonas Húmedas de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de las Aves Acuáticas, suscrita en Ramsar, Irán, el año 1971²⁵⁸⁻²⁵⁹.

A mayor abundamiento, la Ley SBAP equipara “humedales de importancia internacional” con “sitios Ramsar” en su artículo 37, estableciendo a su respecto que:

Los sitios declarados en el marco de la Convención relativa a los Humedales de Importancia Internacional especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas o sitios Ramsar, serán acogidos a una de las categorías de protección establecidas en el artículo 56, mediante un decreto supremo dictado por el Ministerio del Medio Ambiente, y bastará para ello un informe técnico del Servicio (SBAP) que indique la categoría correspondiente. En caso que el sitio Ramsar sea de propiedad privada, se requerirá el consentimiento del propietario para proceder a su afectación como área protegida privada.

El Servicio promoverá la conservación y el uso sustentable de los humedales de importancia internacional o sitios Ramsar, y considerará la dimensión ecológica, económica y social, de manera de contribuir a la protección del patrimonio ambiental nacional, regional y local, y al bienestar de las comunidades locales.

Por último, podemos señalar que de acuerdo con lo prescrito en el artículo cuarto transitorio de la ley N° 21.600, se entiende que los parques nacionales, los monumentos naturales, las reservas nacionales y los humedales de importancia internacional o “sitios Ramsar”, forman parte del Sistema Nacional de Áreas Protegidas establecido en dicho cuerpo normativo y, en materia de régimen jurídico aplicable, mientras no se lleve a cabo una modificación de áreas protegidas de aquellas reguladas en el artículo 66 de la ley SBAP o se sometan al proceso de

258 Promulgada mediante el D.S. N° 771/1981, del Ministerio de Relaciones Exteriores.

259 El listado de los “humedales Ramsar” ubicados dentro del territorio nacional chileno, se mantiene a disposición pública para su consulta en línea en el sitio web asociado a la Convención, en la página URL: <https://www.ramsar.org/es/humedal/chile>

homologación del artículo quinto de las disposiciones antes indicadas, aplica la categoría de Reserva de Región Virgen a tales reservas; la de Parque Nacional a los parques nacionales; la de Monumento Natural a los monumentos naturales; la de Reserva Nacional a tales reservas, y para los sitios Ramsar o humedales de importancia nacional que no se encuentren dentro de los deslindes de otra área protegida, el SBAP deberá proponer al MMA la categoría aplicable “a fin de que este último lo declare como tal”²⁶⁰⁻²⁶¹.

En relación a las áreas protegidas cubiertas por el tipo penal resulta llamativo que no quedarán comprendidas, por ejemplo, los santuarios de la naturaleza, los parques marinos y las reservas marinas, así como las reservas de bosque o reservas forestales. Categorías todas que también constituyen “áreas protegidas” para los efectos del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y que además parecen enderezarse en el mismo sentido que la norma en cuanto al resguardo, principalmente, de espacios de naturaleza prístina y ricos en biodiversidad²⁶². Más aún si se tiene en cuenta lo que indica PÉREZ SANTOS, en el sentido que en el segundo trámite constitucional de la tramitación legislativa de la ley N° 21.595 se habría eliminado del inciso primero del artículo 310, la frase “o cualquiera otra área bajo protección oficial”²⁶³.

Con todo, es fácil prever que las áreas protegidas comprendidas en el tipo penal irán aumentando en número y, por lo tanto, en superficie, si se tiene en consideración lo que se indica en la Estrategia Nacional de Biodiversidad 2017 - 2030, en el sentido que “los ecosistemas están

260 En la misma disposición se prevé que: “Tratándose de aquellos sitios Ramsar o humedales de importancia internacional que se encuentren dentro de los deslindes de otra área protegida, se entenderá que éstos forman parte de dicha área y, por lo tanto, tienen la misma categoría de protección”.

261 En virtud de lo dispuesto en el artículo noveno transitorio de la Ley SBAP, la administración de los Parques Nacionales, Reservas Nacionales y Monumentos Naturales del Estado, recaerá en el SBAP recién a partir del tercer año contado desde la entrada en funcionamiento del Servicio.

262 El año 2007 el Consejo directivo de la Corporación Nacional de Medio Ambiente (CONAMA), aprobó una Política nacional de áreas protegidas, y en 2014 se creó por resolución exenta un “Comité nacional de áreas protegidas”, sin embargo, a la fecha no contamos aún con un Plan de acción de áreas protegidas.

263 PÉREZ SANTOS (2023), p. 3.

sometidos a procesos de degradación, fragmentación y pérdida”²⁶⁴; si se consideran además compromisos adquiridos por el Estado chileno ante la comunidad internacional, tales como el emanado del Conferencia de Partes 15 del Convenio de diversidad biológica consistente en conservar y gestionar de manera eficaz al menos el 30% de las zonas terrestres, de aguas continentales y costeras y marinas, y objetivos asumidos internacionalmente también, como los Objetivos de Desarrollo Sostenible 14²⁶⁵ y 15²⁶⁶, asumidos por los Estados miembros de la ONU, inicialmente, al año 2030²⁶⁷.

La pena aparejada al delito es la de presidio o reclusión mayor en su grado mínimo. Vale decir, una pena corporal que va de los 5 años y un día hasta los 10 años.

Ahora, en relación al inciso segundo, en él se prevé la misma sanción para quien produzca el resultado típico de afectación grave de un glaciar con infracción de una RCA o encontrándose en “elusión ambiental”.

Con todo, cabría comenzar consignando que los glaciares no cuentan con un verdadero régimen jurídico en nuestro ordenamiento jurídico ambiental, toda vez que solo encontramos menciones dispersas

264 MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE (2017), p. 30.

265 Conservar y utilizar en forma sostenible los océanos, los mares y los recursos marinos para el desarrollo sostenible.

266 Proteger, restablecer y promover el uso sostenible de los ecosistemas terrestres, gestionar los bosques de forma sostenible, luchar contra la desertificación, detener e invertir la degradación de las tierras y poner freno a la pérdida de la diversidad biológica.

267 En cuanto al procedimiento de creación de las áreas protegidas, la Ley SBAP establece en su artículo 65, inciso final:

“Un reglamento dictado por el Ministerio del Medio Ambiente establecerá el procedimiento y requisitos para la creación, modificación y desafectación de las áreas protegidas, el que deberá incluir una etapa de participación ciudadana, de consulta a los gobiernos regionales y municipalidades pertinentes, así como de consulta a Organizaciones Representativas de Pueblos Indígenas susceptibles de ser afectadas directamente, de conformidad con el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo y demás disposiciones aplicables. Dicho procedimiento deberá, asimismo, contemplar el pronunciamiento favorable del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad y el Cambio Climático en su finalización”.

de ellos²⁶⁸⁻²⁶⁹, prueba de lo cual es que no se cuenta aún con una definición legal de ellos “para todos los efectos legales”. Sin embargo, la DGA los ha definido como:

toda masa de agua terrestre en estado sólido que fluye por deformación de su estructura interna y por el deslizamiento de su base, encerrado por los elementos topográficos que lo rodean, formando parte de diferentes ecosistemas, cualquiera sea su forma, ubicación, dimensión y estado de conservación. Son partes constituyentes de un glaciar, su material detrítico; el agua líquida, tanto superficial como interna y basal; su parte flotante, siempre que se encuentre unida a su masa, la que se considerará como agua terrestre. Aquellas masas de agua en estado sólido que, flotando y separadas del glaciar, por efectos climáticos circunstanciales puedan adherirse a éste, se considerarán parte integrante del mismo. Un glaciar puede o no estar cubierto, parcial o totalmente, de material detrítico²⁷⁰.

Y no obstante cuenten con una regulación exigua e inorgánica, se cuenta con un inventario público de glaciares que elaboró por primera vez la DGA entre los años 2008 y 2014. El cual se actualiza continuamente, de modo que el año 2022 la institución pública determinó que en el territorio nacional existían 26.169 glaciares a la sazón, abarcando un área de 21.009,8 Km², equivalente al 2,8% del territorio nacional²⁷¹. A su vez, el Ministerio de Bienes Nacionales incorporó el citado Inventario en su portal web IDE Chile, Infraestructura de Datos Geospaciales²⁷²; constituyendo así una herramienta de suma utilidad en este punto.

268 En la LBGMA, por citar un ejemplo, ellos se citan a propósito de los efectos, características y circunstancias del artículo 11 que obligan a los titulares de proyectos o actividades del artículo 10, a someterse al SEIA a través de un EIA (11, letra d) y, luego, como parte integrante de las áreas protegidas previstas en los artículos previos al 36.

269 Desde el año 2018 se tramita en el Senado un proyecto de ley sobre protección de glaciares (Boletín N°11876 - 12).

270 DGA (2023), p. 54.

271 <https://dga.mop.gob.cl/Paginas/InventarioGlaciares.aspx>

272 Cuya URL es: <http://www.geoportal.cl/geoportal/catalog/search/resource/resumen.page?uuid={99BCC048-47F7-4FD0-8C6D-FB9DDB66A789}>

Por último en relación a estos dos primeros incisos del artículo 310, cabría señalar que la penalidad aparejada a ellos es la de presidio o reclusión mayor en su grado mínimo. Vale decir, una pena privativa de libertad que va de los 5 años y un día a los 10 años, sin perjuicio de la reglas comunes a todo el artículo que contiene el artículo 310 bis en su inciso final, conforme a la cual, cuando en estos casos la afectación grave cause un daño irreversible de un ecosistema se deber imponer el máximo de la pena; de la pena accesoria que se ordena imponer en el artículo 311 bis y de la imposibilidad de aplicar la atenuante “muy calificada” del artículo 310 ter en estos casos, por prohibición expresa que contiene él en ese sentido.

En cuanto al tercer inciso de la disposición, por su parte, con él se sancionan con una pena de presidio o reclusión menor en su grado máximo (3 años y un día a 5 años) los hechos de los dos incisos previos cometidos con imprudencia temeraria, mera imprudencia o negligencia, e infracción de decretos supremos reglamentarios.

Finalmente, en cuanto a la operatividad que requerirá la aplicación del tipo, todo parece indicar que resultaría aconsejable para una persecución penal eficiente y eficaz oficiar al SBAP en orden a validar con él que los hechos se hayan constatado efectivamente al interior de una de las áreas protegidas que contempla el tipo penal y se encuentran a su cargo. Ello considerando que no siempre es simple delimitar con precisión el ámbito espacial que abarcan las áreas protegidas, ya sea por la antigüedad de la declaratoria, por las características particulares del polígono correspondiente, por posibles traslapes de áreas con diferentes estatus jurídicos y/o por modificaciones en la delimitación del área y en su propia naturaleza jurídica experimentados a lo largo del tiempo, no obstante el Ministerio del Medio Ambiente cuente con un registro nacional de áreas protegidas²⁷³⁻²⁷⁴.

273 Disponible en línea en la URL: <https://areasprotegidas.mma.gob.cl/>

274 Sobre el particular, la Contraloría General de la República concluía en 2021 una auditoría apuntando, entre otras cosas, que “(...) la Subsecretaría del Medio Ambiente no ha definido los criterios para identificar y evaluar el porcentaje del espacio abarcado por áreas protegidas que corresponde a superposiciones entre diferentes categorías de conservación. La desatención señalada genera que los antecedentes presentados oficialmente a la Convención de Diversidad Biológica y a la ciudadanía no informen adecuadamente sobre el porcentaje de la superficie de su territorio terrestre y marino protegido por el Estado de Chile, al no considerar

Junto con ello, convendría visualizar -por la judicatura, especialmente-, si los hechos que se imputan en sede penal han dado origen además a una demanda reparatoria de daño ambiental ante el Tribunal Ambiental de la macrozona respectiva (verificando en tal caso, además de la coincidencia de los hechos que sustentan la demanda y de los que sustentan la formalización de la investigación, quiénes intervienen o intervinieron como demandantes o terceros); en qué etapa se encuentra el juicio; si se demandó por producir daño con culpa o con dolo; si operó el mecanismo de la conciliación o se descartó su procedencia; en qué términos se logró la conciliación; el estado de cumplimiento de lo acordado; si se dictó sentencia condenatoria o absolutoria; sus fundamentos; si ella se encuentra a firme, y si se ejercitó posteriormente la acción civil indemnizatoria de naturaleza extracontractual de la LBGMA.

Asimismo, se estima que convendría determinar si acaso los mismos hechos objeto de reproche penal fueron constitutivos de una infracción ambiental de competencia de la Superintendencia del Medio Ambiente o del SBAP, si se ha iniciado un proceso sancionatorio por alguno de dichos organismos; la calificación jurídica efectuada por ellos de la o las infracciones que sustentan el o los cargos formulados; las razones por las que podría haberse descartado el inicio de un proceso sancionatorio²⁷⁵; si el proceso sancionatorio ha concluido y cómo concluyó; si él se encuentra suspendido en razón de una “salida alternativa” y el estado de ejecución de ella; si se impuso una sanción, cuál fue y qué consideración se hizo al determinarla de las circunstancias del artículo 40 de la LO - SMA²⁷⁶ y qué nivel de cumplimiento presenta, y si se

la variable de superposición”. Informe final 381 - 2021. Subsecretaría del medio ambiente y otros. Manejo, gestión y control de áreas protegidas.

275 Por ejemplo, por tener la infracción una antigüedad superior a los 3 años y, por lo tanto, encontrarse prescrita desde el punto de vista administrativo.

276 “Para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar, se considerarán las siguientes circunstancias:

- a) La importancia del daño causado o del peligro ocasionado.
- b) El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción.
- c) El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción.
- d) La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma.
- e) La conducta anterior del infractor.

impugnó judicialmente la resolución sancionatoria ante los Tribunales Ambientales, entre otros aspectos de interés.

Lo anterior con la finalidad de que la reacción del Estado de cuenta de una respuesta punitiva consistente, debidamente coordinada, proporcional y razonable, no obstante el legislador haya omitido en forma deliberada articulaciones más sofisticadas entre el ejercicio de potestades administrativas de naturaleza sancionatoria y el ejercicio de la acción penal, de modo que, en principio, un proceso sancionatorio administrativo y otro penal²⁷⁷, incluso por los mismos hechos, puedan correr por cuerdas separadas y hasta paralelas.

f) La capacidad económica del infractor.

g) El cumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3º.

h) El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado.

i) Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción”.

277 La Ley SBAP, en sus artículos 116 y 117 contiene normas de clausura, pero relativas solamente a la faz administrativa. Ellas establecen en qué casos fiscalizará y sancionará la SMA o el SBAP.

VII. ARTÍCULO 310 BIS

Para los efectos de los tres artículos precedentes se entenderá por afectación grave de uno o más componentes ambientales el cambio adverso producido en alguno de ellos, siempre que consista en alguna de las siguientes circunstancias:

- 1. Tener una extensión espacial de relevancia, según las características ecológicas o geográficas de la zona afectada.*
- 2. Tener efectos prolongados en el tiempo.*
- 3. Ser irreparable o difícilmente reparable.*
- 4. Alcanzar a un conjunto significativo de especies, según las características de la zona afectada.*
- 5. Incidir en especies categorizadas como extintas, extintas en grado silvestre, en peligro crítico o en peligro o vulnerables.*
- 6. Poner en serio riesgo de grave daño la salud de una o más personas.*
- 7. Afectar significativamente los servicios o funciones ecosistémicos del elemento o componente ambiental.*

Tratándose de los hechos previstos en el número 1 del artículo 308 y en los incisos primero y segundo del artículo 310, si la afectación grave causa un daño irreversible a un ecosistema, se impondrá el máximo de las penas a ellos señaladas.

La disposición contempla circunstancias que en la práctica operarán como presunciones (“se entenderá”) de gravedad de una afectación negativa de componentes del medio ambiente, cuando ellas deban ser valoradas en relación a las hipótesis de los artículos 308, 309 y 310 (dos de los cuales remiten, a su vez, a las circunstancias de los artículos 305, 306 y 307).

Dichas circunstancias materiales -muy próximas a las asociadas a la propuesta internacional de tipificación del llamado “ecocidio”²⁷⁸ que ha hecho la fundación Stop Ecocidio con su panel internacional de expertos independientes²⁷⁹ y que ya habían sido recogidas entre nosotros en un proyecto de ley²⁸⁰-, operan como elementos objetivos de los tipos mencionados y se presentan aquí en un catálogo cerrado o de *numerus clausus*, con el cual se tiende a favorecer la previsibilidad del reproche y con ello, la certeza jurídica.

Lo anterior es de suma relevancia si consideramos que el concepto de “afectación grave” es un concepto más acotado por su ámbito de aplicación, pero hermano al fin del de “daño ambiental”, el cual fue definido por el legislador en relación a un estándar de gravedad como es el de la “significancia”, que en la práctica ha resultado un estándar jurisprudencial que se aprecia caso a caso, pero sin mayores herramientas objetivas ni criterios preestablecidos de los cuales echar mano para invocar la calificación jurídica²⁸¹.

Concepto el de daño ambiental que, sin embargo, usado aquí podría generar controversia a la luz del elemento histórico de interpretación legal, ya que durante la tramitación legislativa de la ley N°21.595, el daño ambiental se entendió como la causación de un resultado de daño que tiene efectos catastróficos (en el ambiente natural), pero solo en función de contaminación²⁸².

278 Como indica María Ángeles FUENTES LOUREIRO, ya en la Conferencia de Estocolmo del año 1972 se planteó la utilización de un tipo penal para hacer frente a “ecocidios”, entendidos como situaciones de extrema contaminación. Véase al respecto “El proceso de consolidación del Derecho penal ambiental de la Unión Europea”, en la Revista de Estudios Europeos de las Ediciones Universidad de Valladolid, Vol. 79 (2022) p. 326.

279 Véase al respecto el sitio web de la organización: <https://stopecocidio.org/>

280 Proyecto de ley “Modifica el Código penal para tipificar el delito de ecocidio”, Boletín N° 14537 - 12, en primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados desde agosto de 2021.

281 Al respecto véanse, entre otros, el Capítulo II de *Daño ambiental y significancia. Razonamiento judicial en torno a la significancia y la configuración del daño ambiental*, de Jorge OSSANDÓN ROSALES. Rubicón Editores, Chile (2020), y la Tercera Parte de *La responsabilidad por daño ambiental*, de Jorge FEMENÍAS SALAS. Ediciones Universidad Católica de Chile (2017).

282 Historia de la ley N°21.595. Segundo trámite constitucional (discusión en

A nivel comparado, FAURE ha hecho ver las dificultades prácticas que ha suscitado a nivel europeo el uso de conceptos tales como “daño sustancial”, “deterioro significativo” “daño ambiental grave o serio” y “actividad y sustancias peligrosas”²⁸³. De hecho, uno de los objetivos recogidos en forma expresa en la propuesta de Directiva relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal y por la que se sustituye la Directiva 2008/99/CE, presentada por la COMISIÓN EUROPA en 2021 fue, justamente, definir con mayor precisión “términos poco claros que aparecen en la Directiva”, tales como “daños sustanciales”, en orden a mejorar la eficacia de las investigaciones y el enjuiciamiento de los delitos²⁸⁴.

Por último, y haciendo un comentario ya de técnica legislativa, creemos que la remisión del encabezado a otros tres artículos, los cuales a su turno se engarzan con otros tres artículos, dificulta la labor hermenéutica y favorece la aparición casuística de dificultades de aplicación, así como de distorsiones que deberemos enfrentar los operadores jurídicos llegada la hora de hacernos cargo de un supuesto de hecho a la luz del párrafo comentado.

Para los efectos de los tres artículos precedentes se entenderá por afectación grave de uno o más componentes ambientales el cambio adverso producido en alguno de ellos, siempre que consista en alguna de las siguientes circunstancias:

1. Tener una extensión espacial de relevancia, según las características ecológicas o geográficas de la zona afectada.

Esta primera circunstancia, según las características ecológicas o geográficas de la zona afectada”, supone una triple determinación previa: de la extensión espacial de la afectación del componente, de la zona afectada y de las características ecológicas o geográficas de esta última.

Al ser la “extensión espacial de relevancia” un concepto jurídico indeterminado, él deberá ser ponderado en cada oportunidad, pues no obstante la jurisprudencia pueda ir dotando paulatinamente de contenido el concepto. y de ese modo permita con el transcurso del

sala, Senado), p. 456.

283 FAURE (2010), pp. 119 y ss.

284 COMISIÓN EUROPA (2021), pp. 13 y 14.

tiempo ir adelantando el criterio judicial que se pudiera aplicar en un caso concreto (tal como ha ido ocurriendo con el concepto de “daño ambiental”); no revestirá igual gravedad un derrame de hidrocarburos en el mar, cerca de la playa de un área intervenida, que en un curso de agua de un acuífero alimentador de vegas y bofedales del norte grande, aunque se trate, por ejemplo, del mismo volumen de petróleo vertido y de una superficie similar.

Para los efectos de los tres artículos precedentes se entenderá por afectación grave de uno o más componentes ambientales el cambio adverso producido en alguno de ellos, siempre que consista en alguna de las siguientes circunstancias:

2. Tener efectos prolongados en el tiempo.

En relación a la segunda circunstancia, y teniendo a la vista la siguiente, podemos afirmar que la extensión en el tiempo que se menciona aquí calificará como “afectación grave” (satisfaciéndose de este modo la respectiva exigencia del tipo objetivo), cuando los efectos negativos de la conducta en uno o más componentes ambientales se prolonguen en el tiempo -pero no por tanto como para superar la escala temporal de una vida humana-, y admitan ser reparados en los términos definidos en el artículo 2° de la LBGMA²⁸⁵.

Siguiendo la secuencia que indica GUZMÁN ROSEN al mencionar los conceptos de “contaminación”, “impacto ambiental”, y “daño ambiental” como reflejos de “(...) las diversas formas que pueden asumir las consecuencias adversas sobre el medio ambiente a la luz de la LBMA”²⁸⁶, podemos señalar que al nivel del SEIA, al menos, la duración es uno de los elementos contemplados por el legislador para calificar los efectos, características o circunstancias de las tipologías listadas como impactos significativamente adversos sobre el medio

285 “Para todos los efectos legales, se entenderá por:

s) Reparación: la acción de reponer el medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas”.

286 GUZMÁN (2012), p. 54.

ambiente²⁸⁷, siendo considerada luego, con mucha frecuencia en el RSEIA para los mismos efectos²⁸⁸.

Con todo, resulta claro que la ponderación de la circunstancia variará caso a caso, según el supuesto de hecho con que se trabaje y los componentes ambientales específicos que se hayan visto afectados con la descripción de la conducta.

Para los efectos de los tres artículos precedentes se entenderá por afectación grave de uno o más componentes ambientales el cambio adverso producido en alguno de ellos, siempre que consista en alguna de las siguientes circunstancias:

3. Ser irreparable o difícilmente reparable.

En relación ahora a la tercera circunstancia, si bien no contamos con una definición legal de “irreparable” ni menos de “difícilmente reparable” en nuestro ordenamiento jurídico ambiental, creemos que antes de recurrir al elemento gramatical de interpretación de la ley podemos esbozar una como constructo dogmático y con los matices pertinentes, a partir de la definición del concepto “reparación” que contiene la LBGMA en relación a la responsabilidad por daño ambiental²⁸⁹ y, más específicamente, a una de las dos acciones judiciales que surgen tras la producción de un daño ambiental significativo con culpa o dolo, en virtud de lo dispuesto en sus artículos 3^o²⁹⁰ y 53²⁹¹.

287 El artículo 11 de la LBGMA, establece:

“Los proyectos o actividades enumerados en el artículo precedente requerirán la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental, si generan o presentan a lo menos uno de los siguientes efectos, características o circunstancias:

e) Alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona”.

288 Artículos. 3° a 9°, especialmente.

289 Definición del art. 2°, letra s) transcrita en el pie de página inmediatamente anterior.

290 “Sin perjuicio de las sanciones que señale la ley, todo el que culposa o dolosamente cause daño al medio ambiente, estará obligado a repararlo materialmente, a su costo, si ello fuere posible, e indemnizarlo en conformidad a la ley”.

291 “Producido daño ambiental, se concede acción para obtener la reparación del medio ambiente dañado, lo que no obsta al ejercicio de la acción indemnizatoria ordinaria por el directamente afectado.

No procederá la acción para obtener la reparación del medio ambiente dañado

De este modo, diremos que la afectación grave de uno o más componentes ambientales consistente en el cambio adverso producido en alguno de ellos será irreparable cuando no sea posible reponerlos a una calidad similar a la que tenían con anterioridad ni restablecer sus propiedades básicas, a escala temporal humana.

Sobre este punto, y como recuerda BERMÚDEZ, la Corte Suprema ha interpretado la expresión “en caso de no ser ello posible” del artículo 2º, s) de la LBGMA, como referida “(...) justamente a la imposibilidad de efectuar reparación material del daño, atendida la naturaleza y entidad de éste (...)”²⁹².

En cuanto al factor temporal a ser considerado como factor para determinar la reparabilidad de uno o más componentes, estimamos que el horizonte de una vida humana -también denominado “escala humana”-, sería apropiado en nuestro sistema habida cuenta del hecho que tanto la SMA²⁹³ como el CDE²⁹⁴ lo utilizan en relación a la figura del daño ambiental prevista y regulada en la LBGMA²⁹⁵, y tal uso ha sido, a su vez, validado por los Tribunales Ambientales²⁹⁶.

En este punto, creemos que la calificación jurídica podría apoyarse, en principio, en la que hubieran podido hacer antes los referidos

cuando quien cometió el daño ejecutó satisfactoriamente un plan de reparación aprobado por la Superintendencia del Medio Ambiente”.

292 Sentencia recaída en la causa Rol N° 489/2006. BERMÚDEZ (2015), pp. 409 y 410.

293 Véanse al respecto, entre otros, los procesos sancionatorios Roles D 103 2018 y F - 09 - 2018.

294 Véanse al respecto, entre otras, las demandas por daño ambiental Roles D - 7 - 2020 y D - 15 - 2022, presentadas por la institución contra la Corporación Nacional del Cobre de Chile División Salvador y contra Minera Escondida Ltda. y otros, respectivamente, ante el Primer Tribunal Ambiental.

295 A mayor abundamiento, se constata que el CDE se ha apoyado argumentalmente en el modelo hipotético de degradación creado por Steven Whisenant a objeto de determinar la reparabilidad de un ecosistema degradado (“*Repairing Damaged Wildlands A Process-Orientated, Landsca pe-Scale Approach*”, Cambridge University Press, 1999), por ejemplo en la demanda presentada ante el Primer tribunal ambiental, a la cual se asignó el Rol D - 7 - 2020.

296 Véanse al respecto, entre otras, las sentencias recaídas en las causas por daño ambiental Roles D - 15 - 2022 del Primer Tribunal Ambiental y D - 14 - 2014, del Segundo Tribunal Ambiental.

Tribunales Ambientales²⁹⁷ o la SMA, si esta último hubiera formulado cargos por una infracción ambiental gravísima por hechos consistentes en haber causado un daño ambiental “no susceptible de reparación”²⁹⁸⁻²⁹⁹.

Lo anterior considerando que la SMA ya ha fijado criterios para determinar que un daño ambiental es irreparable, a saber:

- (i) *la factibilidad técnica de realizar acciones de recuperación,*
- (ii) *certidumbre científica,*
- (iii) *tiempo a escala humana,*
- (iv) *costo asociado a su recuperación y*
- (v) *la interrelación de estos elementos con el valor intrínseco del ecosistema*³⁰⁰.

Ahora bien, que un componente gravemente afectado sea difícilmente reparable remite a una cuestión de grado que debe ser apreciada en su mérito, caso a caso, pero siempre considerando el contexto y las

297 Cabe recordar aquí que la acción reparatoria de daño ambiental prescribe, en virtud de lo dispuesto en el artículo 63 de la LBGMA, en un plazo de 5 años a contar de la manifestación “evidente” del daño. A diferencia de las infracciones ambientales de competencia de la SMA (aunque tengan resultado de daño), que lo hacen en 3.

298 Pensamos en la infracción del artículo 36 de la LO - SMA, N° 1, a):

“Para los efectos del ejercicio de la potestad sancionadora que corresponde a la Superintendencia, las infracciones de su competencia se clasificarán en gravísimas, graves y leves.

1.- Son infracciones gravísimas los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que alternativamente:

a) Hayan causado daño ambiental, no susceptible de reparación”.

299 Para lo cual, obviamente, sería aconsejable observar el devenir del proceso sancionatorio, toda vez que, si él concluyera con una absolución, la calificación jurídica podría adolecer de defectos de base. Por otro lado, si la SMA ya hubiera impuesto una sanción, también podría ser de interés revisar si el infractor presentó o no un plan de reparación con sujeción a lo dispuesto en el art. 43 de la LO SMA y en el Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación (aprobado mediante el D.S. N° 30/2012, del MMA), si acaso él fue aprobado, y en qué estado se encuentra su ejecución.

300 SMA en la causa caratulada “Compañía Minera Nevada SpA con Superintendencia del Medio Ambiente”, conocida por el Primer Tribunal Ambiental, con el Rol R - 5 - 2018, y en la cual se dictó sentencia con fecha 19/08(2020).

características propias del componente o de los componentes específicos, el grado de desarrollo que exhiba el conocimiento científico a su respecto, el tiempo requerido para alcanzar el efecto reparatorio y tanto la calidad como las propiedades básicas que exhibía el o los componentes previamente, de cara a la posibilidad de repararlos *in natura e in situ* (y no *ex situ*, por ejemplo, mediante medidas de compensación aplicadas en un ecosistema semejante).

Así, la dificultad de reparar un componente gravemente afectado podrá traducirse, por ejemplo, en altos recursos materiales requeridos para llevar a cabo la reparación³⁰¹, en la necesidad de contar con una nueva metodología para efectos de diseñar, implementar y monitorear el proceso, o en el transcurso de un periodo extenso de tiempo para alcanzar el resultado reparatorio.

Con todo, homologar la “irreparabilidad” de un componente ambiental con dificultad para llevar a cabo su reparación, creemos que admite ser visto *prima facie* como un desincentivo para los imputados a la hora de hacerse cargo de las consecuencias que tienen sus conductas, no obstante el artículo 311 ter establezca una atenuante muy calificada para los hechores que reparen el daño causado (exceptuando el tipo del artículo 310).

En relación a este punto, estimamos que para acreditar la posibilidad de reparación de un componente afectado podría ser necesario contar con la opinión de peritos o expertos, opiniones que, a su vez, podrán o no ser validadas en juicio por órganos públicos de la institucionalidad ambiental o por OAECAS con *expertise* en la materia específica de que se trate. Escenario previsto por el legislador *mutatis mutandis* en el artículo 312, en relación a la posibilidad judicial de imponer condiciones tendientes a evitar o reparar un daño al medioambiente.

Por último, se hace presente que respecto del inciso final del artículo se abordará el “daño irreversible” a que alude la norma.

301 Si bien las normas chilenas oficiales emanadas del Instituto Nacional de Normalización son por regla general de aplicación voluntaria, creemos que al menos para determinar el costo monetario de una afectación grave del medio ambiente se podrían tener en cuenta las Nch - ISO - 14008:2020 e ISO 14008:2019 ES, sobre Valoración Monetaria de los Impactos Ambientales y Aspectos Ambientales Relacionados.

Para los efectos de los tres artículos precedentes se entenderá por afectación grave de uno o más componentes ambientales el cambio adverso producido en alguno de ellos, siempre que consista en alguna de las siguientes circunstancias:

4. Alcanzar a un conjunto significativo de especies, según las características de la zona afectada.

En virtud de la cuarta circunstancia, a su turno, se asume que se produce una afectación grave de uno o más componentes ambientales si los hechos alcanzan un conjunto significativo de especies, según las características de la zona de que se trate.

Criterio que podrá aplicar directamente cuando los componentes afectados sean la flora y/o la fauna, y que, en cambio, podrá aplicar cuando se presente como consecuencia indirecta cuando la afectación se produzca primero en los componentes aire, suelo y agua, y luego en especies animales o vegetales, por ejemplo, expuestas a la contaminación que se pudiera haber producido.

Se trata, sin lugar a dudas, de un criterio cuantitativo que solo podrá ser aplicado respecto de zonas, ecosistemas o áreas que posean una diversidad biológica alta, ya que espacios sin riqueza biológica no podrán acoger una diversidad de especies y, por lo tanto, no podrán cumplir con la condición necesaria de la norma.

Por último, creemos que -como es la tónica en relación a las demás circunstancias o criterios-, no tendrá igual peso la afectación de especies endémicas que la afectación de especies introducidas que incluso, puedan haber sido consideradas por los organismos públicos competentes como invasoras. Ello considerando que el valor natural de individuos de estas últimas, claramente, será muy inferior al de individuos de especies escasas, únicas o representativas.

Para los efectos de los tres artículos precedentes se entenderá por afectación grave de uno o más componentes ambientales el cambio adverso producido en alguno de ellos, siempre que consista en alguna de las siguientes circunstancias:

5. Incidir en especies categorizadas como extintas, extintas en grado silvestre, en peligro crítico o en peligro o vulnerables.

En relación a la quinta circunstancia, cabría comenzar señalando que el MMA lleva a cabo una clasificación de las plantas, algas, hongos y animales silvestres según su estado de conservación, lo cual permitiría evaluar el nivel de amenaza que presenta la diversidad biológica, y por ello, tal clasificación puede contribuir a priorizar recursos y esfuerzos en aquellas especies más amenazadas, al desarrollo de planes y programas de Conservación, a incrementar la investigación sobre ellas, así como también para su consideración en el desarrollo de planificación territorial y de inversión, entre otros³⁰².

Dicha clasificación se desarrolla en el marco de procesos regulados actualmente en el D.S. N°29/2011³⁰³, del Ministerio del Medio Ambiente, el cual considera para los efectos de las clasificaciones de especies las categorías recomendadas por la UICN. De este modo, la circunstancia que se analiza y comenta remite a conductas que causen como resultado una incidencia en especies clasificadas en cuatro categorías específicas de conservación. Categorías cuyas definiciones reglamentarias transcribimos a continuación:

Artículo 6º.- Una especie se considerará “Extinta” cuando no queda ninguna duda razonable de que el último individuo existente de dicha especie ha muerto. Se presume que una especie está Extinta cuando prospecciones exhaustivas de sus hábitats, conocidos y/o esperados, en los momentos apropiados (diarios, estacionales, anuales), y a lo largo de su área de distribución histórica, no han podido detectar un solo individuo. Las prospecciones deberán ser realizadas en períodos de tiempo apropiados al ciclo de vida y formas de vida de la especie. Para fines de comunicación, difusión y anotación científica podrá usarse también la sigla “EX”.

Artículo 7º.- Una especie se considerará “Extinta en Estado Silvestre” cuando sólo sobrevive en cultivo, en cautividad o como

302 <https://clasificacionespecies.mma.gob.cl/>

303 A la fecha de redacción de este texto, ya había concluido el 18° proceso, y el 19° se encontraba en curso.

población (o poblaciones) naturalizadas completamente fuera de su distribución original. Se presume que una especie está Extinta en Estado Silvestre cuando prospecciones exhaustivas de sus hábitats, conocidos y/o esperados, en los momentos apropiados (diarios, estacionales, anuales), y a lo largo de su área de distribución histórica, no han podido detectar un solo individuo. Las prospecciones deberán ser realizadas en períodos de tiempo apropiados al ciclo de vida y formas de vida de la especie. Para fines de comunicación, difusión y anotación científica podrá usarse también la sigla “EW”.

Artículo 8º.- Una especie se considerará “En Peligro Crítico” cuando la mejor evidencia disponible indica que cumple con alguno de los criterios establecidos por la UICN para tal categoría y, por consiguiente, se considera que está enfrentando un riesgo extremadamente alto de extinción en estado silvestre. Para fines de comunicación, difusión y anotación científica podrá usarse también la sigla “CR”.

Artículo 9º.- Una especie se considerará “En Peligro” cuando la mejor evidencia disponible indica que cumple con alguno de los criterios establecidos por la UICN para tal categoría y, por consiguiente, se considera que está enfrentando un riesgo muy alto de extinción en estado silvestre. Para fines de comunicación, difusión y anotación científica podrá usarse también la sigla “EN”.

Artículo 10.- Una especie se considerará “Vulnerable” cuando la mejor evidencia disponible indica que cumple con alguno de los criterios establecidos por la UICN para tal categoría y, por consiguiente, se considera que está enfrentando un riesgo alto de extinción en estado silvestre. Para fines de comunicación, difusión y anotación científica podrá usarse también la sigla “VU”³⁰⁴.

En relación a tales categorías, y a objeto de facilitar una idea o noción sobre la situación que presenta nuestro medio ambiente a este respecto, cabría señalar que según el REMA 2022, del total de especies de

304 El MMA va actualizando periódicamente un listado consolidado de especies clasificadas, en la página <https://clasificacionespecies.mma.gob.cl/> de su sitio web.

animales descritas de acuerdo con su estado de conservación, el 57,9% de ellas pertenecían a especies amenazadas, quedando conformado dicho grupo por 78 especies en peligro crítico, 189 en peligro, y 129 vulnerables y, del total de plantas y árboles descritas de acuerdo con su estado de conservación, por su parte, el 72,8% de ellas pertenecían a especies amenazadas, quedando tal grupo conformado por 83 especies en peligro crítico, 210 en peligro y 159 vulnerables³⁰⁵.

Por último, desde el punto de vista de la técnica legislativa, primero llama la atención el uso del verbo rector “incidir”³⁰⁶⁻³⁰⁷, sin siquiera una mención conjunta del adverbio de modo “negativamente” y, por otro lado, también resulta llamativo el hecho que se contemple la “incidencia” en especies declaradas extintas, si consideramos que un elemento de la definición de la categoría, justamente, es la inexistencia de individuos de la especie, lo que nos lleva a afirmar que, en principio, se trata de una circunstancia inverificable o, a lo menos, de un poco probable “caso de laboratorio”.

Para los efectos de los tres artículos precedentes se entenderá por afectación grave de uno o más componentes ambientales el cambio adverso producido en alguno de ellos, siempre que consista en alguna de las siguientes circunstancias:

6. Poner en serio riesgo de grave daño la salud de una o más personas.

En relación a esta sexta circunstancia, se puede observar *prima facie* que ella se aparta del tenor del encabezado de la disposición. De modo que para determinar la gravedad de la afectación de uno o más componentes, se incorpora la tutela del bien jurídico “salud de las personas”, y se hace con una técnica legislativa que adelanta o anticipa dicha tutela a su puesta en riesgo, en condiciones que las demás circunstancias del artículo apuntan a resultados lesivos en el medio ambiente y

305 MMA (2022), A - 7, pp. 1 y 2.

306 En su 3ª acepción, el Diccionario de la RAE define el verbo como: “intr. repercutir (causar efecto una cosa en otra)”. Definición del Diccionario de la lengua española, actualizado en 2022 y consultado en línea en la URL: <https://dle.rae.es/incidir?m=form>

307 Muy probablemente, extraído del artículo 325 N°1, del Código penal español (que contiene el sustantivo “incidencia”, y no el verbo “incidir”).

no a una mera puesta en riesgo (no obstante se trate aquí del riesgo de un daño grave para una o más personas).

Así, la que podría haber operado como una agravante propiamente tal, se contempla como circunstancia a ser considerada para determinar la concurrencia de un elemento típico, como es la gravedad de la afectación. Circunstancia que requerirá ser debidamente probada y que, estimamos, deberá presentar relación de causalidad con la afectación de los componentes ambientales cubiertos por las tres disposiciones previas.

Con todo, teniendo en vista la descripción típica de los tres artículos anteriores -a los cuales remite el encabezado como ámbito de aplicación objetivo-, cuesta imaginar que esta circunstancia pudiera operar en los hechos en forma aislada, pareciendo más probable que concurra junto a otras circunstancias del artículo 310 bis como criterio complementario que reafirmará la tipicidad de conductas.

Como indica la profesora MANSO en relación a la experiencia en España con los delitos ambientales, “esta clase de delitos medioambientales de lesión de (otros) bienes jurídicos individuales no son deseables y hoy no juegan casi ningún papel. Ofrecen una serie de problemas irresolubles que prácticamente los hacen inaplicables, mientras que, allí donde en rigor sí lo sean, son innecesarios, ya que las conductas correspondientes serían por lo general igualmente subsumibles en los delitos de lesión de bienes individuales”³⁰⁸.

Para los efectos de los tres artículos precedentes se entenderá por afectación grave de uno o más componentes ambientales el cambio adverso producido en alguno de ellos, siempre que consista en alguna de las siguientes circunstancias:

7. Afectar significativamente los servicios o funciones ecosistémicos del elemento o componente ambiental.

En relación a este criterio cabría relevar primero que se equiparen por el legislador “afectación grave” con “afectación significativa” como órdenes de entidad o magnitud. En segundo lugar, se constata que no contamos con una definición legal en la LBGMA para “servicios o funciones ecosistémicos”, sin embargo, creemos que, por una razón de

308 MANSO (2005), p. 589.

especialidad, principalmente, tendríamos que acudir, en primer lugar, a la definición del concepto que contiene la Ley SBAP:

Definiciones. Para los efectos de esta ley, se entenderá por:

Servicios ecosistémicos: contribución directa o indirecta de los ecosistemas al bienestar humano (artículo 3º, N°30).

Luego, y tal como se observa, la definición transcrita presenta el problema que da cuenta de una mirada legislativa de inspiración antropocéntrica y el criterio que se comenta, en cambio, tanto a la luz tanto de la redacción como de su contexto normativo, parece priorizar la o las funciones o servicios que prestan el o los componentes afectados al sistema al que se integran, a su ecosistema³⁰⁹, vistos ellos como complejos dueños de un valor intrínseco o valiosos *per se*.

Es por ello, que la definición de “servicios ambientales” que contiene el artículo 2º de la ley N°20.283, sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal, parece más adecuada al tenor de la norma que se comenta si se extrapola al componente de que se trate, aunque los conceptos no sean plenamente coincidentes:

Para los efectos de esta ley, se entenderá por:

Servicios ambientales: aquellos que brindan los bosques nativos y las plantaciones que inciden directamente en la protección y mejoramiento del medio ambiente (N°23).

A mayor abundamiento, el SEA, en su Guía para la Compensación de Biodiversidad en el SEIA³¹⁰, señala que “Los servicios ecosistémicos tradicionalmente se han agrupado en las siguientes categorías:

- *Servicios de provisión directa e indirecta, tales como agua fresca, comida, fibra, leña, entre otros;*
- *Servicios culturales, referidos a los beneficios no materiales que las personas obtienen de los elementos estéticos, recreacionales y espirituales de la biodiversidad;*

309 El Convenio sobre Diversidad Biológica, en su artículo 2, de “Términos utilizados”, prescribe que ‘Por “ecosistema” se entiende un complejo dinámico de comunidades vegetales, animales y de microorganismos y su medio no viviente que interactúan como una unidad funcional’. Convenio que fuera promulgado mediante el D.S. N° 1963/1994, del Ministerio de Relaciones Exteriores.

310 SEA (2022), p. 11.

- *Servicios de regulación, a través de la influencia de la biodiversidad en la producción, estabilidad y resiliencia de los ecosistemas;*

- *Servicios de soporte, referido al sustento a ecosistemas mediante la diversidad estructural, composicional y funcional; siendo por ello considerados actualmente como parte o componente de los ecosistemas.*

Así, creemos que un entendimiento correcto del concepto en el marco de la norma que se estudia será aquél que se acerque a cualquiera de las dos últimas categorías enumeradas por el organismo público administrador del SEIA y que, en definitiva, de cuenta de una disminución considerable de la contribución del componente al ecosistema en que se inserta.

Ahora, en relación al concepto “ecosistema”, él tampoco cuenta con una definición “para todos los efectos legales”, pero el legislador lo definió en la Ley SBAP, para los solos efectos de ésta del mismo modo en que se hizo en el Convenio sobre la Diversidad Biológica:

*complejo dinámico de comunidades vegetales, animales y de microorganismos y su medio no viviente que interactúan como una unidad funcional*³¹¹.

Concepto normativo que, pese a contar con numerosas definiciones normativas y doctrinales, presenta un grado importante de complejidad, toda vez que, si bien alude a una de las unidades básicas de la naturaleza, ha sido utilizado con múltiples finalidades desde que fuera acuñado el año 1935 hasta la fecha, comprende elementos de distinta naturaleza, y no proporciona criterios claros, por ejemplo, para delimitar el ámbito espacial que puede abarcar uno. Siendo “(...) aquí donde la ciencia tiene la tarea de generar un modelo espacial para identificar unidades geográficamente explícitas que representen la funcionalidad de los ecosistemas, seleccionando las variables más relevantes y las escalas adecuadas para la aplicación deseada”³¹².

Por último, en relación al inciso final del artículo, diremos que su aplicación requiere la prueba de haberse causado un “daño irreversible

311 Artículo 11, N°3.

312 ARMENTERAS *et al* (2016), p. 88.

a un ecosistema”. Ello nos lleva a definir el término “irreversible”, el cual se define por la RAE como:

1. *adj. Que no es reversible*³¹³.

Y “reversible”, a su vez, se define por la misma institución como:

1. *adj. Que puede volver a un estado o condición anterior*³¹⁴.

De este modo, y a la luz de lo señalado más arriba, diremos que para los efectos de este párrafo “irreparable” e “irreversible” son conceptos intercambiables, pues ambos refieren a la imposibilidad de volver al estado o condición *ex ante facto*.

Con todo, a propósito del artículo 310 bis, N° 3, abordábamos la “irreparabilidad” de componentes ambientales como “cambio adverso producido en alguno de ellos”. Luego, y no obstante en el artículo se utilicen como expresiones equivalentes, aquí la “irreversibilidad” se asocia, en cambio, al daño causado a todo un ecosistema (concepto complejo que presenta una relación de continente a contenido con los componentes ambientales), razón por la cual la previsión aquí opera no ya para calificar jurídicamente los hechos, sino derechamente como una agravante.

A mayor abundamiento, y habida cuenta de la remisión expresa que contiene el inciso final, diremos que el número 1 del artículo 308, además de los hechos que prevé y sanciona por sí solo, refiere a las “circunstancias” de los artículos 305, 306 y 307³¹⁵, y que los primeros dos incisos del artículo 310, a su turno, prevén y sancionan la afectación grave de una reserva de región virgen, de un parque nacional, de un monumento natural, de una reserva nacional o de un humedal de importancia internacional, así como la de un glaciar, pero con infracción

313 Definición del Diccionario de la lengua española, actualizado en 2022 y consultado en línea en la URL: <https://dle.rae.es/irreversible>

314 Definición del Diccionario de la lengua española, actualizado en 2022 y consultado en línea en la URL: <https://dle.rae.es/reversible>

315 “Elusión ambiental (artículo 305)”; infracción de naturaleza ambiental cometida por un titular ya sancionado a lo menos dos veces en los últimos diez años por infracciones calificadas como “graves” o “gravísimas (artículo 306)”, y extracción de aguas pese a existir una restricción temporal al ejercicio de derechos de aprovechamiento impuesta por la autoridad sectorial o bien, en una zona calificada con alguna de las categorías de vulnerabilidad o indisponibilidad hídricas del artículo 307, N° 2.

de una RCA o con elusión del SEIA. Hipótesis todas en las que deberá imponerse el máximo de las penas cuando se haya ocasionado como resultado el daño irreversible de un ecosistema.

Por último, en relación al artículo 310 creemos que las hipótesis de afectación grave de las áreas protegidas a que él remite debieran haberse alineado por el legislador, al menos en parte, con las “prohibiciones en áreas protegidas” previstas en el artículo 108 de la Ley SBAP, en razón de una mínima consistencia sistémica esperable, máxime si hablamos de dos leyes que fueron tramitadas en paralelo y publicadas con semanas de diferencia.

VIII. ARTÍCULO 310 TER

Además de las penas señaladas en las disposiciones de este Párrafo, el tribunal impondrá la pena de multa:

1. De ciento veinte a sesenta mil unidades tributarias mensuales, si la pena máxima señalada fuere inferior a la de presidio o reclusión menor en su grado máximo.

2. De doce mil a noventa mil unidades tributarias mensuales, si la pena mínima señalada fuere inferior a la de presidio o reclusión menor en su grado máximo.

3. De veinticuatro mil a ciento veinte mil unidades tributarias mensuales, si la pena mínima señalada fuere igual o superior a la de presidio o reclusión menor en su grado máximo.

El monto de la pena de multa pagada será abonado a la sanción de multa no constitutiva de pena que le fuere impuesta por el mismo hecho. Si el condenado hubiere pagado una multa no constitutiva de pena por el mismo hecho, el monto pagado será abonado a la pena de multa impuesta.

La disposición legal obliga a los jueces a sumar a las penas privativas de libertad previstas y a las otras penas especiales que pudieran proceder, sanciones pecuniarias de una cuantía tal que, por una parte permitan generar un efecto disuasivo y contribuir a generar un efecto de prevención general, y, por otra, impliquen restar y, ojalá, eliminar, beneficio económico a los autores de los delitos del párrafo, obligándolos a internalizar el costo de su atentado al medio ambiente o, al menos, de una parte relevante de él³¹⁶.

Se trata de multas a beneficio fiscal que fluctúan entre las 120 y las 120.000 Unidades Tributarias Mensuales (UTM), según la gravedad

³¹⁶ Cabe señalar aquí que en virtud de lo dispuesto en el artículo 21 del Código Penal, para efectos penales, la multa es de aquellas “penas comunes” a crímenes, simples delitos y faltas.

de la pena privativa de libertad que prevea la ley (en abstracto) para el delito respectivo.

De este modo, la multa que se impondrá adicionalmente irá de las 120 a 60.000 UTM, si la pena máxima señalada fuere inferior a la de presidio o reclusión menor en su grado máximo (3 años y 1 día a 5 años). Vale decir, si la pena máxima señalada llegara hasta los 3 años.

De las 12.000 a 90.000 UTM si la pena mínima señalada fuere inferior a la de presidio o reclusión menor en su grado máximo (3 años y 1 día a 5 años). Vale decir, si la pena mínima prevista en la norma llegara hasta los 3 años.

De las 24.000 a 120.000 UTM, si la pena mínima señalada fuere igual o superior a la de presidio o reclusión menor en su grado máximo. Vale decir, si la pena mínima en abstracto fuera de 3 años y 1 día a 5 años, para arriba.

Montos que, por cierto, dialogan con los montos de las multas previstas en la LO - SMA, la cual categoriza un elenco de infracciones ambientales según su gravedad en tres categorías: gravísimas, graves y leves³¹⁷, previendo 4 alternativas de sanción para cada infracción

317 Artículo 36. “Para los efectos del ejercicio de la potestad sancionadora que corresponde a la Superintendencia, las infracciones de su competencia se clasificarán en gravísimas, graves y leves.

1.- Son infracciones gravísimas los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que alternativamente:

- a) Hayan causado daño ambiental, no susceptible de reparación.
- b) Hayan afectado gravemente la salud de la población.
- c) Impidan u obstaculicen deliberadamente el cumplimiento de metas, medidas, y objetivos de un Plan de Prevención o Descontaminación.
- d) Hayan entregado información falsa u ocultado cualquier antecedente relevante con el fin de encubrir u ocultar una infracción gravísima.
- e) Hayan impedido deliberadamente la fiscalización, encubierto una infracción o evitado el ejercicio de las atribuciones de la Superintendencia.
- f) Involucren la ejecución de proyectos o actividades del artículo 10 de la ley N°19.300 al margen del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, y se constate en ellos alguno de los efectos, características o circunstancias previstas en el artículo 11 de dicha ley.
- g) Constituyan reiteración o reincidencia en infracciones calificadas como graves de acuerdo con este artículo.

2.- Son infracciones graves, los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que, alternativamente:

por la que se sancione al término de un proceso administrativo sancionatorio³¹⁸.

La LO - SMA contempla sanciones diferenciadas según el tipo de infracción (gravísima, grave o leve), previendo multas que pueden ir en uno de tres tramos³¹⁹, desde un piso mínimo de 12 UTM (1 UTA) hasta un tope máximo de 10.000 UTA (120.000 UTM)³²⁰, de modo

-
- a) Hayan causado daño ambiental, susceptible de reparación.
 - b) Hayan generado un riesgo significativo para la salud de la población.
 - c) Afecten negativamente el cumplimiento de las metas, medidas y objetivos de un Plan de Prevención y/o de Descontaminación.
 - d) Involucren la ejecución de proyectos o actividades del artículo 10 de la ley N°19.300 al margen del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, si no están comprendidos en los supuestos de la letra f) del número anterior.
 - e) Incumplan gravemente las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad, de acuerdo a lo previsto en la respectiva Resolución de Calificación Ambiental.
 - f) Conlleven el no acatamiento de las instrucciones, requerimientos y medidas urgentes dispuestas por la Superintendencia.
 - g) Constituyan una negativa a entregar información relevante en los casos que la ley autoriza a la Superintendencia para exigirla.
 - h) Constituyan persistente reiteración de una misma infracción calificada como leve de acuerdo con este artículo.

i) Se ejecuten al interior de áreas silvestres protegidas del Estado, sin autorización.

3.- Son infracciones leves los hechos, actos u omisiones que contravengan cualquier precepto o medida obligatorios y que no constituyan infracción gravísima o grave, de acuerdo con lo previsto en los números anteriores”.

318 Artículo 38. “Las infracciones cuyo conocimiento compete a la Superintendencia, podrán ser objeto de las siguientes sanciones:

- a) Amonestación por escrito.
- b) Multa de una a diez mil unidades tributarias anuales.
- c) Clausura temporal o definitiva.
- d) Revocación de la Resolución de Calificación Ambiental”.

319 Haciendo aplicación en cada tramo de las circunstancias enumeradas en el artículo 40 de la LO - SMA.

320 Artículo 39. “La sanción que corresponda aplicar a cada infracción se determinará, según su gravedad, dentro de los siguientes rangos:

- a) Las infracciones gravísimas podrán ser objeto de revocación de la resolución de calificación ambiental, clausura, o multa de hasta diez mil unidades tributarias anuales.
- b) Las infracciones graves podrán ser objeto de revocación de la resolución de calificación ambiental, clausura, o multa de hasta cinco mil unidades tributarias

que, como se puede observar, el monto de la mayor multa aplicable coincide si contrastamos la mayor multa ambiental con la mayor multa penal.

Por último, el inciso final del artículo prevé que el monto pagado por concepto de multa impuesta como pena debe abonarse si el condenado fuera obligado a pagar otra multa por los mismos hechos (asumimos, en sede administrativa) y, como regla refleja, a su vez, que lo pagado como multa fuera de la sede penal, debe abonarse si al imputado se le condena al pago de otra multa por los mismos hechos.

Reglas de suma relevancia para las personas que sean condenadas por delitos del párrafo, si consideramos, entre otras cosas, que se trata de reglas de aplicación obligatoria y no discrecional por parte de los jueces penales, y que la ley N°21.595 sustituyó el artículo 15 de la ley N°20.393, disponiendo que los tribunales siempre deberán imponer la pena de multa y que otras penas también podrán ser impuestas, pero solo en forma adicional.

Aquellas reflejarían una aspiración de razonabilidad y de proporcionalidad en la reacción estatal frente a los atentados contra el medio ambiente que no debiera afectar el efecto disuasivo de prevención general si asumimos como supuesto la elección racional³²¹, debiendo resultar funcional a la aplicación también racional de los tipos del párrafo que se comenta una intervención secuencial y coordinada del Estado³²².

Con todo, vale la pena resaltar en este punto que, no obstante se equiparen aquí las sanciones pecuniarias impuestas en las dos ramas del Derecho, y ello permita argumentar que para el legislador penal tanto el Derecho administrativo sancionador como el Derecho penal

anuales.

c) Las infracciones leves podrán ser objeto de amonestación por escrito o multa de una hasta mil unidades tributarias anuales”.

321 Sobre el particular véanse, entre otros, “Análisis económico del Derecho y política criminal”, de Íñigo ORTIZ DE URBINA, en: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 2 (2004), pp. 37 y ss., y “Environmental crime”, de Neal SHOVER y Aaron S. ROUTHE, en: *Crime and Justice: Review of Research*, N° 32, de la Universidad de Chicago (2005), pp. 321 y ss.

322 Piénsese, por ejemplo, en la probabilidad de detección. Elemento fundamental en el diseño de sistemas sancionatorios desde el modelo de Becker en adelante. BECKER, Gary S., “Crime and Punishment: An Economic Approach”, en: *Journal of Political Economy*, Vol. N° 76, EE.UU. (1968), pp. 169 - 217.

representarían manifestaciones del *ius puniendi* del Estado³²³; ellos tienen fundamentos, principios, lógicas, plazos de prescripción y fines diversos.

A este respecto, por citar solo un ejemplo, la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA ha interpretado que “(...) el procedimiento penal tiene por objeto la verificación de un hecho punible descrito por la ley -a fin de determinar responsabilidades e infligir la pena correspondiente-, y en cambio, los procedimientos sancionatorios administrativos...persiguen determinar el cumplimiento formal y sustantivo de una determinada regla y reaccionar frente a su inobservancia, a través de una potestad asignada a la Administración³²⁴.

Diferencias sustanciales que además se observan una vez que se ha tomado la decisión de sancionar/condenar al infractor o regulado/imputado, y se debe determinar el tipo y cuantía de la sanción. De este modo, y por citar otro ejemplo, la SMA determina sus sanciones con arreglo al artículo 40 y a las circunstancias del artículo 40 de la LO - SMA ponderadas con arreglo a las Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales que se dio la institución, mientras el o los jueces penales lo hacen aplicando reglas establecidas al efecto en el Código penal y, eventualmente, en la ley N°20.393.

En cuanto a las últimas normas de la disposición, creemos además que, al ser ellas las únicas del párrafo que regulan la interacción entre la sede administrativa y la penal, permiten colegir la intención del legislador de no articular el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración con la persecución penal de los atentados contra el medio ambiente -por ejemplo, estableciendo una intervención penal subsidiaria o una secuencialidad como la discutida durante la tramitación de la ley N° 21.595-. Ello porque en las normas comentadas -que representarían una extrapolación de las reglas genéricas del artículo 78

323 Como es bien sabido, en la doctrina y jurisprudencia nacionales ha sido casi unánime las últimas décadas la interpretación según la cual el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal representan manifestaciones del *ius puniendi* estatal. Sin embargo, recientemente autores entre los que se cuenta a la profesora Rosa GÓMEZ han propugnado que la potestad sancionadora no emanaría del *ius puniendi* del Estado. Como aplicación de esa interpretación, véase la STC recaída en el requerimiento de inaplicabilidad Rol N° 13.482 - 2022 (considerando 4°).

324 Dictamen N° 24.731/2019.

bis del Código Penal- se razona sobre la base de la posibilidad de que unos mismos hechos den origen a un proceso sancionatorio en sede administrativa y a una investigación penal (con el consecuente riesgo de que unos mismos hechos puedan ser apreciados y calificados, *mutatis mutandis*, de modo diverso)³²⁵.

Decisión legislativa que presenta como una de sus potenciales cualidades el hecho que en el caso de que la Administración y el o los jueces penales estimen procedente una sanción/pena pecuniaria, podrán determinarla, en principio, con prescindencia de la sanción impuesta en la otra sede, debiendo solo cumplir con las reglas de abono que se comentan, lo cual resulta relevante si asumimos como CATERINI, que la proporcionalidad de la pena, desde una perspectiva meramente preventiva, requiere, a lo menos, la superación de la ventaja del delito³²⁶.

Por último, la literalidad de las palabras empleadas por el legislador en el inciso final conjugada con una observancia básica del principio de legalidad llevarían a excluir de su ámbito de aplicación el costo que pueda tener asociado el diseño, tramitación e implementación de un Plan de Manejo o de un Programa de Cumplimiento ambiental, así como el monto que suponga la elaboración, tramitación e implementación de un Plan de Reparación, o bien, las indemnizaciones que se determinen judicialmente en virtud de las acciones civiles indemniza-

325 Una regla como la contenida en el artículo 112 de la Ley SBAP, conforme a la cual: “Las sanciones que corresponda aplicar por infracción a las disposiciones de esta ley serán sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que pueda afectar al infractor”; se orientaría, en nuestra opinión, en el mismo sentido.

326 CATERINI (2017), pp. 52 y 53.

torias aparejadas al daño ambiental, que se ejerciten con éxito ante la judicatura³²⁷⁻³²⁸⁻³²⁹⁻³³⁰.

327 Recuérdese que el daño ambiental, en los términos en que se encuentra regulado en la LBGMA, da origen a dos acciones judiciales: una reparatoria del daño, que se debe ejercitar antes el tribunal ambiental competente, y otra civil indemnizatoria por responsabilidad extracontractual, que se ejercita ante la justicia ordinaria, pero ya contando con una sentencia condenatoria por daño, a firme, como sustento. Véanse al respecto los artículos 3° y 51 y siguientes de la LBGMA, y 17, 2), 18, 2), 19, y 33 y siguientes, de la ley N° 20.600, que Crea los Tribunales Ambientales.

328 Elemento gramatical de interpretación que incluso a la luz del principio de legalidad, no obstaría, a nuestro juicio que, en el marco de una suspensión condicional, un juez de garantía pudiera tener a la vista tales planes, programas y montos.

329 En este punto, cabe recordar la crítica que hacía BASCUÑÁN RODRÍGUEZ a una regla contenida en el anteproyecto de Código penal de 2005, la cual permitía compensar con la pena de multa los gastos realizados para reparar un daño producido al medio ambiente. A su juicio, la regla hacía perder sentido preventivo a las consecuencias patrimoniales para los infractores/partícipes, diluyendo por completo el efecto disuasivo de la multa. Al respecto véase del autor su “Comentario Crítico a la Regulación de los Delitos contra el Medio Ambiente en el Anteproyecto de Código Penal de 2005”, en: Estudios Públicos, N° 110 (2008), pp. 66 y ss.

330 Creemos que es la interpretación correcta, además, teniendo a la vista lo señalado por los profesores Javier WILENMANN VON BERNATH, Antonio BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Héctor HERNÁNDEZ BASUALTO, Fernando LONDOÑO MARTÍNEZ, Gonzalo MEDINA SCHULZ y José Pedro SILVA SANTA CRUZ, en presentación efectuada al Tribunal Constitucional bajo su patrocinio, por los senadores Pedro ARAYA GUERRERO, Alfonso DE URRESTI LONGTON, Francisco HUENCHUMILLA JARAMILLO, Paulina NÚÑEZ URRUTIA, Ximena RINCÓN GONZÁLEZ, y Matías WALKER PRIETO, durante el control de constitucionalidad del entonces proyecto de ley de delitos económicos y ambientales. En aquella señalaban, entre otras cosas: “Un sistema de determinación de la pena es profundo cuando la pena concreta que debe aplicarse puede adaptarse a las características concretas de gravedad del hecho. Un sistema es, en cambio, plano cuando el sistema no tiene capacidad de adaptación a la gravedad del hecho más allá de la subsunción típica básica. Un sistema es ecuánime, a su vez, cuando busca reconocer factores que hacen variar la gravedad del hecho tanto para intensificar como para atenuar la gravedad de la pena concreta a imponer (p. 10).”

IX. ARTÍCULO 311

Tratándose de los hechos previstos en los artículos 305, 306 o 307, la pena sólo será la multa de ciento veinte a doce mil unidades tributarias mensuales cuando:

1. La cantidad vertida, liberada o extraída en exceso no supere en forma significativa el límite permitido o autorizado, atendidas las características de la sustancia y la condición del medio ambiente que pudieren verse afectados por el exceso y, además,

2. El infractor hubiere obrado con diligencia para restablecer las emisiones o extracciones al valor permitido o autorizado y para evitar las consecuencias dañinas del hecho.

El tribunal podrá imponer una multa inferior a la señalada, desde una unidad tributaria mensual, cuando el hecho fuere perpetrado extrayendo aguas continentales, superficiales o subterráneas, se cumpliere la condición señalada en el número 1 y la extracción hubiere estado destinada a las bebidas y usos domésticos de subsistencia.

En cuanto al encabezado de la disposición legal, su remisión a los artículos 305, 306 y 307 es clara y, por lo tanto, su ámbito de aplicación objetivo no genera mayores dudas. Con todo, se aborda una figura privilegiada que supone la concurrencia copulativa de dos condiciones. A saber:

- Que la excedencia en la liberación, extracción o vertimiento no sea significativa a la luz del umbral tolerado por el permiso o autorización de que se disponga, de la sustancia de que se trate y de la condición del medio ambiente que pudiera verse afectado y, por otra parte,
- Que el autor, además, pueda demostrar que luego de cometer el delito, obró con diligencia para cumplir con los

valores, concentraciones o umbrales tolerados o autorizados, en aras de evitar mayores consecuencias dañinas del hecho.

De este modo, la pena única de carácter pecuniario, situada en un rango de entre 120 y 12.000 UTM, operará como privilegio para los autores en la medida que estos sean capaces de acreditar que su conducta no se apartó demasiado de aquella esperada por el ordenamiento jurídico, que los efectos concretos de ella no resultaron demasiado perniciosos para el medio ambiente, y que al menos intentaron volver a la juridicidad con celo o diligencia, con el propósito de evitar un mal mayor al inicialmente causado.

Yendo más al fondo, creemos que la previsión y sanción penal de vertimientos, liberaciones y extracciones en exceso, pero “(..) que no superen en forma significativa el límite permitido o autorizado, atendidas las características de la sustancia y la condición del medio ambiente que pudieren verse afectados por el exceso”, es una previsión poco feliz, primero, porque en relación al artículo 305 no habrá una RCA (y perfectamente podría no haber parámetros comunes para el componente de que se trate); segundo, porque ella podría generar importantes distorsiones si consideramos que los artículos a que se remite tipifican delitos de peligro abstracto, y además porque *prima facie* la técnica legislativa empleada parece pugnar con el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal si se tiene en cuenta que parece altamente probable que frente a los supuestos de hecho cubiertos por la norma los órganos de los servicios públicos con competencias fiscalizadoras y potestades sancionadoras inicien procesos sancionatorios contra los infractores, no obstante lo cual deban denunciar los mismos hechos ante la justicia penal sin poder aplicar ningún estándar o rasero que les permita obviar hechos constitutivos de delitos de bagatela.

En cuanto a la última hipótesis de la figura, por su parte, ella comprende las modalidades comisivas de los artículos precitados, descritas con ocasión de la extracción de aguas continentales o terrestres, estableciendo como límite inferior de la pena de multa a imponer el de 1 UTM.

Se trata así de una figura que recibe un tratamiento especialmente benévolo por parte del legislador penal, toda vez que se sanciona a quienes extraen aguas continentales o terrestres en cantidades no sig-

nificativas y sin generar mayor afectación del medio ambiente, con la finalidad de satisfacer necesidades de bebida y uso doméstico de subsistencia³³¹, y de ningún otro tipo.

Finalidad que remite, a su vez, al Código de Aguas modificado el año 2022, cuando en él se dispone:

El acceso al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial e irrenunciable que debe ser garantizado por el Estado (art. 5°, inciso 4°).

Las aguas cumplen diversas funciones, principalmente las de subsistencia, que incluyen el uso para el consumo humano, el saneamiento y el uso doméstico de subsistencia; las de preservación ecosistémica, y las productivas.

Siempre prevalecerá el uso para el consumo humano, el uso doméstico de subsistencia y el saneamiento, tanto en el otorgamiento como en la limitación al ejercicio de los derechos de aprovechamiento.

Se entenderá por usos domésticos de subsistencia, el aprovechamiento que una persona o una familia hace del agua que ella misma extrae, con el fin de utilizarla para satisfacer sus necesidades de bebida, aseo personal, la bebida de sus animales y cultivo de productos hortofrutícolas indispensables para su subsistencia (art. 5° bis, incisos 1° a 3°).

Excepcionalmente y con la sola finalidad de satisfacer las necesidades humanas de bebida y los usos domésticos de subsistencia, cualquier persona podrá extraer aguas provenientes de las vertientes, de las nacientes cordilleranas o de cualquier forma de recarga natural que aflore superficialmente, sin que

331 En este punto no se debe olvidar que ya el año 2002 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas adoptaba la Observación General N° 15 sobre el derecho al agua, estableciendo en el artículo 11 de ella que “el derecho humano al agua es indispensable para una vida humana digna”, y que, en forma posterior, el año 2010, la Asamblea General de las Naciones Unidas reconocía el derecho humano al agua y al saneamiento mediante la Resolución N° 64/292. Véase al respecto en línea la página web cuya URL es la siguiente: https://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/human_right_to_water.shtml

esta extracción reporte utilidad económica alguna (...) (art. 20°, inciso final), y

Cualquiera puede cavar en suelo propio pozos para las bebidas y usos domésticos de subsistencia, aunque de ello resulte menoscabarse el agua de que se alimente algún otro pozo; pero si de ello no reportare utilidad alguna, o no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno, será obligado a cegarlos (art. 56°, inciso 1°)³³²

333 334.

332 Normas que deben ser interpretadas a la luz de otras normas de inferior jerarquía normativa sobre la materia, tales como las contenidas en la Resolución Exenta N° 1655/2022 de la Dirección General de Aguas, que Establece Normas para el Correcto Alcance y Aplicabilidad del Artículo 56° del Código de Aguas.

333 Mediante el artículo 9 de la ley, a su vez, se modificó el tipo penal del artículo 459 del Código penal, relativo a la usurpación de aguas, modificando la penalidad del delito e incorporando un inciso final a la disposición, conforme al cual:

“Las sanciones establecidas en este artículo no se aplicarán a quienes hagan uso del agua para consumo personal o familiar en los términos señalados en el artículo 56 del Código de Aguas”.

334 Norma que guarda relación con el Objetivo de Desarrollo Sostenible N°6, consistente en garantizar la disponibilidad y la gestión sostenible del agua y el saneamiento para todos.

X. ARTÍCULO 311 BIS

Tratándose de los hechos previstos en el artículo 310, el tribunal impondrá al condenado como pena accesoria la prohibición perpetua de ingresar al área afectada, y podrá extenderla mediante resolución fundada a otras áreas de las señaladas en dicho artículo que exhiban características ecosistémicas similares.

El tribunal podrá autorizar el ingreso al área con el único objeto de recorrer un trayecto entre dos lugares ubicados fuera de ella, cuando no hubiere vías alternativas disponibles.

El artículo complementa la regulación de la figura del artículo 310 previendo una pena accesoria de carácter mandatorio para los jueces, consistente en prohibir el ingreso de un condenado por la comisión del delito al área gravemente afectada, haya sido esta una reserva de región virgen, un parque nacional, un monumento natural, una reserva nacional o un humedal de importancia internacional.

A mayor abundamiento, el legislador prevé que la pena pueda tener carácter perpetuo y que, fundadamente, se pueda extender, incluso, a otras áreas que exhiban características ecosistémicas similares a las antes mencionadas, hayan sido o no reconocidas formalmente en alguna categoría de protección de valor natural. Todo ello, sin distinguirse en forma expresa si deberán recibir la pena solo quienes sean condenados por el delito en calidad de autores o si deberán recibirla igualmente quienes hayan participado en su comisión en calidad de cómplices o encubridores.

Con todo, se prevé en forma expresa la posibilidad de que se autorice judicialmente a los condenados (a los que no se imponga una pena corporal o privativa de libertad, por supuesto), el ingreso a una de la o las áreas asociadas a la pena, “con el único objeto de recorrer un trayecto entre dos lugares ubicados fuera de ella, cuando no hubiere vías alternativas disponibles”, de modo que la aplicación de la pena no en-

torpezca la libertad ambulatoria de el o los condenados, por ejemplo, en el caso que estos necesitaren transitar por un tramo del área para llegar a su domicilio o lugar de trabajo. Situaciones que, por cierto, deberán ser conocidas por el juez o los jueces del caso, y ponderadas por ellos a la luz de las circunstancias que les sean expuestas.

Por último, cabría señalar que en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el control de constitucionalidad de la ley N° 21.595, un voto de minoría hizo ver la eventual inconstitucionalidad de la norma al establecer una limitación perpetua a la libertad ambulatoria o de desplazamiento asegurada a todas las personas en el artículo 19 7° de la Constitución Política, toda vez que a juicio de LETELIER y VÁSQUEZ, “(...) una prohibición de ingreso perpetuo relativa al desplazamiento del sujeto no se condice con el derecho fundamental de la libertad personal” y, en consecuencia, resultaría desproporcionada³³⁵.

335 STC Rol N° 14.455 - 2023, (Votos disidentes II, considerando 18°).

XI. ARTÍCULO 311 TER

Fuera de los casos señalados en el artículo 310, el tribunal podrá apreciar la concurrencia de una atenuante muy calificada conforme al artículo 68 bis cuando el hechor repare el daño ambiental causado por el hecho.

En la disposición se prevé una circunstancia modificatoria de la responsabilidad penal, en este caso, con aptitud para atenuarla, que en el esquema de OLIVER operaría como una regla de individualización judicial de la pena aplicable³³⁶.

El Código Penal, por su parte, establece en su artículo 68 bis:

Sin perjuicio de lo dispuesto en los cuatro artículos anteriores, cuando sólo concurra una atenuante muy calificada el Tribunal podrá imponer la pena inferior en un grado al mínimo de la señalada al delito.

Luego, la atenuante que se comenta supone la producción previa de un daño ambiental o una afectación grave del medio ambiente, pero de una entidad o magnitud tal que admita la posibilidad de ser reparado *in natura*. En sentido contrario o *a contrario sensu*, en el evento que se esté ante la producción de un daño ambiental irreversible o irreparable, así como ante alguna de las hipótesis del artículo 310, no se podrá configurar ni menos operar esta atenuante.

En este punto, cabría tener presente que en la LBGMA el legislador “entendió” el concepto de “reparación” “para todos los efectos legales”, como

*la acción de reponer el medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas*³³⁷.

336 OLIVER (2011), p. 172.

337 Art. 2º, literal s).

Definición legal de la que se pueden extraer dos hipótesis o escenarios en los que efectivamente podrá llevarse a cabo la reparación de un medio ambiente dañado:

- El medio ambiente o sus componentes dañados pueden ser conducidos por la acción del Hombre a una calidad similar a la que tenían con anterior al daño causado, o
- Siendo imposible lo anterior, al menos pueden restablecerse las propiedades básicas del medio ambiente o de sus componentes dañados.

Como se observa, al tratarse de un concepto que implica la verificación de un contraste, la reparación ambiental propiamente tal y sus variantes (restauración y remediación ambientales); siempre presuponen un conocimiento del estado previo del ambiente o componente dañado, una suerte de línea de base, en este caso comprensiva de la calidad y de las propiedades básicas del ambiente o componente dañado, información de la que no siempre se dispone. A lo cual cabe añadir que la reparación de un medio ambiente dañado, pero “reparable”, no siempre podrá llevarse a cabo en un plazo breve, lo que reduce aún más la probabilidad de que se configure la atenuante.

Luego, al entrañar la reparación un juicio de valor técnico, se estima que su determinación requerirá de opinión experta y de la validación de los Tribunales Ambientales, y/o del Ministerio del Medio Ambiente o de los servicios públicos que supervigila el Presidente de la República por su intermedio, considerando que existe un interés público en la reparación de medios ambientes dañados³³⁸. Interés público expresado, por ejemplo, en el artículo 44 de la ley N°20.600, que crea los Tribunales Ambientales, en el cual se regula la “indemnidad de la reparación del daño ambiental”³³⁹, que concordado con los deberes esta-

338 Para interiorizarse de la regulación de los Planes de Reparación previstos como instrumento optativo en sede administrativa, véanse el artículo 43 de la LO-SMA y el Título III° del del Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación, aprobado mediante el D.S. N°30/2012, del Ministerio del Medio Ambiente.

339 “Indemnidad de la reparación del daño ambiental. La acción de reparación ambiental no podrá ser objeto de transacción o cualquier otro tipo de acuerdo que exima al autor de implementar medidas de reparación ambiental del daño causado”.

tales previstos en el artículo 19 8° de la Constitución Política, obligan a velar por la efectiva reparación de ambientes dañados, lo que implica supervisión y constatación de cumplimiento del resultado esperado.

Para efectos de configurar la atenuante, se estima que podría hacerse valer la reparación llevada a cabo en sede administrativa³⁴⁰ o incluso judicial, bajo la supervisión de la Superintendencia del Medio Ambiente, previa aceptación del Servicio de Evaluación Ambiental o habiendo sido dispuesta por alguno de los Tribunales Ambientales en una sentencia condenatoria dictada en el marco de un juicio por daño ambiental³⁴¹ o bien, del SBAP, previa aprobación del Ministerio del Medio Ambiente³⁴², según el caso.

De otro lado, no debe perderse de vista que la ley N°21.595 prevé en forma genérica otras atenuantes muy calificadas para delitos calificados como “económicos”³⁴³, las cuales deberán ser ponderadas con arreglo a las reglas de su artículo 17, sobre “efectos de las atenuantes y agravantes”.

Por último, de *lege ferenda*, creemos que el legislador podría haber considerado también como circunstancia atenuante la autodenuncia ambiental, que si bien ha recibido escasa aplicación práctica desde el año 2010 hasta la fecha, cuenta con una regulación -legal y reglamentaria³⁴⁴- sumamente benévola para los infractores que la invocan ante

340 Véanse al respecto, entre otros, *Incentivos al cumplimiento ambiental. Autodenuncia, programas de cumplimiento y planes de reparación* (Editorial Libromar, Chile, 2015), de Jorge OSSANDÓN ROSALES, pp. 365 y ss., y *Texto Comentado y Concordado de la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente*, de Juan Pablo LEPPE GUZMÁN (Editorial Hammurabi, Chile, 2019), pp. 226 y 227.

341 Sobre la materia véase lo dispuesto en el artículo 53 de la LBGMA, y en el artículo 43 de la LO - SMA (contenida en el artículo segundo de la ley N° 20.417), concordado con el D.S. N° 30/2012, del Ministerio del Medio Ambiente, con que fuera aprobado el Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación.

342 La Ley SBAP prevé los “Planes de corrección” en su artículo 141, encontrándose pendiente a la fecha la dictación del respectivo reglamento.

343 En sus artículos 14 (por culpabilidad “muy disminuida” del condenado o porque el hecho haya tenido una cuantía de bagatela) y 63 (por cooperación).

344 Régimen jurídico compuesto por el artículo 41 de la LO - SMA y por el Párrafo 2°, del Título I°, del Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación, aprobado mediante el D.S. N°30/2012,

la SMA satisfaciendo las exigencias que tiene aparejadas, y podría comenzar a recibir mayor aplicación por parte de los infractores, máxime si el legislador la insertara de ese modo en la dinámica del párrafo que se comenta.

del Ministerio del Medio Ambiente.

XII. ARTÍCULO 311 QUÁTER

Las penas previstas en las disposiciones de este Párrafo para los atentados contra el medio ambiente perpetrados extrayendo aguas continentales, superficiales o subterráneas, serán impuestas sin perjuicio de la aplicación de las penas que correspondan por el delito de usurpación.

Norma que estipula en forma expresa la posibilidad de un concurso real de delitos si se configura uno del párrafo que se comenta en relación a “aguas continentales” y, además, uno de los artículos 459, 460 y/o 461 del párrafo VI, del Título IX (“Crímenes y simples delitos contra la propiedad”) del Libro II (Crímenes y simples delitos y sus penas) del Código Penal. De este modo, la consecuencia práctica de esta previsión es la aplicación de las reglas generales del Código Penal para este tipo de concurso. Reglas contenidas en el artículo 74 de dicho cuerpo de normas:

Al culpable de dos o más delitos se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones.

El sentenciado cumplirá todas sus condenas simultáneamente, siendo posible. Cuando no lo fuere, o si de ello hubiere de resultar ilusoria alguna de las penas, las sufrirá en orden sucesivo, principiando por las más graves o sea las más altas en la escala respectiva, excepto las de confinamiento, extrañamiento, relegación y destierro, las cuales se ejecutarán después de haber cumplido cualquiera otra pena de las comprendidas en la escala gradual núm. 1.

A mayor abundamiento, cabría señalar aquí, por una parte, que los delitos de usurpación de aguas contemplan como presupuesto fáctico y condición necesaria para ser configurados que el objeto material sobre el que recaiga el delito sean aguas sobre las cuales un tercero tenga de derechos de aprovechamiento y, por otra, que pese a lo recién señalado y a su ubicación en el Código Penal, los delitos de usurpación no habrían sido tipificados para proteger directamente la propiedad

sobre los derechos de aprovechamiento de aguas, sino, en cambio, el ejercicio de las facultades derivadas de la propiedad de un derecho sobre ellas³⁴⁵.

Recuérdese que, en nuestro ordenamiento jurídico (como se señalaba *ut supra*), la naturaleza jurídica de las aguas es la de bienes nacionales de uso público, por haberlo dispuesto así el legislador en el Código Civil³⁴⁶ y en el Código de Aguas³⁴⁷, y que el Constituyente del 1980 aseguró a todas las personas que “los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos (y no sobre las aguas)”³⁴⁸.

Por último, si el supuesto de hecho impide o dificulta en extremo dar por acreditado un delito de usurpación de los Código Penal³⁴⁹, estimamos que, en principio -y si así lo permiten los hechos y la prueba disponible de ellos-, podría perseguirse la responsabilidad penal por alguno de los delitos de este párrafo y, además, la responsabilidad en sede administrativa por una extracción ilegal constitutiva de infracción³⁵⁰.

345 Véase al respecto el informe sobre el delito de usurpación de la Biblioteca del Congreso Nacional, elaborado por Juan Pablo CAVADA, disponible en línea en la URL: https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/28299/2/Delito_de_usurpacion_Bol_12379_y_12788__1_.pdf

346 El artículo 595 del Código Civil establece sin distinciones que, “todas las aguas son bienes nacionales de uso público”.

347 Si bien el Código de Aguas acota su ámbito de aplicación objetivo a las “aguas terrestres”, establece en los dos primeros incisos de su artículo 5°:

“Las aguas, en cualquiera de sus estados, son bienes nacionales de uso público. En consecuencia, su dominio y uso pertenece a todos los habitantes de la nación.

En función del interés público se constituirán derechos de aprovechamiento sobre las aguas, los que podrán ser limitados en su ejercicio, de conformidad con las disposiciones de este Código”.

348 Artículo 19, 24°, inciso final, de la Constitución Política.

349 Sobre el tema puede verse, entre otros, *Usurpación de aguas*, de Marcos CONTRERAS ENOS, Ediciones Jurídicas de Santiago, Chile (2015), y del mismo autor, “Usurpación y extracción antijurídica de aguas: desde la protección de intereses individuales a la protección de intereses colectivos”, en: *Desafíos hídricos para el desarrollo sostenible. XXIV Jornadas de Derecho y gestión de aguas UC*, publicado por Der Ediciones, Chile (2023), pp. 215 a 244.

350 A la luz de lo dispuesto en los artículos 20, 59, 163 y 173 del Código de Aguas, y 42 y 43 del D.S. 203/2013, del Ministerio de Obras Públicas, apro-

XIII. ARTÍCULO 311 QUINQUES

Cuando la persona obligada por las normas ambientales o el infractor a que se refieren las disposiciones de este Párrafo fuere una persona jurídica, se entenderá que esa calidad concurre respecto de quienes hubieren intervenido por ella en el hecho punible.

La disposición contiene una regla de imputación relevante por los efectos prácticos que se pueden esperar de su aplicación, considerando que por regla general las obligados por obligaciones ambientales son personas jurídicas que desarrollan actividades económicas y operan en el mercado como empresas³⁵¹, quedando expuestos a conflictos entre la empresa y su entorno. En palabras de BALMACEDA, “(...) las empresas, al incorporarse dentro de un país, comienzan a formar parte de dicha realidad social, por lo que requieren estar conscientes como organización de aquellos cambios que provocan en su entorno, ya sean ambientales, viales, arquitectónicos, etc.”³⁵²⁻³⁵³.

Si bien las empresas, por regla general, muestran un desempeño ambiental formalmente adecuado a la legalidad, incluso aunque existan

batorio del Reglamento sobre Normas de Exploración y Explotación de Aguas Subterráneas.

351 Sobre las dificultades prácticas que se observaban en la persecución penal desarrollada bajo el alero de los tipos penales dispersos que protegen en forma indirecta el medio ambiente, véase “La atribución de responsabilidad individual por el delito ambiental del art. 291 del Código penal cometido en el seno de organizaciones empresariales”, de Lautaro CONTRERAS CHAIMOVICH, en: Revista de Derecho de la Universidad Austral, Vol. XXXIII, N° 2 Chile (2020), pp. 319 - 339.

352 BALMACEDA *et al* (2019), p. 31.

353 Por otra parte, desde el punto de vista de la vieja aspiración estatal de regular y modular conductas, también se puede tener en cuenta aquí lo que afirma Jennifer ARLEN, en el sentido que las empresas suelen proveer formas costo eficientes para ejercer supervisión sobre ellas mismas, así como para prevenir la comisión de delitos. “Corporate criminal liability: Theory and evidence”, en: NYU and Economics Research Paper, N° 11 - 25, EE.UU. (2012), p. 145.

bajas probabilidades de ser descubiertas incurriendo en ilicitudes, y las sanciones arriesgadas no resulten críticas para ellas -dándose el fenómeno de la llamada “paradoja de Harrington”³⁵⁴-, la sociología enseña que la agrupación crea un clima que facilitaría e incitaría a los autores físicos (o materiales) a cometer delitos en su beneficio.

De ahí, a juicio de TIEDEMANN, la idea de no sancionar solamente a estos autores materiales (que pueden cambiar y ser reemplazados), sino también y, sobre todo, a la agrupación misma ³⁵⁵⁻³⁵⁶.

A nivel interno se constata que el año 2009, al tiempo que Chile se incorporaba formalmente a la OCDE, el legislador nacional adoptó una decisión de política criminal histórica como fue desentenderse del clásico principio *societas delinquere non potest* y de la consecuente responsabilidad penal reservada para las personas naturales, y convertir a las personas jurídicas en potenciales sujetos activos de delitos, penalmente responsables por ellos. Responsabilidad jurídica que como indica GÓRRIZ, fuera aceptada en sistemas como el norteamericano a principios del siglo XX³⁵⁷ a partir de casos emblemáticos como *New York Central & Hudson River vs. U.S.* (1909), pero que en nuestro sistema jurídico generó en su momento gran polémica y hasta opositores acérrimos³⁵⁸.

354 Al respecto pueden verse de Winston HARRINGTON, “Enforcement Leverage when Penalties are Restricted”, en el *Journal of Public Economics*, Vol. 37 (1988), pp. 29 - 53 y de él con Jon D. HARFORD, “A Reconsideration of Enforcement Leverage when Penalties Are Restricted”, en el *Journal of Public Economics*, Vol. 45 (1991), pp. 391 - 395.

355 TIEDEMANN (1996), p. 3.

356 En este punto, Jonathan MACEY identificó tres escenarios genéricos favorables para la expresión de la criminalidad corporativa: cuando una empresa exhibe un desempeño pobre y sus gerentes enfrentan situaciones tales como reorganizaciones o despidos por falta de competencias, cuando se lleva a cabo una conducta de imitación al interior de una cultura corporativa determinada, y cuando se ha hecho una errada interpretación interna del marco normativo aplicable o del panorama político que sirve de contexto a la operación. MACEY, Jonathan, “Agency theory and the criminal liability of organizations”, en: *Boston University Law Review*, Vol. 71, N° 2, EE.UU. (1991), pp. 339 - 340.

357 GÓRRIZ (2019), p. 33.

358 Véase “Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, de Alex VAN WEEZEL, en: *Revista electrónica Política Criminal*, Vol. 5, N° 9 (2010), pp. 114 - 142.

Como indica BARRIENTOS, “en un sentido estricto y literal, las personas jurídicas no pueden ser culpables ni tampoco inocentes. Tampoco nacen ni mueren ni compran ni venden, pero el Derecho finge todo ello”³⁵⁹ por medio del expediente de las “ficciones jurídicas”.

De este modo, en cuanto a las alternativas de que disponía el legislador al momento de establecer un sistema de atribución de responsabilidad, HERNÁNDEZ identifica “dos grandes modelos legislativos ideales de responsabilidad penal de personas jurídicas. Por una parte, un modelo de responsabilidad derivada, conforme al cual se hace recaer sobre la persona jurídica la responsabilidad penal de una persona natural en virtud de algún criterio de conexión entre una y otra, generalmente la circunstancia de ser la persona natural órgano o al menos subordinado del ente moral. Por la otra, un modelo de responsabilidad autónoma u originaria, de acuerdo con el cual la responsabilidad surge directamente de una conexión entre el hecho prohibido y una característica de (o un cierto estado de cosas en) la entidad, siendo irrelevante la eventual responsabilidad de una persona natural”³⁶⁰⁻³⁶¹.

De entre ellos, nuestro legislador se decantó por un “modelo atenuado de responsabilidad derivada”, en que ella nace surge por “defecto en la organización”³⁶² o, “(...) dicho en otros términos, de un déficit en el esfuerzo de cumplimiento”³⁶³. En relación a este último, cabría recordar que TIEDEMANN acuñó el concepto de “defecto de organización” para aludir con él a la culpabilidad que concurre cuando una organización “(...) ha omitido la adopción de medidas (vigilancia y control), que le son exigibles para garantizar un desarrollo empresarial ordenado, y que eviten la comisión de hechos delictivos por sus miembros”³⁶⁴.

Así, y para los efectos que nos interesan en el presente comentario, diremos que en la ley N°20.393 primero se consideraron tres delitos como delitos base, a saber: el de lavado de activos, el financiamiento del

359 BARRIENTOS (2019), p. 153.

360 HERNÁNDEZ (2010), p. 216.

361 BALMACEDA *et al*, distinguen los modelos “heterónomos” de los “autónomos”. Ob. Cit. (2019), pp. 192 y ss.

362 *Ibid.*, p. 217.

363 HERNÁNDEZ (2018), p. 438.

364 Citado por POZO TORRES (2018), pp. 48 y ss.

terrorismo, y el cohecho a funcionario público nacional e internacional; catálogo que se amplió considerablemente el año 2019 mediante la ley N°21.232, “Moderniza y Fortalece el Ejercicio de la Función Pública del Servicio Nacional de Pesca”, con la cual se pasó a extender la responsabilidad de las personas jurídicas a tipos penales ambientales, pero de naturaleza sectorial (contenidos en la Ley General de Pesca y Acuicultura) y, por último, con la promulgación de la ley N° 21.595, la ley N° 20.393 experimentó cambios sustantivos y adjetivos de suma relevancia, pasando los nuevos tipos penales ambientales que se comentan a formar parte de su elenco de “delitos base”, además de otros como los incorporados al texto de la LO - SMA.

En relación con lo anterior, y volviendo a la disposición que se comenta, esta no opera de forma aislada, sino por el contrario, como norma complementaria del régimen general que contiene la ley N°20.393, que Establece la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en los Delitos que Indica.

Con todo, debe tenerse en consideración que la ley N° 21.595, sustituyó parte de dicha ley, reemplazando su artículo 3° de “presupuestos de la responsabilidad penal”, por uno que establece que las personas jurídicas responden penalmente de los delitos comentados más arriba así como de otros más, en la medida que sea cometidos en el marco de la actividad de la organización, por un persona natural que ocupe un cargo, función o posición en ella así como en otra organización relacionada, interviniendo incluso como gestor de sus asuntos ante terceros³⁶⁵, en la medida que la perpetración se vea favorecida o facilitada “por la falta de implementación efectiva de un modelo adecuado de

365 A nivel comparado, la *UK Bribery Act* de 2010 establece reglas para determinar el carácter de “persona asociada” a una persona jurídica, señalando como criterio central que se presten servicios o se actúe a nombre de ella, cuestión de hecho que según el propio instrumento debe ponderarse en atención a las circunstancias concretas del hecho, y no solo en base a la naturaleza de la relación entre la institución y el tercero.

prevención de tales delitos”³⁶⁶⁻³⁶⁷, y el hecho punible no sea perpetrado exclusivamente en contra de la persona jurídica³⁶⁸⁻³⁶⁹.

En palabras de ARTAZA al abordar el elemento tipicidad de cara a la 20.393, “la persona jurídica más bien responde por el hecho de no haber gestionado adecuadamente los propios riesgos penales que ha generado con el desarrollo de su actividad y que han permitido, o facilitado, la comisión del ilícito respectivo de la persona natural”³⁷⁰. Lo que implicaría que “(...) frente a la verificación de la comisión de un delito corporativo en particular se debe valorar si este mismo pudo haber sido prevenido a través de la gestión adecuada de los procesos riesgosos de la persona jurídica de la que se trate”³⁷¹.

Luego, y mayor abundamiento, para calificar como “delitos económicos de la segunda categoría” y quedar sus responsables sujetos al régimen jurídico propio de los denominados “delitos económicos”; deberá concurrir y ser acreditado a lo menos uno de los denominados

366 El nuevo artículo 4º de la ley N° 20.393, regula los “modelos de prevención de delitos”, enumerando los aspectos básicos que debe reunir uno, así como los estándares que debe exhibir el tratamiento de los mismos para que un modelo pueda considerarse “efectivamente implementado” y, en definitiva, operar como exigente de responsabilidad penal.

367 Sobre esta forma de intervención penal por defecto del modelo o programa de *compliance*, véase la propuesta que Andrew WEISSMANN hacía el año 2007 para el sistema norteamericano, contenida en su artículo titulado “A new approach to Corporate Criminal Liability”, publicado en el *American Criminal Law Review*, Vol. 44, N° 4, EE.UU.

368 A nivel comparado, la Directiva Europea 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal, prevé en su artículo 6 que los Estados miembros deben establecer la responsabilidad de las personas jurídicas cuando los delitos ambientales se cometan por sujetos que detentan posiciones directivas en ellas, pero también cuando los cometan personas que se encuentren bajo la supervisión o control de aquellas, en la medida que la falta de supervisión o control haya hecho posible la comisión del delito en beneficio de la organización. Directiva publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de fecha 6 de diciembre de 2008.

369 Para un estudio más acabado de las modificaciones incorporadas por la ley N° 21.595 a la 20.393, véase la obra citada de BALMACEDA *et al* (2023), pp. 137 y ss.

370 ARTAZA (2021), p. 107.

371 *Ibid*, p. 170.

“factores de conexión”: ser cometidos en ejercicio de un cargo, función o posición en una empresa, o en su beneficio económico o de otra naturaleza.

Por último, es de esperar que incluso antes de septiembre del año 2024 (cuando comiencen a regir ya para las personas jurídicas las modificaciones que se incorporaron mediante el artículo 50 de la ley N°21.595 a la 20.393), las empresas, especialmente, actualicen sus modelos de prevención de delitos con sujeción a los términos del nuevo artículo 4° de la ley N°20.393 (sustituido por aquella), y den cuenta de mayores esfuerzos por contar con sistemas de gestión de *compliance* certificados por normas ISO como la 37.301:2021 (sobre Sistemas de Gestión de Cumplimiento) y la 14.001:2015 (sobre Sistemas de Gestión Ambiental); por robustecer sus controles internos en materia de cumplimiento de obligaciones y compromisos ambientales; por estarse auditando con regularidad en la materia, y por obtener certificaciones ambientales de parte de Entidades Técnicas de Certificación Ambiental debidamente autorizadas por la SMA³⁷², al menos respecto de los componentes y parámetros que representan para aquellas un mayor riesgo infraccional y penal.

372 Sobre el tema puede verse, entre otros, “Auditorías ambientales, certificación de conformidad y entidades técnicas”, de Juan Eduardo JOHNSON VIDAL, en: *Gestión del cumplimiento ambiental*, BERGAMINI, Kay *et al* (editores), Ril Editores, Chile (2021), pp. 395 a 424.

XIV. ARTÍCULO 311 SEXIES

Para efectos de lo dispuesto en este Párrafo, cuenta con la autorización correspondiente quien la tiene en el momento del hecho, aun cuando ella sea posteriormente declarada inválida.

No vale como autorización la que hubiere sido obtenida mediante engaño, coacción o cohecho, ni aquella que la persona autorizada sabe que es o ha devenido manifiestamente improcedente.

La declaración administrativa de no estar obligado a someter la actividad a una evaluación de impacto ambiental exime de responsabilidad conforme al artículo 305, a menos que concurran las circunstancias señaladas en el inciso precedente.

Esta disposición regula un punto fundamental para que puedan darse por configurados varios de los delitos del párrafo: el de los permisos (su titularidad, alcance y vigencia). Tema que es de suma relevancia porque resultará determinante para dar por satisfecho el elemento antijuridicidad de los delitos en relación a conductas que se analicen a la luz de distintos tipos penales del párrafo.

El inciso primero prevé que quienes cuenten con un permiso válido al momento de llevar a cabo una de las conductas de las punidas en el párrafo, podrán invocarlo no obstante él pierda validez posteriormente, en forma sobreviniente, por ejemplo, tras ser impugnado administrativa o judicialmente, o por el hecho de ser revocado por la Superintendencia del Medio Ambiente a modo de sanción (tras la sustanciación del correspondiente proceso administrativo sancionatorio).

A la luz de la norma del inciso primero, es claro que en el ámbito ambiental no será suficiente haber sometido la Declaración de Impacto Ambiental (DIA) o Estudio de Impacto Ambiental (EIA) de un proyecto a evaluación, solo haber dado inicio a un proceso administrativo de Consulta de Pertinencia o haber obtenido una RCA favorable,

pero no haber tramitado administrativamente los Permisos Ambientales Sectoriales mixtos considerados en la RCA; exigiéndose contar con la respectiva RCA favorable, con la respuesta negativa del SEA o con la tramitación completa de un PAS mixto³⁷³, lo cual se compadece con la lógica del SEIA y con el principio preventivo que lo inspira³⁷⁴.

En materia sectorial, por su parte, no bastará tampoco, por ejemplo, con haber dado inicio a un proceso ante la Dirección General de Aguas tendiente al otorgamiento de derechos de aprovechamiento de aguas o al cambio de un punto de captación de ellas, ni encontrarse en trámite ante un municipio un permiso para extraer áridos.

A mayor abundamiento, creemos que subyace a la norma una aplicación del principio de la buena fe, y que ella puede revestir una gran importancia por sus efectos prácticos. Recordemos que solo en relación a las RCAs existe todo un sistema recursivo tendiente a impugnarlas, el cual comprende intervenciones del Director Ejecutivo del SEA o del Comité de Ministros (según se impugne la RCA de una DIA o de un EIA, respectivamente), de los Tribunales Ambientales, y hasta de la Corte Suprema (en caso que las sentencias dictadas por los tribunales especializados se impugnen mediante recursos de casación); todo lo cual puede tomar largos periodos e implicar una merma de seguridad jurídica.

Con todo, el permiso o autorización, ambiental o sectorial, no tendrá validez -y, por lo tanto, no será óbice para que pueda darse por concurrente en la especie el elemento de la antijuridicidad-, si aquél o aquella hubieran sido obtenidos mediante engaño, coacción o cohecho, o su titular tuviera conocimiento que el permiso o autorización es o ha devenido manifiestamente improcedente.

Hipótesis que asocia la invalidez de las autorizaciones con la comisión de delitos perseguidos y sancionados en forma previa, tales como los del artículo 37 bis, a) y b) de la Ley Orgánica de la SMA, el

373 En este punto, cabe recordar a modo de mero contraste, que en el artículo 108, inciso final del RSEIA, se da la posibilidad a los proponentes de comenzar a tramitar administrativamente PAS mixtos, antes de haber obtenido la correspondiente RCA favorable.

374 Principio recogido en disposiciones tales como el artículo 8° de la LBGMA, y en el propio mensaje del presidente Aylwin con que se sometiera el entonces proyecto de ley a trámite, el año 1992.

cohecho y aquellos, en general, que entrañen el uso de coacción sobre un funcionario público en orden a obtener la respectiva autorización.

A su vez, el inciso final exime de responsabilidad penal por el delito del artículo 305 a quien hubiere dirigido a las autoridades del SEA una Consulta de Pertinencia de ingreso al SEIA, y ella hubiera dado pie a una respuesta formal negativa.

Lo anterior, porque la acción del titular denota una actitud respetuosa de la institucionalidad ambiental, y en términos genéricos apegada a la juridicidad porque la decisión del órgano público respectivo exime de la obligación de ingresar forzosamente al SEIA, razón por la cual mal podría haber “elusión ambiental” o una burla del sistema por parte de ese titular que ha interactuado con la Administración a objeto de esclarecer las normas que regulen el desarrollo de su actividad económica. Ello sin perjuicio de que, para el SEA, la opinión que él emite frente a una Consulta de Pertinencia:

Constituye un acto administrativo, de conformidad con lo establecido en el artículo 3°, inciso 6°, de la ley N° 19.880, que se traduce en un dictamen o declaración de juicio, constancia o conocimiento, el cual, sobre la base de los antecedentes proporcionados por el proponente, da cuenta de una opinión respecto de si la ejecución de un proyecto o actividad o su modificación, debe someterse de manera previa y obligatoria al SEIA³⁷⁵.

un acto que no otorga derechos, ni menos aún, autorización para ejecutar el proyecto o actividad sometido a consulta. Por consiguiente, el acto administrativo que se pronuncia sobre una consulta de pertinencia no exime al proponente del cumplimiento de la normativa ambiental aplicable y la obtención de las autorizaciones sectoriales correspondientes necesarias para la ejecución del proyecto o actividad³⁷⁶.

Sin embargo, se establece que la respuesta de la autoridad obtenida mediante modalidades de engaño o coacción, mediando cohecho, o

375 Instructivo contenido en el Oficio Ordinario del Director Ejecutivo del SEA, N° 131.456/2013, p. 6.

376 Instructivo contenido en el Oficio Ordinario de la Directora Ejecutiva del SEA, N° 202299102452, p. 2.

mero conocimiento de su improcedencia (de origen o devenida), le impiden al sujeto escudarse en el acto administrativo correspondiente y lo vuelven a la antijuridicidad.

XV. ARTÍCULO 312

Si con ocasión de la investigación o el juicio por los hechos previstos en las disposiciones del presente Párrafo, el tribunal estimare procedente la imposición al imputado o condenado de condiciones destinadas a evitar o reparar el daño ambiental, consultará a los organismos técnicos competentes. Si las impusiere, oficiará a la autoridad reguladora pertinente para la fiscalización de su cumplimiento, y ésta última quedará obligada a informar al tribunal. La autoridad requerida podrá ejercer todas las competencias fiscalizadoras establecidas por la ley para tal efecto, y quedará obligada a informar al tribunal.

Hoy se ve con frecuencia la imposición de condiciones en nuestra justicia penal. Especialmente desde que se implementó en el país la denominada “Reforma Procesal Penal”, la salida alternativa o temprana al proceso penal que constituye la suspensión condicional del procedimiento goza de popularidad y se puede constatar su “buena salud” cotidianamente. Salida alternativa que, como lo indica su nombre, permite suspender procesos penales bajo condiciones que fija un juez de garantía por un plazo variable de entre uno y tres años, siempre que concurren los supuestos legales exigidos para ello por el legislador

penal en relación a la pena probable, al imputado y a la situación procesal de este último³⁷⁷⁻³⁷⁸⁻³⁷⁹.

En el artículo que se comenta, a los jueces penales se les da la posibilidad de imponer “condiciones destinadas a evitar o reparar el daño ambiental” mientras se desarrolla una investigación (formalizada, asu-mimos) o ya un juicio, por los hechos previstos en las disposiciones del párrafo comentado.

Teniendo en mente la lógica y las dinámicas asociadas al daño ambiental en el Derecho ambiental chileno, estimamos que para hacer una interpretación adecuada de la disposición habría que comenzar distinguiendo entre la evitación y la reparación de un daño ambiental.

En materia de evitación, el legislador le franqueó a los Tribunales Ambientales medidas cautelares, tanto conservativas como innovati-vas³⁸⁰, y a la SMA, por su lado, le franqueó medidas provisionales³⁸¹ así como las posibilidades de suspender transitoriamente autorizaciones de funcionamiento contenidas en RCAs y de adoptar otras medidas urgentes y transitorias “para el resguardo del medio ambiente”³⁸².

377 Ella se encuentra prevista y regulada en el artículo 237 del Código Procesal Penal.

378 Estimamos que el basamento legal para decretar condiciones específicas asociadas a la reparación del medio ambiente puede encontrarse en el artículo 238, letra h) del Código Procesal Penal, conforme al cual:

“El juez de garantía dispondrá, según correspondiere, que durante el período de suspensión, el imputado esté sujeto al cumplimiento de una o más de las siguientes condiciones:

h) Otra condición que resulte adecuada en consideración con las circunstancias del caso concreto de que se tratare y fuere propuesta, fundadamente, por el Ministerio Público”.

379 Un antecedente lejano de estas normas se halla en el artículo 136 de la ley General de Pesca y Acuicultura (cuyo texto fuera fijado, refundido, coordinado y sistematizado mediante la el D.F.L. N° 430/1991, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción), cuando en él se prevé la posibilidad de que se decreten suspensiones condicionales de los procesos asociados al tipo penal, en la medida que las conductas punidas sean imprudentes o negligentes, proceda la salida alternativa de acuerdo a las reglas generales del Código Procesal Penal, y el imputado acredite haber ejecutado medidas destinadas a evitar o reparar los daños.

380 Véase el artículo 24 de la ley N° 20.600.

381 Artículo 48 de la LO - SMA.

382 Artículo 3°, letras g) y h), de la LO - SMA.

Ahora, en materia de reparación de ambientes dañados, ella puede enmarcarse en un proceso administrativo: si se trata de un Plan de Reparación presentado ante la SMA y visado por el SEA³⁸³, o bien, de uno judicial: si se lleva a cabo en virtud de una sentencia condenatoria dictada por un tribunal ambiental o como resultado de una conciliación cuyas bases hubieran sido propuestas por el tribunal ambiental competente.

Luego, para efectos de determinar las condiciones de evitación o reparación a ser impuestas, el legislador prevé en forma expresa la posibilidad de que los jueces penales consulten a los “organismos técnicos competentes”, los cuales variarán en función del supuesto de hecho. Por lo tanto, y en línea con lo que se indicaba más arriba (en relación al artículo 311 ter), se estima que el organismo público competente para pronunciarse sobre la pertinencia y suficiencia de condiciones que se adopten judicialmente a fin de evitar o reparar un daño al medio ambiente dependerá del medio ambiente o componente dañado, del área o espacio en que se hubiera verificado el hecho punible, y en último término, del imputado.

De este modo, si se trata del titular de un proyecto o actividad calificado ambientalmente o del titular de una fuente fiscalizable por encontrarse sujeta a una norma de emisión, o a un plan de prevención o de descontaminación; en principio, el organismo idóneo para ser consultado podría ser la SMA, y aplicando el mismo criterio competencial, diríamos que tratándose de condiciones atinentes a alguna de las áreas protegidas cubiertas por el encabezado del artículo 310, podría ser el SBAP; tratándose de condiciones relativas a especies animales, podría ser el Servicio Agrícola y Ganadero; tratándose de condiciones relativas a aguas terrestres, podría ser la Dirección General de Aguas; tratándose de condiciones relativas a aguas marítimas, podría ser la Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante; y tratándose de la afectación de especies forestales, podría ser la Corporación Nacional Forestal, Conaf.

Con todo, llama la atención lo que indicara TAPIA, en el sentido que la norma da un poder al juez penal que puede superar ampliamente

383 Al respecto véanse el artículo 43 de la LO - SMA y el precitado D.S. N° 30/2012, del Ministerio del Medio Ambiente, Aprueba Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación.

al de los ministros de los Tribunales Ambientales al conocer de una demanda reparatoria de daño ambiental, toda vez que aquél podría incluso ordenar la reparación antes de dictar sentencia condenatoria³⁸⁴, durante la etapa de investigación.

Previsión que puede resultar conflictiva si consideramos que la “afectación grave” de componentes ambientales a que se alude en diversos pasajes del párrafo podrá coincidir, al menos en parte, con el estándar del daño ambiental significativo y que, como se veía antes, el ejercicio de las potestades fiscalizadoras y sancionadoras de la SMA no se articuló con el de las potestades del Ministerio Público, de manera que podría darse, en principio, que unos hechos constitutivos de daño ambiental se encuentren siendo investigados por la SMA a título de “infracciones ambientales” o conocidos por un tribunal ambiental, en razón de una demanda de reparación deducida ante él, y al ventilarse ante la justicia penal, motiven la orden de reparar un daño aún pendiente de ser calificado jurídicamente y declarado tal por la Administración y/o por la justicia especializada.

Por último, la disposición legal prevé que una vez determinadas e impuestas condiciones, se oficie a la “autoridad reguladora pertinente” para que fiscalice su cumplimiento y lo informe.

En este punto, debe tenerse presente que, en cuanto a las medidas cautelares y provisionales, el organismo que las dispone queda a cargo de velar por su observancia, y que en materia de reparación ambiental en sede administrativa “le corresponderá (a la SMA) la fiscalización de su cumplimiento”, por mandato legal. Situación que por regla general se repite respecto de las reparaciones ordenadas por los Tribunales Ambientales en sentencias condenatorias o en el marco de conciliaciones.

Sin embargo, y pese a la oscuridad de la expresión utilizada por el legislador (“autoridad reguladora pertinente”), creemos que de acuerdo con ella nada obstaría a que se solicite la fiscalización de condiciones a un OAECA, determinado en función de el o los componentes ambientales/objetos de protección en riesgo o dañados, como de las capacidades técnicas que se requieran para fiscalizar diligentemente la observancia de aquellas en tiempo y forma.

384 TAPIA ALVIAL (2023).

COMENTARIOS FINALES

Sin lugar a dudas los tipos penales del nuevo párrafo del Código Penal comentado aquí representan un cambio histórico en el ordenamiento jurídico chileno al engrosar el denominado “orden público ambiental” nacido bajo el alero del artículo 19 8° de la Constitución Política que, tal como lo señalara el Tribunal Constitucional el año 2021, se integra por “un conjunto de principios, reglas e instituciones fundamentales que amparan y regulan el bien jurídico medioambiental y la naturaleza, sobre los cuales existe además un verdadero interés público general (concepto en la línea de autores como Planiol, Rippert o Capitant)”³⁸⁵.

Cambio especialmente sensible para las personas jurídicas que desarrollan actividades empresariales con un impacto relevante en el medio ambiente, si se tiene en cuenta que hablamos de la protección de mayor intensidad que pueda franquear el legislador a un bien jurídico estimado valioso, como es la que brinda, en principio, el Derecho penal.

Por años un importante sector de la doctrina y hasta autoridades de la institucionalidad ambiental han clamado por la tipificación del delito ambiental en nuestro medio, razón por la cual celebramos con prudencia la promulgación de la ley N° 21.595, pues pese al tiempo durante el cual se ha discutido la posibilidad de tipificar el delito ambiental en nuestro país (más de veinte años), estimamos que los tipos penales comentados más arriba dan cuenta en ocasiones de una técnica legislativa poco depurada, lo que podría generar dificultades prácticas tanto para querellantes particulares como para el Ministerio Público y, en definitiva, traducirse en un desincentivo para explorar la vía penal frente a atendados graves al medio ambiente.

Del análisis de los tipos parece constatar que durante el proceso de formación de la ley N° 21.595 no participaron en forma continua especialistas en Derecho ambiental, y en materia de técnica legislativa,

³⁸⁵ Sentencia precitada, considerando 14°.

específicamente, el uso frecuente de remisiones a partir de las figuras básicas que sirven de punto de partida dificultará la tarea hermenéutica de los operadores jurídicos, y elevará en la práctica las probabilidades de enfrentar distorsiones imprevistas y hasta indeseadas por el legislador.

En cuanto a la protección penal propiamente tal, estimamos que mediante los tipos del párrafo comentado se ha tendido a privilegiar la tutela de los elementos del denominado “sector natural” del medio ambiente como concepto normativo y, particularmente, de los componentes aire, agua, suelo, flora y fauna, pero que los elementos que conforman sus sectores cultural y social han quedado postergados al menos en los tipos penales del párrafo que se ha comentado aquí, en lo que quisiéramos creer, ha sido fruto de una decisión deliberada de política criminal. Tipificándose más el “delito ecológico” que el “delito medio ambiental”, *stricto sensu*.

Con todo, de la revisión de los tipos penales que conforman el párrafo se puede deducir que en esta oportunidad el legislador penal chileno no habría buscado cumplir con todas las obligaciones concretas que ha asumido el Estado de Chile de tipificar conductas contra componentes ambientales y recursos naturales derivadas de tratados internacionales³⁸⁶.

A mayor abundamiento, y aplicando las categorías de análisis que proponían CASTILLO, MATUS y RAMÍREZ el año 2019, resulta claro que en el párrafo comentado se optó por un modelo basado en la codificación alemana, separando la protección penal -como se indicaba más arriba- en sus elementos, componentes o “medios”; recurriendo con frecuencia a la técnica de la “ley penal en blanco” y exhibiendo, en definitiva, un importante grado de accesoriedad del Derecho penal al administrativo³⁸⁷.

Desde luego el cambio que representan estos nuevos tipos penales requerirá de un seguimiento próximo de la jurisprudencia asociada

386 Ya el año 2004 el ministro Jean Pierre MATUS identificaba las obligaciones contraídas por el Estado chileno ante la comunidad internacional en este punto. Obligaciones plasmadas en su libro *Derecho penal del medio ambiente. Estudios y propuesta para un nuevo Derecho penal ambiental chileno*, publicado por Editorial jurídica de Chile (pp. 21 y ss).

387 MATUS *et al* (2019), pp. 379 y ss.

y, antes que ello incluso, de la capacitación en el tema de los intervinientes por excelencia en las causas penales: fiscales, defensores, jueces de garantía y jueces de Tribunales Orales en lo Penal, sin dejar de mencionar a nuestras policías, a los funcionarios de los organismos de la Administración del Estado con competencias ambientales, y a los abogados del Consejo de Defensa del Estado. Para interpretar adecuadamente y poder invocar ante la judicatura los tipos comentados, se debe estar familiarizado con la institucionalidad ambiental, con su lógica e, idealmente incluso, con institutos jurídicos de reciente data que se insertan en ellas, tales como el derecho real de conservación.

Por otra parte, y no obstante se optara por un diseño normativo que no se estructura explícitamente sobre un modelo de articulación entre la institucionalidad ambiental y el Ministerio Público, estimamos que la operatividad asociada a los tipo del párrafo comentado y, especialmente, una persecución penal bien fundada, objetiva y oportuna; requerirán de un alto grado de coordinación entre organismos del Estado (incluso relacionados a poderes diversos del mismo o dotados de autonomía constitucional).

Confiamos que con el transcurso del tiempo se afinen mecanismos que faciliten una denuncia oportuna a los funcionarios públicos que toman conocimiento de hechos que revistan caracteres de delito a la luz del párrafo comentado. Del mismo modo, confiamos que el Ministerio Público y los jueces de garantía y de Tribunales Orales en lo Penal, podrán tener a la vista el trabajo de las instituciones ambientales y de los OAECAS, apoyándose en ellos de ser necesario y permitirlo el caso.

En relación a este punto no debe perderse de vista que los tipos penales del párrafo comentado corresponden a delitos de acción penal pública, razón por la cual podría observarse a futuro, eventualmente, un uso inadecuado y hasta abusivo de las nuevas normas, y de otro lado, estimamos que tampoco debiera perderse de vista que una de las garantías del debido proceso es el derecho a ser juzgado en un plazo razonable³⁸⁸ -especialmente cuando un imputado se encuentra privado

388 Principio expresamente reconocido en instrumentos internacionales tales como la Declaración Americana de Derechos Humanos (art. 25°), la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8.1) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 9.1).

de libertad-, el cual debiera conducirnos a evitar un rasgo que han presentado los juicios por delitos ambientales en un sistema como el español, cual es una excesiva dilación entre la comisión de los delitos y la dictación de sentencias³⁸⁹.

Por último, una consecuencia de la nueva normativa penal comentada, específicamente para las organizaciones empresariales como potenciales sujetos pasivos, es que junto con ser capaces de exhibir un desempeño ambiental impecable, deberán adecuar sus modelos de prevención de delitos y, en general, actualizar sus sistemas de gestión de riesgos de *compliance* en su faz externa o de *requirements*, poniendo especial cuidado tanto en lo relativo a los permisos y autorizaciones ambientales y sectoriales ambientales vigentes para el desarrollo de sus actividades, como en los alcances de aquellos a la luz de las actividades económicas desarrolladas, haciendo uso, en lo posible, de herramientas e instrumentos complementarios tales como sistemas de gestión certificados, y auditorías de cumplimiento normativo estándar o certificaciones de conformidad ambiental, periódicas³⁹⁰. Ello atendido, especialmente que, a diferencia de lo que ocurre en sectores como el del Derecho de la competencia, donde la Fiscalía Nacional Económica pone a libre disposición una guía para diseñar programas de cumplimiento, o del Derecho del consumo, donde el Servicio Nacional del Consumidor, Sernac, aprueba planes de cumplimiento; en materia ambiental no existen instituciones públicas que guíen la elaboración ni menos que aprueben planes de cumplimiento.

389 Véase al respecto el artículo “El derecho ambiental frente a los delitos ecológicos: la eficacia y eficiencia penal a debate”, de Asunción COLÁS TURÉGANO y Esteban MORELLE HUNGRIA, en: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2021. Disponible en línea en la URL: <http://criminnet.ugr.es/recpc/23/recpc23-13.pdf>

390 Agradezco los aportes del abogado penalista Claudio Caamaño, y del biólogo y profesor universitario Ricardo Serrano.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- ARMENTERAS, Dolors *et al*, “Revisión del concepto de ecosistema como ‘unidad de la naturaleza’ 80 años después de su formulación”, en: *Revista Ecosistemas*, Vol. 25, N° 1, España (2016), pp. 83 - 89.
- ARTAZA VARELA, Osvaldo, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Serie de Materiales Docentes de la Academia Judicial de Chile (2021).
- BALMACEDA HOYOS, Gustavo; GUERRA ESPINOSA, Rodrigo y JUPPET EWING, María Fernanda, *Compliance. Visión general desde una perspectiva penal y comercial*, Legal publishing Chile (2019).
- BALMACEDA HOYOS, Gustavo, Minuta Ley de Delitos Económicos (21.595), colaboración para la Defensoría Penal Pública a través de la Defensoría Regional de Aysén (2023).
- BALMACEDA MAHNS, Matías; COX VIAL, Francisco, y PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Nuevo estatuto de los delitos económicos en Chile*, autoedición (2023).
- BARRIENTOS CASTRO, Elías, *La culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*, Der Ediciones, Chile (2019).
- BENÍTEZ, Rodrigo, y CARRASCO, Edesio, “El delito de elusión ambiental”, en: *Legal industry reviews*, N° 17, Chile (2023).
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Fundamentos de Derecho ambiental*. Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile (2015).
- BERMÚDEZ SOTO, Rodrigo, *Principio non bis in ídem en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2022). Disponible en línea en: https://www.bcn.cl/asesoriasparlamentarias/detalle_documento.html?id=81187
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *El delito culposo*, Editorial Jurídica de Chile (1995, reimpresso en 2010).
- CASH SÁEZ, Jorge Andrés, *Propuesta de régimen sancionatorio penal ambiental en base a un sistema mixto de responsabilidad, como instrumento de prevención de daños al medio ambiente*, tesis para optar al grado de magíster en Derecho ambiental, Universidad de Chile (2011).
- CATERINI, Mario, *Delitos contra el medio ambiente y principios penales. Una relectura constitucionalmente orientada de los modelos de incriminación actuales*, Tirant lo Blanch, España (2017).
- COLLADO GONZÁLEZ, Rafael y LEYTON FLORES, Patricio, “De garrotes y zanahorias: Derecho penal ambiental y compliance”, en: *Revista de Derecho Am-*

- biental*, del Centro de Derecho ambiental de la facultad de Derecho de la Universidad de Chile, N° 13 (2020).
- CURY, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile (2001).
- _____, *La ley penal en blanco*, Editorial Temis S.A., Colombia (1988).
- ESTEVE PARDO, José, *Derecho del medio ambiente*. Marcial Pons, España (2008).
- FAURE, Michael, “Vague notions in environmental criminal law (part 1)”, en: *Maastricht Faculty of Law Working Paper Forthcoming. Environmental Liability*, Vol. 4 (2010), pp. 119 - 133.
- FERNÁNDEZ, Tomás - Ramón, y GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Curso de Derecho administrativo*, Tomo II, Civitas, España (2011).
- FIGUEROA HERNÁNDEZ, Dante, y RETAMAL HERRERA, Jaime: “Notas para la Criminalización de algunas ofensas ambientales en Chile”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, N° 5 (1998).
- GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal - Parte general*, Ideas Solución Editorial S.A.C., Perú (2019).
- GARCÍA PALOMINOS, Gonzalo, “Equivalentes funcionales en los delitos económicos. Una aproximación de solución ante la falta de lesividad material en delitos de presentación de información falsa al mercado de valores”, en: *Política Criminal*, Vol. 12, N° 23, Chile (2017), pp. 151 - 206.
- GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal, Parte general*, Tomo II. Editorial Jurídica de Chile (2009).
- GÓRRIZ ROYO, Elena, *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, Tirant lo blanch, España (2015).
- _____, “Criminal compliance ambiental y responsabilidad de las personas jurídicas a la luz de la LO 1/2015, de 30 de marzo”, en: *Revista InDret*, N° 4, España (2019).
- GUZMÁN ROSEN, Rodrigo. *Derecho ambiental chileno*. Editorial Planeta Sostenible, Chile (2012).
- HERNÁNDEZ, Héctor, “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”, en: *Política Criminal*, Vol. 5, N° 9, Chile (2010).
- _____, “Procedencia de una ‘eximente o defensa de cumplimiento’ de las personas jurídicas en el Derecho administrativo sancionador chileno”, en: *Revista chilena de Derecho*, Vol. 45, N° 2 (2018), pp. 427 a 451.
- HERVÉ ESPEJO, Dominique, *Justicia ambiental y recursos naturales*. Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile (2015).
- HUBE PORTUS, Constanza y ZALIASNIK SCHILKRUT, Gabriel, presentación efectuada ante el Tribunal Constitucional con fecha 10 de julio de 2023, en el marco del control de constitucionalidad de la ley N° 21.595.
- KÜNSEMÜLLER, Carlos, “Protección legal del medio ambiente: qué enseñar, qué investigar”, en: *Gaceta Jurídica* N° 85, Chile (1987), pp. 3 a 9.

- LORENZETTI, Ricardo Luis y LORENZETTI, Pablo, *Derecho ambiental*, Tirant lo Blanch, México (2020).
- LUZIO, Walter; SADZAWKA, Angélica *et al*, *Avances en el conocimiento de los suelos de Chile*, LUZIO, Walter y CASANOVA, Manuel (editores), Universidad de Chile (2006, reedición de 2020).
- MALDONADO FUENTES, Francisco, “Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados ‘delitos de peligro’ en el moderno derecho penal”, en: *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 7(2006), pp. 23 a 63.
- MANSO PORTO, Teresa: “Problemas de la regulación española de los delitos contra el medio ambiente”, en: *Curso de Derecho penal económico*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., España (2005).
- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, “Peligro concreto y peligro abstracto. Una contribución a la teoría general de la parte especial del Derecho penal”, en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 48 N° 2, pp. 79 - 100 (2021).
- _____, “La protección del medio ambiente bajo el nuevo Código Penal de Puerto Rico”, en: *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, N° 75, pp. 503 -527 (2006).
- MATEOS RODRÍGUEZ - ARIAS, Antonio. *Derecho penal y protección del medio ambiente*. Editorial Colex, España (1992).
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia, *Manual de Derecho penal chileno - Parte general*, Tirant Lo Blanch, España (2021).
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre (Director), *Derecho penal del medio ambiente chileno. Parte especial y política criminal*, Tirant lo Blanch, España (2019).
- MEDINA PARRA, Carmen Paz: “La institucionalidad ambiental y la protección de los monumentos naturales: la situación del alerce en Chile”, en: *Actas de las terceras jornadas de Derecho Ambiental de la facultad de Derecho de la Universidad de Chile*. Centro de Derecho ambiental (2006).
- NIETO MARTÍN, Adán *et al*, *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, España (2018).
- OLIVER CALDERÓN, Guillermo, “¿No puede aplicarse el artículo 68 bis del Código penal después de una compensación racional entre atenuantes y agravantes?”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, N° 1, Chile (2011).
- ORTIZ CHAMORRO, Pablo, *Propuesta normativa para los delitos contra el medio ambiente. Informe a la Comisión redactora de un Anteproyecto para un nuevo Código Penal* (2018). Disponible en línea: <https://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/10/Ortiz-Chamorro-Pablo-Delitos-contra-el-Medio-Ambiente.pdf>
- PEÑA CHACÓN, Mario, “El rol del Derecho penal en la protección del ambiente”, en: *Revista Lex. Difusión y análisis*, N° 99, México (2003).
- PÉREZ SANTOS, Javiera, “Delitos ambientales”, en: *Apuntes de política ambiental*, de la organización no gubernamental Fiscalía del Medio Ambiente, FIMA, N° 4, Chile (2023).

- POZO TORRES, Juan Francisco, *Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Ecuador*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Ecuador (2018).
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y JARA I MANZANO, Jordi, *Derecho penal ambiental*, Tirant Lo Blanch, España (2013).
- RIVEROS GÓMEZ, Guillermo y ZUNINO TAPIA, Sergio. *Medio ambiente: problemas y desafíos*. Universidad de Playa Ancha de Ciencias de la Educación, Valparaíso (1992).
- RUIZ ARIAS, Miriam, *Delito de contaminación básico: atribución de responsabilidad a la empresa*, Ediciones Universidad de Salamanca, España (2020).
- SESSANO GOENAGA, Javier Camilo, “La protección penal del medio ambiente. Peculiaridades de su tratamiento jurídico”, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (2002), disponible en línea en: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-11.pdf
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal*, 2ª edición, Civitas, España (2001).
- S.S. FRANCISCO, *Laudato sí, Carta encíclica de S.S. Francisco sobre el cuidado de la casa común*, Ediciones UC, Chile (2015).
- TAPIA ALVIAL, Claudio. “El orden de los factores altera el producto: nueva ley de delitos económicos y ambientales”, columna de opinión publicada en el sitio electrónico El Mercurio Legal, con fecha 19 de julio de 2023.
- TAPIA VALENCIA, Felipe, “Revisión a los instrumentos regulatorios de respuesta a la escasez hídrica en Chile: ¿Emergencia o normalidad?”, en: *Actas de las III Jornadas del régimen jurídico de las aguas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*, editadas por Sergio MONTENEGRO ARRIAGADA et al, Der Ediciones (2021), pp. 389 a 418.
- TIEDEMANN, Klaus, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en: *Anuario de Derecho penal*, Universidad de Friburgo, Alemania (1996), p. 3.
- VARGAS MIRANDA, Rafael Andrés, *Instituciones de Derecho ambiental. El recurso de protección ambiental*, Editorial Metropolitana, Chile (2007).

DOCUMENTOS INSTITUCIONALES

- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley N°21.595*, (2023), disponible en línea en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/8195/>
- COMISIÓN EUROPEA, *Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal y por la que se sustituye la Directiva 2008/99/CE*, Bélgica (2021).
- DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS, *Manual de normas y procedimientos para la conservación y protección de recursos hídricos*, aprobado mediante la R.E. N°1.752/2023.
- MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE, *Reporte del Estado del Medio Ambiente 2022*, Chile. Disponible en línea en:

<https://sinia.mma.gob.cl/estado-del-medio-ambiente/ reporte-del-estado-del-medio-ambiente-2022/>

MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE, *Estrategia Nacional de Biodiversidad 2017 - 2030*, Chile (2017).

MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE, *Guía Metodológica para la gestión de suelos con potencial presencia de contaminantes* (2013).

OCDE - CEPAL, *Evaluaciones del desempeño ambiental, Chile* (2016).

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*. Disponible en línea en: <https://dle.rae.es/>

SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL, *Guía de participación ciudadana en el SEIA* (2023), disponible en línea en:

https://www.sea.gob.cl/sites/default/files/imce/archivos/2023/08/31/Resolucion_202399101698_Guia_participacion_ciudadana_SEA.pdf

SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL, *Guía para la compensación de biodiversidad en el SEIA* (2022), disponible en línea en: https://sea.gob.cl/sites/default/files/imce/archivos/2022/08/29/guia_teorica_compensacion_biodiversidad.pdf

CONSTITUCIÓN Y LEYES

Código de Aguas. Decreto con Fuerza de Ley N°1.122/1981, del Ministerio de Justicia.

Código Penal alemán (versión en inglés y disponible en línea en: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/).

Código Penal español.

Constitución Política de la República. Decreto con Fuerza de Ley N°100/2005, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile.

Ley N° 19.880, Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado.

Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

Ley N° 20.283, sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal.

Ley N° 20.393, Establece la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en los Delitos que Indica.

Ley N° 20.417, Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.

Ley N° 20.600, Crea los Tribunales Ambientales.

Ley N° 21.505, de Delitos Económicos.

Ley N° 21.600, Crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas.

ACTOS ADMINISTRATIVOS

- Oficio Ordinario N° 202299102452, del Servicio de Evaluación Ambiental. Complementa Ordinario N°131456, de fecha 12 de septiembre de 2013, que imparte instrucciones sobre las consultas de pertinencia de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.
- Oficio Ordinario N° 131.456/2013, del Servicio de Evaluación Ambiental. Imparte instrucciones sobre las consultas de pertinencia de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.
- Resolución Exenta N° 1.445/2023, de la Superintendencia del Medio Ambiente. Aprueba instrucciones para la tramitación de los procedimientos de requerimientos de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, según lo dispuesto en los literales i) y j) del artículo 3° de la Ley orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente; con que además se revoca la resolución N°769 exenta, de fecha 28 de agosto de 2015.

JURISPRUDENCIA JUDICIAL Y CONSTITUCIONAL

- Corte Suprema, causa Rol N° 84.513 - 2021, caratulada “Carrasco con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental”.
- Corte Suprema, causa Rol N° 2.608 - 2020, caratulada “Muñoz con Minera Plata Carina SpA”.
- Corte Suprema, causa Rol N° 12.808 - 2019, caratulada “Fundación Yarur Bascuñán con Constructora Vimac SpA”.
- Corte Suprema, causa Rol N°2.684 - 1997, caratulada “Horvath Kiss, Antonio y otros con Comisión Nacional del Medio Ambiente.”
- Corte Suprema, causa Rol N°19.824 - 1985, caratulada “Palza Corvacho, Humberto con Director de Riego de la Primera Región y otros”.
- STC Rol N° 13.301 - 2022, recaída en requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo 318 del Código Penal en causa seguida ante el Juzgado de Garantía de Rengo.
- STC Rol N° 14.455 - 2023, recaída en el control de constitucionalidad de la ley N° 21.595.
- STC Rol N° 12.539 - 2021, recaída en requerimiento de inaplicabilidad respecto de los artículos 58, último inciso, y 59, letra a), de la Ley N° 18.045.

JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen N° 24.731 - 2019.

La obra del autor da cuenta de un abordaje práctico y concreto de los tipos penales recientemente creados, con análisis orientados a facilitar la comprensión y aplicación práctica de ellos por operadores jurídicos del sector privado, así como por jueces de garantía y de Tribunales Orales en lo Penal, defensores y fiscales del Ministerio Público.

