

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

JEAN PIERRE MATUS ACUÑA (Ed.)
*Doctor y Magíster en Derecho en la Universidad Autónoma
de Barcelona, Profesor Asociado de Derecho Penal
y Director del Centro de Estudios de Derecho Penal
de la Universidad de Tulca*

DERECHO PENAL DEL MEDIO AMBIENTE

ESTUDIOS Y PROPUESTA PARA UN NUEVO DERECHO PENAL AMBIENTAL CHILENO

© JEAN PIERRE MATUS ACUÑA
© EDITORIAL JURIDICA DE CHILE
Carmen 8, 4° piso, Santiago

Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción N° 140.650, año 2004
Santiago - Chile

Se terminó de imprimir esta primera edición
de 700 ejemplares en el mes de julio de 2004

IMPRESORES: Imprenta Salesianos S. A.

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN 956-10-1554-4



LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES
DE ESTABLECER DELITOS MEDIOAMBIENTALES*2.1. INTRODUCCIÓN. BREVE RESEÑA DEL ESTADO ACTUAL
DEL DERECHO INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE

Aunque ya desde principios del siglo pasado se han venido celebrando tratados bilaterales y multilaterales que pueden reconducirse a la idea de la protección del medio ambiente,¹ entendido en general por el Tribunal Internacional de Justicia como "*l'espace où vivent les êtres humains et dont dépendent la qualité de leur vie et leur santé, y compris pour les générations à venir*",² o como señalan algu-

* Este capítulo ha sido elaborado por los profesores Jean Pierre Matus A. y Marcos Orellana Cruz, y se refiere exclusivamente a los tratados suscritos por Chile hasta diciembre de 2002 y actualmente vigentes. Para una visión de los tratados no suscritos por Chile, pero que han sido elaborados por los países de nuestra órbita cultural, ver la Memoria de Grado dirigida por el profesor Jean Pierre Matus A., *Obligaciones internacionales de establecer delitos medioambientales, contempladas en los tratados no suscritos por Chile*, de la alumna Marcia Allendes, U. Talca, 2003.

¹ Autores como Manuel Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 11ª ed., Madrid, 1907, p. 613, citan incluso precedentes provenientes de las postrimerías del siglo XIX, tales como el *Laudo en el asunto de las focas peléteras del Pacífico*, que decidió una controversia entre los Estados Unidos de América y el Reino Unido, laudo que serviría de base para la celebración posterior de tratados destinados a la conservación de dicha especie. Precisamente, la conservación de especies de la flora y fauna fue el objeto principal de los tratados celebrados en la primera mitad del siglo XX.

² *Tribunal Internacional de Justicia*, Dictamen de 8 de julio de 1996 sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de las armas nucleares (Dictamen A.G.N.U.), Rec. 1996, p. 226. Adoptamos aquí un concepto utilizado por el Tribunal Internacional de Justicia, que parece apropiado para el enfoque del problema desde el punto de vista del derecho internacional, aunque no sin reconocer que, como señala Miguel Perales, Carlos: *Derecho español del medio ambiente*, Madrid, 2000, p. 24,

nos autores, "el conjunto de los elementos que son imprescindibles para la vida, es decir, la biosfera o el ecosistema global",³ que según señala el Principio 2 de la declaración de Estocolmo de 1972, incluyen el aire, agua, tierra, flora y fauna y sus respectivos ecosistemas; lo cierto es que sólo a partir de la década de 1950 (con el Convenio de Londres de 1954, para la prevención de la contaminación del mar por hidrocarburos) y, con mayor fuerza, con posterioridad a la Declaración adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano celebrada en Estocolmo del día 5 al 16 de junio de 1972, ha surgido propiamente un *corpus* de declaraciones, resoluciones, tratados multi y bilaterales, etc., que podríamos englobar en la idea del derecho internacional ambiental contemporáneo.⁴

En cuanto *corpus* normativo, entre las principales características del derecho internacional ambiental actual podemos destacar su tendencial alejamiento de las reglas y efectos del derecho internacional público clásico basado en el principio de la *reciprocidad*, justificado por una parte en la constatación cada vez más creciente de que las "reglas del derecho internacional ambiental caen en la categoría de normas adoptadas en el interés común de la humanidad",⁵ y por otra, que la protección del medio ambiente no debe descuidar los intereses de los Estados por la competitividad de sus respectivas economías.⁶ De allí que en el derecho internacional ambiental apreciemos una *creciente frondosidad de sus fuentes*,⁷ una *tendencia* a establecer un derecho

se trata de "un concepto de difícil precisión" respecto del cual "hay opiniones para todos los gustos" (que el propio Miguel Perales cita).

³ Jiménez de Parga y Maseda, Patricia: *El principio de prevención en el Derecho Internacional del Medio Ambiente*, Madrid, 2001, p. 14.

⁴ González Campos, Julio D. / Sánchez Rodríguez, Luis I. / Sáenz de Santa María, Paz Andrés: *Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid, 1998, p. 792.

⁵ Kiss / Shelton, op. cit., p. 17.

⁶ Loibl, op. cit., p. 106.

⁷ No es claro el número total de tratados, convenciones, declaraciones, etc., que directa o indirectamente tienen relación con el medio ambiente. Fuentes Olivares, Flavio, en su *Manual de Derecho Ambiental*, Valparaíso, 1999, pp. 119 y s., señala que existirán más de 4.000 instrumentos jurídicos en la materia, de los cuales, "de carácter estrictamente internacional, con pretensión de universalidad y globalidad, hay alrededor de 152"; en tanto que González / Sánchez / Sáenz, op. cit.,

de *reglamentación general* (tratados multilaterales) para todas las naciones más que un derecho *contractual* entre Estados soberanos (tratados bilaterales)⁸ —compensada con la *tendencia* a establecer disposiciones de carácter consensual muy general y programático, que entregan gran discreción a los Estados en su aplicación y cumplimiento, mediante normas que tienen un carácter *suavemente coercitivo* (*soft law*), como las Declaraciones de Estocolmo de 1972 y de Río de 1992—,⁹ y una *tendencia* a estable-

p. 792, hablan de "varios centenares de textos". En recopilaciones elaboradas por la doctrina *insubpublicista*, podemos señalar que Winnie, Patricia W., y Boyle, Alan, *Basis Documents on International Law and the Environment*, Oxford, 1995, enumeran a esa fecha alrededor de 40 instrumentos que pueden considerarse como punto de partida para el estudio del derecho internacional ambiental. Por su parte, respecto a los instrumentos suscritos por la República de Chile, el Profesor Hugo Llanos Mansilla, en su trabajo, también de 1995, *La protección jurídica del Medio Ambiente en Chile: Convenios internacionales*, transcribe más de 70 tratados, convenciones y Declaraciones relativos a la materia. Para efectos de su estudio particular, nuestra Comisión Nacional del Medio Ambiente ha realizado una selección de los tratados internacionales relativos al ambiente, considerando como más relevantes para Chile un grupo de aproximadamente 20 tratados, incluyendo sus respectivos protocolos, cuyos principales contenidos, con referencia a su grado de cumplimiento a nivel nacional, se recopilan en la obra de Sergio Montenegro / Donique Hervé / Valentina Durán: *Los Tratados Ambientales: Principios y Aplicación en Chile*, Santiago, 2001. Por su parte, el PNUMA, en su texto *Derecho Internacional Ambiental Regional*, recopila 31 tratados y convenciones aplicables en América Latina.

⁸ Kiss, A. / Shelton D.: *International Environmental Law*, New York / London, 1991, pp. 14 y ss., cit. por Jiménez de Parga, op. cit., p. 15.

⁹ Ferrández Casadavante Romani, Carlos: *La protección del Medio Ambiente en Derecho Internacional, Derecho Comunitario Europeo y Derecho Español*, Vitoria, 1991, p. 103. Por su parte, según señalan Birnie / Boyle, op. cit., p. 9, aunque tanto la declaración de Estocolmo como la de Río no constituyen formalmente tratados obligatorios, "su adopción con el consenso de 176 Estados [en el caso de la declaración de Río], después de un prolongado proceso de negociación, junto con su carácter normativo, las convierten en un importante ejemplo de la utilización de instrumentos del "soft law" en el proceso de codificación y desarrollo del derecho internacional". En esta materia debe tenerse presente lo señalado por Villary, Michael: *El devenir del derecho internacional. Ensayos escritos al correr de los años*, quien califica de "engañosa" la expresión *soft law*, apuntando que ya al término de la Segunda Guerra Mundial (con los Tratados de Yalta) y durante la llamada Guerra Fría, se multiplicaron los *compromisos políticos* sin compromisos jurídicos precisos, pero que aún careciendo del carácter de "tratados", surtían efectos reales (p. 162). También este autor rechaza que las "Recomendaciones" de los organismos internacionales carezcan de valor jurídico, aunque sólo tengan uno muy poco delimitado, entendiéndolas como "invitaciones a observar un comportamien-

cer mecanismos de prevención o evitación de conflictos, con preferencia a los de resolución de los mismos ante la jurisdicción internacional.¹⁰⁻¹¹

to determinado, enviadas por un órgano internacional" (p. 219). De allí que Brownlie, *Law: Principles of public international law*, 5ª ed., Oxford, 1998, p. 11, denomine significativamente a esta clase de fuentes del derecho internacional público "*law-making*" *treaties and other material sources*". La formación del derecho internacional por esta vía fue expuesta anteriormente por el juez TANAKA en su opinión disidente sobre el asunto de la *plataforma continental del Mar del Norte*, Tribunal Internacional de Justicia, Recopilación 1969, p. 178, quien afirma que respecto de la formación de la costumbre internacional "no solamente hay que evaluar cada uno de [los] factores que contribuyen al nacimiento de una regla consuetudinaria, sino también hay que considerar la formación del derecho en su conjunto como un proceso orgánico y dinámico" [la cursiva es nuestra].

¹⁰ Loibl, Gerhard: *Dispute avoidance and dispute settlement in International Environmental Law, some reflections on recent developments*, en XXIV Curso de Derecho Internacional del Comité Jurídico Interamericano (1997), Secretaría General OEA, Washington, 1998, pp. 101-126, pp. 105 y s.

¹¹ Sin embargo, no cabe atribuir exclusivamente al derecho internacional ambiental estas características y razones, pues la creciente frondosidad de fuentes del derecho internacional también está asociada a la creación de numerosas organizaciones internacionales, partiendo por la Asamblea General de las Naciones Unidas, y el resto de sus organismos dependientes (entre ellos, naturalmente, el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente), cuyas "resoluciones", "declaraciones" y "recomendaciones" aparecen engrosando el número de fuentes que o bien se caracterizan como *soft law*, o se entienden como cristalizaciones previas de un derecho consuetudinario de acelerada creación (cfr. Barbosa, Julio: *The Customary Rule: from Chrysalis to Butterfly*, en Kluwer Law International: *Liber Amicorum 'In memoriam' of Judge José María Ruda*, The Hague / London / Boston 2000, pp. 1-14, pp. 9 y s.). Tampoco es aislado el fenómeno del creciente carácter reglamentario del derecho internacional público y de su "multilateralización", pues por nombrar sólo un ejemplo las convenciones cada vez más detalladas sobre tráfico ilícito de estupefacientes así lo demuestran (cfr. al respecto la recopilación de tratados y convenciones contenida en el texto de Politoff / Matus / Ramírez / Palma: *Legislación y reglamentación complementaria del delito de tráfico ilícito de estupefacientes*, Santiago, 2000). El que, "en última instancia, el derecho internacional del medio ambiente sólo es verdaderamente eficaz si se aplica por medio del *derecho interno* de los Estados" (Diez de Velasco, op. cit., p. 616) es una frase que, *mutatis mutandi*, vale tanto para impedir la explotación indiscriminada de los bosques como para castigar el lavado de dinero o para lograr la vigencia efectiva de los derechos humanos, o como en lo que actualmente se encuentra en el centro de la discusión: la "lucha contra el terrorismo" (cfr. el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos por Bombas, y el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, ambos adoptados en Nueva York en diciembre de 1997). Mucho menos particular puede verse el carácter programático de la mayor parte del derecho internacional ambiental,

2.2. ACERCA DE LAS OBLIGACIONES CONTEMPLADAS EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES RELATIVOS AL MEDIO AMBIENTE, Y EN PARTICULAR, DEL CARÁCTER DE LAS OBLIGACIONES DE ESTABLECER "DELITOS"

EN EL DERECHO INTERNO

Loibl califica en general las obligaciones internacionales que imponen adoptar medidas a nivel de derecho interno, tanto desde el punto civil y administrativo como desde el punto de vista del derecho penal, como medidas de "evitación de conflictos" a nivel internacional, establecidas para prevenir un posible daño (muchas veces irreparable), contraponiéndolas a las normas de "resolución de conflictos", que importarían el recurso a la jurisdicción internacional por el daño producido (o por el incumplimiento de una obligación internacional), dejando de lado el interés colectivo de procurar la mantención del medio ambiente para la vida humana.¹²

Sin embargo, como el propio Loibl señala, "por regla general", "los Estados son reacios [...] a aceptar mecanismos de

si se compara con las abismales dimensiones de lo programático que dominan lo que André Philip (cit. por Virally, op. cit., p. 487, nota 1) ha llamado "derecho internacional del desarrollo", y al que —con gracia— Virally, op. cit., p. 488, denomina "derecho internacional de las desigualdades del desarrollo". Allí también encontramos convenciones multilaterales (la primera, Ginebra, 1964), declaraciones, resoluciones, tratados, etc., y una pléyade de organismos internacionales (UNCTAD, ECOSOC, programas, fondos especiales, BID, FMI, etc.) produciendo más resoluciones, proyectos de tratados y convenciones, etc. Sucede en esto que, como señala Juan A. Carrillo Salcedo, *El derecho internacional en un mundo en cambio*, Madrid, 1984, p. 228, al parecer el derecho internacional público de nuestros días "lo que hace en realidad es definir los comportamientos del Estado [...] en orden a la realización del bien común de la comunidad internacional, dando así pleno sentido al tránsito de un derecho competencialista, distribuidor de competencias entre Estados soberanos, a un ordenamiento jurídico que, además, es un derecho de reglamentación, creador de condiciones políticas, sociales y económicas de paz" (cfr. de todos modos, una opinión más crítica y menos optimista acerca de la idea de la "comunidad internacional" en acción que subyace en este discurso, en Dupuy, Pierre-Marie: *Dialogue onirique avec Wolfgang Friedmann, sur les évolutions du droit international entre la fin des années soixante et la veille du XXIème siècle*, en *Liber Amicorum 'In Memoriam' of Judge José María Ruda*, op. cit., pp. 15-23, pp. 19 y ss.).

¹² Loibl, op. cit., pp. 112, 123.

evitación de conflictos y de resolución de los mismos", y no se ha adoptado a la fecha ningún instrumento de general aplicación en materia ambiental —al menos no en la órbita de las Naciones Unidas o de la comunidad internacional en su conjunto—,¹³ por

¹³ Restringido al ámbito europeo, si se han realizado esfuerzos precisos y determinados con relación a establecer normas comunes provenientes de tratados multilaterales para la protección del medio ambiente por la vía penal. Así, respecto a los países que forman el Consejo de Europa, se ha abierto en Estrasburgo el 4 de noviembre de 1998, para su firma y ratificación, una *Convención para la protección del ambiente a través del derecho penal* (ETS 172), la que sin embargo no había conseguido en diciembre de 2002 la ratificación de tres de los suscriptores para entrar en vigor. Por otra parte, la Comisión Europea ha propuesto recientemente una *Directiva relativa a la protección del medio ambiente por medio del derecho penal* (COM (2001) 139 Final), la que todavía se encuentra en discusión.

La Convención establece: Artículo 2. *Delitos dolosos*. "1. Cada parte deberá adoptar las medidas necesarias para establecer como delitos en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente:

- a) la descarga, emisión, o introducción de una cantidad de sustancias o de iones radiactivos en el aire, suelo o agua que:
- i) causen la muerte o graves lesiones a una persona, o
- ii) creen un significativo riesgo de causar la muerte o graves lesiones a cualquier persona;
- b) la descarga, emisión o introducción no autorizados de una cantidad de sustancias o de iones radiactivos en el aire, suelo o el agua que causen o puedan causar su irreparable deterioro o la muerte o graves lesiones a cualquier persona o un daño sustancial a monumentos y otras propiedades, objetos, animales o plantas protegidos;
- c) el depósito, tratamiento, almacenamiento, transporte, exportación o importación no autorizados de residuos peligrosos que causen o puedan causar la muerte o graves lesiones a cualquier persona o un daño sustancial a la calidad del aire, suelo, agua, animales o plantas;
- d) la explotación no autorizada de un establecimiento en el cual se desarrollen actividades peligrosas que causen o puedan causar la muerte o graves lesiones a cualquier persona o un daño sustancial a la calidad del aire, suelo, agua, animales o plantas;
- e) la fabricación, tratamiento, almacenamiento, uso, transporte, exportación o importación no autorizados de materiales nucleares u otras sustancias radiactivas peligrosas que causen o puedan causar la muerte o graves lesiones a cualquier persona o un daño sustancial a la calidad del aire, suelo, agua, animales o plantas...

Artículo 3. *Delitos imprudentes*. "1. Cada parte deberá adoptar las medidas necesarias para establecer como delitos en su derecho interno, cuando se cometan negligentemente, los hechos numerados en el art. 2, párrafo 1, letras a) a e).

Además, el art. 4 de la Convención deja a discreción de los Estados el castigar ya sea por la vía del derecho penal o por la del derecho administrativo sancionador, aparte los siguientes hechos no comprendidos en los artículos anteriores:

- a) "la descarga, emisión o introducción no autorizados de una cantidad de sus-

lo cual se hace necesaria una investigación particular en cada tratado para determinar si en ellos se establecen o no mecanismos de esta naturaleza.¹⁴

Luego, la pregunta acerca de si entre los más de cien textos referidos al medio ambiente se imponen obligaciones concretas a los Estados suscriptores para establecer en su ordenamiento interno "delitos" relativos al medio ambiente, es una cuestión que nos lleva a la necesidad de establecer criterios que nos permitan distinguir claramente cuándo una declaración, resolución, tratado, convención, etc., impone una obligación concreta de establecer "delitos" en el ordenamiento interno de sus suscriptores, y cuándo no, es decir, cuándo estamos ante una norma de *soft law*, cuya concreción se deja entregada a la voluntad de

tancias o de iones radiactivos en el aire, suelo o el agua"; b) "la emisión no autorizada de ruido"; c) "el depósito, tratamiento, almacenamiento, transporte, exportación o importación no autorizados de basuras"; d) "la explotación no autorizada de una fábrica"; e) "la fabricación, tratamiento, almacenamiento, uso, transporte, exportación o importación no autorizados de materiales nucleares u otras sustancias radiactivas o químicas peligrosas"; f) "la realización de alteraciones no autorizadas en detrimento de los componentes naturales de un parque nacional, una reserva natural, un área de conservación acuática u otras áreas protegidas"; y g) "la posesión, captura, daño, muerte o comercio no autorizados de especies protegidas de flora o fauna silvestre".

Por su parte, la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo* dispone en su art. 3º que "Los Estados miembros se asegurarán de que las siguientes actividades sean delitos, cuando se cometan intencionalmente o por negligencia grave, en cuanto violen el derecho comunitario que protege el medio ambiente o las normas adoptadas por Estados miembros para cumplir con tal derecho comunitario:

- el vertido de hidrocarburos, aceites usados o lodos de aguas residuales;
- la posesión, emisión o introducción no autorizados de una cantidad de materiales en el aire, el suelo o el agua y el tratamiento, vertido, almacenamiento, transporte, exportación o importación no autorizados de residuos peligrosos;
- el vertido no autorizado de residuos en o dentro de la tierra o en el agua, incluida la explotación no autorizada de un vertedero;
- la posesión, apropiación, daño, matanza no autorizados o el comercio de especies protegidas de fauna y flora silvestres o de partes de las mismas;
- el deterioro significativo de un hábitat protegido;
- el comercio no autorizado de sustancias que agotan la capa de ozono;
- la actividad no autorizada de una fábrica en la que se llevan a cabo manipulaciones peligrosas o en la que se almacenan o se utilizan sustancias o preparaciones peligrosas".

¹⁴ Loibl, op. cit., p. 111.

los Estados, y cuándo ante un norma de *hard law*, que imponga estrictamente la obligación de establecer figuras penales.¹⁵

En principio, parece más o menos claro que si se admite que el valor jurídico de las declaraciones, resoluciones y recomendaciones de los organismos internacionales no pasa más allá del de "una invitación a observar un comportamiento determinado",¹⁶ esta clase de instrumentos no pueden —como efectivamente no lo hacen— establecer obligaciones tan detalladas y estrictas como las necesarias para imponer a un Estado una precisa regulación penal en su orden interno.

En este nivel se encuentran los esfuerzos de la Comisión de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y la Justicia Criminal (fundida actualmente con la Oficina de las Naciones para el Control de las Drogas y la Prevención del Delito), cuyo máximo impulso en materia ambiental se realizó en su sesión de 1993, donde la Comisión analizó en un panel de expertos "el rol de la justicia criminal en la protección del medio ambiente" y recomendó la adopción de disposiciones penales que castigasen: a) infracciones que tuviesen o pudiesen tener efectos transfronterizos que afectasen a la comunidad internacional toda, como las relativas a las emanaciones de gases invernaderos; b) infracciones que tuviesen efectos en un país distinto del lugar donde se cometan; y c) infracciones que pudiesen ser consideradas graves delitos en cualquier país.¹⁷ Sin embargo, aunque durante la realización del 9º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, realizado en El Cairo entre el 29 de abril y el 8 de mayo de 1995, el tema de las "posibilidades y límites de la justicia penal" en la "protección ecológica" fue materia de un curso práctico y, por cierto, estuvo presente en las discusiones y resoluciones del Congreso, donde se "sugirieron diversas posibilidades para fomentar la aplicación del derecho penal, a fin de proteger el me-

dio ambiente en el contexto de las condiciones sociales, culturales y económicas de determinados países", no se llegó en dicha oportunidad a nada más concreto que sugerir la elaboración de un tratado internacional al respecto (cuyos trabajos no se han iniciado); mencionar la existencia de ciertos "delitos contra el medio ambiente", incluyendo los relativos al patrimonio cultural, los relativos al manejo de desechos tóxicos y a la flora y fauna; señalar que la tradición romanista contraria a la responsabilidad penal de las personas jurídicas "era un instrumento ineficaz para combatir los delitos graves contra el medio ambiente, porque la gran mayoría de los delitos de degradación ambiental era atribuible a entidades privadas y públicas"; y observar "que era urgente obtener más información sobre los resultados prácticos de la aplicación del derecho penal para proteger el medio ambiente por medio de una evaluación de las medidas adoptadas en ese sentido".¹⁸ Y ya en el 10º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito y Tratamiento del Delincuente, Viena, 19 a 17 de abril de 2000, aunque el tema de la adopción de medidas con relación a los delitos contra el medio ambiente fue propuesto a la Asamblea General dentro del documento preparatorio denominado "Guía para las Deliberaciones", de 22 de septiembre de 1998,¹⁹ lo cierto es que la dinámica del Congreso, encaminado posteriormente a la elaboración de la "Declaración de Viena sobre la Delincuencia y la Justicia frente a los Retos del Siglo XXI",²⁰ dejó completamente de lado el tema de los delitos medioambientales, que ni siquiera son mencionados en dicha Declaración.²¹

¹⁵ Informe del Noveno Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, El Cairo, 29 de abril a 8 de mayo de 1995 (A/CONF.169/16, 352-361).

¹⁶ A/CONF.187/PM.1, 29.

¹⁷ De hecho, dicha Declaración (A. CONF. 187/4/Rev. 3ª) fue adoptada como la principal Resolución del Congreso (Informe del Décimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Viena, 10 a 17 de abril de 2000, A/CONF.187/15, 1).

²¹ El Congreso se centró básicamente en los problemas derivados de la emergencia de "los delitos graves de carácter mundial" y de "la necesidad de cooperación" para su prevención y el control de la "delincuencia organizada transnacional" (A. CONF.187/4/Rev. 3ª, *Prámbulo*), materias que se distribuyeron en cuatro temas: promoción del imperio de la ley y fortalecimiento del sistema de justicia pe-

¹⁵ El problema del paso del *soft law* al *hard law* es analizado desde un punto de vista general por Jiménez de Parga y Maseda, op. cit., pp. 21 y ss.

¹⁶ Virally, op. cit., pp. 190 y ss., y especialmente p. 218.

¹⁷ Informe de la Reunión del Grupo Especial de Expertos sobre las formas más eficaces de cooperación internacional contra la delincuencia transnacional, Viena, diciembre 1993 (E/CN.4/1994/4/Add.2.10).

Pero tampoco la existencia de un tratado o convención multi o bilateral garantiza que en ellos se encuentren establecidas obligaciones más o menos precisas en esta materia, pues como señala Virally, con independencia del nombre que se le asigne, la "observación práctica" "pone de manifiesto una multiplicación de los acuerdos internacionales concertados entre los Estados, a menudo con la participación o bajo la égida de organizaciones internacionales, a veces de carácter solemne y carentes de efectos jurídicos".²²

Sólo queda, por tanto, y como señala Fernández de Casadevante,²³ recurrir al *linguaje* empleado por las normas convencionales para determinar su verdadero alcance.²⁴ De este modo,

...nada, cooperación internacional en la lucha contra la delincuencia transnacional; prevención eficaz del delito, particularmente los relativos a la corrupción, la violencia contra las mujeres y el tráfico de personas; y la responsabilidad y equidad en el tratamiento de delinquentes y víctimas en el proceso penal. Sin embargo, el principal punto que aborda la declaración es el compromiso de los Estados Miembros para concluir las negociaciones destinadas a la adopción de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos (A/CN.4/187/4/Rev.3º, 5 a 10). La Convención referida queda abierta para la firma de los Estados Miembros en la Conferencia de Alto Nivel que tuvo lugar en Palermo, Italia, entre el 12 y el 15 de diciembre de 2000. En ella no se aborda específicamente el tema de los delitos ambientales (salvo que se consideren incorporados merced a la cláusula general que la hace aplicable a todo "delito grave", entendido como tal aquel cuya pena es igual o superior a cuatro años de privación de libertad, arts. 2, a) y 3, b), siendo sus temas principales, por una parte, eliminar las diferencias existentes entre los diferentes sistemas de justicia criminal que bloquean la asistencia recíproca, y por otra, establecer los estándares básicos para la adecuación de las leyes locales a una efectiva persecución del crimen organizado, incluyendo la penalización de determinadas conductas graves (lavado de dinero, asociaciones delictivas, corrupción a gran escala y obstrucción a la justicia, arts. 5, 6, 8 y 23 [además, en los protocolos se pone especial atención a la lucha contra el tráfico de personas e inmigrantes y la trata de blancas y niños para fines sexuales]), y la adopción de medidas eficaces de vigilancia policial, protección de testigos y facilitación de las extradiciones.

²² Virally, op. cit., p. 151.

²³ Fernández de Casadevante, op. cit., p. 108.

²⁴ La cuestión del *linguaje* adoptado por los textos del derecho internacional adquirió, en materia penal ambiental, inusitada importancia en la discusión de los textos preliminares de algunos artículos del tratado sobre "Responsabilidad de los Estados", que se encuentra en elaboración en el seno de la Comisión de Derecho Internacional. En efecto, en sus primeras versiones, el texto que manejaba la Comisión introducía los conceptos de *crímenes* y *delitos internacionales*, cometidos por

Fernández de Casadevante, siguiendo a Virally, clasifica las normas convencionales en tres grupos:²⁵ a) *las que imponen obligaciones concretas*, como sucede particularmente en los convenios relativos a la lucha contra la contaminación del mar por hidrocarburos y en el Convenio 29 sobre responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales; b) *las que imponen obligaciones generales no concretadas*, esto es, obligaciones "de buena voluntad", que "dependen exclusivamente de la opinión que tiene el deudor de la obligación del comportamiento que debe adoptar para conformarse a esa obligación", y por tanto, "su voluntad no se halla sujeta a ningún constreñimiento",²⁶ como sucedería con las obligaciones convencionales de información, consulta, cooperación, negociación y "otras cuando no son concretadas ni desarrolladas por el texto convencional";²⁷ y c) *las que imponen obligaciones de desarrollo discrecional*, "que tienen un objeto concreto bien definido, evaluable desde el exterior, pero

los Estados. La conceptualización fue objeto de debate y fuerte oposición por parte de las principales potencias internacionales (Estados Unidos, Francia, Alemania, etc.), como puede verse en el Primer Informe sobre responsabilidad de los Estados del Relator Especial, Sr. James Crawford (A/CN.4/490/Add.1, 52-60), y las buenas razones dadas para no confundir el incumplimiento de obligaciones internacionales con la responsabilidad penal internacional hicieron tanta fuerza que el propio Relator Especial termina por recomendar la supresión de las normas vinculadas al concepto de *crimen internacional* y sus efectos, y particularmente del art. 19 del Proyecto (que consideraba en su N° 3, letra c) como *crimen internacional del Estado* "una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y la protección del medio humano, como las que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares" (A/CN.4/490/Add.1, 100). Esta recomendación ha sido acogida por la Comisión de Derecho Internacional, como puede verse en el Proyecto de Artículos aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción en segunda lectura, de 11 de agosto de 2000 (A/CN.4/L.600), donde ya no se hace referencia alguna a *crímenes* o *delitos internacionales cometidos por los Estados*, e incluso se ha tenido el cuidado de no mencionar ninguna obligación referida a materias específicas —incluidas las medioambientales—, al establecerse especiales regulaciones para las "Violaciones graves de obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto" (arts. 41 y ss.).

²⁵ Fernández de Casadevante, op. cit., p. 109.

²⁶ Virally, Michel: *La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique*, en *Annuaire I.D.I.*, vol. 60-1, 1985, pp. 166-257, cit. por Fernández de Casadevante, op. cit., pp. 109 y s.

²⁷ Fernández de Casadevante, op. cit., p. 110.

cuya puesta en práctica depende de una apreciación subjetiva que el contrayente se ha reservado desarrollar de manera más o menos discrecional", ²⁸ entre las que se citan todas las obligaciones que caen bajo las fórmulas "se esforzarán", "hará todo lo posible", "fomentará", etc.

La sola enunciación de esta clasificación nos lleva rápidamente a la conclusión preliminar de que sólo las normas convencionales incorporadas en el primer grupo podrían imponer una obligación estricta respecto al establecimiento de delitos en el ordenamiento interno de los Estados suscriptores. En el resto de los casos, aunque podría considerarse posible y hasta conveniente establecer sanciones de carácter penal en el ordenamiento interno, ello no derivaría de la suscripción o no de las normas convencionales de que se trate, sino simplemente de un acto discrecional del Estado *no impuesto por la obligación internacional*, y en donde, tratándose muchas veces de "adoptar medidas", según el lenguaje de los tratados, el carácter civil, administrativo o penal de las que se adopten (cuando no esté claramente definido su carácter administrativo o civil), será una decisión soberana del Estado suscriptor, cuya conveniencia, utilidad y oportunidad debe justificarse en el plano local, sin que la norma convencional internacional determine en modo alguno el sentido de la adecuación normativa que se proponga llevar adelante.

No es casual, por tanto, que en su análisis "caso a caso", Loibl sólo nos entregue algunos escasos ejemplos de tratados que imponen obligaciones de establecer medidas en el derecho interno de carácter penal o administrativo sancionador: CITES (art. VIII, par. 1), Protocolo Ambiental del Tratado Antártico de 1991 y Convención MARPOL 1973/1978. ²⁹

²⁸ Virally, *La distinction*, cit. por Fernández de Casadevante, op. cit., p. 110.

²⁹ Loibl, op. cit., p. 124.

2.3. OBLIGACIONES DE ESTABLECER DELITOS MEDIOAMBIENTALES, CONTENIDAS EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES SUSCRITOS POR CHILE, ACTUALMENTE VIGENTES

Conforme hemos visto en el apartado anterior, puesto que tanto la *naturaleza* del instrumento internacional como el *lenguaje* empleado en el mismo son los principales factores que nos permiten determinar si un texto determinado contiene o no una obligación específica de establecer sanciones penales para hechos que pudieran considerarse lesivos al medio ambiente, la determinación de las específicas obligaciones del Estado de Chile en esta materia supone el análisis *caso a caso* de las normas internacionales suscritas por Chile y que se encuentren actualmente vigentes.

Sin embargo, la cuestión acerca de dilucidar con precisión cuáles son los tratados de carácter medioambiental suscritos por el Estado de Chile, atendido el explosivo aumento de éstos en las últimas décadas, es un aspecto que resulta imposible de abordar con exactitud en esta investigación.

No obstante, puesto que las obligaciones que en nuestro caso tratamos de dilucidar son de tal precisión e importancia (establecer determinados delitos en el ordenamiento interno), podemos asumir con tranquilidad que una revisión de los textos recogidos en las principales recopilaciones hechas hasta la fecha, tanto por la Comisión Nacional del Medio Ambiente ³⁰ como por la doctrina nacional más reconocida, ³¹ nos ofrece suficiente material para conclusiones bien precisas acerca de la materia de nuestras indagaciones.

Siguiendo en lo modular las categorías sentadas por Virally, ³² pero adaptándolas a la especificidad de esta investigación, y descartando en primer lugar aquel conjunto de instrumentos internacionales relativos al medio ambiente que por su naturaleza u objeto *no aluden directa o indirectamente a la conveniencia de establecer un régimen penal medioambiental*, ³³ podemos ordenar los ins-

³⁰ Montenegro / Hervé / Durán, op. cit., *passim*.

³¹ Llanos, op. cit., *passim*.

³² Cfr. *supra*, p. 5.

³³ Entre esta clase de instrumentos podemos mencionar los siguientes:

- Como parte del denominado *soft law*, la Declaración de Santiago, sobre Zona

trumentos pertinentes, descendiendo desde aquellos que sólo contemplan obligaciones más o menos generales de adaptar la legislación interna de los Estados a los requerimientos de protección del medio ambiente, hasta llegar a los que imponen concretas obligaciones de establecer delitos y sanciones de carácter penal, no sujetas a la discreción de los Estados.

Marítima, de 18 de agosto de 1952; el Tratado entre la República de Chile y la República Argentina sobre Medio Ambiente y su Protocolo Específico Adicional sobre Recursos Hídricos Compartidos, Buenos Aires, 2 de agosto de 1991; la Declaración de Cautín, de mayo de 1992, realizada en la Conferencia Internacional de Pesca Responsable; la Declaración sobre la Ordenación, la Conservación y el Desarrollo Sostenible de los Bosques, Río de Janeiro, junio de 1992; y la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, Río de Janeiro, junio de 1992.

— Entre el derecho internacional convencional, referido a la Antártida, el Tratado Antártico, Washington, 1 de diciembre de 1959; y el Protocolo Específico Adicional sobre Protección del Medio Ambiente Antártico entre la República de Chile y la República Argentina, Buenos Aires, 2 de agosto de 1991.

— Entre el derecho internacional convencional, referido a la conservación de los recursos vivos, el Convenio sobre la Conservación de Especies Migratorias de la Fauna Salvaje, Bonn, 23 de junio de 1979; la Convención Relativa a las Zonas Húmedas de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de las Aves Acuáticas, Ramsar, 2 de febrero de 1971, y su Protocolo de enmiendas, París, 3 de diciembre de 1982, el Convenio Interamericano de Sanidad Vegetal, Buenos Aires, 24 de julio de 1948; el texto revisado en 1979 de la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria, Roma, 1951.

— Entre el derecho internacional convencional, referido a la contaminación del mar, el Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños Causados por la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos, Bruselas, 29 de noviembre de 1969, y sus Protocolos de 1984 y 1992; el Convenio Internacional de Constitución de un Fondo Internacional de Indemnización de Daños causados por la Contaminación de Hidrocarburos, de 1969, y sus Protocolos de 1971, 1984 y 1992; el Convenio Internacional Relativo a la Intervención en Alta Mar en casos de Accidentes que Causen una Contaminación por Hidrocarburos, Bruselas, 1969, y su Protocolo de 1973; el Acuerdo sobre la Cooperación Regional para el Combate contra la Contaminación del Pacífico Sudeste por Hidrocarburos y otras Sustancias Nocivas en Casos de Emergencia, Lima, 12 de noviembre de 1981, y su Protocolo de 1983; el Convenio Internacional sobre Cooperación, Preparación y Lucha contra la Contaminación por Hidrocarburos, de 1990, y finalmente, como una obligación de carácter "general" para prevenir la contaminación de los mares, pero que no alude a ninguna medida legislativa concreta, podemos mencionar la contemplada en el art. 4º relativo al Convenio para la Protección del Medio Ambiente y la Zona Costera del Pacífico Sudeste, Lima, 12 de noviembre de 1981, que impone a los Estados suscriptores adoptar, "entre otras medidas", "las destinadas a reducir en el mayor grado posible: a) Las descargas de sustancias tóxicas, perjudiciales y nocivas, especialmente aquellas que sean persistentes;

Así, podemos considerar como una simple "invitación a observar un comportamiento determinado", ³¹ el *Principio 11* de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 al 14 de junio de 1992, según el cual "los Estados deberán promulgar leyes eficaces sobre el medio ambiente". El propio *principio* que allí se recoge establece una clara delimitación a esta invitación, pues agrega, a renglón seguido, que "las normas, los objetivos de ordenación y las prioridades ambientales deberían reflejar el contexto ambiental y de desarrollo al que se aplican", y que "las normas aplicadas por algunos países pueden resultar inadecuadas y representar un

i. Desde fuentes terrestres, ii. Desde la atmósfera o a través de ella; y iii. Por vertimiento; b) La contaminación causada por buques, en particular aquellas para prevenir accidentes, hacer frente a emergencias, garantizar la seguridad de las operaciones en el mar, prevenir descargas intencionales y reglamentar el diseño, la construcción, el equipo, la explotación y la dotación de los buques de acuerdo a las normas y reglas internacionales generalmente aceptadas, y c) La contaminación proveniente de todos los otros dispositivos e instalaciones que funciones en el medio marino, en particular aquellos para prevenir accidentes, hacer frente a emergencias, garantizar la seguridad de las operaciones en el mar y reglamentar el diseño, la construcción, el equipo y la dotación de esas instalaciones o esos dispositivos".

— Entre el derecho internacional convencional, referido a la energía nuclear, el Convenio Acerca de la Responsabilidad Civil en Materia de Energía Nuclear, París, 29 de julio de 1960, y su Convenio Complementario de 1963; la Convención sobre la Responsabilidad de los Explotadores de Buques Nucleares, Bruselas, 25 de mayo de 1962; la Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares, 21 de mayo de 1963; el Protocolo Común de 1988 relativo a la Aplicación de la Convención de Viena y del Convenio de París, Viena, 21 de septiembre de 1988; el Convenio Relativo a la Responsabilidad Civil en la Esfera del Transporte Marítimo de Materiales Nucleares, Bruselas, 17 de diciembre de 1971; la Convención sobre la Pronta Notificación de Accidentes Nucleares, Viena, 26 de septiembre de 1986; la Convención sobre Asistencia en Caso de Accidente Nuclear o Emergencia Radiológica, Viena, 26 de septiembre de 1986; el Tratado sobre la No Proliferación de Armas Nucleares; el Tratado para la Proscripción de las Armas Nucleares en la América Latina, México, 14 de febrero de 1967, sus Protocolos y Enmiendas; el Convenio de Lima que establece la Organización Latinoamericana de Energía, de 1973, y el Tratado sobre Prohibición de Armas Nucleares y otras Armas de Destrucción en Masa en los Fondos Marinos y Oceánicos y su Subsuelo.

³¹ Virally, op. cit., pp. 190 y ss., y especialmente p. 218.

costo social y económico injustificado para otros países, en particular los países en desarrollo", quedando en definitiva la adecuación normativa supeditada a los niveles de desarrollo de cada país, sin que sea posible argumentar la necesidad de armonizar distintas regulaciones medioambientales entre distintos países.³⁵

Un poco más que una "invitación", pero no mucho más que una "sugerencia" parecen ser las prescripciones del Convenio sobre la Diversidad Biológica, adoptado en la misma Conferencia Internacional de Río de Janeiro, el 5 de junio de 1992, cuyo art. 8 "obliga" a "cada parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda" [la cursiva es nuestra], establecer "un sistema de áreas protegidas o áreas donde haya que tomar medidas especiales para conservar la diversidad biológica" y "la legislación necesaria y/u otras disposiciones de reglamentación para la protección de especies y poblaciones amenazadas". De similar forma, el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, de 22 de marzo de 1985, en su art. 2.2. b), y bajo el epígrafe de "*Obligaciones generales*", entrega a la discreción de las Partes, "*de conformidad con los medios de que dispongan y en la medida de sus posibilidades*" [la cursiva es nuestra], la adopción de "las medidas legislativas o administrativas adecuadas [...] para controlar, limitar, reducir o prevenir las actividades humanas bajo su jurisdicción o control en el caso de que se compruebe que estas actividades tienen o pueden tener efectos adversos como resultado de la modificación o probable modificación de la capa de ozono".³⁶ En esta misma línea, la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, París, noviembre de 1972, reducía la intensidad de las obligaciones de las partes con términos similares, disponiendo en su art. 5. d) que "...cada uno de los Estados Partes en la presente Convención *procurará dentro de lo posible*" "adoptar las medidas jurídicas,

³⁵ Además, se debe tener presente que, respecto al derecho penal propiamente tal, en la propia Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, Río de Janeiro, junio de 1992, Programa 21, Capítulo 17, se afirma, en su punto 17.21, que "para prevenir la degradación del medio marino sería más útil una estrategia de precaución y prevención que de reacción".

³⁶ Posteriormente, los sucesivos protocolos de esta Convención (particularmente el de Montreal de 1987) han ido especificando las obligaciones de las partes, aunque sin hacer referencia directa al establecimiento de sanciones penales.

científicas, técnicas, administrativas y financieras adecuadas, para identificar, proteger, conservar, revalorizar y rehabilitar" el patrimonio cultural y natural situado en su territorio.

Más importancia tienen, sin duda, los instrumentos que establecen una *obligación concreta de modificar o adecuar la legislación interna para regular una situación determinada*. Aquí, sin embargo, debemos todavía distinguir entre los instrumentos que contienen esa clase de obligaciones concretas, pero sin prejuzgar acerca de la naturaleza civil, administrativa o penal de la modificación legal que imponen (y por tanto, dejan a la discreción soberana de los Estados determinar la clase de modificación legal a realizar) y aquellos que directa o indirectamente indican que dicha modificación ha de hacerse estableciendo específicas figuras penales.

Así, entre los *instrumentos internacionales que establecen obligaciones concretas de modificar o adecuar la legislación interna, dejando a la discreción del Estado decidir si tal modificación incluirá o no disposiciones de carácter penal*, encontramos las siguientes normas convencionales: El art. 2 (2) de la Convención sobre Conservación de Focas Antárticas, y su Apéndice, Londres, 1 de junio de 1972;³⁷ el art. V de la Convención para la Protección de la Flora, la Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América, Washington, 12 de octubre de 1940;³⁸ los arts. 2º y 4º del Convenio

³⁷ "Art. 2 (2)... Cada Parte Contratante adoptará para sus nacionales y los buques bajo su bandera las leyes, reglamentos y otras medidas, incluso un sistema de permisos según sea apropiado, que puedan ser necesarios para la ejecución de esta Convención". La Convención establece cuotas de caza, tiempos de veda y prohibiciones respecto del recurso "foca antártica".

³⁸ Artículo V. "1. Los Gobiernos Contratantes convienen en adoptar o en recomendar a sus respectivos cuerpos legislativos competentes, la adopción de leyes y reglamentos que aseguren la protección y conservación de la flora y fauna dentro de sus respectivos territorios y fuera de los parques y reservas nacionales, monumentos naturales y de las reservas de regiones vírgenes mencionados en el art. II. Dichas reglamentaciones contendrán disposiciones que permitan la caza o recolección de ejemplares de fauna y flora para estudios e investigaciones científicas por individuos y organismos debidamente autorizados".

"2. Los Gobiernos Contratantes convienen en adoptar el recomendar a sus respectivos cuerpos legislativos la adopción de leyes que aseguren la protección y conservación de los paisajes, las formaciones geológicas extraordinarias, y las regiones y los objetos naturales de interés estético o valor científico o histórico".

para la Conservación y Manejo de la Vicuña, Lima, diciembre de 1979;³⁹ el art. 3 del Convenio sobre Resguardo de Bosques Fronterizos Contra Incendios, suscrito entre el Gobierno de Chile y el de Argentina, Santiago de Chile, 22 de diciembre 1961;⁴⁰ el art. 4 del Protocolo de Montreal Relativo a las Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono, de 16 de septiembre de 1987, sus Enmiendas y Ajustes;⁴¹ el art. III del Protocolo para la Protección del Pacífico Sudeste Contra la Contaminación Proveniente de Fuentes Terrestres, Quito, 22 de julio de 1983;⁴² el art. II del Protocolo para la Protección del Pacífico Sudeste Contra la

³⁹ Art. 2. "Los gobiernos signatarios prohíben la caza y la comercialización ilegales de la vicuña, sus productos y derivados en el territorio de sus respectivos países".

Art. 4. "Los Gobiernos signatarios prohíben la exportación de vicuñas fértiles, semen u otro material de reproducción con excepción de aquellas destinadas a alguno de los países miembros para fines de investigación y/o repoblamiento".

⁴⁰ Artículo Tercero. "Los Gobiernos de Chile y Argentina se comprometen a prohibir, entre el 1º de noviembre y el 31 de marzo de cada año, el uso del fuego como medio de habilitar terrenos de cualquiera naturaleza" en la zona que se designa (franja de 15 kms. cuadrados a cada lado de la frontera, entre los paralelos 36 y 45 Latitud Sur, cuya calidad será de terrenos forestales [artículo segundo]).

⁴¹ Artículo 4. "Control del comercio con Estados que no sean Partes en el Protocolo".

"1. A) 1º de enero de 1990, toda Parte prohibirá la importación de las sustancias controladas que figuran en el Anexo A procedentes de cualquier estado que no sea Parte en el presente Protocolo.

1 bis. En el plazo de un año a contar de la entrada en vigor de las disposiciones del presente párrafo, toda Parte prohibirá la importación de sustancias controladas que figuran en el Anexo B procedente de cualquier Estado que no sea Parte en el presente Protocolo.

2. A partir del 1º de enero de 1993, toda Parte prohibirá la exportación de sustancias controladas que figuran en el anexo A a los Estados que no sean Partes en el presente Protocolo.

2 bis. Transcurrido un año a contar de la entrada en vigor de las disposiciones del presente párrafo, toda Parte prohibirá la exportación de sustancias controladas que figuran en el anexo A a los Estados que no sean Partes en el presente Protocolo".

Las sustancias de los anexos referidos son clorofluorocarbonos y derivados que se clasifican según su potencialidad de agotamiento del ozono.

⁴² Artículo III. "Obligaciones generales".

"...Las Altas Partes Contratantes dictarán leyes y reglamentos para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino proveniente de fuentes terrestres, incluso los ríos, estuarios, tuberías y estructuras de desagüe, teniendo en cuenta las reglas y estándares, así como las prácticas y procedimientos recomendados que se hayan convenido internacionalmente" (inc. 2º).

Contaminación Radiactiva, Paipa (Colombia), 1981,⁴³ y los arts. 2 y 3 de la Convención sobre Prohibición de Pesca con Redes de Deriva de Gran Escala en el Pacífico Sur, 1989, y su Protocolo de 1990.⁴⁴

Finalmente, entre los instrumentos internacionales que imponen obligaciones concretas de modificar o adecuar precisa y determinadamente la legislación interna en orden a establecer disposiciones de carácter penal, se encuentran los siguientes:⁴⁵

a) La Convención Internacional para la Regulación de la Caza de Ballenas y su Anexo, Washington, de 2 de diciembre de 1946, cuyo art. IX dispone que "(1) cada Gobierno Contratante tomará las medidas apropiadas para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención y la sanción para las infracciones a tales disposiciones en las operaciones efectua-

⁴³ Artículo II. "Las Altas Partes Contratantes acuerdan prohibir todo vertimiento de desechos radiactivos y otras sustancias radiactivas en el mar y/o en el lecho de éste, dentro del ámbito de aplicación del presente Convenio. Igualmente, las Altas Partes Contratantes acuerdan prohibir todo enterramiento de desechos radiactivos u otras sustancias en el subsuelo del mar dentro del ámbito de aplicación del presente Convenio".

⁴⁴ Artículo 2: "Cada Parte se compromete a prohibir a sus nacionales y barcos pesqueros registrados en virtud de sus leyes, el uso de redes de deriva dentro del Área de la Convención".

"Art. 3. Medidas contra las actividades de pesca con redes de deriva. 1. Cada Parte se compromete a:

"b) adoptar medidas compatibles con el derecho internacional para restringir las actividades de pesca con redes de deriva dentro del Área de la Convención incluso, pero sin limitarse a: prohibir el uso de redes de deriva dentro de áreas que estén en su jurisdicción pesquera, prohibir el trasbordo de capturas obtenidas con redes de deriva dentro de las áreas que estén dentro de su jurisdicción".

Además, facultativamente, el art. 3.2 señala otras medidas que podrían adoptar las Partes: "a) prohibir el desembarque de capturas obtenidas con redes de deriva dentro de su territorio; b) prohibir el procesamiento de capturas obtenidas con redes de deriva en instalaciones que estén dentro de su jurisdicción; c) prohibir la importación de cualesquiera peces o productos pesqueros, ya sea procesados o no, que hayan sido capturados utilizando una red de deriva; d) restringir el acceso a puertos e instalaciones de servicio portuario a barcos dedicados a la pesca con redes de deriva; y e) prohibir la posesión de redes de deriva a bordo de cualquier barco pesquero dentro de las aguas bajo su jurisdicción pesquera".

⁴⁵ Loibl, op. y loc. cit., menciona la mayor parte de las normas internacionales comprendidas en este grupo de casos entre las que permiten adoptar medidas propias del ordenamiento "penal y administrativo sancionador", sin tomar claro partido por una u otra opción.

das por personas o por naves bajo su jurisdicción", agregando "(3) los juicios por infracciones o contravenciones a esta Convención serán entablados por el Estado que tenga jurisdicción sobre tales delitos";⁴⁶

b) La Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares, Viena / Nueva York, de 3 de marzo de 1980, cuyo art. 7 establece que "la comisión intencionada" de los actos que se detallan, relacionados con el tráfico ilícito de materiales nucleares (plutonio y uranio en su estado no mineral) "(1) será considerada como **delito punible** por cada Estado Parte en virtud de su legislación nacional" y que "(2) cada Estado Parte deberá considerar *punibles los delitos descritos [...]* mediante la imposición de *penas apropiadas que tengan en cuenta la gravedad de su naturaleza*";⁴⁷

⁴⁶ Entre las prohibiciones que contempla la Convención, posibles de cometer por particulares, se encuentran el art. IX. 2: "ninguna gratificación u otra remuneración, calculada en relación con los resultados de su trabajo, se pagará a los cañoneros y tripulaciones de los cazadores de ballenas, cuya captura esta prohibida por la presente Convención"; y en el Anexo, los siguientes numerales:

"2. Queda prohibido coger o matar ballenas grises o ballenas francas, salvo cuando la carne y los productos de tales ballenas deban ser usados exclusivamente para el consumo local de los nativos"; "3. Queda prohibido coger o matar ballenas o ballenas lactantes o ballenas hembras acompañadas por ballenatos o ballenas lactantes; los números 4, 5 y 6, donde se prohíbe utilizar un buque-fábrica o un barco cazador de ballenas dependiente de aquél con el fin de capturar o beneficiar ballenas con barbas designan, y establecen una cuota máxima de captura en dichas zonas para los períodos sin veda; el número 9, que "prohíbe capturar o matar cualquier ballena azul, de aletas, boba, jorobada o cachalote" de menos de las longitudes que se señalan; los números 10 a 14, donde se especifican algunas reglas sobre la forma de explotación de los buques balleneros, tiempo de permanencia de ballenas muertas en el agua, beneficio de los animales y remuneración de las tripulaciones. La Comisión Ballenera Internacional ha creado, además, en su 46ª Reunión, de 23 al 27 de mayo de 1994, un "Santuario para las Ballenas", ubicado entre los 40º y 60º de Latitud Sur y entre los 130º Este y 130º Oeste, donde queda prohibida completamente la captura comercial de toda clase de ballenas.

⁴⁷ Los hechos que, según el art. 7.1, deben considerarse delictivos por los Estados Partes son los siguientes:

"a) un acto que consista en recibir, poseer, usar, transferir, alterar, evacuar o dispensar materiales nucleares sin autorización legal, si tal acto causa, o es probable que cause, la muerte o lesiones graves a una persona o daños materiales sustanciales;

c) La Convención de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de Desechos Peligrosos y su Eliminación, de 1989, cuyo art. 4 establece como obligación general que "(3) las Partes considerarán que el tráfico ilícito de desechos peligrosos y otros desechos es *delictivo*", agregando, en consecuencia, como obligación específica en su art. 9, que "(5) cada Parte promulgará las disposiciones legislativas nacionales adecuadas para prevenir y castigar el tráfico ilícito";⁴⁸

b) hurto o robo de materiales nucleares;

c) malversación de materiales nucleares o su obtención mediante fraude;

d) un acto que consista en la exacción de materiales nucleares mediante amenaza o uso de violencia o mediante cualquier otra forma de intimidación;

e) una amenaza de:

— utilizar materiales nucleares para causar la muerte o lesiones graves a una persona o daños materiales sustanciales;

— cometer uno de los delitos mencionados en el apartado b) a fin de obligar a una persona física o jurídica, a una organización internacional o a un Estado a hacer algo o abstenerse de hacer algo;

f) una tentativa de cometer uno de los delitos mencionados en los apartados a), b) o c); y

g) un acto que consista en participar en cualquiera de los delitos mencionados en los apartados a) a f), será considerado como delito punible por cada Estado Parte en virtud de su legislación nacional".

Además, el Art. 8 de la Convención obliga a los Estados Partes a tomar "las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción sobre los delitos indicados" en caso de que "el delito ha sido cometido en el territorio de ese Estado o a bordo de un buque o aeronave matriculado en ese Estado"; "el presunto delincuente sea nacional de ese Estado"; y que "el presunto delincuente se encuentre en su territorio y no proceda a su extradición". Finalmente, los arts. 11 a 13 establecen reglas para facilitar los procedimientos de extradición, ayuda judicial recíproca y juicio justo.

⁴⁸ La Convención tiene por objetivo la limitación y el control racional de los movimientos transfronterizos y el tráfico ilícito de desechos peligrosos, entendiendo por tales básicamente los clínicos, farmacéuticos y químicos, que sean explosivos, inflamables, corrosivos, tóxicos, etc. (Anexos I y II).

Por "tráfico ilícito" de desechos peligrosos se entiende conforme al art. 9.1 de la Convención, "todo movimiento de desechos realizado:

a) sin notificación a todos los Estados interesados conforme a las disposiciones del presente Convenio; o

b) sin el consentimiento de un Estado interesado conforme a las disposiciones del presente Convenio;

c) con consentimiento obtenido de los Estados interesados mediante falsificación, falsas declaraciones o fraude; o

d) de manera que no corresponda a los documentos en un aspecto esencial; o

d) El art. 13.1 del Protocolo al Tratado Antártico sobre protección del medio ambiente, Madrid, 4 de octubre de 1991, que para su cumplimiento señala que "cada Parte tomará medidas adecuadas en el ámbito de su competencia para asegurar el cumplimiento de este Protocolo, incluyendo la adopción de leyes y reglamentos, actos administrativos y medidas coercitivas".⁵⁰ Aquí, aunque el Protocolo no utiliza la expresión "delito" u otra similar, al mencionar separadamente las leyes, reglamentos, y "actos administrativos" de las "medidas coercitivas", parece no dejar mucho lugar a otras medidas coercitivas diferentes a la adopción de una legislación penal en el orden interno;

e) El art. VIII de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES), Washington, 3 de marzo de 1973.⁵¹ Aquí, ha sido la Conferen-

e) que entrañe la eliminación deliberada (por ejemplo, vertimiento) de los desechos peligrosos o de otros desechos en contravención de este Convenio y de los principios generales del derecho internacional".

⁵⁰ El Protocolo establece junto a un régimen de "principios medioambientales" (art. 3) regulado bajo el sistema de "evaluación de impacto ambiental" (art. 8) y medidas de cooperación, información, y solución de controversias, prohibiciones específicas cuya infracción podría dar origen a las "medidas coercitivas" de que habla el art. 13.1. Así, el art. 7 prohíbe la actividad minera; el Anexo II prohíbe, con relación a la "protección de la fauna y la flora nativa", "la toma o cualquier intrusión perjudicial, salvo que se cuente con una autorización" (art. 3); prohibiciones similares, para la protección del suelo, agua y el hielo antártico contempladas el art. 7 del Anexo III al Protocolo, que prohíbe la "introducción en el área del Tratado Antártico de difenilos policlorados (PCB), tierra no estéril, gránulos o virutas de poliestireno u otras formas similares de embalaje, o pesticidas (aparte de aquellos que sean necesarios para fines científicos, médicos o higiénicos)"; en tanto que el Anexo IV, para la "prevención de la contaminación marina", prohíbe "cualquier descarga en el mar de hidrocarburos petrolíferos o mezclas petrolíferas" (art. 3.1), salvo los casos autorizados por el Anexo I del MARPOL 73/78, así como "la descarga de cualquier sustancia nociva líquida", "la de cualquier otra sustancia química o de otras sustancias, en cantidades o concentraciones perjudiciales para el medio ambiente" (art. 4), "la eliminación en el mar de cualquier material plástico" (art. 5.1) y de "cualquier otro tipo de basura" (art. 5.2), salvo los restos de alimentos.

⁵¹ Artículo VIII. "1. Las Partes adoptarán las medidas apropiadas para velar por el cumplimiento de sus disposiciones y para prohibir el comercio de especímenes en violación de las mismas. Estas medidas incluirán:

- sancionar el comercio o la posesión de tales especímenes, o ambos, y
- prever la confiscación o devolución al Estado de exportación de dichos especímenes".

cía de las Partes establecida en la propia Convención la que ha asumido en sus recomendaciones y decisiones que las "sanciones" a que se refiere su art. VIII incluyen a las propiamente penales, según su "contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin".⁵¹ Así, se ha decidido que cuando una Parte sea informada por la Secretaría del uso fraudulento de documentos emitidos por esa Parte, deberá proceder a "investigar e identificar a los instigadores del crimen",⁵² y se ha recomendado a las partes no sólo hacer llegar a la Secretaría de CITES copias de las leyes "más estrictas" adoptadas en cumplimiento de la convención e informes acerca de su eficacia,⁵³ sino que, además, adopten estrictas medidas de control sobre el tráfico ilícito de especímenes de especies en peligro y adoptar, en caso de violación de esas medidas de control, "las medidas apropiadas, en conformidad al art. VIII, párrafo 1, de la Convención, en orden a penalizar tales violaciones";⁵⁴ encargándose a la Secretaría de CITES que identifique las Partes cuya legislación no ha penalizado aún el tráfico ilícito de animales (con el propósito de que dichas Partes adopten las medidas necesarias al respecto);⁵⁵

La Convención establece en sus arts. III, IV y V una Reglamentación de las condiciones y requisitos para el comercio y posesión de especímenes de especies "en peligro de extinción", que "podrían llegar a esa situación" o de aquellas cuya explotación o comercio los Estados consideren necesario prevenir o restringir. Esta reglamentación es más rigurosa con las especies en peligro de extinción, y se basa, en todos los casos, en un sistema de permisos y certificaciones que la propia Convención detalla (art. VI).

⁵¹ Art. 31.1 Convención de Viena.

⁵² Decisions of the Conference of the Parties to CITES in effect after the 11th meeting, CITES Secretariat, CHÂTELAINE-Genève 2000, p. 7. Hay que hacer notar, sin embargo, que la *falsificación y el uso de certificados o documentos públicos u oficiales falsos*, es, en general, un delito reconocido por los Estados con independencia del contenido de dicho certificado o documento (en Chile, arts. 193 y ss., Código Penal).

⁵³ Resolutions of the Conference of the Parties to CITES in effect after the 11th meeting, CITES Secretariat, CHÂTELAINE-Genève 2000, Res. 4.22, p. 8.

⁵⁴ Resolutions of the Conference of the Parties to CITES in effect after the 11th meeting, CITES Secretariat, CHÂTELAINE-Genève 2000, Res. 11.3, p. 119.

⁵⁵ Resolutions of the Conference of the Parties to CITES in effect after the 11th meeting, CITES Secretariat, CHÂTELAINE-Genève 2000, Res. 8.4, p. 21.

f) Las disposiciones del Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por los Buques (MARPOL 1973/1978).⁵⁶ En efecto, según su art. 4, "toda transgresión de las disposiciones del presente Convenio... estará prohibida y será sancionada por la legislación de la Administración del buque interesado".⁵⁷ Las "transgresiones" hacen referencia a las *Reglas MARPOL* para evitar la contaminación de los mares por hidrocarburos,⁵⁸ y aun-

⁵⁶ Según el art. 9 de este Convenio, a partir de su "entrada en vigor", "sustituirá al Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación del Mar por Hidrocarburos, 1954, reformado, entre las partes de ese Convenio".

⁵⁷ "Art. 4. *Transgresiones*."

1) Toda transgresión de las disposiciones del presente Convenio, donde quiera que ocurra, estará prohibida y será sancionada por la legislación de la Administración del buque interesado. Si la Administración, después de ser informada de una transgresión, estima que hay pruebas suficientes como para incoar un procedimiento respecto a la presunta transgresión, hará que se inicie tal procedimiento lo antes posible de conformidad con su legislación.

2) Toda transgresión de las disposiciones del presente Convenio dentro de la jurisdicción de cualquier Parte en el Convenio estará prohibida y será sancionada por la legislación de dicha Parte. Siempre que ocurra tal transgresión, esa Parte tomará una de las dos medidas siguientes:

- hacer que, de conformidad con su legislación, se inicie procedimiento, o facilitar a la administración del buque toda la información y pruebas que lleguen a su poder de que se ha producido una transgresión."

En particular, la Regla 9 del Anexo I establece que "estará prohibida toda descarga de hidrocarburos o de mezclas oleosas en el mar desde buques", particularmente a menos de 50 millas marinas de la tierra más próxima o dentro de una zona especial, salvo en los casos y en la forma autorizados por la Convención; por su parte, la Regla 5 del Anexo II declara que "estará prohibida la descarga en el mar" de sustancias líquidas nocivas transportadas a granel (diferentes a los hidrocarburos y sus mezclas), fuera de las condiciones y procedimientos establecidos en la propia Convención; la Regla 7 del Anexo III prohíbe "la descarga por echazón al mar de las sustancias perjudiciales transportadas en paquetes, contenedores, tanques portátiles, camiones-cisterna o vagones-tanque", "a menos que sea necesaria para proteger la seguridad del buque o salvar vidas en el mar"; la Regla 8 del Anexo IV "prohíbe la descarga de aguas sucias en el mar"; la Regla 10 del Anexo V "prohíbe la descarga de basuras en el mar. Salvo en los casos y condiciones establecidos en la propia Convención."

⁵⁸ Las *Reglas MARPOL* comprenden una serie de detalladas medidas preventivas que van desde el diseño a la construcción, administración y fiscalización de buques, "a fin de prevenir la contaminación del medio marino provocada por la descarga de sustancias perjudiciales, o de efluentes que contengan tales sustancias, en transgresión del Convenio" (art. 1), incluyendo sofisticados sistemas de certificados, registros y autorizaciones. Entre las sustancias perjudiciales controladas, se encuentran en lugar preferente los hidrocarburos, las sustancias nocivas líquidas transportadas a granel (químicos), las propias aguas sucias de los buques y sus basuras.

que en el texto no se utilizan expresiones como "infracciones punibles" o "sanciones penales" contenidas en sus antecesores (el Convenio internacional para Prevenir la Contaminación del Mar por Hidrocarburos de 1954, Reformado),⁵⁹ nuevamente el contexto de la Convención y "su objetivo y su fin" (art. 31.1. Convención de Viena), parecen indicar que entre tales transgresiones, al menos las más graves han de entenderse constitutivas de infracciones penales. Así, ya el propio art. 4 habla de "incoar un procedimiento" y la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, parece suponer casi sin lugar a dudas que las medidas a adoptar contra las transgresiones en el ámbito del cumplimiento de los tratados relativos a la contaminación marítima, contemplan disposiciones legales en el orden interno de carácter penal. En efecto, esta Convención establece, junto con la obligación general de "proteger y preservar el medio ambiente marino" (art. 192),⁶⁰ obligaciones concretas de dictar leyes y reglamentos para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marítimo en sus diversas manifestaciones,⁶¹ junto con precisas reglas de procedimiento, prescrip-

⁵⁹ El art. IV del Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación del Mar por Hidrocarburos, de 1954, reformado, al que sustituye MARPOL 1973/1978 (art. 9°), establece:

"1) Toda contravención a las disposiciones de los arts. III [descarga de hidrocarburos a menos de 50 millas de tierra y en otras zonas prohibidas y por buques no autorizados] y IX [infidelidades en el libro registro de hidrocarburos] constituye una infracción punible por la legislación del territorio del cual depende el buque..."

2) "Las sanciones penales que un territorio de un Gobierno Contratante impondrá, según su legislación, por las descargas ilegales de hidrocarburos o mezclas de hidrocarburos fuera de su mar territorial deberán ser lo suficientemente severas como para disuadir tales descargas ilegales y no serán más leves que las previstas para las mismas infracciones cometidas en su mar territorial."

⁶⁰ Y tomar, "individual o conjuntamente según proceda, todas las medidas compatibles con esta Convención que sean necesarias para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino procedente de cualquier fuente, utilizando a estos efectos los medios más viables de que dispongan y en la medida de sus posibilidades" (art. 194.1).

⁶¹ Las obligaciones concretas de los Estados al respecto son las siguientes:

"dictarán leyes y reglamentos para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino procedente de fuentes terrestres, incluidos los ríos, estuarios, tuberías y estructuras de desagüe, teniendo en cuenta las reglas y estándares, así como las prácticas y procedimientos recomendados, que se hayan convenido internacionalmente" (art. 207.1);

ción y competencia, dando preferencia a la jurisdicción (criminal) del pabellón.⁶²

g) Similar situación a la del Convenio MARPOL 1973/1978 se presenta respecto del art. VII del Convenio sobre Prevención de

"dictarán leyes y reglamentos para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino por vertimiento" (art. 210.1); y

"dictarán leyes y reglamentos para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino causada por buques que enarbolan su pabellón o estén matriculados en su territorio. Tales leyes y reglamentos tendrán por lo menos el mismo efecto que las reglas y estándares aceptados que se hayan establecido por conducto de la organización internacional competente o de una conferencia diplomática general" (art. 211.2).

⁶² El art. 228 de la Convención dispone: "1. Los procedimientos en virtud de los cuales se puedan imponer sanciones respecto de cualquier infracción de las leyes y reglamentos aplicables o de las reglas y estándares internacionales para prevenir, reducir y controlar la contaminación causada por buques, cometida por un buque extranjero fuera del mar territorial del Estado que inicie dichos procedimientos, serán suspendidos si el Estado del pabellón inicia un procedimiento en virtud del cual se puedan imponer sanciones con base en los cargos correspondientes, dentro de los seis meses siguientes a la iniciación del primer procedimiento, a menos que este se refiera a un caso de daños graves al Estado ribereño, o que el Estado del pabellón de que se trate haya fallado reiteradamente a su obligación de hacer cumplir eficazmente las reglas y estándares internacionales aplicables respecto de las infracciones cometidas por sus buques. El Estado del pabellón pondrá oportunamente a disposición del Estado que haya iniciado el primer procedimiento un expediente completo del caso y las actas de los procedimientos, en los casos en que el Estado del pabellón haya pedido la suspensión del procedimiento de conformidad con este artículo. Cuando se haya puesto fin al procedimiento iniciado por el Estado del pabellón, el procedimiento suspendido quedará concluido. Previo pago de las costas procesales, el Estado ribereño levantará cualquier fianza o garantía financiera constituida en relación con el procedimiento suspendido.

2. No se iniciará procedimiento alguno en virtud del cual se puedan imponer sanciones contra buques extranjeros cuando hayan transcurrido tres años a partir de la fecha de la infracción, y ningún Estado iniciará una acción cuando otro Estado haya iniciado un procedimiento con sujeción a las disposiciones del párrafo 1.

3. Las disposiciones de este artículo se aplicarán sin perjuicio del derecho del Estado del pabellón a tomar cualquier medida, incluida la iniciación de procedimientos en virtud de los cuales se puedan imponer sanciones, de conformidad con sus leyes independientemente de que otro Estado haya iniciado anteriormente un procedimiento".

Más adelante, y en el mismo sentido, el art. 230 dispone: "1. Las infracciones a las leyes y reglamentos nacionales o de las reglas y estándares internacionales aplicables para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino,

la Contaminación del Mar por Vertimientos de Desechos y otras Materias de, 1972,⁶³ al que también hace referencia la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982; y

cometidas por buques extranjeros fuera del mar territorial, sólo darán lugar a la imposición de sanciones pecuniarias.

2. Las infracciones a las leyes y reglamentos nacionales o de las reglas y estándares internacionales aplicables para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino, cometidas por buques extranjeros en el mar territorial, sólo darán lugar a la imposición de sanciones pecuniarias, salvo en el caso de un acto intencional y grave de contaminación del mar territorial.

3. En el curso de los procedimientos por infracciones cometidas por buques extranjeros, que puedan dar lugar a la imposición de sanciones, se respetarán los derechos reconocidos de los acusados".

⁶³ Este Convenio es complementario de MARPOL 1973/1978, en el sentido de que mientras allí se pretende prevenir la contaminación durante la navegación normal de los buques, aquí se pretende prevenir el *vertimiento intencional*, deshecho de cualquier medio, de desechos y otras materias al mar, entendiéndose por tal "toda evacuación deliberada en el mar de desechos y otras materias efectuadas desde buques, aeronaves, plataformas u otras construcciones en el mar", incluyendo el "hundimiento deliberado en el mar de buques, aeronaves, plataformas u otras construcciones en el mar" (art. III).

El Convenio dispone en su art. VII.2: "Cada Parte tomará en su territorio las medidas apropiadas para prevenir y castigar las conductas en contravención con las disposiciones del presente Convenio", agregando en su número 5: "nada de lo dispuesto en el presente Convenio afectará el derecho de cada Parte a adoptar otras medidas, conforme a los principios del Derecho Internacional, para impedir vertimientos en el mar". Este agregado es lo que da pie a especular acerca de la "naturalidad" de esas "otras medidas" de prevención, distintas al castigo a que hace referencia el N° 2, y permite suponer que dicho castigo no necesariamente debe ser de carácter penal, sino que admitiría pertenecer al orden administrativo sancionador, dejando como "otras medidas" (facultativas y no obligatorias internacionales), las relativas al establecimiento de sanciones penales.

Las prohibiciones que contempla el Convenio se dividen en tres niveles, atendiendo la dañosa de las sustancias de que se trata y se contemplan en su art. IV, según el cual: "1. Conforme a las disposiciones del presente Convenio, las Partes Contratantes prohibirán el vertimiento de cualesquiera desechos u otras materias en cualquier forma o condición, excepto en los casos que se especifiquen a continuación: a. Se prohíbe el vertimiento de desechos u otras materias enumerados en el Anexo I [compuestos orgánicos halogenados, mercurio, cadmio, plásticos persistentes, petróleo, material de alto nivel radiactivo o producidos para la guerra química]; b. Se requiere un permiso especial previo para el vertimiento de los desechos u otras materias enumeradas en el Anexo II [arsénico, plomo, cobre, zinc, silicio, cianuros, fluoruros y otros químicos y minerales]; c. Se requiere un permiso general previo para el vertimiento de todos los demás desechos o materias".

h) El art. IV de la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su Destrucción, Londres / Moscú / Washington, 1972,⁶⁴ y el art. I del Tratado que Prohíbe las Pruebas de Armas Nucleares en la Atmósfera, en el Espacio Exterior y el Mar, Moscú, 5 de agosto de 1963,⁶⁵ donde la gravedad de las conductas que los Estados se obligan a "prohibir" ("el desarrollo, la producción, el almacenamiento, la adquisición o la retención de los agentes, toxinas, armas [biológicas], equipos y vectores", por una parte, y realizar una "explosión de prueba de armas nucleares" u "otra explosión nuclear", por otra) parece indicar que el grado de discrecionalidad de que se dispone, en el sentido de *no sancionarla penalmente*, sino civil o administrativamente, es muy limitado.

2.4. CONCLUSIONES PRELIMINARES

Teniendo en cuenta el carácter de *soft law* de buena parte de los instrumentos internacionales en materia ambiental, y los principios de que las obligaciones internacionales contraídas por los Estados deben cumplirse de buena fe,⁶⁶ de que "existe el deber general de conformar el derecho interno a las obligaciones de

⁶⁴ La Convención se dirige principalmente a la actividad de los Estados en esta materia, pero en su art. IV establece, además, que "Cada Estado Parte en la presente Convención adoptará, en conformidad con sus procedimientos constitucionales, las medidas necesarias para prohibir y prevenir el desarrollo, la producción, el almacenamiento, la adquisición o la retención de los agentes, toxinas, armas, equipos y vectores".

⁶⁵ Artículo I:

"1. Cada una de las Partes firmantes del presente Tratado se compromete a prohibir, impedir y a no realizar ninguna explosión de prueba de armas nucleares ni ninguna otra explosión nuclear en lugar alguno que estuviere bajo su jurisdicción o control:

- en la atmósfera; más allá de sus límites, incluyéndose el espacio exterior; o en el mar, incluyéndose las aguas territoriales o la alta mar; o
- en cualquier otro medio si tal explosión es causa de que aparezcan desechos o restos radiactivos fuera de los límites territoriales del Estado bajo cuya jurisdicción o control se hubiere realizado tal explosión".

⁶⁶ Benadava, Santiago: *Derecho internacional público*, 6ª ed., Santiago, 1999, p. 49.

derecho internacional",⁶⁷ pero que al mismo tiempo corresponde a cada Estado suscriptor arbitrar las medidas legales que estime sean las más adecuadas para cumplir las obligaciones que contrae,⁶⁸ parece indiscutible que de la participación en organismos internacionales, en la suscripción de declaraciones, recomendaciones o resoluciones, y aun de la celebración de convenciones internacionales multi o bilaterales para la protección del medio ambiente, pueden derivarse ciertas obligaciones de adoptar medidas en el orden interno que impliquen modificaciones legales, pero de ello no se deriva necesariamente el establecimiento de una obligación internacional de establecer figuras penales para su protección en todos o en la mayor parte de los casos.

Es más, podría afirmarse que, en principio, serán pocos los casos en que las normas internacionalmente obligatorias contengan expresamente el establecimiento de sanciones penales como medidas para la protección del medio ambiente o de sus recursos,⁶⁹ quedando su protección entregada a otros medios de acción libremente arbitrados por el Estado dentro del margen que permite la obligación que se trata.

Además, se debe tener presente que incluso en aquellas situaciones en que se imponga una obligación precisa de incrementar penalmente un determinado hecho, los Estados son soberanos, de acuerdo al principio de legalidad —el cual es un derecho humano reconocido, también, internacionalmente—,⁷⁰ para crear en su derecho interno las figuras penales correspondientes a esas obligaciones, por lo que en tales materias carecerán de aplicación *directa en el orden penal interno* las normas de los tratados internacionales correspondientes,⁷¹ y el incumpli-

⁶⁷ Brownlie, op. cit., p. 35.

⁶⁸ Jean Combacau / Serge Sur: *Droit international public*, 3ª ed., París, 1997, p. 176. Lo que se aplica, salvo que se trate de un tratado que contenga normas "self-executing", categoría bien discutible por lo demás.

⁶⁹ Loibl, op. y loc. cit.

⁷⁰ Cfr. Jean Pierre Mathu Acuña: *La ley penal y su interpretación*, Santiago, 1994, pp. 34 y ss.

⁷¹ Con la excepción posible de considerar tales normas como *complementarias* de una *ley penal en blanco* que se remite a ellas genérica o específicamente, como sucedería en el ámbito europeo, según señala Raúl Carnevali, *Derecho penal y derecho*

miento del Estado deberá hacerse valer por la vía que el respectivo instrumento internacional disponga al efecto,⁷² aunque naturalmente no podrá oponerse como excusa para el incumplimiento el propio derecho interno.⁷³

2.5. CONCLUSIÓN: EL DERECHO Y EL HABER DEL ESTADO DE CHILE EN MATERIA DE DELITOS MEDIOAMBIENTALES, CONFORME A SUS OBLIGACIONES INTERNACIONALES

Corresponde en este lugar hacer un inventario somero⁷⁴ de las disposiciones penales chilenas que dan cuenta de las obligaciones suscritas en los instrumentos internacionales que imponen obligaciones concretas de modificar o adecuar precisa y determinadamente la legislación interna en orden a establecer disposiciones de carácter penal, para lo cual seguiremos el mismo orden de exposición del apartado anterior:

a) Con respecto a la *Convención Internacional para la Regulación de la Caza de Ballenas y su Anexo*, aunque no existe un cuerpo legal de carácter penal específico destinado a su ejecución, la Ley General de Pesca y Agricultura, N° 19.713, castiga penalmente en su art. 139 "el procesamiento, el apozamiento, la elaboración, la transformación y el almacenamiento de recursos hidrobiológicos vedados, así como también el almacenamiento de productos derivados de éstos", considerando el art. 89 del D.S. 3 (Agricultura) de 9.1.1998, como recursos hidrobiológicos

sancionador de la Unión Europea, Granada, 2001, p. 111. En el ámbito del derecho administrativo sancionador, no regido estrictamente por el principio de legalidad, las limitaciones son menores, como demuestra la abierta remisión que al Convenio MARPOL hace el art. 150 de la Ley de Navegación, D.L. 2.922.

⁷² Como paradigmáticamente sucede con los mecanismos de información de CITES, v. notas al pie N° 50 y ss. y el texto a que hacen referencia.

⁷³ Así, ya Andrés Bello en su *Derecho Internacional* sostenía claramente que "la legislación de un Estado no puede alterar el derecho de gentes", Obras Completas, t. X., Santiago, 1872, p. 21.

⁷⁴ Un análisis detallado del derecho penal ambiental vigente en Chile corresponde a otro trabajo de esta misma investigación (v. *infra* Capítulo sexto), por lo que aquí sólo se señalarán las disposiciones que parecen responder a las obligaciones internacionales de la República.

sometidos a la Ley de Pesca, las ballenas barbadas, francas, francas pigmeas, cachalotes, cachalotes enanas y picudas, "sin perjuicio de lo establecido en los convenios internacionales suscritos por el país para la protección o conservación de estas especies". Sin embargo, aunque es posible una interpretación de este artículo que permita incorporar el procesamiento del producto de la caza de ballenas prohibida por la Convención —en tanto dicha prohibición pueda considerarse una "veda"—,⁷⁵ lo cierto es que propiamente la caza y captura de ballenas prohibida por la Convención⁷⁶ no se encuentra sancionada penalmente, sino sólo administrativamente, según el art. 110 letras b), c) y h) de la Ley General de Pesca, que sancionan administrativamente (con un procedimiento ante un juez civil, art. 124), la captura de especies hidrobiológicas en período de veda, sin la autorización o permiso correspondiente, o "en alta mar con naves que enarbolan el pabellón chileno, infringiendo las normas de los tratados o convenciones internacionales ratificados por Chile y vigentes, que tengan por objeto la protección, conservación o uso racional de las especies hidrobiológicas", respectivamente. Por otra parte, la caza de ballenas mediante artes o procedimientos prohibidos,⁷⁷ podría encontrar —también indirectamente— una sanción penal en el art. 135 de la Ley General de Pesca, donde se castiga al "que capture o extraiga recursos hidrobiológicos uti-

⁷⁵ Cfr. nota al pie N° 46. A esta conclusión no se opone el que la Ley General de Pesca parezca diferenciar las "vedas" de una "prohibición de captura temporal o permanente de especies protegidas por convenios internacionales de los cuales Chile es parte", según señalan las letras a) y b) de su art. 3°, pues la definición de "veda" del art. 2° N° 48 consiste precisamente en la prohibición de "capturar o extraer un recurso hidrobiológico en un área determinada por un espacio de tiempo", que son precisamente las prohibiciones que contempla la *Convención Internacional para la Regulación de la Caza de Ballenas y su Anexo*. Por otra parte, se debe tener presente que las regulaciones de la Ley General de Pesca no se oponen, sino que deben compatibilizarse con dicha Convención, según dispone expresamente el inciso final del art. 1° de dicha ley, por lo que no habiéndose dictado una regulación específica de orden administrativo acerca del cumplimiento de las prohibiciones establecidas en la Convención, parece que la ley entiende incorporadas a sus prohibiciones las de dicho Convenio, sin necesidad de un acto administrativo particular, pues de otro modo las referencias que a dicha Convención (y a los instrumentos internacionales en general) la propia ley hace, carecerían de sentido.

⁷⁶ Cfr. nota al pie N° 46.

lizando elementos explosivos, tóxicos u otros cuya naturaleza *provoque daño a esos recursos o a su medio*" [la cursiva es nuestra].

b) En cuanto a la *Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares*, la Ley N° 18.302 sobre Seguridad Nuclear, de 16.04.1984, es mucho más detallada a la hora de cumplir con las obligaciones de la Convención,⁷⁸ así, se contemplan en sus arts. 41 y ss. los siguientes crímenes y simples delitos que cumplen en buena medida con dichas obligaciones: i) realizar usos pacíficos de energía nuclear, sin la debida autorización, poniendo en peligro la vida, salud o la integridad de las personas, bienes, recursos naturales o medio ambiente (art. 45); ii) el robo, hurto, sustracción o apropiación ilícita de materiales radiactivos (art. 41, inc. 1°); iii) dar ocasión negligentemente al robo, hurto, sustracción o apropiación de dichos materiales (art. 43 inc. 2°); iv) la amenaza condicional de causar un daño nuclear (art. 46).

c) Con relación a las obligaciones contenidas en la *Convención de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de Desechos Peligrosos y su Eliminación*, Chile no cuenta con ningún texto que directamente tienda a cumplir con sus previsiones penales, encontrándose actualmente archivado⁷⁹ un Proyecto de Ley (Boletín N° 150-11), que pretendía establecer un delito, en cumplimiento de dicha Convención, en los siguientes términos: "art. 7° El que interne desechos o residuos peligrosos al territorio nacional o a un área en que el Estado ejerza jurisdicción o derechos de soberanía, o maneje desechos o residuos peligrosos que hubieren sido internados en esas zonas, será sanciona-

⁷⁸ Cfr. nota al pie N° 47.

⁷⁹ Sesión 7ª de la 347ª legislatura ordinaria (13.06.2002). El archivado se acordó por la Cámara de Diputados en su tercer trámite constitucional, a sugerencia de la Comisión de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente, donde es esgrimió que dichas conductas ya se encontraban reguladas en el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación, lo que si bien es cierto en cuanto *obligación internacional*, no lo es si la Cámara creyó que bastaría con la aprobación de dicha convención para modificar la ley nacional y establecer delitos y penas, pues **no** son las convenciones internacionales fuentes del derecho penal interno, mucho menos cuando en ellas se establece la obligación de legislar, naturalmente, una vez que se haya aprobado el Convenio que obliga en ese sentido.

do con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de seis a cincuenta unidades tributarias mensuales"⁸⁰ texto evidentemente incompleto con relación a las precisas obligaciones de la Convención respecto al castigo del *tráfico ilícito de desechos peligrosos*.⁸¹

d) Por lo que respecta a lo dispuesto en el *Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente*, no existe, al igual que en el caso anterior, alguna disposición penal específicamente destinada a dar cumplimiento a las obligaciones que en ese sentido allí se establecen,⁸² pero es posible, al menos respecto de la protección del medio marino antártico, considerar que de alguna manera se cumple con el tratado con la disposición del art. 136 de la Ley General de Pesca, que castiga con penas de multa y prisión al que negligente o dolosamente "introdujere o mandare introducir en el mar, ríos, lagos o cualquier otro cuerpo de agua, agentes contaminantes químicos, biológicos o físicos que causen daño a los recursos hidrobiológicos, sin que previamente hayan sido neutralizados para evitar tales daños".

e) En referencia a la *Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres* (CITES), la Ley de Caza, N° 19.473, de 27.09.1996, se hace cargo de las obligaciones internacionales existentes en la materia⁸³ e incorpora en el inciso segundo de su art. 22 la certificación CITES para acreditar la procedencia u obtención de animales exóticos pertenecientes a especies o subespecies listadas en los Apéndices I, II o III CITES, y su art. 31 sanciona con las penas de presidio menor en su grado mínimo, multa y comiso de las armas de caza o de captura, "a quienes cazaren, capturaren o comerciaren habitualmente especies de la fauna silvestre" mencionadas en el art. 22. En dicho artículo, se extiende la sanción penal a la caza, captura y comercio habitual de toda especie de la fauna silvestre cuya

⁸⁰ Nuevo Segundo Informe de la Comisión de Medio Ambiente y Bienes Nacionales recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que prohíbe o regula, en su caso, el ingreso al territorio nacional de desechos o residuos provenientes de terceros países. **BOLETÍN N° 150-11.**

⁸¹ Cfr. nota al pie N° 48.

⁸² Cfr. nota al pie N° 49.

⁸³ Cfr. nota al pie N° 50.

caza o captura esté prohibida por haber sido catalogados por el Reglamento respectivo (actualmente, art. 4º D.S. 3 (Agricultura) de 9.I.1998) como especies en peligro de extinción, vulnerables, raras o escasamente conocidas, y también para las que sean declaradas beneficiosas para la actividad silvoagropecuaria, la mantención del equilibrio de los ecosistemas o cuya densidad poblacional se encuentre reducida. Una sanción menor —prisión de 21 a 60 días, multa y comiso—, que de todos modos recae en el ámbito de la justicia criminal, se establece además en el art. 30 letras a) y b) de la Ley N° 19.473, para la caza, captura, o comercio no habitual de especies de la fauna silvestre cuya caza o captura esté prohibida, o el solo comercio con especies exóticas CITES. En cuanto a la posesión con fines comerciales o industriales no autorizada (sin permiso o certificación) de fauna silvestre cuya caza o captura esté prohibida y de especies CITES, ésta constituye, según el inciso final del art. 30 de la Ley N° 19.473, una presunción de autoría de los delitos antes descritos.

f) En cuanto a las disposiciones del *Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por los Buques (MARPOL 1973/1978)*, y al *Convenio sobre Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimientos de Desechos y otras Materias*, el D.L. 2.222, Ley de Navegación, entrega a la Dirección del Territorio Marítimo las facultades para "hacer cumplir, dentro de la jurisdicción nacional", las "obligaciones y prohibiciones" que allí se establecen,⁸⁴ configurando solamente un sistema de sanciones administrativas y de responsabilidad civil para los casos de contaminación de los mares. Queda, por tanto, como figura residual que cumple indirectamente con las obligaciones internacionales, la ya citada disposición del art. 136 de la Ley General de Pesca, que castiga criminalmente al que "introdujere o mandare introducir en el mar, ríos, lagos o cualquier otro cuerpo de agua, agentes contaminantes químicos, biológicos o físicos que causen daño a los

recursos hidrobiológicos, sin que previamente hayan sido neutralizados para evitar tales daños", entendiendo como medidas de previa neutralización el cumplimiento de las *Reglas MARPOL*.⁸⁵ Finalmente, en lo que dice relación con la *Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Tóxicas y sobre su Destrucción*, y el *Tratado que Prohíbe las Pruebas de Armas Nucleares en la Atmósfera, en el Espacio Exterior y el Mar*, la legislación nacional, que prohíbe absolutamente las armas especiales, esto es, "las químicas, biológicas y nucleares" (art. 3º inc. 4º Ley N° 17.798 sobre Control de Armas), castigando con severas penas su porte y posesión (arts. 13 y 14) —sin ofrecer siquiera un régimen de permisos sobre ellas, como en el caso de las armas de fuego comunes—, parece cumplir plenamente con las previsiones de dichos instrumentos internacionales.⁸⁶

En conclusión, podemos señalar que la República de Chile sólo parece haber cumplido en buena medida las obligaciones de criminalizar contempladas en los instrumentos internacionales relativos a la energía nuclear (*Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares*) y a las armas de destrucción masiva (*Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Tóxicas y sobre su Destrucción*, y el *Tratado que Prohíbe las Pruebas de Armas Nucleares en la Atmósfera, en el Espacio Exterior y el Mar*).

Por otra parte, en cuanto a la protección de las especies en peligro de extinción (*Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES)*), aunque existe una legislación penal específica que en buena parte comprende las obligaciones internacionales en la materia, ésta no parece responder a las "estrictas" sanciones y medidas que la Conferencia de las Partes CITES entiende deben adoptarse en la materia.⁸⁷

Además, sólo indirectamente —a través de disposiciones de carácter general y no específico, como son las contempladas en la Ley General de Pesca— podemos encontrar una sanción penal a los hechos que la *Convención Internacional para la Regula-*

⁸⁴ Art. 143 D.L. 2.222. Aunque este artículo hace todavía referencia al *Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos* de 1954, debe tomarse en cuenta lo dispuesto por el art. 9º MARPOL 1973/1978, que impone la sustitución de aquél por éste (cfr. nota al pie N° 56). En cuanto a las obligaciones MARPOL, y del *Convenio sobre Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimientos de Desechos y otras Materias*, cfr. notas al pie N° 58 y N° 59.

⁸⁵ Cfr. nota al pie N° 58.

⁸⁶ Cfr. notas al pie N° 64 y N° 65.

⁸⁷ Cfr. nota al pie N° 53.

ción de la Caza de Ballenas y el *Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente* indican deben contemplarse como delitos.

Lo mismo que en el caso anterior sucede con las obligaciones contenidas en el *Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por los Buques* (MARPOL, 1973/1978), y el *Convenio sobre Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimientos de Desechos y otras Materias*, con la diferencia de que en este caso el cuerpo legal que se hace cargo específicamente de estas obligaciones (Ley de Navegación, D.L. 2.992) entrega por regla general a un procedimiento de carácter administrativo sancionador (radicado en la judicatura civil) el establecimiento de las infracciones a las obligaciones que los instrumentos internacionales citados contemplan.

Finalmente, cabe destacar la inexistencia de una legislación penal específica en torno al castigo penal de los hechos que determinadamente la *Convención de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de Desechos Peligrosos y su Eliminación* señala como merecedores de sanciones de esa naturaleza, con el agravante de que el texto legal que se propuso para su regulación, aún de ser insuficiente para dar cumplimiento a las precisas obligaciones de la Convención respecto al castigo del *tráfico ilícito de desechos peligrosos*, ha sido recientemente archivado por la Cámara de Diputados.

LAS INSUFICIENCIAS DEL ESTADO ACTUAL
DEL DERECHO PENAL AMBIENTAL CHILENO.
ANÁLISIS A LA LUZ DEL DERECHO COMPARADO
Y DE LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES
CONTRAIDAS EN LA MATERIA*

6.1. LA INEXISTENCIA DE UNA LEGISLACIÓN ESPECÍFICAMENTE
DIRIGIDA A LA PROTECCIÓN PENAL DEL MEDIO AMBIENTE

Como resulta evidente de la presentación de las diversas mociones parlamentarias surgidas en la materia,¹ no existe en Chile una protección penal sistemática y enfocada precisamente a la protección del medio ambiente en sí, como no existía en la mayor parte de las legislaciones del siglo pasado, básicamente porque al consolidarse la codificación decimonónica no había una preocupación por el medio ambiente tal como hemos visto hoy en día. En ese sentido, nuestra legislación se encuentra en un estadio de desarrollo del derecho penal ambiental que podríamos denominar de "prescindencia", en que (como también sucede en otras naciones amigas, como la Argentina)² la regulación penal de hechos que podrían considerarse como de contaminación o peligro de contaminación o daño ambiental, ha de buscarse en disposiciones del Código Penal y de leyes especiales, que no han sido establecidas directa e independientemente con ese propósito, sino con el de proteger otros bienes que, al momento de la codificación o al de dictarse las diversas leyes especiales, se consideraron como dignos de una protección penal, atendiendo a la protección penal de intereses ge-

* Capítulo preparado por los profesores Jean Pierre Matus Acuña, Marcos Orellana Cruz, Marcelo Castillo Sánchez, y María Cecilia Ramírez Guzmán.

¹ Ver *Infra*, 6.3.

² Cf. Libster, Mauricio H.: *Delitos ecológicos*, 2ª ed., Buenos Aires, 2000.

nerales (como sucede con algunos delitos contra la salud pública) o específicos en algunos casos (como en muchas leyes especiales). Ahora bien, si ordenamos esas normas desde la perspectiva del medio ambiente y los elementos que lo constituyen, podemos constatar que el sistema chileno de protección penal del medio ambiente está compuesto principalmente por las siguientes normas:³

6.1.1. *Protección penal del aire y la atmósfera*

En la actualidad no existe en nuestro país ningún precepto que castigue fenómenos de grave contaminación del aire, pudiendo citarse al respecto sólo las faltas de los números 20 (infracción de las reglas de policía en la elaboración de objetos fétidos o insalubres), 22 (no entregar basuras o desperdicios a la policía de asco) y 29 del art. 496 del Código Penal (construcción en contravención de los reglamentos de fuentes de emisión fija —hornos, chimeneas o estufas—), de nula aplicación práctica.

6.1.2. *Protección penal de las aguas y particularmente de las marinas*

En nuestro Código Penal, el principal precepto que protege penalmente a las aguas es el de su art. 315, que castiga el envenenamiento o infección de aguas destinadas al consumo público (elaboradas para ser ingeridas por un grupo de personas indeterminadas), reduciendo con ello considerablemente su ámbito

de aplicación, más aún si se tiene en cuenta que la contaminación aquí se limita a la proveniente de sustancias que podrían considerarse "venenosas" o "infecciosas", y el carácter únicamente doloso del hecho punible, que excluye los corrientes casos de grave contaminación de mares, ríos o afluentes, causados por evitables y previsibles "accidentes" cuyo origen puede encontrarse en la negligencia, imprevisión o temeridad de quienes controlan las fuentes de emisión. Este delito se agrava seriamente si se produce la muerte o enfermedad grave de una persona (art. 317 Código Penal), agravación que supone la comprobación de las siempre complicadas relaciones de causalidad entre la contaminación de las aguas y la muerte o enfermedad de una persona. Otros delitos vinculados a la protección de las aguas, relativos más bien a la mantención de sus caudales más que a su contaminación, son los de sacar éstas sin derecho de sus caudales (art. 459 del Código Penal); y alterar su reparto o permitir su sustracción (art. 480 Código de Aguas).

Como un propio delito de contaminación de las aguas, particularmente de las marinas, encontramos en la Ley General de Pesca la norma de su art. 136, que castiga al que introdujere o "mandare a introducir" en el mar, ríos, lagos o cualquier otro cuerpo de agua, agentes contaminantes químicos, biológicos o físicos que causen daño, sin que previamente hayan sido neutralizados para evitar tales daños. Con lo importante que resulta como modelo de regulación la decisión de contemplar expresamente un delito de contaminación y el castigo de quien decide la acción material ("manda a introducir") aun antes de ejecutarse (lo que transforma a la figura en delito de peligro), la disposición citada deviene en la práctica como de muy difícil aplicación, en primer lugar, porque no contempla la figura culposa, que es la de mayor realización fenomenológica, y en segundo término, porque no se define en ella en qué consiste el daño que se pretende evitar, y del cual debe probarse una relación de causalidad con la introducción del agente contaminante, cuyo nivel de neutralización para excluir la tipicidad del hecho tampoco se encuentra fijado por la ley, a pesar de que en ella parece entenderse implícitamente que es posible la introducción de tales agentes a la aguas, siempre que previamente estén neutralizados.

³ Para este apartado se ha extractado el contenido de la tesis de grado dirigida por el profesor Jean Pierre Matus Acuña, titulada "Análisis de los delitos ambientales contenidos en el Código Penal y las leyes especiales chilenas", de los alumnos Rodrigo Troncoso y Scarlet Quiroga, Universidad de Talca, 2002. Al respecto, puede consultarse, además, Fernández Bitterlich, op. cit., pp. 130 y s., y Fuentes Olivares, op. cit., pp. 622 y ss.; Silva Silva, Hernán: *Delito ecológico*, en *Revista de Derecho U.C. Sta. Concepción*, vol. IV N° 4 (1995), pp. 73 y ss.; Künsemüller, Carlos: *Protección legal del medio ambiente: qué enseñar, qué investigar*, en *Gaceta Jurídica*, año XIII, N° 85 (1987), pp. 6 y ss.; y especialmente, Castillo, Marcelo: *Régimen jurídico de Protección del Medio Ambiente. Aspectos Generales y Penales*, Santiago, 1994, pp. 195 y ss.

6.1.3. Protección penal de los suelos

Tampoco existe a este respecto un delito que castigue propiamente la grave contaminación de los suelos o la alteración de sus propiedades, y sólo muy indirectamente su degradación podría ser objeto de sanción penal a título de usurpación (art. 462 del Código Penal), cuando es dolosa y tiene por finalidad alterar o destruir los términos o límites de una propiedad; o a título de infracción al art. 138 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, que castiga la venta en verde de loteos que han de ser urbanizados, sin que previamente se cumplan los requisitos que dicha ley establece. También de manera indirecta, podría entenderse que el art. 38 de la Ley de Monumentos Nacionales permitiría la sanción penal de quienes degraden o contaminen seriamente los suelos de los santuarios de la naturaleza, entendiéndose que dicha contaminación sería una forma de "causar un perjuicio" a tales monumentos nacionales.

6.1.4. Protección penal de la biodiversidad y, en particular, de la fauna silvestre

A este respecto, nuestra ley es, sin duda, más pródiga y cumple de mejor manera las prescripciones del derecho internacional, pues no sólo se castiga la propagación sin permiso de la autoridad de enfermedades o plagas animales (art. 289 del Código Penal), sino también la "propagación indebida" de cualquier organismo, producto, elemento o agente químico, viral, bacteriológico, radiactivo o de cualquier otro orden que por su naturaleza sea susceptible de poner en peligro la salud animal o vegetal, o el abastecimiento de la población. En estas figuras es donde mejor aparece recogida la idea del castigo a la emisión indebida de un contaminante, en los términos del art. 2° de la Ley N° 19.300 ("todo elemento, compuesto, sustancia, derivado químico o biológico, energía, radiación, vibración, ruido, 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 conser-

vación del patrimonio ambiental"), pero únicamente referida a aquella que pone en peligro la salud animal o vegetal o el abastecimiento de la población (de productos animales o vegetales, se entiende). Sin embargo, la falta de una clara identificación de los deberes jurídicos que debieran infringirse para cometer el delito, hace de muy difícil aplicación práctica la fórmula utilizada por el legislador; ello, sin contar con la dificultad adicional de probar la propagación de tales sustancias y, sobre todo, su capacidad (una vez propagadas) para poner en peligro la salud animal o vegetal o el abastecimiento de la población.

Por otro lado, la fauna silvestre rara, protegida o en peligro de extinción encuentra una decidida protección penal, integrado al derecho nacional las obligaciones contraídas en el tratado CITES, en los arts. 30 y 31 de la Ley de Caza, recientemente reformada íntegramente, donde se prohíbe la caza, captura y tráfico ilícito de tales especies. La Ley General de Pesca también ofrece una importante protección penal a las especies hidrobiológicas, castigando la pesca con artes prohibidos (art. 135), la introducción ilegal de especies hidrobiológicas de carnadas no autorizadas (art. 137), así como el procesamiento, elaboración o transformación de recursos hidrobiológicos vedados (art. 139), disposición esta última de gran importancia para personas jurídicas, sino que, además, hace directamente responsables de la falta que contiene a los gerentes o administradores de la industria donde ella se comete.

Finalmente, y en cuanto a la protección de la flora, nuestra ley se limita a un castigo genérico, a título de incendio, de la destrucción por esta vía de bosques, mases, plantíos y montes, siempre que el delito se cometa dolosamente (art. 476 N° 3 del Código Penal), y culposamente, sólo en los casos de roza a fuego con infracción de reglamentos (arts. 18 y 22 de la Ley de Bosques). Lamentablemente, los reglamentos a que se refieren estas últimas disposiciones no han sido dictados. La misma Ley de Bosques contempla en su art. 21 el delito de corte y tala ilegal de bosques y arbustos nativos; sin embargo, las limitaciones que se establecen para ese corte o tala están vinculadas más bien al aseguramiento de la mantención de los suelos y manantiales que a la protección de la masa arbórea, y siempre se permite solici-

tar al Servicio Agrícola y Ganadero una autorización para dicha tala o corte, con lo que la prohibición puede terminar siendo ilusoria.

6.1.5. *Protección penal del medio ambiente frente a los peligros de las armas de destrucción masiva*

Este es otro aspecto de nuestra legislación en la materia que puede considerarse suficientemente regulado, atendido que, por una parte, la Ley de Seguridad Nuclear, N° 18.302, castiga penalmente la realización sin autorización de actividades relativas a la energía y materiales nucleares (art. 45); la causación dolosa o culposa de un "daño nuclear" (art. 47); el peligro que para el ambiente importa el daño, ataque o sabotaje de instalaciones nucleares (art. 41); el robo, hurto, sustracción o apropiación ilícita de materiales radiactivos (art. 41 inc. 1°); el dar ocasión negligentemente al robo, hurto, sustracción o apropiación de dichos materiales (art. 43 inc. 2°); y la amenaza condicional de causar un daño nuclear (art. 46). Y por otra, la Ley N° 17.798, sobre Control de Armas, prohíbe absolutamente la posesión de armas especiales, esto es, "las químicas, biológicas y nucleares" (art. 3° inc. 4°), castigando con severas penas su porte y posesión (arts. 13 y 14) —sin ofrecer siquiera un régimen de permisos sobre ellas, como en el caso de las armas de fuego comunes.

En resumen, a pesar de la no despreciable cantidad de las normas penales reseñadas (y de la relativa importancia de cada una de ellas), su carácter asistemático y de indirecta relación con el medio ambiente y sus componentes, deriva a la postre en su insuficiencia para proteger adecuadamente dichos intereses, como veremos a continuación.

6.2. LA INSUFICIENCIA DE LA ACTUAL LEGISLACIÓN PENAL AMBIENTAL CHILENA PARA UNA ADECUADA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE Y DE LA INSTITUCIONALIDAD MEDIOAMBIENTAL.

6.2.1. *Insuficiencia de las disposiciones penales relativas al medio ambiente, actualmente vigentes, para cumplir con las obligaciones internacionales contraídas en la materia*

Revisado el actual estado de la legislación nacional relativa a la protección penal del medio ambiente, la primera conclusión que de ello resulta, la obvia inexistencia de una protección penal especial del medio ambiente o sus elementos, deja en entredicho el nivel de cumplimiento de las sugerencias que en esta materia se han dado en el plano del derecho internacional. Pero también en particular, respecto de las materias en que específicamente los tratados suscritos por Chile imponen el establecimiento de delitos ambientales en la legislación nacional, una revisión del panorama legislativo nacional nos muestra serias insuficiencias, que es deber del Estado suplir.

En efecto, atendiendo el grado de cumplimiento de las obligaciones internacionales, podemos constatar lo siguiente:

- a) Que existe un pleno grado de cumplimiento respecto de la obligación de proteger penalmente el ambiente frente a los peligros de las armas de destrucción masiva, mediante las figuras penales contempladas en las leyes 18.314, sobre Control de Armas, y 18.302, sobre Seguridad Nuclear;
- b) Que similar grado de cumplimiento parece existir respecto de la protección penal de la biodiversidad y, en particular, de la fauna silvestre, a través de las disposiciones citadas en el apartado anterior contempladas en el Código Penal, en la Ley General de Pesca y en la Ley de Caza; y
- c) Que, en cambio, no existe una protección penal especial, en los términos a que obligan los tratados y convenios internacionales suscritos por Chile y que se encuentran vigentes, por no existir tipos penales específicos, o porque los existentes no ofrecen un adecuado grado de protección en los términos de los tratados o convenciones, respecto de la protección penal del medio ambiente antártico (no existe legislación es-

pecífica en la materia, y sólo podría aplicarse a su respecto el art. 136 de la Ley General de Pesca, en cuanto se refiere a la contaminación de las aguas, pero con las importantes dificultades antes señaladas; del medio ambiente, y particularmente de los suelos, frente al tráfico ilícito de desechos peligrosos (un proyecto de ley que regulaba la materia -Boletín 150/11- fue archivado recientemente en la Cámara de Diputados); y de las aguas, particularmente de las marinas (el D.L. 2.222, Ley de Navegación, entrega el control de la contaminación por hidrocarburos previsto en el Tratado MARPOL a la Dirección del Territorio Marítimo, estableciendo un régimen de sanciones administrativas solamente; mientras el art. 136 de la Ley General de Pesca presenta serias dificultades de aplicación, como ya se explicó).

6.2.2. *Insuficiencia de las disposiciones penales relativas al medio ambiente, para la prevención de fenómenos de grave contaminación ambiental*

Salvo las disposiciones de difícil aplicación práctica relativas a la contaminación de aguas con venenos o productos infecciosos (art. 315 del Código Penal) y de la introducción en ella de agentes contaminantes "que causen daño a los recursos hidrobiológicos" (art. 136 de la Ley General de Pesca), no existen en nuestro ordenamiento jurídico normas que, como las previstas en el derecho comparado, castiguen la grave contaminación (tanto dolosa como negligente) de los aires, las aguas y el suelo, ni tampoco los hechos que producen serios riesgos de contaminación, como los relativos al tráfico ilícito de desperdicios y sustancias altamente peligrosas para el medio ambiente y aun la salud de las personas, originados tanto en el abuso de los permisos oblicuidos mediante el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, como en la codicia o maldad humana, o incluso en la negligencia de quienes, realizando actividades o proyectos peligrosos para el medio ambiente, no ponen el debido cuidado que ello exige para impedir derrames de fluidos o sustancias que podrían dañar gravemente el medio ambiente y la vida y salud humana, animal y vegetal.

Sin embargo, también es cierto que resulta muy difícil la configuración de delitos de grave contaminación ambiental, tomando en cuenta la inexistencia actual de normas de emisión para todos los contaminantes;⁴ la utilización de las existentes como instrumento de gestión ambiental, que permiten el gradual acercamiento de las fuentes a los límites que se fijan para cada una de ellas; y, sobre todo, el carácter de dichas normas de emisión, cuyos límites máximos toman en cuenta objetivos relacionados con normas de calidad ambiental, lo que supone considerar el efecto acumulativo de ciertas emisiones en determinados ámbitos territoriales, que por lo mismo no permite tomarlas en general como indicadores de la gravedad intrínseca de la emisión de contaminantes en cada fuente, individualmente considerada.

⁴ Actualmente se han dictado sólo las siguientes normas de emisión:

- a) *Respecto de contaminantes en el aire, por fuentes móviles*: D.S. N° 104 de 2000 (Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones). Norma de emisión para motocicletas; Decreto N° 130 de 2002 (Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, Subsecretaría de Transportes). Normas de emisión de CO, HC, HCN, CH₄, NOx y material particulado para motores de buses de locomoción colectiva de la ciudad de Santiago; Decreto N° 103 de 2000 (Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones y Comisión Nacional del Medio Ambiente). Norma de emisión de hidrocarburos no metánicos para vehículos livianos y medianos; D.S. N° 4 de 1994 (Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones). Normas de emisión de contaminantes aplicables a los vehículos motorizados.
- b) *Respecto de la contaminación del aire por otras fuentes*: D.S. N° 167 de 1999 (Ministerio Secretaría General de la Presidencia). Norma de emisión para olores molestos; D.S. N° 165 de 1999 (Ministerio Secretaría General de la Presidencia). Norma de emisión para la regulación del contaminante arsénico emitido al aire.
- c) *Respecto de la emisión de contaminantes en las aguas*: D.S. N° 90 de 2000 (Ministerio Secretaría General de la Presidencia). Norma de emisión para la regulación de contaminantes asociados a las descargas de residuos líquidos a aguas marinas y continentales superficiales; y D.S. N° 46 de 2002 (Ministerio Secretaría General de la Presidencia). Norma de emisión de residuos líquidos a aguas subterráneas.
- d) *Respecto de la emisión de contaminación lumínica en la II, III y IV Región*: D.S. N° 686 de 1998 (Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción). Norma de emisión para la regulación de la contaminación lumínica.
- e) *Respecto de la contaminación por ruidos molestos*: D.S. N° 146 de 1997 (Ministerio Secretaría General de la Presidencia). Norma de emisión de ruidos molestos generados por fuentes fijas.

6.2.3. *Insuficiencia de los instrumentos jurídicos actualmente disponibles para la sanción de quienes burlan el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental*

Asumiendo que el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental previsto por la Ley N° 19.300 ha de constituir la base de la gestión ambiental nacional, si fijamos la atención en la necesaria protección que debiera dispensarse al adecuado funcionamiento de la administración ambiental —como se dispensa por la vía penal en el sistema norteamericano—, para evitar su burla y descrédito consecuente (junto con los peligros o daños ambientales que de ello derivan), podemos hacer notar ciertas insuficiencias graves en la legislación ambiental, que no se encuentran en otros ámbitos de actividades especialmente reguladas.

Así, mientras en nuestra legislación se sanciona con las penas del perjuicio a quienes presentan declaraciones juradas falsas para la realización de determinados trámites o la obtención de ciertas prestaciones,⁵ quien presenta ante el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental una declaración jurada falsa sobre el impacto ambiental de su actividad o proyecto no está sujeto a ninguna sanción específica.

Lo mismo sucede con la presentación de antecedentes falsos o la omisión de otros verdaderos al presentar los correspondientes a un Estudio de Impacto Ambiental, cuya falsedad u omisión no tienen una sanción penal, mientras que si la tendrían si se tratase de antecedentes a presentar con relación a la mayor parte de las actividades sujetas al control estatal por medio de superintendencias u otros organismos de la Administración.⁶

⁵ Ver al respecto: art. 29 DL 1.305/1976, que reestructura y regionaliza el Ministerio de la Vivienda y Urbanismo; art. 17 DL 1.939/1977; art. 1° Ley N° 18.270, Establece Normas para el Otorgamiento de Títulos Gratuitos de Dominio sobre Tierras Fiscales Rurales en la XI Región; arts. 11 inc. 4° y 18 inc. 3° Ley N° 18.883, Aprueba Estatuto Administrativo de los Funcionarios Municipales; arts. 12 inc. 4° y 17 inc. 3° Ley N° 18.834, Estatuto Administrativo; art. 6° Ley N° 19.360; art. 18 Ley N° 18.603, Ley Orgánica Constitucional de Partidos Políticos; art. 16 DL 539/1974, Establece Normas sobre Reajustabilidad y Pago de Dividendos de Deudas Habitacionales.

⁶ Ver al respecto: art. 70 Ley N° 16.741, Establece Normas para Saneamiento de los Títulos de Dominio y Urbanización de Poblaciones en Situación Irregular; art. 1° Ley N° 19.083, Establece Normas sobre Reprogramación de Deudas del Crédito

Tampoco existen específicas sanciones que castiguen a quienes —como lo hace el art. 327 del Código Penal respecto de los peritos judiciales y otros funcionarios auxiliares de la justicia que emiten informes falsos—, en el proceso de Evaluación de Impacto Ambiental, emitan, a favor de terceros interesados, informes falsos o incompletos que influyan en la decisión de la comisión respectiva o que, interviniendo de cualquier manera en el proceso oculten o adulteren información que deba tomar en cuenta el órgano resolutorio competente.

Por otra parte, una decidida protección del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental resultaría insuficiente y hasta inequitativa para quienes se someten a dicho sistema, si no se establecieran importantes estímulos coercitivos para quienes, debiendo someter sus actividades o proyectos a la aprobación de las comisiones pertinentes, simplemente pretenden "ahorrarse" el gasto asociado a dicha evaluación, y sin más se ponen fuera de la regulación ambiental, desarrollando sus actividades o proyectos fuera de toda legalidad, tal como sucede actualmente con la instalación de vertederos de residuos sólidos clandestinos.⁷ Así, resulta necesaria, junto con la protección en el orden penal del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, la sanción tam-

bito Fiscal Universitario; art. 6° Ley N° 19.287, Modifica Ley N° 18.591 y Establece Normas sobre Fondos Solidarios de Crédito Universitario; art. 50 Ley N° 19.162, Establece Sistema Obligatorio de Clasificación de Ganado; art. 37, inc. 2° Ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones; art. 50 Ley N° 18.933, Crea la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional; art. 49 DFL 251/1931, sobre Compañías de Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio; art. 59, letras a) y f) Ley N° 18.045, sobre Mercado de Valores; art. 49 Ley N° 18.876, Establece el Marco Legal para la Constitución y Operación de Entidades Privadas de Depósito y Custodia de Valores; art. 59 Ley N° 18.840 Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile; art. 19 bis Ley N° 18.902, Crea Superintendencia de Servicios Sanitarios; 158 DFL 3/1997 (Hacienda), Ley General de Bancos; art. 8° DFL 15/1991 (Vivienda), Establece Normas sobre Deudores Habitacionales Ley N° 19.003; art. 3° Ley N° 19.353, Condona deudas que indica derivadas del proceso de Reforma Agraria.

⁷ Materia que por su gravedad ha conitado la atención de los Honorables Sres. Diputados patrocinantes de las mociones sobre el proyecto de ley que establece penalidades a los vertederos clandestinos (Boletín 2401-12) y sobre el que prohíbe el traslado y posterior depósito de basuras y desperdicios generados en una región, en el territorio de otra (Boletín 2721-12).

bién penal —que vaya más allá de la inaplicada y modesta pena de falta prevista en el art. 495 N° 9 para el que “abriere establecimientos sin licencia de la autoridad, cuando sea necesaria” — de quienes burlan directamente dicho sistema, empujando proyectos o actividades sin someterse a la Evaluación de Impacto Ambiental, cuando ello es obligatorio, tal como hoy se castiga penalmente el desarrollo de ciertas actividades que, requiriendo un especial reconocimiento del Estado o el cumplimiento de ciertos requisitos legales, no lo tienen, como sucede con las universidades, la actividad bancaria y de seguros, etc.⁸

6.3. LA INSUFICIENCIA DE LOS PROYECTOS LEGISLATIVOS EN LA MATERIA. RESEÑA Y ANÁLISIS CRÍTICO

Los más importantes proyectos de ley presentados en el Parlamento hasta ahora y —que se encuentran en actual tramitación—⁹ refe-

⁸ Ver al respecto: art. 3 DL 3.631/1981, Fija Normas sobre Universidades; art. 25 D.L. 3.500/1980, establece Sistema de Pensiones; art. 60 letras a), b) y c) Ley N° 18.045, sobre Mercado de Valores; art. 46 DFL 251/1931 sobre Compañías de Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio; art. 48 DFL 251/1931 sobre Compañías de Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio; art. 51 DFL 251/1931 sobre Compañías de Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio; art. 39 DFL 3/1997 (Hacienda), Ley General de Bancos; art. 23, incs. 1° a 3° Ley N° 18.933, Crea la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional; art. 38 Ley N° 19.220, Regula Establecimientos de Bolsas de Productos Agropecuarios; art. 8° inc. 1° Ley N° 19.491, Regula Funcionamiento de Administradoras de Recursos Financieros de Terceros destinados a la Adquisición de Bienes; art. 76 Ley N° 19.518, Fija Nuevo Estatuto de Capacitación y Empleo; art. 30, incs. 5° a 7° Ley N° 19.728, Establece un Seguro de Desempleo; art. 36 B, letra a), Ley N° 18.108 General de Telecomunicaciones; art. 63 Ley N° 18.045, sobre Mercado de Valores; art. 205 Ley N° 18.200; art. 23, incs. 1° y 2°, Ley N° 18.118 Legisla sobre el ejercicio de la Actividad de Marillero Público; y art. 495 N° 9 CP.

⁹ Lamentablemente, en la sesión 7ª de la 347ª Legislatura ordinaria (13.06.2002) la importante, aunque insuficiente, moción sobre un proyecto de ley que prohibía el ingreso al territorio nacional de desechos provenientes de terceros países (boletín N° 150411), fue archivada por la Cámara de Diputados en su tercer trámite constitucional, a sugerencia de la Comisión de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente, donde se esgrimió que dichas conductas ya se encontraban reguladas en el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación, lo que si bien es cierto en cuanto obligación internacional (ver *supra* II), no lo es si la Cámara creyó que bastaría con la aprobación de dicha Convención para modificar

ridos al establecimiento de una sanción penal para quienes dañan o ponen en grave peligro el medio ambiente o burlan el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, se contienen en las siguientes mociones parlamentarias de los diputados Srs. Aníbal Pérez, Juan Bustos, Luksic, Elgueta, Sánchez, Encina, Ojeda, José Pérez, Mora y Rincón sobre un proyecto de ley que tipifica el delito medioambiental (Boletín 2177-12); y la moción de los Diputados Srs. Gustavo Alessandri, Roberto Delmastro, Rafael Arratia, Alejandro Navarro, Mario Acuña y Leopoldo Sánchez sobre el proyecto de ley que establece penalidades a los vertederos clandestinos (Boletín 2401-12), respectivamente.¹⁰

6.3.1. El proyecto de ley que tipifica el delito ambiental (Boletín 2177-12)

Este proyecto de ley se fundamenta, según la moción que le dio origen,¹¹ en la constatación de que “el proceso de deterioro de nuestro medio ambiente constituye una realidad alarmante, que no muestra señales de detenerse o, al menos, de ir en un retroceso continuo que permitiera anticipar un futuro en el que fuera una realidad la garantía contemplada en el art. 19 N° 8° de nuestra Constitución Política del Estado, esto es, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”; y de que “la necesidad de recurrir a normas penales protectoras de éste se debe a que la experiencia está cada día probando que la le-

la ley nacional y establecer delitos y penas, pues no son las convenciones internacionales fuentes del derecho penal interno, mucho menos cuando en ellas se establece la obligación de legislar, naturalmente, una vez que se haya aprobado el Convenio que obliga en ese sentido.

¹⁰ Además de las mociones citadas arriba en el texto, con especial incidencia en la penalización de conductas que afectan al medio ambiente, se encuentran en tramitación las mociones sobre el Proyecto que prohíbe el traslado y posterior depósito de basuras y desperdicios generados en una región, en el territorio de otra (Boletín 2721-12), y un número importante de mociones sobre protección del medio ambiente desde diferentes puntos de vista (Boletines 2725-12, 2992-12, 2238-12, 2703-12, entre otros).

¹¹ Moción agregada a la cuenta de la Sesión 2ª de la Legislatura 338, de 3 de junio de 1998.

CONCLUSIONES Y PROPUESTA PARA UN NUEVO
DERECHO PENAL AMBIENTAL CHILENO*7.1. LA NECESIDAD DE UN NUEVO DERECHO
PENAL AMBIENTAL CHILENO

La preocupación por los peligros que para el medio ambiente y la salud de las personas de las actuales y futuras generaciones representan ciertas actividades de gran potencial contaminador propias de nuestro estadio de desarrollo económico y social, sumada a la existencia de concretas obligaciones en materia de derecho penal medioambiental,¹ la va decantada práctica y doctrina en el derecho comparado acerca de la necesidad de regular penalmente los atentados al medio ambiente, y las insuficiencias en la regulación penal de la materia en el derecho nacional, justifican con creces las iniciativas parlamentarias que, desde diferentes puntos de vista, han propuesto establecer sanciones propiamente penales a quienes realizan hechos que podemos

* Capítulo preparado por los profesores Jean Pierre Matus Acuña, Marcos Orellana Cruz, Marcelo Castillo Sánchez y María Cecilia Ramírez Guzmán.

¹ Cfr. al respecto, Lizaur, op. cit., pp. 41 y ss., quien reseña además los condicionamientos propios del sistema de la Unión Europea, que hacen inevitable esta clase de regulación. Un buen ejemplo de estos condicionamientos de derecho internacional lo constituye la iniciativa de la Comisión Europea, que, siguiendo las indicaciones del Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999, ha propuesto el 13 de marzo de 2001 al Parlamento Europeo la dictación de una *directiva relativa a la protección del medio ambiente por medio del derecho penal* (COM (2001) 139. Final), con la justificación, entre otras, de que "la experiencia ha mostrado que las sanciones establecidas actualmente por los Estados miembros no son suficientes para hacer cumplir en su totalidad el derecho comunitario", que exige "garantizar un nivel de protección elevado del medio ambiente" (art. 174.2 CE).

caracterizar como de grave contaminación ambiental (o peligro de la misma), como es el caso de la recién analizada moción sobre un proyecto de ley que tipifica el delito medioambiental (Boletín 2177-12); o de burla del Sistema de Evaluación Ambiental, como en el caso particular de la también ya revisada moción sobre el proyecto de ley que establece penalidades a los vertederos clandestinos (Boletín 2401-12).² Sin embargo, como acabamos de demostrar, dichas iniciativas son, también, insuficientes para una adecuada y moderna protección, en sede penal, del medio ambiente.

Los problemas normativos en esta materia no parecen, por tanto, referidos a la discusión acerca del "sí" de la protección penal del medio ambiente, sino más bien a la pregunta respecto del "cómo" ha de establecerse esta regulación en un sistema de derecho penal heredero en cierta medida del espíritu de la ilustración liberal,³ y que necesariamente debe contar con la existencia paralela de un sistema de derecho administrativo que, como el nuestro, se fundamenta en la idea de la gestión ambiental.

Sin embargo, una legislación penal ambiental moderna no sólo debe asumir el desafío de adecuar su estructura al sistema administrativo de protección ambiental, sino además sortear las críticas y dificultades que otras legislaciones en la materia han padecido, concentradas sobre todo en los delitos que castigan la contaminación, pues, como ya vimos, en cuanto a los que se refieren a la protección de la administración (declaraciones falsas, emprender actividades sin autorización, etc.), existe en Chile una larga tradición normativa que jamás ha sido objeto de críticas como las vertidas contra los "modernos" delitos ecológicos.

Así, en cuanto a la supuesta indeterminación que tendría un derecho penal ambiental vinculado a los conceptos del derecho administrativo, desde luego, dicha indeterminación no se produce cuando la remisión se hace a conceptos claramente defi-

nidos en las leyes, como "Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental", "fuentes de emisión", "biodiversidad", etc. (art. 2º Ley Nº 19.300), técnica de frecuente uso en el derecho penal vigente (así, el Nº 1 del art. 470 no sólo se refiere a contratos civiles -depósito, consignación, etc.-, sino que incluso somete su prueba a las reglas del derecho civil). Pero tampoco se produce *per se*, cuando la remisión se hace a una norma de carácter reglamentario, pues tal como lo ha resuelto nuestro Tribunal Constitucional (causa rol Nº 4), una ley penal en blanco no es contraria a la garantía del principio de legalidad, siempre que el núcleo esencial de la conducta punible se encuentre descrito en la ley, como sucede paradigmáticamente en la Ley Nº 19.366, sobre Tráfico ilícito de Estupefacientes.

Tampoco parece de recibo, *a priori*, la crítica contra el establecimiento de delitos de peligro en esta materia, pues, en primer lugar, no está puesta en duda seriamente la constitucionalidad de los delitos de peligro, sino sólo su conveniencia. Y es un hecho que, tratándose de determinadas materias donde no resulta en absoluto conveniente esperar el resultado lesivo para su castigo penal, la vía adecuada es el establecimiento de delitos de peligro, tal como sucede con los delitos relativos a la salud pública, i.e., envenenamiento de aguas o diseminación de gérmenes patógenos (arts. 315 y 316 del Código Penal), respecto de los cuales la producción de resultados lesivos para la vida o la salud de personas determinadas opera sólo como agravante de la figura de peligro básica.

También los problemas prácticos derivados de la prueba del peligro, sobre todo en la comprobación de si un suceso determinado puede calificarse o no de grave contaminación, pueden sortearse mediante la técnica de la ley penal en blanco, del mismo modo que actualmente la Ley Nº 19.366 hace respecto de las sustancias estupefacientes o sicotrópicas capaces de causar o no graves daños a la salud de las personas: mediante la determinación precisa, por un reglamento destinado exclusivamente al efecto, de las cantidades de emisiones o sustancias capaces de producir grave contaminación ambiental.

De esta manera, limitando el castigo penal a graves y fácilmente comprobables actos de contaminación o peligro de ella, la ley se hace al mismo tiempo aprehensible para el ciudadano

² Ver nota Nº 1.

³ En este mismo sentido, cfr. Carvallo, Iván Lira de: *Derecho penal mínimo, eximentes e dimitentes nos crimes ambientais, in Enfoque Jurídico*, JAN/FEB 97, pp. 16 y s. En Chile, el reclamo doctrinal en este sentido lo podemos encontrar ya desde el año 1993, en el artículo de Peter Sharp V., *La necesidad de un derecho penal ecológico*, en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, julio-diciembre de 1993, pp. 86 y ss.

común e impide que una simple autorización dada por organismos o funcionarios administrativos elimine la tipicidad de la figura penal, no atribuyéndose al mismo tiempo la imposible tarea de prevenir todos los atentados al ambiente, sino la más modesta de aplicar un castigo proporcional y racional a quien ha puesto gravemente en peligro la comunidad o ha causado una grave contaminación. Esta forma de abordar la materia permitiría, además, excluir del ámbito de lo punible la contaminación de bagatela, producto de la actividad diaria de todos y cada uno de los habitantes de la República, cuyo control, naturalmente, sólo puede estar entregado a las disposiciones de carácter administrativo, como sucede paradigmáticamente con las emisiones de fuentes móviles (automóviles y similares) y fijas domésticas (chimeneas, etc.), que se excluyen derechamente de la sanción penal en el texto del proyecto de ley que aquí proponemos.

Y ante la crítica de una cierta ineficacia del derecho penal ambiental para prevenir y castigar sucesos de gran contaminación,⁴ de entrada puede replicarse que lo mismo habría que criticar al derecho administrativo ambiental,⁵ y que, por tanto, ello no se opone seriamente a la "unánime opinión que considera imprescindible una protección penal del medio ambiente más extensa y eficaz".⁶ Además, no deja de ser cierto que esas críticas provienen en España de la defectuosa técnica legislativa que allí se emplea (la indeterminada remisión a las "normas generales reguladoras del medio ambiente")⁷, y en Alemania, de las

⁴ Crítica que muy claramente expresó, en la discusión en el seno de la Comisión de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente, sobre el proyecto de ley que tipifica el delito ambiental, el representante del Instituto Libertad y Desarrollo, abogado Claudio Osorio (Boletín 2177-12).

⁵ Al respecto, es ilustrativa la ineficacia del SESMA en el control de los vertidos clandestinos, tal como su propio Director, Dr. Concha, lo reconoce, según recoge el Informe de la Comisión de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente (Sesión 35ª de la 342ª Legislatura, 6.09.2000).

⁶ Vega Ruiz, José Augusto: *Delitos contra el medio ambiente, ordenación del territorio, patrimonio histórico, flora y fauna* en el *Código Penal* de 1995, Madrid, 1996.

⁷ En palabras de Rodríguez Devesa, refiriéndose al anterior art. 347 bis: "No se hubiera hecho mejor si, deliberadamente, se hubiese buscado la más absoluta ineficacia" (Rodríguez Devesa / Serrano: *Derecho penal español, parte especial*, 17ª ed., Madrid, 1994, p. 1109).

orientaciones de los órganos de persecución, donde en la práctica los procesos parecen haberse dirigido más hacia delitos de bagatela⁸ que contra los "grandes" agentes contaminadores, y el recurso a la exclusión de la pena (abstención de condena) ha provocado muy dispares sentencias.⁹ En este aspecto, es importante destacar la perspectiva pragmática de la experiencia norteamericana, donde, junto con hacer hincapié en la protección penal del sistema administrativo de gestión ambiental mediante delitos formales de muy larga tradición jurídica (presentación de documentos falsos, etc.), para una adecuada persecución de los delitos de peligro de contaminación o de grave contaminación se han tomado seriamente en cuenta las necesidades logísticas que requiere un programa criminal ambiental exitoso, particularmente en el ámbito de la investigación y el análisis de evidencia, donde la capacidad instalada en personal y laboratorios especializados se ha mostrado imprescindible para la prueba del hecho punible.

7.2. PROPUESTA LEGISLATIVA FUNDADA PARA UNA NUEVA PROTECCIÓN PENAL DEL MEDIO AMBIENTE EN CHILE

7.2.1. Ideas matrices del Proyecto que se propone

a) Bien jurídico protegido

El proyecto propone proteger penalmente el medio ambiente, entendido como "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 letra II) de la Ley N° 19.300; directamente, a través de los delitos dolosos y culposos de grave contaminación o peligro de la misma (Tít. I, arts. 1º a 3º); e indirectamente, a través de

⁸ Cramer, op. cit., p. 2178.

⁹ Rangier, Rudolf: *Strafrecht, Besonderer Teil II*, 2ª ed., München, 1999, p. 306.