

**ANUARIO
DE DERECHO
PÚBLICO
2023
UNIVERSIDAD
DIEGO
PORTALES**

Ediciones Universidad Diego Portales, Domingo Lovera Parmo, Tamara Carrera y María José Jara [...et. al] / Anuario de derecho público 2024
Santiago de Chile: la universidad: Facultad de Derecho de la universidad, 2024,
1^a edición, 371 pp., 15 x 23 cm.

Dewey: 341.4810983

Cutter: An89

Colección Derecho

Palabras de Domingo Lovera Parmo, Tamara Carrera y María José Jara, directores del anuario. Con notas al pie. Incluye la cátedra Jorge Huneeus Zegers “Public law, the levels of the law and environmental problems” por Elizabeth Fisher”

Parte importante de los artículos que componen esta edición han sido sugeridos por los distintos académicos y académicas integrantes del comité editorial.

Materias:

Protección de datos personales.

Derecho ambiental. Chile. Cambio climático.

Reformas constitucionales. Chile.

Derecho Internacional. Chile.

Derecho constitucional. Chile.

Armas. Aspectos jurídicos. Chile.

Huneeus Zegers, Jorge, 1835-1889, crítica e interpretación

ANUARIO DE DERECHO PÚBLICO 2023

© VV. AA., 2023

© Ediciones Universidad Diego Portales, 2023

Primera edición: agosto de 2024

ISBN 978-956-314-596-0

Universidad Diego Portales

Dirección de Publicaciones

Av. Manuel Rodríguez Sur 415

Teléfono (56 2) 2676 2136

Santiago – Chile

www.ediciones_udp.cl

Edición: Domingo Lovera

Diseño: Mg estudio

Impreso en Chile por XXXXX

**ANUARIO
DE DERECHO
PÚBLICO
2023
UNIVERSIDAD
DIEGO
PORTALES**

DIRECTORES

Domingo Lovera
María José Jara
Tamara Carrera

COMITÉ EDITORIAL

Lidia Casas Becerra
Javier Couso Salas
Jorge Correa Sutil
Rodolfo Figueroa García-Huidobro
Matías Guiloff Titun
Dominique Hervé Espejo
Domingo Lovera Parmo
Judith Schönsteiner



EDICIONES
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

**FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES**

ATENTADOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE EN LA LEY DE DELITOS ECONÓMICOS: REVISIÓN Y REFLEXIONES DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO AMBIENTAL

Paula Candia Inostroza¹ y Camila Martínez Encina²

Resumen

La Ley N°21.595 que regula la Ley de Delitos Económicos, publicada con fecha 17 de agosto de 2023, introdujo dos grandes modificaciones de interés para el derecho ambiental que serán tratadas en este comentario. Primero, el artículo 48 numeral 8º introdujo el párrafo 13, del Título VI, del Libro II del Código Penal, referido a “Atentados contra el medio ambiente”. Mientras que el artículo 57 introdujo modificaciones a la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (LO-SMA), incorporando los artículos 37 bis y 37 ter. Este comentario revisa los nuevos delitos ambientales, las modificaciones a la LO-SMA y presenta algunas reflexiones teórico-prácticas que surgen de una primera revisión de esta nueva normativa.

1. Introducción³

En Chile la rama del derecho penal ambiental puede ser considerada novedosa, existiendo escasa práctica y jurisprudencia que respalte su desarrollo y estudio a nivel nacional.⁴ Hasta la promulgación de la Ley N°21.595 que regula la Ley de

¹ Abogada de la Universidad Diego Portales, LL.M. in Energy and Natural Resources Law de Queen Mary University of London, Reino Unido. Asociada senior de Lathrop Blanco Goldbaum Abogados.

² Abogada de la Universidad de Chile, Máster en Estudios Avanzados en Derecho Público por la Universidad Carlos III de Madrid, España. Directora del Área de Cumplimiento Ambiental de Eelaw.

³ Agradecemos los comentarios y observaciones realizados por la abogada penalista Catherine Lathrop Rossi. Si subsisten interpretaciones o conceptos errados, es de exclusiva responsabilidad de las autoras.

⁴ Cabe destacar el trabajo que al respecto ha realizado el profesor Jean Pierre Matus, quien, por ejemplo, el año 2003 escribió junto a otros autores, el artículo “Análisis dogmático del derecho penal ambiental chileno, a la luz del derecho comparado y las obligaciones contraídas por chile en el ámbito del derecho internacio-

Delitos Económicos (en adelante, también “LdE”), nuestro país no contaba con una normativa especial sobre esta materia, sino que con un conjunto de conductas ilícitas dispersas en cuerpos normativos ambientales y sectoriales, y con algunos artículos del Código Penal que, vinculados con la salud pública, tenían relación con aspectos de importancia para el derecho ambiental. Así lo señala y reconoce también parte de la doctrina en una de las obras escritas sobre este asunto, al comentar, por ejemplo, los delitos relativos a la salud animal o vegetal, o el delito de usurpación de aguas.⁵

El proceso de tramitación de la LdE inició con dos mociones parlamentarias presentadas el 14 y 15 de enero del año 2020, boletines número 13204-07 y 13205-07 respectivamente, tardando aproximadamente tres años y medio en ser concluido con su publicación el pasado 17 de agosto del 2023. Dentro de los fundamentos de las mociones, destaca la necesidad de ampliar y endurecer el catálogo de delitos vinculados a la ‘criminalidad’ socioeconómica y ambiental, con la finalidad de sancionar de manera efectiva a quienes cometen o participen en ilícitos penales de naturaleza económica y vinculados con el medio ambiente; así como la sistematización de un conjunto de delitos que se encontraban dispersos en distintos cuerpos normativos. La LdE está vigente desde el mismo día de su publicación, salvo en lo referido a las modificaciones introducidas a la Ley N°20.393, sobre Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica, cuya entrada en vigor ocurrirá el día 01 de septiembre de 2024.

Tras la sistematización de delitos existentes en el ordenamiento jurídico, la LdE estableció cuatro categorías de delitos, siendo los de segunda y tercera categoría, plasmados en el Título I, los que pueden resultar de mayor interés para el derecho ambiental y sectorial. Destacan entre ellos, los delitos de caza, corta de bosque nativo, daño a monumentos nacionales, y otros, los que a su vez, con la nueva ley, pueden ser considerados como delitos económicos.

En concreto, para que los hechos contenidos en las disposiciones de la segunda categoría sean considerados como delitos económicos, estos deberán ser perpetrados: (i) en ejercicio de un cargo, función o posición en una empresa, o (ii) cuando lo fuere en beneficio económico o de otra naturaleza para ella. En cuanto a los hechos contenidos en la tercera categoría, la Ley nos indica que estos serán considerados como delitos económicos cuando, en la perpetración del hecho

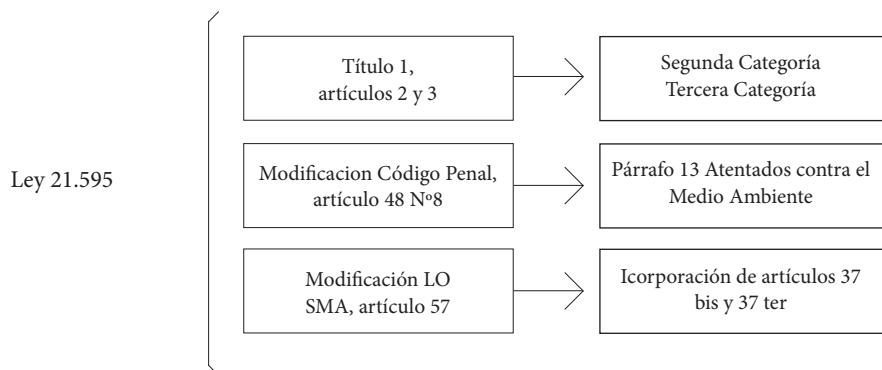
nal. Conclusiones y propuesta legislativa fundada para una nueva protección penal del medio ambiente en Chile” (2003), Revista Ius et Praxis, año 9, N°2.

5 Silva, Hernán, *El Delito Ambiental en el Derecho Chileno y Comparado, de los Tribunales Ambientales y Ley 20.147 [sic] sobre Normativa Ambiental*, (Editorial Metropolitana), 2019, p. 103.

hubiere intervenido como autor o cómplice, un sujeto activo en ejercicio de un cargo, función o posición en una empresa, o cuando el hecho fuere cometido en beneficio económico o de otra naturaleza para esta. Podemos mencionar como hecho ejemplificador, el descrito en el inciso primero del artículo 64-J de la Ley N°18.892 General de Pesca y Acuicultura, referido a la destrucción, sustracción o revelación indebida de información vinculada al pesaje.

Además de la categorización del Título I, la LdE cuenta con dos grandes modificaciones que dan paso formalmente al inicio del derecho penal ambiental en Chile: (i) la primera, contenida en el artículo 48, numeral 8º de la ley, que introdujo al Código Penal el nuevo párrafo 13 del Título VI del Libro II, referido a los “Atentados contra el medio ambiente” y que pueden ser además delitos económicos (en adelante, también denominada como Párrafo 13); y (ii) la segunda, comprendida en el artículo 57 del Título IV de la ley, que incorpora los artículos 37 bis y 37 ter, ambos de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, LO-SMA). Ambos a su vez, son delitos de segunda categoría si concurren los requisitos para ello.

Áreas de la LdE de interés para la práctica ambiental



Fuente: Elaboración propia

Ahora bien ¿qué consecuencias tiene que un delito sea considerado como delito económico? En términos prácticos, lo primero que se debe tener presente es que la determinación de las penas se realizará a través de las reglas especiales establecidas en la propia Ley N° 21.595. Por otro lado, todo delito económico conllevará además una pena de multa fijada a través de un sistema de “días multa”, siendo considerada como una extensión de las penas privativas o restrictivas de

libertad de acuerdo con el artículo 27 de la LdE. Otra consecuencia es que no serán aplicables las atenuantes, agravantes y agravantes muy calificadas previstas en el Código Penal (artículos 11 al 13), sino que las atenuantes, atenuantes muy calificadas y agravantes que establece la propia LdE en los artículos 13 al 15. Además, junto con la imposición de penas principales se podrán imponer penas accesorias, tales como las inhabilitaciones que ya no serán solo de índole público, sino que también privado, pues de conformidad a lo dispuesto en los artículos 30 y siguientes de la LdE, quien resulte sancionado podría no ejercer cargos gerenciales⁶. Finalmente, en los artículos 40 y siguientes, la LdE señala que toda condena por delito económico conllevará el comiso de ganancias, es decir, el Ministerio Público y el Consejo de Defensa del Estado, podrán solicitar medidas cautelares para asegurar los activos patrimoniales.

Teniendo claro todo lo anterior, el presente comentario se centrará en revisar y presentar algunas reflexiones sobre los nuevos delitos ambientales, contenidos en el párrafo 13 del Código Penal sobre atentados contra el medio ambiente; y en los artículos 37 bis y 37 ter introducidos a la LO-SMA. Para ello, este comentario se ordenará de la siguiente forma: en la sección II se presentará una breve caracterización de los delitos y se analizará su contenido general; en la sección III se presentarán algunas reflexiones generales sobre los nuevos delitos; y en la sección IV se abordarán interrogantes relacionadas específicamente con algunos de los tipos penales que se vinculan con las competencias del Ministerio del Medio Ambiente (MMA) o la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA). Las conclusiones se presentan al final del comentario.

2. Caracterización de los delitos y análisis de su contenido

La introducción de los nuevos delitos ambientales al Código Penal es posiblemente, uno de los cambios más relevantes que trae la LdE, recogiendo con ello una necesidad que venía siendo promovida y discutida en el contexto de variados proyectos de ley anteriores.⁷ Así lo reconocen, por ejemplo, Balmaceda, Cox y Piña, quienes comentan que esta modificación “[s]e trata posiblemente del cambio más radical en cuanto a derecho penal sustantivo”⁸.

6 De conformidad al artículo 34 de la Ley N° 21.595, las inhabilitaciones públicas en el caso de contrataciones con el Estado, podrán imponerse a perpetuidad, mientras que las inhabilitaciones gerenciales, pueden tener una duración entre 3 a 10 años.

7 De ello dan cuenta, por ejemplo, los boletines número 5654-12 y 12.398-12.

8 Balmaceda, Cox y Piña Abogados, *Nuevo estatuto de delitos económicos en Chile*, (BCP ediciones), 2023.

En términos generales, podemos decir que los nuevos tipos penales ambientales persiguen directa e indirectamente la protección del medio ambiente, contando cada uno de ellos con ciertas particularidades que pueden ser abordadas con un detalle que no es posible presentar en este comentario. Para una revisión más sencilla,⁹ se propone la siguiente agrupación:

a) Delitos de vulneración a la institucionalidad ambiental y sectorial. Encontramos en este conjunto:

- (i) Delito de elusión al SEIA (artículo 305).
- (ii) Delito de contumacia de infracciones administrativas (artículo 306).
- (iii) Delito de extracción de aguas en infracción a la regulación (artículo 307).

b) Delitos de afectación grave o daño ambiental. Encontramos en este conjunto:

- (i) Delito de afectación grave o daño ambiental propiamente tal (artículo 308).
- (ii) Cuasidelito de afectación grave o daño ambiental (artículo 309).
- (iii) Delito de afectación grave o daño a componentes ambientales en áreas bajo categorías de protección y glaciares (artículo 310).

En cuanto a los demás artículos del párrafo 13, destacamos que desde el artículo 310 bis y hasta el 312 encontraremos algunas reglas especiales que se aplicarán a los delitos previamente mencionados, como la del artículo 310 bis inciso segundo, que establece la imposición del máximo de la pena que corresponda, cuando los hechos generen un daño irreversible a un ecosistema (agravante)¹⁰, o la del artículo 311 sexies que resulta especialmente relevante para los tipos penales que involucran al SEIA, y que indica 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 haya sido obtenida bajo engaño, cohecho, coacción, o que la persona autorizada sabe que es o ha devenido manifestamente en improcedente.

2.1. Delitos de vulneración a la institucionalidad ambiental y sectorial.

Consideramos que los tipos penales contenidos en los artículos 305 a 307 del Código Penal, no son delitos ambientales propiamente tales, ya que protegen y en alguna medida fortalecen, distintos instrumentos, competencias y regulaciones del derecho ambiental vigente, y de manera indirecta al medio ambiente y los

⁹ Por razones de extensión, se omitirá la transcripción de los tipos penales.

¹⁰ Esta disposición aplica a los hechos previstos en el número 1 del artículo 308, e incisos primero y segundo del artículo 310.

ecosistemas. Por otro lado, tenemos hipótesis en que definitivamente el medio ambiente no es el bien jurídico protegido, lo que podemos observar en el delito del artículo 307 que sanciona al que extraiga aguas subterráneas infringiendo las reglas sobre distribución y aprovechamiento, regulación que no tiene por objeto principal la protección del medio ambiente o del agua como sistema ecológico. Si bien el actual artículo 5 bis del Código de Aguas reconoce la preservación ecosistémica como una de las funciones del agua, este también aclara que siempre prevalecerá el uso para el consumo humano, el uso doméstico de subsistencia y el saneamiento¹¹, dándoles prioridad por sobre los fines ecosistémicos.

En este sentido, podemos decir que en el caso de los artículos 305 a 307 del Código Penal, nos encontramos frente a delitos pluriofensivos que, junto con resguardar el medio ambiente, buscan proteger la puesta en peligro de otros bienes jurídicos que se indican en cada caso.

Ahora bien, durante la tramitación parlamentaria y con posterioridad a ella, se ha llamado a este conjunto de tipos penales como “delitos de contaminación”¹², cuestión que no compartimos, ya que se incluyen dentro de ellos un conjunto de actos ilícitos que no son -o no son puramente- contaminantes, como ocurre, por ejemplo, con la extracción de aguas o suelo; y también porque la contaminación no es la única forma en que el medio ambiente puede ser impactado por los proyectos o actividades que deben someterse a evaluación ambiental. Por esta razón, consideramos que un concepto más apropiado es el de vulneración a la institucionalidad ambiental y sectorial, con lo que además se les distingue de los delitos listados del artículo 308 al 310.

Otra de las características generales que se ha señalado respecto de los tipos penales mencionados, es que estos describirían delitos de mera actividad¹³, con lo que no resultaría relevante para el tipo penal si con ocasión de perpetrarse el hecho punible, se impactare, afectare o se produjese daño ambiental efectivo a los ecosistemas. En nuestra opinión, si bien el tenor de los tipos puede llevar a dicha conclusión, se debe considerar el contenido del artículo 311, que establece una figura menos grave o privilegiada de los delitos listados en los artículos 305 a 307. En dicha disposición se establece como requisito para la aplicación de la pena reducida, que no se superen de manera significativa los límites permitidos o autorizados, y que el infractor hubiere obrado con diligencia para restablecer

11 Artículo 5 bis inciso 2 del Código de Aguas.

12 Así, por ejemplo, se puede observar en la Historia de la Ley 21.595, pág. 190, o en: Balmaceda, Cox y Piña, Op. Cit., p. 95.

13 Leppe Guzmán, Juan Pablo. P.

dicho valor, evitando las consecuencias dañinas del hecho. Por ello, creemos que es importante que la doctrina especializada defina en un futuro si efectivamente nos encontramos ante delitos de mera actividad o si se trata de delitos que de todas formas exigirían un resultado, ya que la dificultad probatoria en cada caso puede ser diametralmente distinta. Sumado a ello, si bien la LdE fija un régimen especial de penas, de igual forma, esta diferenciación podría tener incidencia en la determinación de la pena concreta.

A. Delito de elusión al SEIA.

En el caso del artículo 305, el legislador se pone en el supuesto de quien, sin haber sometido su actividad a una evaluación ambiental a sabiendas de estar obligado a ello, incurra en alguna de las circunstancias que allí se describen, esto es: (1) Vierta sustancias contaminantes en aguas marítimas o continentales; (2) Extraiga aguas continentales, sean superficiales, subterráneas o aguas marítimas; (3) Vierta o deposite sustancias contaminantes en el suelo o subsuelo continental o marítimo; (4) Vierta tierras u otro sólidos en humedales; (5) Extraiga componentes del suelo o subsuelo; o (6) Libere sustancias contaminantes al aire.

En este caso, la pena será de presidio o reclusión menor en sus grados mínimo a medio y la aplicación de multas variará entre las 120 a 60.000 UTM. Sin embargo, la situación cambia drásticamente, en caso de que el sujeto obligado sabía que debía ingresar el proyecto o actividad a través de un Estudio de Impacto Ambiental, en cuyo caso, el presidio aumenta a presidio menor en su grado medio a máximo y las multas, fluctúan en un rango entre 12.000 a 90.000 UTM. En ambos casos, el legislador considera que estas penas pueden ser disminuidas, si es que concurren los supuestos del artículo 311, en cuyo caso, las multas se verán disminuidas entre 120 a 12.000 UTM. Los supuestos que contempla el artículo 311, dicen relación con la significancia de la conducta penada en el medio ambiente, o bien, si es que el infractor hubiera obrado con diligencia para restablecer su conducta y evitar así, las consecuencias dañinas del hecho.¹⁴

Como ya se ha señalado, el delito del artículo 305 viene claramente a proteger la institucionalidad y por dicha vía, al medio ambiente, listando seis actos ilícitos. Así, protege al instrumento de gestión ambiental preventivo más relevante de nuestra legislación: el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante, “SEIA”), el que de acuerdo a la Ley N°19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente (Ley N°19.300) y el Decreto 40 del año 2012 del Ministerio de Medio Ambiente, consta

¹⁴ En el caso del artículo 307, aplicará la hipótesis del 311 cuando la extracción hubiera estado destinada a las bebidas y usos domésticos de subsistencia.

de dos instrumentos de evaluación: las Declaraciones de Impacto Ambiental (DIA) y los Estudios de Impacto Ambiental (EIA).¹⁵ En ambos casos nos encontramos ante instrumentos que buscan evaluar proyectos o actividades que sean susceptibles de generar impacto en el medio ambiente. Sin embargo, el elemento diferenciador es que los EIA se presentan en caso de que dichos proyectos o actividades generen o presenten alguno de los efectos, características o circunstancias contemplados en el artículo 11 de la Ley N°19.300. En este sentido, un EIA es mucho más largo, complejo y costoso, porque se trata de evaluar proyectos o actividades que generan un impacto significativo. La distinción entre ambos procedimientos está recogida en el mencionado artículo 305, toda vez que el inciso segundo hace aplicable una pena más alta a quienes eluden el SEIA debiendo haberse sometido a un EIA.¹⁶

Con relación a si este sería un delito de mera actividad o resultado, debemos tener presente puntualmente que las actividades descritas en el artículo 305, por remisión a los instrumentos del SEIA, se deberían considerar *per se* susceptibles de generar impacto ambiental. Aquel es el presupuesto base para que, de acuerdo con el artículo 10 de la Ley N°19.300, las actividades o proyectos se sometan a evaluación ambiental. De lo contrario, tampoco se cumpliría con el presupuesto de la elusión al sistema.

Finalmente, podemos señalar que nos encontramos ante un tipo penal que exige la concurrencia de dolo, toda vez que en la descripción del tipo subjetivo la norma exige que la elusión se haya realizado “*a sabiendas*”, lo que de acuerdo con la Real Academia Española significa con conocimiento y deliberación. Balmaceda, Cox y Piña sostienen que el inciso primero exigiría dolo directo, mientras que el inciso segundo del artículo 305, solamente dolo eventual¹⁷. Ello encontraría fundamento en las penas establecidas para cada caso y en que solo el primer inciso es el que agrega el grado de conocimiento “*a sabiendas*”, mientras que el segundo nada dice al respecto. Si bien esta es una interpretación literal, creemos que es debatible, ya que el artículo 305 utiliza de manera genérica el concepto de evaluación de impacto ambiental, que como ya dijimos, puede tramitarse por la vía de una DIA o un EIA. Luego, el segundo inciso solo viene a sancionar con una pena mayor la elusión en caso de un EIA, porque se trata efectivamente de situaciones más graves, de mayor impacto, pero ello no implica que a su respecto

15 Una interpretación coherente de este artículo con el SEIA, exige concluir que, aunque no lo dice, el primer inciso se refiere a los proyectos o actividades que debían someterse a una DIA.

16 De acuerdo con el artículo 305 inciso segundo corresponde a una pena de presidio o reclusión menor en sus grados medio a máximo.

17 Balmaceda, Cox y Piña, Op. Cit., p. 96.

se deje de exigir el mismo grado de conocimiento establecido como regla general en el inciso primero.

B. Delito de contumacia de infracciones administrativas.

Los actos ilícitos sancionados por el artículo 306 del Código Penal son los mismos listados del número 1 al 6 del artículo anterior, pero que tienen dos grandes particularidades o condiciones. Primero, que, a pesar de tener autorización para realizar dichos actos, en su ejercicio, contravengan o incumplan alguno de los instrumentos de gestión o autorizaciones que se mencionan. Estos pueden ser normas de emisión o de calidad ambiental; planes de prevención, de descontaminación o de manejo ambiental; una resolución de calificación ambiental (RCA); o cualquier otra condición asociada al otorgamiento de la respectiva autorización. La segunda condición es que, de manera previa, hayan sido sancionados administrativamente en dos procedimientos sancionatorios distintos; que se trate de infracciones graves o gravísimas que hayan tenido lugar dentro del periodo de 10 años anteriores al hecho ilícito y respecto de una misma unidad sometida al sistema de control, que identificamos como el bien jurídico protegido directo. Es decir, nos encontramos ante un delito que sanciona especialmente la reiteración de la conducta.

En términos de penas, quienes incurran en la conducta serán condenados a presidio o reclusión menor en sus grados mínimo a medio y a multas que fluctúan entre 120 a 60.000 UTM o de 120 a 12.000 UTM si es que concurren los requisitos del artículo 311 ya comentado.

Considerando el tenor del artículo 306, no está demás aclarar que dichos procedimientos sancionatorios no son solo aquellos de competencia de la Superintendencia del Medio Ambiente, sino que se incluyen aquí todos los procedimientos sancionatorios seguidos a propósito de regulación sectorial, como por ejemplo ante el Sernageomin.

C. Delito de extracción de aguas en infracción a la regulación.

El delito descrito en el artículo 307 también tiene como supuesto base que exista una autorización¹⁸ previa para extraer aguas continentales (subterráneas o superficiales), por lo que nos encontramos nuevamente ante un tipo penal que, cumpliéndose determinadas circunstancias, protege el rol de la administración en la

¹⁸ La autorización a la que hace referencia el artículo 307, se refiere a contar con derechos de aprovechamiento de acuerdo con lo establecido en el Código de Aguas. Asimismo, deberán ser aplicables otro tipo de autorizaciones que realiza el Código y que se entienden otorgados por él, como, por ejemplo, las del artículo 56.

gestión del agua. Lo determinante para que la extracción sea punible, es que ésta infrinja las reglas de distribución y aprovechamiento de aguas cuando se encuentre vigente la reducción temporal del ejercicio de derechos de aprovechamiento; o se realice en una zona de prohibición para nuevas explotaciones acuíferas, en un área de restricción del sector hidrogeológico, en dónde se haya declarado el agotamiento de las fuentes naturales o se encuentre bajo declaratoria de zona de escasez hídrica.

2.2. Delitos de afectación grave y daño ambiental.

En el caso de los delitos de los artículos 308, 309 y 310, nos encontramos directamente ante delitos de resultado o delitos materiales, toda vez que exigen una alteración o afectación grave del medio ambiente, ecosistemas o componentes que taxativamente se indican. Asimismo, en este caso nos encontramos con tipos penales en que el bien jurídico protegido es el medio ambiente de manera directa.

A. Delito de afectación grave o daño ambiental propiamente tal.

El artículo 308 puede ser catalogado como el delito ambiental propiamente tal. Este sanciona el *daño o la afectación grave* de aguas, el suelo o subsuelo, el aire, la salud animal o vegetal y humedales, así como la existencia de recursos hídricos y el abastecimiento de agua potable. Este último caso es curioso, ya que se aleja del bien jurídico protegido establecido en los otros casos mencionados, donde podemos encontrar una protección directa y valoración del medio ambiente en sí mismo.

En el caso del abastecimiento de agua potable, la protección se entrega a un servicio que si bien es fundamental para el aseguramiento efectivo del derecho humano al agua -hoy reconocido expresamente en nuestra legislación¹⁹, este claramente no corresponde a un ecosistema, medio ambiente o componente ambiental. Por otro lado, no queda claro por qué se agrega el abastecimiento de agua potable y no el servicio de saneamiento, el que también es reconocido como un derecho humano en el actual artículo 5 inciso cuarto del Código de Aguas.

Cabe mencionar que los nuevos delitos de daño o afectación grave al medio ambiente o sus componentes comparten similitudes con el concepto de ecocidio que se ha desarrollado a nivel internacional, de entre los que destaca el entregado por el Panel Internacional de Expertos, convocado para proponer una definición y regulación de ecocidio factible de ser incorporadas en el Estatuto de Roma. Esta

19 Artículo 5 inciso cuatro del Código de Aguas.

definición indica: “cualquier acto ilícito o arbitrario perpetrado a sabiendas de que existe una probabilidad sustancial de que cause daños graves que sean extensos o duraderos al medioambiente.”²⁰

Si bien el CP no cuenta con un tipo penal exactamente igual a la propuesta citada, sus componentes tienen cierta familiaridad con los nuevos delitos introducidos por la LdE, especialmente cuando revisamos el alcance que esta da a la “afectación grave”. En efecto, el artículo 310 bis establece las circunstancias que permiten determinar cuándo nos encontramos frente a la afectación grave que exigen los tipos penales de los artículos 308, 309 y 310, listando 7 particularidades no copulativas: 1. Extensión especial de relevancia; 2. Efectos prolongados en el tiempo; 3. Irreparable o difícilmente reparable; 4. Alcanzar a un conjunto significativo de especies; 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; y 7. Afectar significativamente los servicios o funciones ecosistémicas del elemento o componente ambiental. Es claro que las circunstancias descritas en el artículo 308 incluyen los elementos más relevantes de la definición de ecocidio. Sin embargo, creemos que es apresurado concluir que nos encontramos frente a la tipificación local de esta propuesta.

B. Cuasidelito de afectación grave o daño ambiental.

En el caso del artículo 309, nos encontramos ante casos de daño ambiental o grave afectación al medio ambiente por los hechos señalados en el artículo 308, pero realizados por imprudencia temeraria o mera imprudencia o negligencia, mezclando con ello varias formas de imputación que pueden subsumirse en el concepto de falta de cuidado. Lo relevante es que el hechor no requiere conocer y querer el acontecer delictivo. Por lo mismo, consideramos que en este caso nos encontramos ante un *cuasidelito de daño o grave afectación ambiental*.

La pena asociada a este delito es la de presidio o reclusión menor en su grado máximo, en los casos en que concurren las circunstancias de los artículos 305 a 307; y de presidio o reclusión menor en cualquiera de sus grados en los demás casos.

C. Delito de afectación grave o daño a componentes ambientales en áreas bajo categorías de protección y glaciares.

Finalmente, el artículo 310 establece un *delito de daño o afectación grave de*

²⁰ Stopecocidio.org, Definición Jurídica de Ecocidio, junio de 2021. Disponible en: <https://stopecocidio.org/definicion-legal-del-ecocidio>

componentes ambientales de manera genérica, sin hacer referencia a otros verbos rectores como los usados en las tipologías anteriores, pero limitándolo a categorías de protección oficial: reserva de región virgen, parque nacional, monumento natural, reserva nacional o humedal de importancia internacional. Considerando la actual clasificación de áreas protegidas de la Ley N°21.600 que Crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas (SBAP), quedarían comprendidas la mayoría de las categorías, a excepción de las áreas de conservación de múltiples usos y las áreas de conservación de pueblos originarios.²¹

En este caso, si la conducta es cometida con dolo, será condenado a presidio o reclusión mayor en su grado mínimo y la multa fluctúa entre 24.000 a 120.000 UTM. Por otro lado, en caso de ser cometido con imprudencia temeraria, mera imprudencia o negligencia con infracción de los reglamentos, se condenará con presidio o reclusión menor en su grado máximo y con las mismas multas ya señaladas.

2.3 Modificaciones a la LO-SMA

Como se anunció, la LdE también introdujo modificaciones a la LO-SMA, tradiéndose en dos nuevos artículos que son fundamentales para abordar las reflexiones de la sección IV de este comentario y que se revisan a continuación.

El artículo 37 bis de la LO-SMA, estipula una pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de 100 a 1.000 UTM, para quien incurra en los siguientes supuestos a saber:

- a) El que maliciosamente en la evaluación ambiental de un proyecto presentare información que ocultare, morigerare, alterare o disminuyere los efectos o impactos ambientales futuros determinados en la evaluación ambiental, de un modo tal que pudiere conducir a una incorrecta aprobación de la resolución de calificación ambiental.
- b) El que maliciosamente fraccionare sus proyectos o actividades para eludir el sistema de evaluación de impacto ambiental o hacer variar la vía de ingreso a él.
- c) El que maliciosamente presentare a la Superintendencia del Medio Ambiente información falsa o incompleta para acreditar el cumplimiento de obligaciones impuestas en una resolución de calificación ambiental, nor-

²¹ Ley N°21.600 Crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas, artículo 56.

mas de emisión, planes de reparación, programas de cumplimiento, planes de prevención o de descontaminación, o cualquier otro instrumento de gestión ambiental de su competencia.

Finalmente, el nuevo artículo 37 ter de la LO-SMA, señala que será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de 50 a 500 UTM:

- a) El que incumpliere las sanciones de clausura impuestas por la Superintendencia del Medio Ambiente o las medidas impuestas en virtud de las letras b), c), d) y e) del artículo 48.
- b) El que impidiere u obstaculizare significativamente las actividades de fiscalización que efectuare la Superintendencia del Medio Ambiente.

3. Reflexiones generales sobre los nuevos tipos penales en relación con el derecho ambiental vigente

Una primera aproximación al nuevo párrafo sobre atentados contra el medio ambiente en el Código Penal, nos invita de inmediato a reflexionar sobre el estado actual del derecho ambiental chileno, y cómo a propósito de la tipificación de estas nuevas conductas ilícitas, su actualización se torna especialmente urgente. En la sección anterior se indicó que los nuevos delitos vienen a proteger el medio ambiente de manera directa pero también mediante la protección y fortalecimiento de la institucionalidad ambiental vigente, para lo que explícita o implícitamente, se remite a conceptos e instrumentos que son propios del derecho ambiental. Tal es el caso, por ejemplo, de diversos instrumentos de gestión ambiental como el SEIA, las normas de calidad, y conceptos definidos en la Ley 19.300, como ocurre con el de contaminación y reparación.

3.1. Prevención y tratamiento de la contaminación: retraso en la dictación de instrumentos de gestión y cuestionamientos en torno a su idoneidad.

Los diversos tipos penales comentados en la sección anterior mencionan o hacen alusión, a los instrumentos de gestión ambiental relacionados explícitamente con la contaminación, específicamente a las normas primarias y secundarias de calidad ambiental y las normas de emisión²²⁻²³, con los correlativos planes de prevención y

²² Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, artículos 32 y 40.

²³ Decreto Supremo N° 38/2012, del Ministerio del Medio Ambiente, que Aprueba Reglamento para la Dictación de Normas de Calidad Ambiental y de Emisión.

de descontaminación²⁴ cuando los umbrales de las primeras comienzan a superarse.²⁵ Para entender cómo operan estos instrumentos, uno de los elementos básicos a considerar es el concepto de contaminación, el que de acuerdo con la misma Ley 19.300, es:

“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;”²⁶

De esta forma, es la ley la que determina las sustancias y umbrales de concentración y permanencia, cuestión que se operativiza mediante la dictación de los instrumentos previamente señalados. El problema radica en que existe un retraso en la dictación de normas de calidad ambiental y de emisión, además de una crítica en cuanto a la idoneidad de estos planes para afrontar el problema que por ley están destinados a solucionar.

A modo de ejemplo, la mayoría de las normas de calidad y planes de preventión y descontaminación que se han dictado en Chile, se hacen cargo específicamente de la contaminación atmosférica. En relación con el componente hídrico, existe un importante retraso en la dictación de normas de calidad ambiental, e incluso, existen territorios de Chile sin información alguna que sustente al menos un anteproyecto de la cuenca para su protección, haciendo urgente su elaboración y posterior dictación²⁷. En el caso del componente suelo la situación es aún peor, ya que a la fecha no existe ninguna norma primaria ni secundaria de calidad ambiental que regule las concentraciones y permanencia superiores o inferiores de contaminantes en dicho ecosistema, encontrándose recién en tramitación desde el 2023 el primer anteproyecto de norma de calidad primaria, enfocada en la protección de la salud de las personas.²⁸ A la fecha de elaboración de este comentario, no se

24 Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, artículos 45 y ss.

25 Una revisión más detallada de las normas e instrumentos ambientales que vinculan los nuevos tipos penales puede ser revisada en Leppe Guzmán, Juan Pablo, *Ánalisis y comentario del nuevo párrafo de atentados contra el medio ambiente del código penal*, (Editorial Hammurabi), 2023.

26 Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, artículo 2 letra c).

27 Martínez, Camila y Walker, Patricio, “Revisión de criterios para la determinación del Daño Ambiental en el componente hídrico”, en Belemmi, Victoria (Coord.), *La regulación de las aguas: nuevos desafíos del siglo XXI. Actas de las II Jornadas del régimen jurídico de las aguas*, (DER Ediciones), 2019. Disponible en <https://doi.org/10.34720/5w93-c218>

28 Planesynnormas.mma.gob.cl, Expedientes electrónicos, Planes y Normas, Norma primaria de calidad am-

tiene conocimiento de una próxima tramitación de norma secundaria, instrumento que considerando la diversidad y características de los suelos en Chile, y al tenor de algunos tipos penales como el del artículo 308, puede resultar elemental para una comprensión y protección objetiva del ecosistema.

Además de los vacíos mencionados, cabe preguntarse si el modelo adoptado por el derecho ambiental chileno a este respecto es el más apropiado. Una aproximación moderna más no nueva, llama a establecer regulaciones y medidas a nivel ecosistémico y no por componentes, o a lo menos, a establecer mecanismos que permitan recoger las interrelaciones existentes entre ellos. Asimismo, se exige mayor celeridad para que los ‘remedios’ adoptados no terminen siendo peor que la ‘enfermedad’. Esto supone un desafío mayor en términos de modelo de regulación y que difícilmente será solucionado a la brevedad.

3.2 Reparación del daño ambiental: necesidad de mayor regulación y perfeccionamiento.

Otro de los aspectos que requiere atención en una primera aproximación a los tipos penales, es el rol de la reparación del daño ambiental en el nuevo párrafo 13. A saber, la nueva normativa se refiere a ella como atenuante muy calificada de acuerdo con lo establecido en el artículo 311 ter del Código Penal; mientras que el artículo 312 otorga al tribunal la facultad de imponer al imputado o condenado, condiciones que permitan reparar el daño ambiental.

La regla general en el derecho ambiental es que quien culposa o dolosamente cause daño al medio ambiente, estará obligado a repararlo materialmente e indemnizarlo.²⁹ De acuerdo con la Ley 19.300, la reparación es 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, y si aquello no es posible, se deben restablecer sus propiedades básicas. Así, podemos encontrarnos con proyectos, órdenes y/o planes de reparación en el contexto del SEIA³⁰, de procedimientos sancionatorios ante la SMA³¹, o de acciones de reparación por daño ambiental cuya competencia se encuentra radicada en los Tribunales Ambientales³², por ejemplo.

biental para suelos de Chile. Disponible en: https://planesynormas.mma.gob.cl/normas/expediente/index.php?tipo=busqueda&id_expediente=941664

29 Ley 19.300, artículo 3.

30 Ley 19.300, artículo 12.

31 LO-SMA, artículo 43.

32 Ley 19.300, artículo 53.

Es en relación con esta multiplicidad de actores e instancias dónde surgen algunas dudas, toda vez que no está claramente resuelto quién lo ordena y en qué contexto se tramita un plan de reparación para efectos de aplicar el artículo 311 ter, si este debe realizarse a propósito de la persecución penal o si debe mediar una orden del Tribunal Ambiental competente en el contexto de una acción por daño ambiental. Por otro lado, no queda claro si en dicho caso la implementación de la acción es voluntaria, o si estará sujeta a la aprobación y control de la SMA, surgiendo dudas en relación con los estándares que deberán cumplirse para tener por acreditado que se ha implementado un plan de reparación efectivo.

La disposición del artículo 312 es menos escueta, pues indica que si el tribunal ordena la reparación del daño ambiental, deberá consultar a los organismos técnicos competentes, y en caso de imponerlas, oficiará a la autoridad reguladora para la fiscalización de su cumplimiento. Algunas de las cuestiones relevantes a determinar en este caso serán determinar, por ejemplo, cuál será el organismo técnico competente, como se abordará la coordinación entre servicios públicos, además de considerar el rol que podría tener el futuro Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas atendida su vinculación con la restauración, una de las formas de reparación o recuperación de ecosistemas degradados. Por otro lado, deberá resolverse si una orden del tribunal en este sentido tiene algún efecto en el contexto de acciones de reparación por daño ambiental; cómo evitar que se ordene la reparación por más de un tribunal (penal y ambiental); o si se encuentra de alguna forma salvada la hipótesis de que uno de ellos ordene o apruebe una técnica de reparación que el organismo competente en otra instancia no habría aprobado.

En relación con el fondo de la reparación, debemos recordar que, si bien la definición entregada por la Ley 19.300 no es la mejor, el fin último debe ser la recuperación de funciones del medio ambiente dañado, resultado que se logra implementando el proceso restaurativo de los ecosistemas.³³ Este proceso es largo, técnicamente complejo, y cuenta con variadas etapas cuyos resultados no siempre permiten alcanzar la restauración propiamente tal del ecosistema.

En el contexto de las penas asociadas a los delitos ambientales, nos parece apropiada la integración de este tipo de incentivos y cargas, sin embargo deja en evidencia la necesidad de perfeccionar la regulación existente y dictar nueva normativa que permita tratar apropiadamente las reparaciones materiales de los ecosistemas

³³ Una revisión sobre la restauración de ecosistemas en Chile puede encontrarse en: Candia, Paula, “El deber de restaurar ecosistemas a la luz de instrumentos y estándares sobre derechos humanos y del medio ambiente, y su implementación en Chile”, en Schönsteiner, Judith y Carmona, Cristóbal (Eds.), *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2023* (2023), (Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho), 2023, pp. 405-448.

dañados, no solo respecto de su procedimiento y actores involucrados, sino que también en relación con su estándar, responsabilidad, seguimiento y comprobación en el tiempo, reconociendo que en muchas situaciones, un proceso recuperativo puede demorar años antes de que podamos comprobar sus resultados.

Finalmente, no está demás destacar que, por definición, la atenuante muy calificada tendría solo relevancia en el caso de los delitos de resultado y no en aquellos de mera actividad que no han ocasionado daño ambiental. Asimismo, el resultado material del delito debe ser el daño ambiental, para lo que nuevamente se torna relevante determinar cómo se relacionarán los tribunales con competencia penal y aquellos con competencia ambiental.

4. Reflexiones prácticas en relación con ciertos tipos penales

Las reflexiones que se pueden plantear con respecto a la aplicación práctica de la Ley N° 21.595, son múltiples y variadas. Sin embargo, para efectos de este artículo, la exposición se centra en algunos tópicos referidos a la integración de procedimientos administrativos en curso o terminados, al procedimiento penal. Esto representa desde ya, uno de los grandes desafíos en que las garantías procesales de uno y otro procedimiento difieren, y en que los incentivos de uno y otro también son disímiles.

Sin ir más lejos, en el procedimiento administrativo sancionatorio existen incentivos concretos a colaborar con la Administración del Estado, pues ello incide en la determinación de las sanciones específicas a aplicar³⁴, sin embargo, con el régimen especial de las atenuantes, atenuantes muy calificadas y agravantes de la LdE, esta colaboración no tendría el mismo impacto que en sede administrativa³⁵, pudiendo generarse con ello, incentivos disímiles e inclusive incentivos a no colaborar con la investigación penal, la cual persigue responsabilidades penales individuales y que, eventualmente puede acarrear responsabilidad penal de la persona jurídica, en caso de que ésta no haya adoptado las medidas de prevención del delito necesarias.

Si bien las reflexiones teórica-prácticas que se derivan de la LdE son múltiples, tal como se indicó, las reflexiones que se plantean en esta sección dicen relación con (i) los tipos penales que involucran materias vinculadas al Sistema

³⁴ En este sentido, el artículo 40 de la LO-SMA, señala en su literal i), que para determinar las sanciones específicas, la SMA podrá considerar una serie de factores, que detalla en las “Bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales” de la SMA, entre las que se contemplan: (i) la cooperación eficaz del infractor y; (ii) la adopción de medidas correctivas por el mismo.

³⁵ La Ley N° 21.595, señala en los artículos 13 y 14 las atenuantes y atenuantes muy calificadas de delitos económicos.

de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA); y (ii) tipos penales que involucran materias vinculadas a la Superintendencia del Medio Ambiente.

4.1. Reflexión práctica - Artículo 305. El tipo penal no indica expresamente que un organismo administrativo determine que se trata de una elusión o fraccionamiento³⁶.

Incorporar el procedimiento administrativo en el penal, tiene y tendrá una serie de desafíos, pues no se indica en qué estado debe estar el primero para poder iniciar el segundo. Ello es especialmente relevante, considerando que el tipo penal exige *conocimiento* de que el proyecto o actividad requería ingresar al SEIA y, aun así, la persona natural o jurídica, no ingresó a sabiendas de tener que hacerlo. Es decir, no requiere que se inicie un procedimiento sancionatorio a su respecto por parte de la SMA (organismo exclusivamente competente), para determinar que existe una infracción (elusión/fraccionamiento)³⁷. Si bien, pareciera ser de toda lógica que siendo la SMA el organismo competente por ley, para determinar si se está o no ante una elusión o fraccionamiento, el tipo penal realizará una remisión a un acto administrativo que lo determine. Sin embargo, la redacción del artículo nada señala a su respecto, ni tampoco se indica de esa manera en la Historia de la LdE, generando dudas sobre cuál sería el hito de inicio de ejecución del delito.

Ello lleva a preguntarse si, por ejemplo, el Servicio de Evaluación Ambiental, en el marco de la evaluación ambiental de un proyecto o actividad, podrá o deberá representarse si un titular está ante posibles conductas delictivas reguladas por la LdE y derivar en etapas muy tempranas de evaluación, los antecedentes al Ministerio Público, ponderando tentativas de delito³⁸. Esto es aún más relevante,

36 El artículo 11 bis de la Ley N° 19.300, establece que los proponentes no podrán, a sabiendas, fraccionar sus proyectos o actividades con el objeto de variar el instrumento de evaluación o de eludir el ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

37 “Artículo 35.- Correspondrá exclusivamente a la Superintendencia del Medio Ambiente el ejercicio de la potestad sancionadora respecto de las siguientes infracciones:

b) La ejecución de proyectos y el desarrollo de actividades para los que la ley exige Resolución de Calificación Ambiental, sin contar con ella. Asimismo, el incumplimiento del requerimiento efectuado por la Superintendencia según lo previsto en las letras i), j), y k) del artículo 3º”.

38 Según la doctrina, el inicio de la tentativa de un delito cualquiera depende de que el agente quede en posición de ejecutar u omitir una acción que, de ser acertada su representación de las circunstancias que configuran la situación, habría de llegar a exemplificar el tipo de acción sometido a prohibición o requerimiento. Así formulado, el criterio de la *inmediatez-de-acción* opera como un estándar objetivo, cuya aplicación queda referida a las circunstancias fácticas que el agente tiene por existentes (Kühl; 1980b, pp. 811 y 813; fundamental al respecto, Fiedler, 1967, p. 92). Ver en: Mañalich, Juan Pablo, “Principio de ejecución e inmediatez-de-acción: una reconstrucción aplicativa del art. 7º, inc. 3º del Código Penal chileno”, en Revista de Derecho, vol. 28, (Universidad Católica del Norte), 2021. Disponible en: <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/184988/Principio-de-ejecucion.pdf>

considerando los deberes funcionarios plasmados en el artículo 61, literal k) del Estatuto Administrativo³⁹.

Lo anterior, al margen de que el propio RSEIA establezca un mecanismo indirecto, que busca evitar precisamente este tipo de situaciones. Así, por ejemplo, el artículo 36 del D.S. N° 40/2012, regula la figura del “*Término anticipado del procedimiento*” para Estudios de Impacto Ambiental, la cual procede cuando el Estudio carece de información relevante o esencial para su evaluación que no pudiera ser subsanada mediante aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones. Ahora bien, se entenderá que carece de información relevante para su evaluación, cuando no se describen todas las partes, obras o acciones del proyecto o actividad sometido al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, o sus distintas etapas; y se entenderá que carece de información esencial para su evaluación cuando, sobre la base de los antecedentes presentados, no es posible evaluar la presencia o generación de efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la ley, ni determinar si las medidas de mitigación, reparación y compensación propuestas son adecuadas, así como tampoco la efectividad del plan de seguimiento. En el caso de las Declaraciones de Impacto Ambiental, el término anticipado se regula en el artículo 48 del RSEIA y, en este caso, se entenderá que carece de información relevante o esencial para su evaluación, cuando no es posible determinar la inexistencia de efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la ley 19.300. En base a lo recién expuesto, resulta evidente, que este es un primer control reglamentario de una posible elusión o fraccionamiento al SEIA.

Sin embargo, la LdE nada indica sobre cuándo o cómo verificar el delito, por lo que podría darse el caso que el SEA derive los antecedentes al Ministerio Público, a la par que a la SMA. La coordinación entre los servicios públicos será crucial para resolver esta encrucijada⁴⁰.

39 D.F.L. N° 29, Que Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, Artículo 61, k): Denunciar, con la debida prontitud, ante el Ministerio Público, las policías, o ante cualquier tribunal con competencia criminal, los hechos de los que tome conocimiento en el ejercicio de sus funciones, y que revistan caracteres de delito.

40 Véase por ejemplo: [Infofirma.sea.gob.cl, Resolución Exenta N ° 20240310127, de 16 de febrero de 2024, del Servicio de Evaluación Ambiental de Atacama, que “Pone término a procedimiento de evaluación de impacto ambiental del proyecto ‘Prospección Minera Proyecto El Encierro’](https://infofirma.sea.gob.cl/ResolucionExentaN%2020240310127). Disponible en: <https://infofirma.sea.gob.cl/DocumentosSEA/MostrarDocumento?docId=2024/02/16/2715-bcf7-4668-913a-037eb9cf049> A mayor abundamiento, en el caso concreto, el SEA de Atacama, derivó los antecedentes al Ministerio Público, por eventualmente haber incurrido la empresa, en el delito plasmado en el artículo 37 bis, literal a) de la LO-SMA, quien “...maliciosamente en la evaluación de impacto ambiental de un proyecto presentare información que ocultare, morigerare, alterare o disminuyere los efectos o impactos ambientales futuros... de un modo tal que pudiere conducir a una incorrecta aprobación de la resolución de calificación ambiental”.

Para el caso de las elusiones y fraccionamientos de proyectos, la entidad fiscalizadora, dictó recientemente la Resolución Exenta N° 1.445, de 16 de agosto de 2023, sobre cómo proceder en caso de ocurrencia de una elusión o fraccionamiento y regular así, cuándo y cómo requerir de ingreso al SEIA a titulares, oportunidad de iniciar el procedimiento sancionatorio en forma simultánea, entre otros. Desde ya, advertir que la SMA y el Ministerio Público, firmaron un Convenio de Participación, por medio de la Resolución Exenta N° 1.600, de 12 de septiembre de 2023, el cual busca establecer un canal de cooperación y mesa de trabajo entre ambos organismos; capacitar a funcionarios profesionales de la SMA y del Ministerio Público en cuanto el funcionamiento de cada entidad. En el caso del Ministerio Público, éste capacitará sobre persecución e investigación penales, y delitos medioambientales; entrega de información y estadísticas respecto de denuncias recibidas en materia de delitos ambientales; organizar instancias de difusión de actualizaciones en cambios normativos. En el caso de la SMA, capacitará en materia de infracciones administrativas ambientales, procedimiento administrativo sancionador y el funcionamiento de la SMA; entrega de información y estadísticas respecto de las denuncias recibidas por la SMA, su gestión y fiscalización. De momento, el SEA y el Ministerio Público, no han anunciado la dictación de un Convenio de Participación o de Colaboración en estas materias, que pudiera orientar sobre cómo se dará curso a estas materias, por lo que habrá que estar atentos a su desarrollo.

4.2 Reflexión práctica - Artículo 311, sexies, inciso tercero. La Consulta de Pertinencia, una figura que se resiste a morir.

Como se anunció previamente, la LDE en el artículo 311 sexies inciso tercero, indica que es la declaración administrativa de no estar obligado a someter a una evaluación de impacto ambiental un proyecto o actividad, la que exime de responsabilidad, salvo que se haya obtenido bajo cohecho, coacción u otra de las hipótesis allí indicadas.

Ahora bien, de la simple lectura del precepto normativo, si bien nada señala sobre que sea la Consulta de Pertinencia el único mecanismo para excluir de responsabilidad, lo cierto es que hoy (fines de 2023), es la herramienta que tiene el SEA, para declarar que, un proyecto o actividad, de conformidad a los antecedentes que el titular le proporcione, no debe ingresar al SEIA, por no verificarse ninguna de las tipologías de ingreso del artículo 10 de la Ley N° 19.300, ni tampoco, porque se generen modificaciones de consideración a proyectos ya evaluados o a actividades previas, que requieran ingresar al SEIA, de conformidad a lo indicado en el artículo 2, literal g) del RSEIA. Sin embargo, para que sirva como

eximente de responsabilidad, la Consulta de Pertinencia debe haberse ejecutado en los términos que fue consultada, de lo contrario, no serviría de alero jurídico⁴¹. Presumiblemente, el foco de la investigación penal podrá estar centrada en estos aspectos.

Lo curioso es que, en la reforma al SEIA (Boletín N° 16.552-12)⁴², la figura de la Consulta de Pertinencia se elimina del esquema regulatorio por “*no agregar un valor especial*”⁴³. La reforma supone sustituir una declaración jurada, sin requisito de admisibilidad⁴⁴. En el proyecto de ley, actualmente en tramitación, se indica que la declaración jurada, llevará la firma de un consultor inscrito en un registro y será incorporada a los expedientes de las RCA, y se derivará a la SMA para que sea considerada en las actividades de fiscalización del proyecto o actividad original. Ahora bien, la Consulta de Pertinencia como tal, tiene su fundamento en el artículo 19 número 14 de la Constitución Política de la República, es decir, se encuentra amparado en el derecho a petición. Dicho ello, si bien puede ser eliminada del esquema regulatorio formal, es una figura que seguirá siendo utilizada por la comunidad regulada, por existir a su respecto, un amparo constitucional.

Sumado a lo anterior, regular esta figura en la LdE no hizo sino tener un efecto precisamente inverso a lo querido por el Ejecutivo, de que se eliminaran del esquema regulatorio, siendo así una figura que se resiste a morir. Es más, hasta que no se haga realidad la reforma al RSEIA, el Servicio de Evaluación Ambiental podría experimentar en los próximos meses, un gran número de ingreso de consultas de pertinencia de proyectos o actividades, con el fin de contar con una declaratoria administrativa que ampare a los titulares frente a las hipótesis que tienen relación con los delitos contenidos en la LdE o incluso para regularizar situaciones previas a la entrada en vigor de la ley.

Más allá de la discusión de si es o no la Consulta de Pertinencia el mecanismo *ad hoc* para resolver lo que el artículo 311 sexies plantea, lo cierto es que deja en

41 Dictámenes Contraloría General de la República N° 44.032 y N° 52.241, ambos del año 2002; Dictamen N° 20.477, del año 2003; y Dictamen N° 80.276, del año 2012.

42 Camara.cl, Modifica diversos cuerpos legales, con el objeto de fortalecer la institucionalidad ambiental y mejorar su eficiencia. Disponible en: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=17120&prmBOLETIN=16552-12>

43 Ver: Mma.gob.cl, Gobierno alista ingreso de reforma al SEIA en diciembre y define principales propuestas, 28 de septiembre de 2023. Disponible en: <https://mma.gob.cl/gobierno-alista-ingreso-de-reforma-al-seia-en-diciembre-y-define-principales-propuestas/#:~:text=Consultas%20de%20pertinencia%20En%2el%20Gobierno%20existe%20convencimiento,seguir%20existiendo%20al%20no%20agregar%20un%20valor%20especial>.

44 Con fecha 17 de noviembre de 2023, en Sesión Extraordinaria del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad y el Cambio Climático, se aprobó la Reforma a la Ley de Bases del Medio Ambiente (Ley N° 19.300).

evidencia la poca flexibilidad del SEIA y de la Resolución de Calificación Ambiental como instrumento propiamente tal y que el SEIA tiene aún desafíos por delante, referidos precisamente a incorporar de manera más eficaz y expedita los cambios operacionales, por ejemplo, que requiere el desarrollo de proyectos o actividades.

4.3 Reflexión práctica - Artículo 311, sexies, inciso primero. ¿Quién responde por los efectos en el medio ambiente de una autorización administrativa inválida?

El artículo 311 sexies inciso primero, señala que “cuenta con la autorización correspondiente quien la tiene en el momento del hecho, aun cuando ella sea posteriormente declarada inválida”. Ello en directa aplicación del principio de confianza legítima⁴⁵ para con la Administración del Estado. Ello implica, por ejemplo, que una declaración administrativa de un proyecto o actividad puede señalar al día de hoy, que no requiere ingresar al SEIA, sin embargo, tras la interposición de recursos administrativos y/o judiciales, se determina que el acto administrativo no se ajustó a derecho y, por tanto, el proyecto o actividad ejecutado en ese tiempo intermedio, bajo una declaratoria que derivó finalmente en inválida, de igual forma se encontraría exento de responsabilidad.

Si bien, el artículo 311 sexies habla específicamente de autorizaciones y la Consulta de Pertinencia no corresponde a un acto autorizatorio propiamente tal, sino a un pronunciamiento del SEA, lo cierto es que, de igual forma, ese acto administrativo puede ser objeto de una invalidación administrativa, por lo que, para fines prácticos, se entenderá que opera como una “autorización”, aun sin serlo. Así se desprende de la discusión parlamentaria, de la LdE, en la que el profesor Bascuñán indica “(...) que la respuesta a la duda planteada se encuentra en el artículo 305 bis del proyecto aprobado por la Cámara de Diputados que, de acuerdo a las indicaciones formuladas, pasa a ser artículo 306 bis. Tal artículo, agregó, dispone que quien cuente con una autorización administrativa actúa conforme al sistema, aunque tal autorización sea declarada inválida con posterioridad, salvo que se haya obtenido mediante cohecho o coacción. En el mismo orden de ideas, afirmó que quien consulta si está sujeto a un deber de evaluación y recibe la respuesta de que no lo está, debe entender que dicha respuesta opera como autorización”.

⁴⁵ Bermúdez, Jorge, “El Principio de Confianza Legítima en la actuación de la Administración como límite a la potestad invalidatoria”. en Revista de Derecho (Valdivia), vol.18, n.2, (Universidad Austral de Chile. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales), 2005. pp. 83-105. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502005000200004&lng=es&nrm=iso. ISSN 0718-0950. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502005000200004>.

Ahora bien, de conformidad a lo dispuesto en el 53 de la Ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, el plazo para solicitar la invalidación de un acto administrativo es de dos años desde la notificación o publicación del acto. Luego de ello, tras la interposición de una solicitud de invalidación, la cual puede ser interpuesta casi al cumplirse el periodo de dos años establecidos por ley, la Dirección Ejecutiva del SEA, puede tardar al menos seis meses a un año en resolver el caso. Luego de ello, los interesados podrán interponer una reclamación judicial, en virtud del artículo 17 numeral 8 de la Ley N° 20.600, que Crea los Tribunales Ambientales, cuyo proceso tarda aproximadamente, entre uno a dos años en resolverse. Al cabo del cual, las partes interesadas, pueden interponer recursos judiciales ante la Excma. Corte Suprema, en particular, el recurso de casación. Por tanto, este escenario recursivo, genera una gran ventana de tiempo en que el proyecto o actividad se encontrará amparado por una autorización aun cuando esta se torne ilegal. Sin embargo, en esta hipótesis penal, no existe un mecanismo para hacerse cargo de los efectos producidos en el medio ambiente durante el tiempo intermedio, existiendo un evidente vacío regulatorio en este aspecto.

4.4 Reflexión práctica - Artículo 306. Utilización de conceptos que no resultan unívocos en el ordenamiento jurídico administrativo.

El tipo penal incorpora elementos que no resultan unívocos en el ordenamiento jurídico administrativo. Uno de ellos, es el concepto de “unidad sometida a control de la autoridad” y el otro, se encuentra referido al rango de clasificación jurídica de “graves o gravísimas”. Esto resultará interesante, pues el tipo penal, podrá considerar las sanciones de cualquier órgano del Estado con competencia sancionatoria en materia ambiental, es decir, Dirección General de Aguas, Seremi de Salud, Superintendencia del Medio Ambiente, Sernageomin, entre otros⁴⁶.

En primer lugar, el concepto de “unidad sometida a control de la autoridad” no tiene correlato ni definición en la legislación ambiental propiamente tal. La única definición que existe es una definición infra legal, contenida en una Resolución Exenta de la Superintendencia del Medio, la Resolución Exenta SMA N° 1184 de 2015, que dicta e instruye normas de carácter general sobre fiscalización ambiental. En ella, se recoge el concepto de “Unidad Fiscalizable”, que es aquella

⁴⁶ Sobre este punto, es de indicar que, en la Historia de la LdE, el tipo penal se encontraba directamente vinculado a las competencias de la Superintendencia del Medio Ambiente, sin embargo, tras el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, las referencias a ese origen se fueron diluyendo en el camino y la redacción quedó bastante más amplia que lo originalmente contemplado.

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 SMA. Desde ya, se advierte que es un concepto que habrá que dotar de contenido, considerando que la referencia a “unidad sometida a control de la autoridad”, difiere del concepto de “Unidad Fiscalizable”. Es más, este concepto podría extenderse a materias referidas a temas corporativos u organizacionales de una empresa por ejemplo, y nada tener que ver con el lugar o unidad física donde se desarrollan proyectos o actividades. O bien, diferir según sea la autoridad que evalúa el control, por ejemplo, la Dirección General de Aguas, podría evaluar desde una perspectiva de cuenca el proyecto o actividad, lo que es más amplio que la “Unidad Fiscalizable” como tal.

Sobre este punto, la SMA quien también se encuentra tramitando en el Congreso una reforma a la Ley Orgánica de la institución (Boletín N° 16.553-12)⁴⁷, deberá procurar incorporar el concepto de Unidad Fiscalizable a la LO-SMA y/o bien, estandarizar el concepto con el de “unidad sometida a control de la autoridad”.

En segundo lugar, el artículo indica que se considerará el comportamiento del infractor en un periodo previo de 10 años al hecho punible, analizando si éste hubiera sido sancionado por infracciones graves o gravísimas, cometidas a su vez, en relación a una misma unidad de control. Tal como se esbozó anteriormente, solo algunas leyes establecen con claridad que se refiere a un rango de infracciones graves o gravísimas. Entre ellas, la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, que regula la clasificación de infracciones en el artículo 36 de la misma, numerales 1 y 2; la reciente Ley N° 21.600 que Crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas, la cual en su artículo 118, establece que las infracciones podrán ser gravísimas, graves o leves. Finalmente, la Resolución Exenta N° 1.222 de 29 de julio de 2020, del Servicio Nacional de Geología y Minería, que establece cuáles obligaciones del D.S. N° 132/2002, Reglamento de Seguridad Minera, son gravísimas, graves o leves. Es interesante este último ejemplo, pues esta categorización se realiza mediante una Resolución Exenta.

Expuesto lo anterior, se observa que salvo por contadas legislaciones muy específicas, el resto no contiene una clasificación de infracciones que pudiera ser asimilable a “graves o gravísimas”. Esto en la práctica, supondrá sin dudas problemas

⁴⁷ Camara.cl, Fortalece y mejora la eficacia de la fiscalización y el cumplimiento de la regulación ambiental a cargo de la Superintendencia del Medio Ambiente, modificando al efecto el artículo segundo de la ley N° 20.417, y regula otras materias que indica. Disponible en: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=17133&prmBOLETIN=16553-12>

prácticos o soluciones ingeniosas por parte de los Órganos de la Administración del Estado.

4.5 Reflexión práctica - Artículo 37 bis, literal c) de la LO-SMA. ¿Quién define la completitud de la información?

El tipo penal señala en su tercera hipótesis, que aquel que maliciosamente presentare a la SMA, información falsa o incompleta para acreditar sus obligaciones, podrá incurrir en la conducta punible. Con respecto a qué se entiende por información falsa, el Código de Procedimiento Civil, establece los estándares de cuándo una información puede entenderse como falsa o verdadera, por lo que fácilmente se puede recurrir a dichos criterios para establecer el umbral. Sin embargo, podría darse el caso, que siendo falsa la información, la SMA desestimara ese medio probatorio en la determinación de sanciones, considerando que el sistema de valoración de la prueba corresponde a la sana crítica, por tanto, se daría el caso, que el bien jurídico protegido, que es no defraudar el sistema, no habría cumplido su fin. Sin embargo, de igual modo debería remitir los antecedentes al Ministerio Público, por verificar la hipótesis del artículo 37 bis de la LO-SMA.

Luego, en el caso de la información incompleta, y tal como plantea la reflexión, **¿quién determinará la completitud de la información?** Es de recordar que la SMA, en virtud del artículo 3º de la LO-SMA, puede requerir a los sujetos sometidos a su fiscalización, información para acreditar las obligaciones de los instrumentos de gestión ambiental de su competencia. Puede hacerlo en sede de investigación preliminar (División de Fiscalización) o en una etapa de investigación más formalizada (División de Sanción y Cumplimiento). Lo cierto es, que un mismo sujeto fiscalizado, puede ser requerido de información varias veces para evaluar el cumplimiento de sus obligaciones, pues cada requerimiento perseguirá objetivos distintos, ya sea para precisar información, aportar antecedentes actualizados, etc.

Dicho ello, se reitera la pregunta, **¿bajo qué criterio se evaluará la completitud?** Al revisar la Historia de la LdE se observa que la incorporación del vocablo “incompleta” no fue en lo absoluto pacífico. Es más, la misma Superintendencia del Medio Ambiente señaló en la discusión parlamentaria que sería conveniente, en sede penal, “focalizarse en la entrega de información falsa, de manera que la de información incompleta se conozca en un proceso sancionatorio, que sí cuenta con herramientas para afrontar esa conducta por parte del infractor”. Ahora bien, otros pasajes de la discusión parlamentaria parecieran otorgar más luces al respecto, pues se indica que “esa información incompleta se entiende como un engaño concluyente o uno implícito porque genera una falta representación de la información”.

Possiblemente, esto implicará modificaciones a las Guías Metodológicas de la Superintendencia del Medio Ambiente, pues en el catálogo de infracciones del artículo 35 de la LO-SMA, la completitud o falta de ella, no es una infracción en sí. Ahora bien, la información incompleta no deberá ser evaluada formalmente, sino que deberá ser evaluada con el objetivo que resguarda el tipo penal.

4.6 Reflexión práctica - Artículo 37 ter, literal b) de la LO-SMA. ¿Cómo se impide u obstaculiza significativamente las actividades de fiscalización de la SMA?

Hasta antes de la incorporación del artículo 37 ter, literal b), la LO-SMA, regulaba la materia en su artículo 36 numeral 1, literal e), en similares, pero no idénticos términos. Este artículo señala que, serán clasificados de infracción gravísima, los hechos, actos u omisiones que “*hayan impedido deliberadamente la fiscalización, encubierto una infracción o evitado el ejercicio de las atribuciones de la Superintendencia*”. De la lectura se observa que este literal contempla dos hipótesis en que el elemento volitivo es central, esto es impedir deliberadamente la fiscalización y encubrir una infracción, no siendo aplicable el requisito volitivo, para la hipótesis restante de la calificante, es decir, el haber evitado el ejercicio de las atribuciones de la SMA.

El último supuesto no volitivo, es el que más desarrollo ha tenido a nivel sancionatorio en la SMA⁴⁸, es decir, ha sido utilizada la figura para clasificar infracciones gravísimas cuando no se hubiera remitido la información por un periodo de tiempo, debiendo hacerlo para poder evaluar por ejemplo, el cumplimiento anual o periódico de una norma de emisión y con ello, se evita el ejercicio de las atribuciones de la SMA⁴⁹.

Luego, los casos en que ha concurrido el supuesto volitivo son exiguos en la historia sancionatoria de la SMA y obedecen a casos más extremos. Entre

48 Ver en este sentido Procedimiento sancionatorio en curso, Rol D-088-2021, Proyecto Minero Atacama Kozan, ([sma.gohttps://snifa.sma.gob.cl/Sancionatorio/Ficha/2552b.cl](https://snifa.sma.gob.cl/Sancionatorio/Ficha/2552b.cl)); y Procedimiento sancionatorio Rol A-002-2013, Proyecto Minero Pascua Lama, ([sma.gohttps://snifa.sma.gob.cl/Sancionatorio/Ficha/1b.cl](https://snifa.sma.gob.cl/Sancionatorio/Ficha/1b.cl)), en que se sancionó a la Compañía, además de otros cargos, por 3 infracciones vinculadas a la clasificación del artículo 36, numeral 1, literal e) de la LO-SMA.

49 Por ejemplo, cuando no se reporta información de los autocontroles del D.S. N° 90/2000 en un periodo importante del año, lo que impide evaluar el comportamiento periódico de la norma de emisión en el cuerpo receptor. O bien, que no se reporte la información de los monitoreos CEMS durante dos meses, referidos al D.S. N° 13/2011, que Establece la Norma de Emisión para Centrales Termoeléctricas, lo que impide con ello, la evaluación completa de la norma en el periodo anual.

ellos, se encuentra el procedimiento seguido en contra de Minera La Española⁵⁰, Rol D-012-2014, en que el titular realizó una serie de *actos deliberados* para obstaculizar e impedir la fiscalización de la SMA. Pareciera ser que es éste el caso que inspiró la redacción del artículo, al utilizar las palabras “impidiere u obstaculizare significativamente” y es éste el supuesto que debería considerarse para el tipo penal del artículo 37 ter literal b) y no aquellos referidos a haber evitado las atribuciones de la SMA.

De lo contrario, si la SMA cambiara de criterio, el derecho penal no estaría siendo utilizado como última ratio del sistema regulatorio.

5. Conclusiones

La incorporación y entrada en vigor de los nuevos delitos ambientales incluidos en el párrafo 13 del Código Penal, es sin duda un avance significativo para la protección del medio ambiente y de la institucionalidad preventiva y de control actualmente vigente. Aunque perfectibles, los nuevos tipos penales vienen además a saldar una deuda en materia penal ambiental, sentando las bases para el desarrollo y fortalecimiento del área durante los próximos años.

Debido a la técnica legislativa utilizada y al contenido mismo de los tipos penales, se observan ciertas debilidades y atrasos en los instrumentos de gestión ambiental, así como en la actualización de ciertos tópicos del derecho ambiental en general. En este sentido, es importante revisar el rol y situación actual de las normas de calidad ambiental y emisión, así como de los planes de prevención y de descontaminación, especialmente en las áreas de agua y suelos. Por otro lado, si bien es positiva el reconocimiento de la reparación de daños ambientales dentro del proceso penal, es necesario que se revisen los estándares de dichas acciones, así como la coordinación existente entre los diversos organismos que pudieren tener competencia al respecto.

Asimismo, se plantean algunas dudas teórico-prácticas que con la entrada en vigor de la LdE surgen de manera evidente. En una primera aproximación, nos parece relevante que se revisen las interrogantes sobre la figura del fraccionamiento, la consulta de pertinencia, la autorización administrativa inválida, o el uso de conceptos que no son unívocos en el ordenamiento jurídico administrativo. Lo mismo ocurre con algunas dudas en el contexto de presentación de información a la SMA, respecto a quién define la completitud de información y bajo qué

⁵⁰ Snifa.sma.gob.cl, Expediente: D-012-2014, 25-06-2024. Disponible en: <https://snifa.sma.gob.cl/Sancionatorio/Ficha/1145>

criterios, y cómo afrontar la posible obstaculización de las actividades de fiscalización de ésta.

Considerando la atención que ha tenido la incorporación de los nuevos tipos penales ambientales, las observaciones realizadas en el presente comentario y muchas otras que no han podido ser mencionadas, deberían ser abordadas por la autoridad a fin de unificar criterios a nivel de la administración, así como determinar si es necesario ingresar modificaciones que permitan implementar los nuevos tipos penales de manera armónica con la regulación ambiental vigente.