

**UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO
CENTRO DE DERECHO AMBIENTAL
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES**

**DELITO AMBIENTAL Y
RESPONSABILIDAD PENAL
DE LAS PERSONAS JURÍDICAS**

Memoria para optar al Grado de
Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales

PATSILÍ ELISA TOLEDO VÁSQUEZ

Profesora Guía: Valentina Durán Medina

Santiago, Chile
2001



INTRODUCCIÓN	3
CAPÍTULO I:	6
CUESTIONES PRELIMINARES EN TORNO A LA PROTECCIÓN PENAL DEL MEDIO AMBIENTE.	6
1.1 ORÍGENES DE LA PROTECCIÓN PENAL DEL MEDIO AMBIENTE.	7
1.2 DISCUSIÓN EN TORNO A LA EXISTENCIA DEL DELITO ECOLÓGICO.	9
1.2.1 BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.	12
1.2.2 NECESIDAD DE LA INTERVENCIÓN PENAL.	15
1.2.3 RELACIÓN CON EL DERECHO ADMINISTRATIVO.....	17
1.3 CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL DELITO ECOLÓGICO.	22
1.4 DELITO ECOLÓGICO EN OTRAS LEGISLACIONES.	29
▪ EN EUROPA.....	29
▪ EN AMÉRICA DEL NORTE.....	34
▪ EN AMÉRICA LATINA.....	40
CAPÍTULO 2:	45
RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS	45
2.1 INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA DEL SUJETO RESPONSABLE EN LOS DELITOS ECOLÓGICOS.	46
2.2 PLANTEAMIENTO	49
2.3 DISCUSIÓN DOGMÁTICA Y POLÍTICO CRIMINAL	50
A) ANÁLISIS POLÍTICO CRIMINAL: ¿ES NECESARIA LA EXISTENCIA DE SANCIONES PENALES ESPECÍFICAS CONTRA LAS PERSONAS JURÍDICAS, O BASTA CON EL DERECHO PENAL INDIVIDUAL? .	51
A.1 Características de la imputación penal individual tradicional	51
A.2 Posibilidades de ampliación de la imputación jurídico penal individual	55
A.3 La actitud criminal colectiva	58
B) ANÁLISIS DOGMÁTICO: ¿ES POSIBLE LEGITIMAR CONSTITUCIONALMENTE LAS SANCIONES PENALES A LAS PERSONAS JURÍDICAS?.....	59
B.1 Orientaciones constitucionales en los diversos países.	59
B.2 El principio de culpabilidad.....	77

C) CÓMO CONFIGURAR LAS SANCIONES A LAS PERSONAS JURÍDICAS DESDE UN PUNTO DE VISTA DOGMÁTICO Y POLÍTICO CRIMINAL.	87
▪ Idoneidad de la sanción.	87
▪ Necesidad de la sanción.	90
▪ Proporcionalidad de la sanción.	91
CAPÍTULO 3:.....	93
POSIBILIDAD DE PLANTEAR LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN CHILE, CON PARTICULAR REFERENCIA A LA MATERIA AMBIENTAL	93
3.1 PRECISIONES PRELIMINARES.	94
3.2 DOCTRINA Y LEGISLACIÓN NACIONAL.	96
3.3 EXAMEN DEL PROYECTO DE LEY QUE ESTABLECE EL DELITO AMBIENTAL.....	103
A) GENERALIDADES EN TORNO A NUESTRA LEGISLACIÓN AMBIENTAL.	103
B) FUNDAMENTOS Y ESTADO DE TRAMITACIÓN DEL PROYECTO.	106
C) SISTEMA QUE ESTABLECE EL PROYECTO DE LEY	108
D) ANÁLISIS DE LAS DISPOSICIONES RELEVANTES A LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL PROYECTO DE LEY.	110
CONCLUSIONES	122
BIBLIOGRAFIA	130
ANEXO.....	136
TEXTO DE LA INDICACIÓN SUSTITUTIVA AL PROYECTO DE LEY QUE TIPIFICA EL DELITO AMBIENTAL.	137

INTRODUCCIÓN

En nuestra época, sin duda, conciliar desarrollo económico y protección medio ambiente se impone como la tarea en la que las sociedades han de emplear todos los medios de que disponen, para lo cual el Derecho constituye un instrumento destacado al permitir que se establezcan los mecanismos de delimitación de los intereses en conflicto, y de protección del interés que deba predominar en cada caso.

Efectivamente, la protección del medio ambiente suele entrar en conflicto con otros intereses igualmente susceptibles de protección jurídica, como la economía, el desarrollo industrial, etc., y de tal conflicto de intereses uno de ellos debe entenderse el predominante. Cómo determinarlo dependerá del caso o del supuesto con el cual nos enfrentamos, pues no es posible establecer una preferencia absoluta, ni del medio ambiente, ni de la economía.

Sin embargo, no es posible negar que la protección del medio ambiente es una necesidad básica de la sociedad actual, lo que ha hecho que se hable del medio ambiente como un bien jurídico propio e individualizado, susceptible de protección a través del *ius puniendi* del Estado, y por tanto, a través del Derecho Penal.

Es desde esta óptica que se ha presentado a tramitación en el Congreso Nacional un proyecto de ley que tipifica el delito ambiental, proyecto en actual tramitación. Dicho proyecto se basa en la garantía constitucional establecida en el N.º 8 del Art. 19 de la Constitución Política de la República, que asegura el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

El proyecto pretende que dicho principio deje de ser una mera “declaración de buenas intenciones” (como lo señala la propia moción), y pueda ser realizado en forma efectiva, atendido el hecho que, en la realidad -y a pesar del gran desarrollo experimentado por el Derecho

Ambiental en Chile en la última década- las normativas actualmente vigentes han demostrado su falta de eficacia en función de la protección al medio ambiente.

En efecto, el Derecho vigente regulatorio de la intervención humana –en sentido amplio- en el medio ambiente, es fundamentalmente de carácter administrativo y civil, lo cual se comprende en una sociedad en la que el Derecho Ambiental se encuentra en sus primeras etapas de desarrollo. Sin embargo, el avance que experimenta –y seguirá experimentando- esta rama del Derecho conlleva su ampliación e injerencia en las distintas áreas del Derecho *tradicional*, en su afán de obtener la mayor protección posible al medio ambiente, para lo cual no sólo hace uso del Derecho Civil y Administrativo, sino también del Derecho Constitucional, Internacional, Penal, etc. Es así que el proyecto de ley que busca tipificar como ilícito penal el delito ambiental también es consecuencia de una tendencia globalizada a proteger ya no sólo administrativa o civilmente, sino también penalmente el medio ambiente.

Ahora bien, ha surgido dentro de la discusión del mencionado proyecto de ley un tema de trascendental importancia: si es posible sancionar a las personas jurídicas y en caso de una afirmativa, cómo. Ello, partiendo de la base de una realidad en que son justamente las personas jurídicas las principales implicadas en los más graves casos de contaminación ambiental.

En la coyuntura entre ambos temas, por un lado, el delito ambiental, y por otro, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, surge el tema de esta memoria, que pretende contribuir a la discusión y debate sobre el controversial tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, esta vez en relación a un delito particular, como es el delito ambiental o ecológico.

De esta coyuntura surgen innumerables preguntas, conflictos, contradicciones y verdaderos “atentados” –para algunos- a los principios más arraigados en nuestra cultura jurídica. Es inevitable que muchas de aquellas preguntas y conflictos no resulten abordados en este trabajo, ni mucho menos resueltos. La sola existencia del Derecho Penal Ambiental ya resulta

controversial en varios aspectos para ciertos sectores de la doctrina penal tradicional, controversia que se ve aún más exacerbada cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas, o la forma en que éstas son sancionadas –aún cuando no se les considere responsables penalmente- o sujetas a control en casos en que existan delitos contra el medio ambiente.

Sin pretensiones de establecer verdades dogmáticas, sino más bien de confrontar los dogmas teóricos con los planteamientos político criminales aplicables a la situación del Derecho Penal Ambiental, esta memoria examina las principales ventajas y objeciones que presenta la posibilidad de la existencia en nuestro país –a la luz de experiencias y doctrinas internacionales- del Derecho Penal Ambiental, en particular en su relación con las personas jurídicas, relación inevitable si consideramos que el objeto de estos ilícitos es prevenir, reprimir y reparar las más graves conductas atentatorias contra el medio ambiente, la mayor parte de las cuales proviene de entes que participan de la vida social en forma de personas jurídicas.

CAPÍTULO I:
CUESTIONES PRELIMINARES EN TORNO A LA PROTECCIÓN PENAL DEL
MEDIO AMBIENTE.

1.1 Orígenes de la protección penal del medio ambiente.

El comienzo de la discusión en torno a la posibilidad de proteger penalmente el medio ambiente se remonta a la década de 1970.¹ La preocupación mundial por el medio ambiente se manifestó inicialmente en la **Conferencia de Estocolmo** de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente, también denominada Conferencia sobre el Medio Humano, y en el **Primer Informe del Club de Roma**, titulado “Los límites al crecimiento”, ambos en el año **1972**. Ya en el ámbito de las normativas internacionales, en **1976** la **Comisión de Derecho Internacional** introdujo una figura nueva en el derecho internacional penal, consagrando el artículo 19 de su proyecto de Artículos sobre responsabilidad de los Estados a la distinción entre crímenes y delitos internacionales:

“Sin perjuicio de las disposiciones del párrafo 2 y de conformidad con las normas de derecho internacional en vigor, un crimen internacional puede resultar en particular: d) de una violación grave y en gran escala de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y protección del medio humano, como las que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera y de los mares.”²

El **Consejo de Europa** en la **Resolución 28**, adoptada por su Comité de Ministros en **1978** afirmaba que “tras considerar la necesidad de proteger la salud de los seres humanos, animales y plantas... [y] ...la necesidad de recurrir al Derecho Penal como *última ratio* cuando otras medidas no se aplican, son inefectivas o inadecuadas, el Comité se considera obligado a

¹ Década durante la cual se producen, también, varias de las mayores catástrofes industriales de nuestra historia, fundamentalmente en plantas químicas, tales como en **Cubatao** (Brasil), en Febrero de 1974 un oleoducto dañado libera gasolina, la que genera una gran esfera de fuego, resultando 508 personas muertas; en **Flixborough** (Reino Unido), en Junio de 1974, la explosión de una planta de Nypro deja como consecuencia 28 muertos y cientos de heridos; en **Seveso** (Italia) en Julio de 1976, la liberación de 2 toneladas de productos químicos a la atmósfera, entre ellos dioxina, determinó la evacuación de cientos de personas, abortos espontáneos, muerte de animales y contaminación del suelo; en **Los Alfaques, San Carlos de la Rápita** (España), en Julio de 1978, un camión sobrecargado de propileno se estrella con la pared de un camping, causando 215 muertes.

² CONNELLY, Thomas. Delito Ecológico. Serie Estudios, Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago. Año I, N.º 29, Diciembre 1991. Ediciones Biblioteca del Congreso Nacional. Santiago de Chile. 1991. p. 8 y 9.

efectuar las siguientes recomendaciones a los Estados miembros: 1. Los Estados miembros deben someter a consideración el posible uso de sanciones penales cuando se produzcan daños al medio ambiente...”.³

Por su parte, dentro de la **Asociación Internacional de Derecho Penal** ya en el año **1979**, en el **Congreso de Hamburgo**, se discutió la protección penal del medio ambiente. En esa oportunidad, la mayor parte de los teóricos se volcó por la criminalización, mientras que el resto - fundamentalmente perteneciente a los países en desarrollo o subdesarrollados- optaron por la prevención y la planificación.⁴

Durante la década siguiente, proliferan en todo el mundo informes, conferencias y acuerdos de nivel internacional relativos a la protección del medio ambiente, como el Informe de la Comisión Brandt, en 1982; la creación por parte de Naciones Unidas de la Comisión por el Medio Ambiente y el Desarrollo, en 1983; el Primer Informe Worldwatch, de 1984; el Informe Brundtland de Naciones Unidas, de 1987, por nombrar algunos.

En junio de **1990**, la **17ª Conferencia de Ministros de Justicia del Consejo de Europa** adoptó una resolución en la que invita al Comité Europeo para los Problemas Criminales a que examine, entre otras cosas, “la oportunidad de regular en este ámbito el concepto de los delitos de peligro (concreto abstracto o potencial) con independencia del perjuicio efectivo”, “de definir las relaciones entre Derecho Penal y Derecho Administrativo en materia de medio ambiente”.

Durante la década pasada la discusión en torno a la protección penal del medio ambiente se vio reforzada por la instauración de ella en las legislaciones de diversos países, con mayor o menor polémica en cada caso. Nos referiremos a los tópicos fundamentales de la discusión doctrinaria a que la origen la cuestión del delito ecológico en el punto siguiente.

³ Citado por GARCÍA RIVAS, Nicolás. Delito ecológico: Estructura y aplicación judicial. Praxis. Barcelona, España. 1998. p. 128.

⁴ *Ibid.* p. 129.

1.2 Discusión en torno a la existencia del Delito Ecológico.

La discusión, tal como se planteó en 1979 en el Congreso de Hamburgo, surge entre quienes estiman una necesidad real el recurrir al Derecho penal para la protección del medio ambiente, y aquellos que sustentan posiciones meramente preventivas en torno a la protección ambiental, negando toda posibilidad de contemplar sanciones penales dentro del Derecho ambiental.

La divergencia existente entre estas dos posiciones encuentran fundamentos variados, entre los cuales cuentan no sólo las diferencias de desarrollo entre los diversos países. En general, existen posiciones críticas a la existencia de un Derecho penal ambiental, basados en argumentos de distinto orden, los cuales a su vez son rebatidos por quienes apoyan la existencia de una protección penal para el medio ambiente.

La crítica fundamental a la existencia de un Derecho penal ambiental radica en la dificultad de aplicar los principios generales del Derecho penal al ámbito del Derecho ambiental, y esto tanto en relación al carácter de *extrema ratio* del Derecho penal, como en torno a los criterios tradicionales de la culpabilidad.

En el medio estadounidense, quienes se oponen a la criminalización de las ofensas ambientales manifiestan críticas como las siguientes:

1. En primer lugar, al existir un sistema procesal penal diverso al nuestro –cada vez menos-, se discute la discrecionalidad existente en torno a decidir, en un caso concreto, si aplicar la ley civil o la criminal. Se sostiene que en muchos casos ello queda absolutamente al arbitrio de la fiscalía.
2. Por otra parte, se considera que el uso de la ley criminal en este tipo de casos distorsiona sus características más esenciales, ya que se trata de delitos que generarían una cierta

“utilidad social”⁵, que no pueden compararse con el resto de los ilícitos penales. Ello conllevaría a una pérdida de respeto por la ley penal.

3. Finalmente, se critica –y este punto puede hacerse extensivo a las críticas dentro del sistema europeo-continental- la penalización de los ilícitos culposos, el sentido que quien eventualmente actúa negligentemente lo hace dentro de una acción que, en sí misma, es socialmente positiva, como la producción, lo cual hace que el uso del Derecho penal sea inadecuado.⁶

Según Zada LIPMAN, la situación del Derecho penal equivale, con respecto al delito ecológico, a poner vino viejo en botellas nuevas; es decir, la adaptación de los principios tradicionales del Derecho penal, como la culpabilidad, al nuevo tipo penal es extremadamente difícil. La culpabilidad, la negligencia, el desconocimiento del daño, son supuestos que se presentan difusos en el ámbito del delito ambiental, pero tampoco, por ello, autorizan la aplicación de una responsabilidad objetiva.⁷

En el ámbito español, VERCHER NOGUERA aborda cuatro de las **principales críticas a la protección penal del medio ambiente:**

- a) En primer lugar, el **carácter eminentemente preventivo del derecho ambiental**, por lo que un sistema sancionatorio “a posteriori” como el penal, estaría condenado al fracaso, ya que una vez producido el daño ambiental lo único que puede repararlo es tiempo y dinero, no las sanciones que se impongan a los responsables;

⁵ En el sentido que generalmente el delito se producirá en el marco de una empresa o industria que genera trabajo y desarrollo en el país.

⁶ VOLOKH, Alexander y MARZULLA, Roger. Environmental Enforcement: In search of both effectiveness and fairness. Policy Study. N.º 210. Agosto 1996. Publicado en <http://rppi.org/environment/ps210.html> p. 10. © The Reason Foundation.

⁷ LIPMAN, Zada. Old wine in new bottles: difficulties in the application of general principles of criminal law to environmental law. Environmental Crime: Proceedings of a Conference held 1-3 September 1993, Hobart. Australian Institute of Criminology. Publicada en <http://www.aic.gov.au/publications/proceedings/26/index.html#lipman>

- b) En segundo lugar, el **complejo carácter técnico del derecho ambiental**, que difícilmente podría ser comprendido por un juez penal;
- c) En tercer lugar, el **carácter económico del derecho ambiental**, sintetizado en la frase “el que contamina paga”, carácter al cual serían totalmente ajenas las sanciones penales; y
- d) En cuarto lugar, la **dificultad que presenta la determinación de los autores** de las alteraciones en el medio ambiente, en circunstancias que, en general, los diversos factores ambientales y contaminantes se mezclan e incluso refuerzan su acción, haciendo casi imposible determinar la autoría y grados de participación de cada una de las fuentes contaminantes.

El mismo VERCHER NOGUERA rebate tales planteamientos señalando que, primero, una de las mejores herramientas de prevención es, justamente, la amenaza de castigo; segundo, que los jueces penales manejan ya las complejidades de los delitos económicos y que siempre podrán hacerse asesorar por expertos o peritos en lo que sea necesario; tercero, no existe contradicción entre la restauración del medio ambiente dañado y la existencia de sanciones penales cuando se descubre una intención criminal tras el acto dañoso, y finalmente, en cuanto a la dificultad para determinar los autores de la alteración ambiental y su grado de participación, señala que jamás las dificultades técnicas se han esgrimido como argumento para impedir la penalización de un acto.⁸

Se ha criticado la tendencia a penalizar los actos que dañan al medio ambiente, calificándola de una inútil **“huida” hacia el Derecho Penal**. La existencia de un Derecho penal ambiental no sería más que la confirmación de la ineficacia de los medios protectores actualmente existentes, y una simple maniobra política para mostrar a los ciudadanos que el Estado usa todos los medios que tiene a su alcance para proteger el ambiente, y para ocultar que realmente no se tomarán medidas efectivas al respecto.

⁸ VERCHER NOGUERA, Antonio. Comentarios al delito ecológico. Breve estudio de derecho comparado entre España y Estados Unidos. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Madrid, España. 1986. p. 39 a 42.

Por otra parte, se debate en torno a los principios tradicionales del derecho penal, los cuales se verían vulnerados por este nuevo tipo de delito. Se debate fundamentalmente en torno al principio de la **necesidad de la intervención penal**. Sin duda, hoy en día una política sancionadora coherente y acorde con la Constitución en materia medioambiental pasa inevitablemente por una adecuada ponderación y selección de los comportamientos y agresiones que ineludiblemente merecen tratamiento penal frente a aquellos que sean soluble por la vía administrativa, clarificando las fronteras entre uno otro ilícito; a la vez que el sistema administrativo-sancionador debe ampliar sustancialmente su arsenal garantista.⁹

También existe discusión en torno a la **idoneidad de la tutela** penal para estos casos. Se arguye sobre la capacidad del derecho penal tradicional para captar nuevas fuentes de peligro, como las que propone este delito. La insuficiencia del Derecho penal tradicional ha llevado a que una zona difusa sea ocupada por el Derecho administrativo, frente a lo cual “se sostiene que las garantías tradicionales impiden el cuidado del medio ambiente, a la par que son innecesarias, habida cuenta que los infractores a las normas son grandes empresas y personas poderosas, que no se encuentran en un estado de indefensión frente al aparato estatal, y por otra parte, que el Derecho penal, por la llamada unidad del orden jurídico, quedaría ligado al Derecho administrativo.”¹⁰

A continuación analizaremos con mayor detenimiento algunos de los temas fundamentales que plantea la discusión en torno a la existencia del delito ambiental: la cuestión del bien jurídico protegido, de la necesidad de la intervención penal, y de la relación con el Derecho administrativo.

1.2.1 Bien jurídico protegido.

⁹ PRATS CANUT, José Miguel. La Protección Penal del Medio Ambiente. Barcelona. Editorial Bosch. 1986. p. 56.

El concepto *bien jurídico* designa el objeto protegido por el sistema penal. Siguiendo al profesor Juan BUSTOS, los bienes jurídicos pueden ser definidos como “relaciones sociales concretas que surgen como síntesis normativa de los procesos interactivos de discusión y confrontación que tienen lugar dentro de una sociedad democrática”¹¹. Los bienes jurídicos se caracterizan por ser, como relaciones sociales, *dinámicos*, pues están en permanente discusión y revisión.

La determinación de los objetos a ser protegidos penalmente implica una decisión política del Estado. En la determinación del bien jurídico protegido por el delito ambiental se ha debatido, y aún actualmente se discute en doctrina, si se trata de proteger la salud pública, la seguridad pública o si se trata de un bien jurídico autónomo.

La función primordial que tienen los bienes jurídicos es la **interpretación de la norma penal**. El proceso de interpretación de una norma penal debe hacerse desde el bien jurídico protegido por dicha norma¹². Y en este sentido, la valoración de las conductas sin duda variará si se analiza desde el bien jurídico salud pública, seguridad pública o medio ambiente. En efecto, para que exista delito es preciso que haya una lesión al bien jurídico, si no hay afección al bien jurídico que protege la norma –aunque se puedan considerar afectados otros- no habrá delito (*nullum crimen sine iniuria*).

Desde hace un tiempo, la doctrina tiende a uniformarse en torno a considerar el medio ambiente como un bien jurídico autónomo frente a la salud pública y otros que se le relacionan. Ahora bien, dentro de los diversos tipos de bienes jurídicos el medio ambiente se considera como un **bien jurídico macrosocial o colectivo**, es decir un bien jurídico referido a las necesidades de todos y cada uno de los miembros de un colectivo o del grupo social, un bien jurídico referido al

¹⁰ DONNA, Edgardo Alberto. Daño ambiental. Tomo II. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, Argentina. 1999. p. 327.

¹¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL, Hernán. Lecciones de derecho penal. Volumen I. Fundamentos del sistema penal, esquema de la teoría del delito y del sujeto responsable y teoría de la determinación de la pena. España. Trotta. 1997. p. 59.

funcionamiento del sistema. Es decir, la característica básica de este bien jurídico es su vinculación con el adecuado funcionamiento del sistema social.¹³ Esta característica ubica al medio ambiente como un bien jurídico jerárquicamente inferior y que está en función de la protección de la protección del bien jurídico salud individual y vida.¹⁴ Es decir, en general, existe un mediato antropocentrismo.¹⁵

En líneas generales podemos señalar, siguiendo a PRATS, que aunque aún actualmente existe discusión en torno al contenido del bien jurídico medio ambiente, no existen dudas en cuanto a que es merecedor de tutela penal, por dos razones fundamentales:

1. el mandato constitucional que ordena su protección. Esto ocurre en la mayor parte de los países¹⁶, y -en cierto modo- también en la nuestra. Por ejemplo, la Constitución española señala:

¹² *Ibid.* Pág. 61.

¹³ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente. En Pena y Estado. Director Juan Bustos Ramírez. Santiago de Chile. Editorial Conosur. 1995. p. 102 y 103.

¹⁴ En este sentido, se ha planteado que todos los tipos penales que protegen el medio ambiente se encuentran fundamentalmente ligados a la protección de la salud y vida de la persona, ya sea en forma directa, o bien indirecta o teleológicamente, como ocurre con los tipos que protegen ciertos elementos del medio ambiente (vida animal, bosques, etc.) que se protegen en función del desarrollo de la persona.

¹⁵ Sin embargo, nos encontramos con una perspectiva bio o eco-céntrica (en oposición a la perspectiva antropocéntrica), en todas aquellas normativas que protegen las especies en peligro de extinción. En efecto, tales especies no se protegen por ser necesarias para la vida humana, sino por otros valores más abstractos, que tienen que ver con la responsabilidad de entregar a las futuras generaciones la tierra y sus recursos vivos en más o menos las mismas condiciones en que fueron encontradas. En este sentido Mc CAFFREY, Stephen. Crimes Against Environment. Artículo publicado en el libro International Criminal Law. 2ª Edición. Volumen I. Editado por M. Cherif Bassiouni. Transnational Publishers, Inc. Ardsley, New York. Estados Unidos. 1999. p 983 y 984.

¹⁶ Por ejemplo, la Constitución de Argentina de 1994: "Art. 41. Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren a las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radioactivos". La Constitución Política de Brasil: "Art. 225. Todos tienen derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial a la mejor calidad de vida, imponiéndose al poder público y a la colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las presentes y futuras generaciones: I) Para asegurar la efectividad de ese derecho incumbe al poder público: ...

“Todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado”.¹⁷

2. El rol del Estado debe manifestarse en forma activa, y en este sentido señala: “Hoy en día nuestro Estado caracterizado como Estado social y democrático de Derecho tiene que atender a la exigencia de la mayoría y tutelar aquellos intereses que la mayoría siente como propios y que son entendidos como de vital importancia, y entre ellos, sin duda, hay que mencionar el medio ambiente.”¹⁸

1.2.2 Necesidad de la intervención penal.

En el Derecho penal, su carácter de *extrema ratio* y el principio de subsidiariedad que lo rige, lo restringen a ser simplemente, la última alternativa de protección, primando siempre los demás controles, ya sea civiles, administrativos o económicos para la protección de los bienes jurídicos.

¿Es necesario, entonces, recurrir al Derecho penal para proteger al medio ambiente? ¿o basta con las sanciones civiles y administrativas?.

3) Las conductas y las actividades consideradas lesivas al medio ambiente sujetarán a los infractores, personas físicas o jurídicas, a **sanciones penales y administrativas**, independientemente de las obligaciones de reparar los daños causados". Por su parte, la Constitución Política de Colombia: "Art. 79. Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano... Art. 80. El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sustentable, su conservación, restauración o sustitución. Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados".

¹⁷ Constitución Política de España. Artículo 45.

Resulta claro que el Derecho ambiental necesita del recurso a la **sanción**, porque los comportamientos que impone, por no aportar una contrapartida perceptible, no son de los que los ciudadanos observan espontáneamente. Como lo ejemplifica TERRADILLOS, “quien utiliza un combustible poco contaminante pero caro, no gana medallas ni celebridad, sino que se empobrece. Del mismo modo se empobrece la industria o país que realiza importantes inversiones anticontaminación, frente a sus rivales que prefirieron ahorrárselas, ganando con ello capacidad competitiva y cuotas de mercado nacional o internacional.”¹⁹

Ahora bien, el medio ambiente aparece como susceptible de protección **penal** al considerar un conjunto de factores, dentro de los cuales ocupa un primer lugar la actual valorización social de nuestro medio ambiente y imperiosa necesidad de conservación del entorno ambiental, a lo que se unen la insuficiencia, falta de coherencia y de unidad lógico-jurídica de los tipos protectores indirectos del medio ambiente.²⁰ Incluso la consideración aislada de estos factores justifican la introducción de figuras ambientales penales.

La necesidad de protección penal del medio ambiente parece aún más ineludible cuando nuestra norma constitucional consagra de manera explícita el derecho a un ambiente “libre de contaminación”, que abarca sin duda un ambiente en relación con el hombre, tanto en el presente como en el futuro.

Por otra parte, en el ámbito del Derecho penal ambiental el carácter de *extrema ratio* no se pierde, sino que se manifiesta plenamente en el sentido que “la amenaza de una sanción penal

¹⁸ PRATS. *Op.cit.* p. 53.

¹⁹ TERRADILLOS BASOCO, Juan. Derecho Penal de la Empresa. Editorial Trotta. Madrid, España. 1995. p. 199.

²⁰ FIGUEROA, Dante y RETAMAL, Jaime. Notas para la criminalización de algunas ofensas ambientales en Chile. Revista de Derecho de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica del Norte. Sede Coquimbo. Año 5. Editorial Escuela de Derecho Universidad Católica del Norte. Coquimbo, Chile. 1998. p. 111.

sólo tiende a reforzar el cumplimiento de las normas administrativas que imponen deberes y obligan a determinadas omisiones”.²¹

El principio de subsidiariedad del Derecho penal implica huir de tendencias tan penalizadoras que acaben siendo estériles, restringiendo el área del Derecho penal a lo estrictamente necesario; y por otro, diversificar los sistemas de reacción jurídica, ya sean penales, administrativos o civiles, a partir de la creación de un bloque de legalidad sistemático y coherente.²²

1.2.3 Relación con el derecho administrativo.

El derecho penal del medio ambiente mantiene, como hemos visto, una estrecha relación con el derecho administrativo, que actúa como su referencia obligada. Ello es lo que en doctrina se ha denominado “**accesoriedad administrativa**”, basada en la llamada unidad del ordenamiento jurídico.

Así la regulación administrativa se combina con un sistema sancionatorio penal, en orden a reforzar en su aplicación y cumplimiento a la norma administrativa. Con ello, y manteniendo el carácter de *extrema ratio* del derecho penal, sólo se sancionan penalmente aquellas **afecciones más graves al bien jurídico**. A esto se agrega que no puede olvidarse que la protección punitiva puede ofrecerse tanto recurriendo al genuino Derecho penal como por medio del arsenal de infracciones y sanciones administrativas.

La relación entre estos dos campos del Derecho se da en, al menos, tres áreas: La primera, en relación al contenido de las leyes penales en blanco; la segunda, en torno a la actuación de los

²¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal. Parte Especial. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla. Sevilla, España. 1983. Pág. 437. Citado por VERCHER NOGUERA, Antonio. *Op.cit.* p. 43.

²² PRATS. *Op.cit.* p. 55.

organismos de la administración en relación con los delitos ambientales, y la tercera, alrededor de la coexistencia de sanciones penales y administrativas en materia ambiental.

La utilización de la técnica de la ley penal en blanco en el delito contra el medio ambiente tiene, como consecuencia directa, que la Administración dispone de la capacidad de establecer **espacios de riesgo permitido** en materia de derecho penal del medio ambiente, es decir, de configurar determinados peligros como no jurídico-penalmente relevantes, en términos que el juez o tribunal no puede discutir, ya que ellos llevarían ciertas conductas a la atipicidad. En efecto, SILVA SÁNCHEZ define estos espacios de riesgo permitido como aquella figura “en virtud de la cual es posible excluir la tipicidad que, en principio, cabría fundamentara a la vista del grado de probabilidad de producción de la lesión del bien jurídico, en virtud de consideraciones en las que suelen desempeñar un papel importante consideraciones utilitaristas.”

23

Por ello esta accesoriadad es también fuertemente criticada por parte de la doctrina, como es el caso de SCHÜNEMANN, quien sostiene que “naturalmente es verdad que la mayor parte del agotamiento de los recursos procede con permisos de las autoridades administrativas y que, por ello, un Derecho Penal del medio ambiente orientado al principio de accesoriadad administrativa criminaliza de modo predominante hechos de bagatela (...).”²⁴

Se critica, asimismo de este “reenvío normativo” desde la norma penal a la norma administrativa, la dispersión, complejidad y falta de coordinación existente en la normativa administrativa.²⁵ Es necesario, entonces, una **normativa ambiental adecuada**, con normas claras y suficientes que determinen lo legal y lo ilegal en el ámbito de la protección del medio ambiente.

²³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús. Política criminal y técnica legislativa en materia de delitos contra el medio ambiente. En la Revista Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Nro. 4-5. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires, Argentina. 1997. p. 128

²⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. Citado por SILVA SÁNCHEZ, Jesús. *Op.cit.* p. 126.

²⁵ Con ello, queda en entredicho el carácter de certeza que debe tener el tipo penal de acuerdo al principio de legalidad entendido como ley estricta, lo que genera eventuales problemas de constitucionalidad de estas normas.

Pese a ello, la accesoriadad del derecho penal respecto del derecho administrativo en materia de protección del medio ambiente, cuenta con el beneplácito de la mayoría de la doctrina. Ésta subraya que mucho más criticable que dicho sistema de accesoriadad respecto de “*normas administrativas*” resulta la accesoriadad respecto de “*actos administrativos*” que puede advertirse, por ejemplo en el derecho alemán.²⁶

Pero el delito ambiental no sólo depende estrechamente la normas administrativas, sino también del **buen funcionamiento de la Administración ambiental** (estatal, regional o municipal), porque en definitiva es la autoridad administrativa la que, primero, dispondrá de todos los medios para verificar si se ha producido o no una infracción, y luego, una vez dentro de un juicio penal ambiental, el juez y las partes dependen de los organismos técnicos de la Administración, que a través de sus pericias constaten si existe o no infracción de reglamentos.²⁷ Se pueden generar conflictos sobretodo en aquellos organismos administrativos que tienen la función de controlar la protección del medio ambiente en un determinado sector, pero a la vez la función primordial de velar por la producción contaminante. Estos intereses contrapuestos normalmente harán preponderar la función primordial por sobre la ambiental.

El Derecho penal ambiental y el Derecho administrativo también se encuentran, en la coexistencia de sus sanciones, discutiéndose en doctrina la naturaleza de una y otra. No cabe duda que el bien jurídico es el criterio legitimador tanto del ilícito administrativo como del penal, constituyéndose en el terreno o función de tutela común. Tradicionalmente se sostuvo que esta diferencia pasaba por los diversos ámbitos de la vinculación jurídica en que se fundaba cada uno, y así el Derecho Penal encontraba su fundamento en la Justicia, mientras que el Derecho Administrativo sancionador lo encontraba sólo en el concepto de Administración, diferencia que, evidentemente, no puede sostenerse en un Estado de Derecho moderno. Nuevas versiones

²⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús. *Op.cit.* p. 121-151.

distinguen la pena de la sanción administrativa en que la primera expresa un juicio de desvalor ético-social, mientras que la sanción administrativa sólo constituye una exhortación de deberes, sin la seriedad de la pena estatal, pero tampoco estas diferencias simbólicas resultan satisfactorias.²⁸

Por ello actualmente se sostiene que el **límite entre la sanción penal y la administrativa** se encuentra fundamentalmente en la gravedad de la infracción. En España Casabó ha señalado que “no hay diferencia cualitativa alguna, según lo dispuesto en el Código Penal, y mientras una ley especial no establezca especialmente lo contrario, entre delito y contravención administrativa, ni tampoco entre sus diferentes sanciones”²⁹. En el mismo sentido el Tribunal Constitucional español ha establecido que tanto el Poder Judicial como a la Administración sancionan el mismo tipo de ilícitos, siendo la gravedad el límite de sus competencias.

A la gravedad de las infracciones (y de la sanción consecuente) MIR agrega que también se distingue al Derecho penal del administrativo-sancionador el mayor desvalor de los hechos que infringen sus normas³⁰, negando la naturaleza meramente sancionadora del Derecho Penal.

Hoy es doctrina dominante la que admite la potestad administrativa sancionadora, al igual que la potestad de jueces y tribunales, forma parte de un genérico *ius puniendi* del Estado, que es único aunque tenga luego dos formas distintas.³¹

²⁷ RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. El delito ecológico. Seminario sobre instrumentos jurídicos y económicos para la protección del medio ambiente. Ponencias y comunicaciones. Servicio central de publicaciones del Principado de Asturias. España. 1991. p. 78

²⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea. En el libro *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo*. Jornadas en Honor del Prof. Klaus Tiedemann. Boletín Oficial del Estado. Madrid. 1995. p. 583.

²⁹ CASABÓ RUIZ, José Ramón. Comentarios al Código Penal. p. 86. Citado por VERCHER NOGUERA, Antonio. *Op.cit.* p. 46.

³⁰ MIR PUIG, Santiago. Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal en la reforma penal. Artículo publicado en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, N.º 12. 1987. Págs. 243 y siguientes. Citado por GARCÍA RIVAS, Nicolás. *Op.cit.* p. 130.

Por otro lado el Derecho administrativo sancionador cuenta con importantes herramientas para la protección del medio ambiente. Por ejemplo, a diferencia del Derecho penal europeo-continental, en que predomina el principio *societas delinquere non potest*, en el Derecho administrativo de esta misma zona doctrinaria no existen obstáculos para admitir la imposición de sanciones tanto a las personas físicas como a las jurídicas.

Frente a la falta de culpabilidad –entendida como atributo privativo de la persona humana– que presentan las personas jurídicas, en España el Tribunal Supremo ha señalado que “el fundamento de la responsabilidad empresarial se centra más en la transgresión del ordenamiento jurídico que en los subjetivos de dolo o culpa (...)”³². En este sentido existen leyes en España que disponen que “las personas jurídicas serán sancionadas por las infracciones cometidas por sus órganos o agentes y asumirán el coste de las medidas de reparación del orden vulnerado”³³; o que “las personas jurídicas serán responsables solidariamente de los daños medioambientales que causen las distintas personas físicas a su servicio”³⁴; pero esto no quiere decir que estemos frente a un supuesto de responsabilidad objetiva, sino que, según CALVO CHARRO, la responsabilidad “se traslada” a la persona jurídica a la que se considera directamente imputable.³⁵

Del mismo modo, en ciertas normas ambientales españolas que pertenecen al derecho administrativo sancionador, se distingue entre culpables y responsables, imponiendo la sanción a estos últimos, independiente que sean o no culpables. Los responsables quedan sujetos a las consecuencias del incumplimiento del culpable. CALVO CHARRO cita, por ejemplo, la Ley de

³¹ BACIGALUPO SAGESSE, Silvina. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bosch Editores. Barcelona, España. 1998. p. 233 y 235.

³² Sentencia de 29 de diciembre de 1981 (Ar. 2162); así como las sentencias del Tribunal Constitucional de 8 de marzo de 1993 (Ar. 1930) o la de 30 de noviembre de 1993 (Ar. 1230), de 13 de marzo de 1985 (Ar. 1208), 30 de junio de 1987 (Ar. 4418), de 30 de noviembre de 1987 (Ar. 8360), de 4 de abril de 1988 (Ar. 3245). CALVO CHARRO, María. Sanciones Medioambientales. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid, España. 1999. Pág.130.

³³ Art. 94.2 de la Ley de protección y gestión de la fauna silvestre y sus hábitats, N.º2/1993, de 5 de marzo, de Navarra.

³⁴ Art. 17.3 de la Ley Foral de gestión de residuos especiales, N.º 13/1994, de 20 de septiembre, de Navarra.

³⁵ CALVO CHARRO, María. Sanciones Medioambientales. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid, España. 1999. p. 131.

Murcia 1/1995, de 8 de marzo, de protección del medio ambiente, la que en su Art. 69 prevé lo que sigue:

“A los efectos de ley, tendrán la consideración de responsables de las infracciones previstas en la misma: a) las personas o entidades que directamente, por cuenta propia o ajena, ejecuten la actividad infractora, o aquellas que ordenen dicha actividad cuando el ejecutor se vea obligado a cumplir dicha orden; b) las personas o entidades titulares o promotoras de la actividad o proyecto que constituya u origine la infracción.”³⁶

En la actualidad, sin embargo, podemos decir que se ha reafirmado la tesis que plantea la necesidad de una protección penal del medio ambiente, como resultado de una visión más realista del Derecho Penal, en el que se incorpora la visión del moderno desarrollo económico, social e industrial; unida a la consideración de factores sociales y políticos junto con los tradicionales criterios puramente judiciales.

1.3 Características Generales del Delito Ecológico.

En un concepto amplio, los delitos económicos son aquellos que “vulneran bienes jurídicos supraindividuales de contenido económico que, si bien no afectan directamente a la regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía, trascienden la dimensión puramente individual, trátase de intereses generales o trátase de intereses de amplios sectores o grupos de personas”.³⁷ A lo anterior se agrega una característica habitual en estos delitos: en la mayor parte de los casos, los delitos económicos se ejecutan a través de una empresa, pasando a configurar lo que se ha llamado criminalidad “de empresa”.³⁸

³⁶ *Ibid.* p. 136.

³⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho Penal Económico. Parte General. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998. Pág. 33.

³⁸ *Ibid.* p. 193-195.

La inclusión del delito ecológico dentro de los injustos penales lo es dentro de la categoría de los **delitos económicos**. Efectivamente, estudios realizados respecto de la delincuencia económica ponen de manifiesto la similitud entre ésta y la delincuencia ecológica, por lo que los aspectos criminógenos pueden ser transplantados de aquella a ésta, con los matices adecuados. Ello se manifiesta en tanto en la clase social que comete el delito –razón por la cual estos delitos son llamados de “cuello blanco”-; la dañosidad del delito, en el sentido que generan perjuicios a toda la sociedad; el móvil de estos delitos es esencialmente económico; las elevadas “cifras negras” que los rodean; en ambos se fundamentan tanto medidas preventivas como sanciones penales; y finalmente, en cuanto a las penas, se caracterizan por la diversidad de sus consecuencias penales.³⁹

En la dogmática jurídico-penal y en la política criminal el interés por el fenómeno de la “criminalidad económica” es relativamente reciente, especialmente en el medio continental europeo, en que los primeros tratados sobre Derecho Penal económico surgen en la década de los setentas.

La preocupación por la delincuencia económica viene, sin embargo, de más atrás, y adquirió su naturaleza particular en la Criminología desde que a finales de los años treinta el sociólogo norteamericano Sutherland acuñó la expresión *white-collar-criminality* para describir la delincuencia característica de los sectores económicos más poderosos, al amparo de su poder y de las relaciones que ello les supone.⁴⁰

Ya en los setentas Klaus TIEDEMANN señalaba con gran precisión que “la criminalidad económica es un problema político. Esta frase no está pensada para alegría de los progresistas ni

³⁹ GONZÁLEZ-RIPOLL GARZÓN, José. Sociología del delito ambiental. Ediciones Universidad de Córdoba. Córdoba, España. 1992. p. 55.

⁴⁰ SUTHERLAND, *White-collar-criminality*, en American Sociological Review, Núm. 5, 1940. Citado por MUÑOZ CONDE, Francisco, en Delincuencia económica: Estado de la cuestión y propuestas de reforma. Artículo publicado en: Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann. Estudios Jurídicos. Serie Derecho Público. Boletín Oficial del Estado. Madrid. 1995. p. 266.

irritación de los conservadores.”⁴¹ En efecto, los tipos penales del Derecho Penal económico dependen, en gran medida, de la configuración del “sistema económico” (por ejemplo, delitos contra la libre competencia, elemento fundamental del actual sistema económico), por lo cual reflejan sus características.⁴²

TIEDEMANN destaca que tanto en el Derecho Penal económico alemán como francés existe una pujante tendencia a equiparar este campo jurídico con el *Derecho de la Empresa*, con lo que el Derecho Penal económico puede comprenderse en gran medida como *Derecho Penal de la Empresa* (que se condice con la expresión inglesa *corporate crime*) que, consecuentemente, conduce a la exigencia de castigar no sólo a las personas naturales, sino a la empresa misma, incluso, en última instancia, con independencia de su forma jurídicas; esto es, bien como persona jurídica o bien como cualquier otra unión de personas.⁴³

En el ámbito jurídico angloamericano, como es sabido, y también en los Países Bajos, en Dinamarca, Noruega, Francia y en Portugal, al aceptarse esta consecuencia, se ha previsto una verdadera punibilidad criminal para la empresa; mientras, la mayoría de los estados europeos, siguiendo la alternativa concedida por la Recomendación del Consejo de Europa R (88) 18⁴⁴, admiten, al menos, la posibilidad de que las empresas respondan con una sanción pecuniaria por los **delitos** o infracciones administrativas de sus órganos y otros colaboradores. En todas partes, - señala TIEDEMANN- incluso en países tan ligados a la tradición como Suiza, la discusión acerca de la responsabilidad penal (sancionadora) de las empresas se ha retomado de nuevo; además, la importancia de la empresa en la vida económica actual induce, claramente, hacia el reconocimiento de esta responsabilidad.⁴⁵

⁴¹ TIEDEMANN, Klaus. Presente y futuro del Derecho Penal Económico. Artículo publicado en: Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann. Estudios Jurídicos. Serie Derecho Público. Boletín Oficial del Estado. Madrid. 1995. p. 31.

⁴² *Ibid.* p. 34.

⁴³ *Ibid.* p. 34 y 35.

⁴⁴ Recomendación del Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa, de fecha 20 de Octubre de 1988.

⁴⁵ TIEDEMANN, Klaus. *Op.cit.* p.35

En la actualidad, la sanción típica que se impone a la empresa consiste en sanciones pecuniarias, frecuentemente elevadas, impuestas por autoridades y comisiones administrativas de nueva estructura, reflejo, en parte, de modelos provenientes de Estados Unidos (como las oficinas *Anti-Trust* en Alemania y Francia, o como la ya tan conocida para los chilenos Comisión *Anti-dumping* norteamericana), que resuelven de modo parecido a una sala judicial y que de facto son independientes de cualquier institución. La configuración de un Derecho Penal administrativo constituye un problema central ubicado entre los límites entre la política criminal y política económica.⁴⁶

En cuanto a las características de los tipos penales ambientales, se trata de **delitos de peligro**, pues se refiere a acciones que amenazan a un bien jurídico de interés de toda la humanidad y, por tanto, tan importante que no resulta necesario causar un daño efectivo para castigar al sujeto activo, sino que este tipo se satisface sólo con la puesta en peligro del bien jurídico tutelado.⁴⁷ Se considera que con esto el legislador penal adelanta las barreras de protección del mismo, sancionando no las conductas de resultado lesivo, sino las meramente peligrosas. Sin embargo, ello eventualmente no es efectivo, en la medida que el peligro no se predique del bien jurídico medio-ambiente, sino de otros bienes ajenos a una concepción estricta del ambiente, a través de una definición antropocéntrica del ambiente.

Se considera asimismo importante consagrar el delito ecológico como una hipótesis **dolosa o culposa**. Se considera importante sancionar las conductas culposas en los grados de imprudencia o negligencia, impericia, inobservancia de reglamentos u otras normas relativas al medio ambiente, pero con una penalidad inferior, lógicamente a las que conllevan las acciones

⁴⁶ *Ibid.* p.36.

⁴⁷ SHARP VARGAS, Peter. La necesidad de un derecho penal ecológico. Publicado en la Revista de Derecho, Universidad de Concepción. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. N.º 194 Año LXI. Julio-Diciembre 1993. Ediciones Universidad de Concepción. 1993. p. 88.

intencionales o dolosas.⁴⁸ Según SILVA, “no hay discusión en el presente que deben penalizarse las conductas culposas, pues el actor debió haber previsto las consecuencias dañosas, previsibles y posibles de su acción, tendientes a contaminar o deteriorar el medio ambiente, o producir cualquiera lesión a éste.”⁴⁹

Esto es particularmente cierto en las grandes industrias, en las cuales las medidas de seguridad deben ser tales que la posibilidad de “accidentes” sean casi inexistentes. Y en el caso que ocurran, sus efectos sean inmediatamente controlados. Esto es lo que se conoce en el campo de seguridad de la industrias como el criterio “fallar seguro”, es decir, los modelos de seguridad contemplan la posibilidad que existan fallas, pero el modelo también contempla el control de esas eventuales fallas, de modo que no se alteren las condiciones de seguridad en la planta. En estas circunstancias, resulta que los “accidentes” realmente ocurren siempre por algún grado de negligencia, ya que en industrias que manejan, por ejemplo, sustancias peligrosas, los accidentes deben estar previstos y controlados.

Se debe plantear como un delito de **acción penal pública**, que pueda ser planteada por cualquier persona (o el Ministerio Público). Algunos autores proclaman la existencia de una acción popular en estos casos, y otros hablan de una especie de acción grupal, que corresponde interponer a organismos, instituciones o personas jurídicas que resguarden el medio ambiente.

Aunque es un recurso jurídico tradicionalmente criticado, se considera que el uso de las llamadas **leyes penales en blanco** en el ámbito del medio ambiente es inevitable, dada la especificidad y complejidad de las conductas que se sancionan. Es decir, es la norma

⁴⁸ La Ley Penal del Ambiente de Venezuela, por ejemplo, manifiesta que se rebajará la pena “de una tercera parte a la mitad de la normalmente aplicable en los delitos dolosos”. Agregando que “para la aplicación de tal pena el juez apreciará el grado de culpa del agente”.

⁴⁹ SILVA SILVA, Hernán. Delito Ecológico. Artículo publicado en la Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción. Vol. 4, N.º 4. Editora Aníbal Pinto. Concepción, Chile. 1995. p. 108.

administrativa (de inferior jerarquía) la que fija los límites precisos –y naturalmente variables- del riesgo permitido.⁵⁰

Inicialmente, se duda de la constitucionalidad de la utilización de este régimen legal en materia de Derecho Penal, por entender que era contraria a los principios de realidad, tipicidad y taxatividad que rigen este ámbito del Derecho. Por ejemplo, en España, “tras la publicación del artículo 347 bis del Código Penal algunos sectores doctrinales criticaron al legislador por encuadrar el delito ecológico dentro de la categoría de las leyes penales en blanco, lo que hacía que la infracción administrativa se convirtiera en un elemento normativo del tipo.”⁵¹

Las dudas sobre la constitucionalidad de dicho precepto fueron solventadas por la Sentencia del Tribunal Constitucional español N.º 127/90, de 5 de julio, que analizando precisamente el artículo 347 bis, admite la constitucionalidad de las leyes penales en blanco siempre que se respeten una serie de requisitos:

1. Reenvío normativo expreso en relación del bien jurídico protegido por la norma penal. Tal exigencia en el actual artículo 325 –del nuevo Código Penal español-, ya que la remisión no se efectúa de manera genérica al Derecho Administrativo, sino que se remite a la legislación administrativa exclusivamente protectora del medio ambiente. Además, el medio ambiente como bien jurídico protegido requiere tal técnica de reenvío por su propia naturaleza.

2. Que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición. Este requisito también se cumple, ya que la conducta típica no sólo debe ser contraria a disposiciones normativas protectoras del medio ambiente, sino que además debe producirse a través de las conductas típicas que el artículo 325 recoge y ya hemos examinado.

⁵⁰ FIGUEROA, Dante y RETAMAL, Jaime. *Op.cit.* p. 121.

⁵¹ SOLA IBARRA, Ana María y COTELO LÓPEZ, María del Carmen. Consideraciones en torno a los delitos relativos a la protección del medio ambiente en el nuevo Código Penal. Publicado en la Revista de Derecho Ambiental: publicación técnico-jurídica del medio ambiente. N.º 17. Asociación de Derecho Ambiental Español. Madrid, España. 1996. p. 33

3. Que se satisfaga la exigencia de certeza, es decir, que se dé la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el cumplimiento indispensable de la norma, a la que la ley penal se remite, salvaguardando de este modo el principio de seguridad jurídica.⁵²

En definitiva, visto el contenido de la Sentencia del Tribunal Constitucional español, es admisible la utilización de **leyes penales en blanco**, y es más, tal técnica es imprescindible en el ámbito de la protección del medio ambiente, de manera que en ningún caso puede ser sancionada como delictiva una conducta que sea lícita en el ámbito administrativo, teniendo en cuenta que en materia de medio ambiente corresponde a la Administración establecer el primer nivel de protección de carácter preventivo, y la necesidad de conciliar la protección ambiental y el desarrollo económico.

En este sentido, este elemento normativo constituido por las normas administrativas actúa como una garantía, al asegurar que mientras se actúa dentro del ámbito autorizado administrativamente no hay riesgo de infracción penal.

El caso español es ejemplificador de la situación actual, en que la utilización de la ley penal en blanco en los delitos ambientales se encuentra generalmente aceptada dentro de la doctrina nacional e internacional.

Además de las consecuencias materiales (político-criminales) de la técnica de la ley penal en blanco, ésta consagra una “**accesoriedad del derecho penal respecto del derecho administrativo**”⁵³, que por su importancia será tratada por separado en los puntos 1.2.3 y 1.3.

⁵² *Ibid.*

1.4 Delito ecológico en otras legislaciones.

▪ En Europa.

Alemania:

En el año 1980 se introdujo en el Código Penal alemán un título específico referido a los "delitos contra el ambiente", al tiempo que modificaba otros preceptos del Código en orden a hacer frente a la llamada "delincuencia ecológica", utilizando un sistema de protección individualizada de los elementos ambientales (aire, agua, suelo), algunos factores contaminantes y actividades peligrosas.

El modelo alemán se caracteriza porque, en lo formal, el delito ecológico se encuentra dentro del Código Penal⁵⁴, y en lo sustancial, porque el concepto de delito ecológico utilizado responde a criterios y principios penales, es decir, independientes de criterios administrativos.

Las penas son, en los supuestos básicos, alternativas de multa y prisión, pudiendo ésta llegar hasta cinco años, e incluso hasta diez en casos especialmente graves en los que concurra lesión o puesta en peligro de la vida o integridad física de las personas. "Las sanciones de prisión son mayores cuando los hechos han sido cometidos en forma intencional, y menores cuando lo han sido con imprudencia o negligencia. Se castigan las conductas que ponen en peligro el medio ambiente y también las concretas o materiales que lo dañan."⁵⁵

⁵³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús. *Op.cit.* pp. 121 a 151.

⁵⁴ En coherencia con la idea rectora de la actual política criminal alemana de integrar toda la criminalidad importante en el Código Penal.

⁵⁵ SILVA SILVA, Hernán. *Op.cit.* p. 102.

La mayor parte de las hipótesis delictivas son de **peligro abstracto**, pues se ha aceptado que de otro modo sería imposible la prueba del nexo causal entre el comportamiento contaminante singular y el resultado dañoso o peligroso en concreto.⁵⁶

Se trata de una regulación muy completa, en que sólo se considera ausente una disposición específica sobre la responsabilidad penal de los funcionarios de la administración, así como medios adecuados para hacer efectiva la aplicación de la ley.

Francia:

Frente al sistema alemán de incriminación por el Código Penal, Francia opta por la tipificación a través de leyes especiales, que junto con las normas de carácter administrativo y procesal, insertan las disposiciones penales pertinentes, lo que determina la existencia de diversos cuerpos legales, respecto de cada elemento ambiental o agente contaminante. Cabe destacar la utilización de sanciones no tradicionales, como la confiscación de los productos peligrosos, el cierre de los establecimientos, la prohibición de emplear ciertos equipos, la publicación de la sentencia condenatoria, o la reposición y restauración de los bienes dañados.⁵⁷

Italia.

El sistema italiano también utiliza en este sentido una tutela sectorial, mediante la inserción de normas penales en las normas reguladoras de los diversos elementos ambientales y factores contaminantes.⁵⁸ La legislación italiana también cuenta con sanciones innovadoras como la imposibilidad de contratar con la administración pública durante determinados periodos o

⁵⁶ TERRADILLOS BASOCO. *Op.cit.* p. 201.

⁵⁷ FLÓREZ DE QUIÑONES, Carolina. Delitos ambientales: No valen la pena. Artículo incluido en la publicación electrónica Revista Ecosistemas, N.º 18. España. 1996. En el sitio <http://www.ucm.es/info/ecosistemas/delitos.htm>

⁵⁸ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José L. Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente. En Revista Documentación Jurídica, N.º 37/40. Volumen 2. España. Gabinete de Documentación y Publicaciones del Ministerio de Justicia. 1983. p. 207 y ss.

condicionar la concesión de la suspensión de condena a la realización de actuaciones correctoras.⁵⁹

España.

El delito ecológico se introdujo en la legislación española gracias a la reforma de 1983, que agregó un nuevo artículo al Código Penal, el 347 bis. La primera sentencia condenatoria basada en el 347 bis se dictó cinco años más tarde.⁶⁰ El nuevo Código Penal español en su Capítulo III, establece los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (artículos 325-330), en el Capítulo IV, los delitos relativos a la protección de la flora y fauna, y en el Capítulo V, disposiciones comunes, establece las penas para el delito ecológico, modificando el anterior artículo 347 bis.

Su artículo 325 establece la pena de prisión de seis meses a cuatro años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para el ejercicio de una profesión u oficio por tiempo de uno o tres años para quien, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice, directa o indirectamente, alguna acción contaminante prohibida. Si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas, la pena de prisión se impondrá en su mitad mayor.⁶¹

Cabe señalar al respecto que esta disposición legal deja claro que se trata de un delito de peligro, es decir, no es necesario el daño para castigar al sujeto activo, sino que este tipo se satisface sólo con la puesta en peligro del bien jurídico tutelado. Además, permite inferir que el bien jurídico protegido es todo el entorno natural, el cual abarca la salud de las personas, de modo tal que justifica su consideración como agravante de la pena cuando ha sido vulnerada por la acción sancionada.

⁵⁹ FLÓREZ DE QUIÑONES. *Op.cit.*

⁶⁰ El 20 de febrero de 1988, por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona. La pena fue de un mes y un día de arresto mayor y multa de 30.000 pesetas.

Otras agravantes, que merecen la pena superior en grado, son la industria o actividad clandestina (sin la necesaria autorización administrativa), la falsificación de la información ambiental respectiva, la obstaculización de la actividad inspectora de la administración estatal, el haber causado riesgo de deterioro irreversible o catastrófico, o la extracción ilegal de aguas en período de restricciones (art. 326).

En el caso de los hechos definidos en los artículos 325 y 326, el Juez podrá clausurar la empresa, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años. También, el Tribunal podrá disponer la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario y sin que exceda de un plazo máximo de cinco años.

Se establece una pena menor, de multa de dieciocho a veinticuatro meses y arresto de dieciocho a veinticuatro fines de semana, para quienes establezcan depósitos o vertederos de desechos tóxicos y que "puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas" (art. 328).

El artículo 329 establece explícitamente la responsabilidad penal de los funcionarios de la administración pública en materia de la protección del medio ambiente:

"1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas, hubiere informado favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes a que se refieren los artículos anteriores, o que con motivo de sus inspecciones hubiere silenciado la infracción de Leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen será castigado con la pena establecida en el artículo 4046 de este Código y, además, con la de prisión de seis meses a tres años o la de multa de ocho a veinticuatro meses.

⁶¹ CONNELLY, Thomas. El delito ecológico en el Derecho Comparado. Serie Estudios, Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago. Año VII, N.º 53, Mayo 1997. Ediciones Biblioteca del Congreso Nacional. Santiago de Chile. 1997. p. 13.

2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado hubiese resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia".

Cabe señalar que los siguientes artículos permiten mitigar las penas establecidas:

"Los hechos previstos en este capítulo serán sancionados, en su caso, con la pena inferior en grado, en sus respectivos supuestos, cuando se hayan cometido por imprudencia grave" (art. 331).

"Si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este Título hubiera procedido voluntariamente a reparar el daño causado, los Jueces y Tribunales le impondrán la pena inferior en grado a las respectivamente previstas" (art. 340).⁷

Los artículos 332 a 337 fijan las penas de prisión y multa para los delitos que ponen en peligro los equilibrios naturales establecidos entre la flora y fauna, por ejemplo, por la vía de traficar en las especies de flora amenazadas, introducir especies de flora no autóctonas, o de cazar o pescar en contravención de las normas establecidas. Estas penas incluyen, entre otros elementos, la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar por un período de tres a ocho años (art. 337).

Ya en 1990, en la Circular N° 1/1990, de 26 de septiembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre delitos contra la salud pública y el medio ambiente, se había aclarado el criterio que debe emplearse para distinguir entre los casos que ameritarían solamente una sanción administrativa⁸ de aquellos para los cuales debería aplicar la sanción penal:

"Cuál es el criterio para decidir si es de aplicar una sanción penal, lo que legitima la intervención del Ministerio Fiscal, o una sanción administrativa? La gravedad se erige en el elemento diferenciado entre sanciones administrativas y penales.... La determinación de la gravedad corresponderá al órgano que inicie o siga la investigación. Si es la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal, una vez comprobado que el hecho no reviste la suficiente gravedad para ser considerado delito, las actuaciones deberán remitirse a la autoridad administrativa. Idéntica obligación incumbe a la autoridad administrativa..."

"De producirse una investigación paralela entre la Administración por una parte y por otra el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción, la Administración remitirá o el Poder Judicial reclamará a su favor las actuaciones administrativas, en virtud del principio de superioridad jurisdiccional que recoge el artículo 117 de la Constitución... La sanción de la autoridad judicial excluirá la imposición de multa administrativa...

"Lo condicionante es siempre la gravedad. Sin embargo, los factores que conducen a la gravedad y a la estimación como delictiva de la conducta, son indeterminados de difícil concreción, dados los diversos supuestos que pueden ser abarcados por (el Código Penal) y la naturaleza de delitos no de resultado sino de peligro para los delitos ecológicos en general. Aún así, el Ministerio Fiscal deberá ponderar, entre otros, el grado de contaminación producida por las emisiones o vertidos; el alto valor contaminante del producto; la mayor o menor dificultad en el posterior restablecimiento del equilibrio ecológico destruido; e incluso la actitud contumaz del infractor ante los requerimientos de las autoridades administrativas".

▪ **En América del Norte.**

Canadá.

En la Ley de Protección Ambiental (1988), el término medio ambiente se refiere a los componentes de la Tierra, incluyendo el aire, tierra y agua; las capas de la atmósfera; todo organismo orgánico e inorgánico; y los sistemas naturales que contengan dichos elementos.

El artículo 115 establece que toda persona que, en contravención de esta ley, cause intencionalmente o sin la debida precaución un desastre que resulte en la pérdida del uso del medio ambiente, o demuestre manifiesta despreocupación por la vida o seguridad de otras personas, comete delito y será castigada con prisión de hasta cinco años o multa, o ambas sanciones.

La importancia asignada a la fiscalización estatal de las actividades que puedan afectar al medio ambiente, se refleja en las penas establecidas al respecto. Los artículos 111 y 112 estipulan que quien no coopere con el inspector de manera razonable o le niegue la información relevante y quien no cumpla con las obligaciones establecidas por esta ley, será castigado con prisión de

hasta seis meses o multa de hasta 200.000 dólares, o ambas sanciones. Por otra parte, el artículo 114 estipula que quien provea información falsa en el cumplimiento de las obligaciones establecidas en esta ley será castigado, vía fallo sumario, con hasta seis meses de prisión o multa de hasta 300.000 dólares, o ambas sanciones; en caso de fallo condenatorio, el castigo podrá ser de hasta cinco años de prisión y una multa de hasta un millón de dólares, o ambas sanciones. No será castigado el inculpaado que demuestre que la infracción ocurrió sin su conocimiento y que había tomado las medidas debidas para evitarla (art. 125).

Otras infracciones de las normas establecidas por esta ley serán castigadas con prisión de hasta seis meses o una multa de hasta 200.000 dólares, o ambas sanciones, salvo que el inculpaado demuestre que haya tomado las diligencias debidas para evitar la infracción.

Es interesante notar que el artículo 118 estipula que, en caso que se cometa una infracción de esta ley o se continúe su infracción por más de un día, el infractor se expone a estar condenado por un delito particular por cada día durante el cual la infracción ocurra o continúe.

Por otra parte, el artículo 122 establece que, en caso que una corporación cometa la infracción, se podrá castigar a los directores o agentes de la misma que hayan ordenado, autorizado, consentido o participado en la infracción, aunque no se haya iniciado un proceso en contra de la corporación, como tal. En caso de una infracción cometida por una corporación, es prueba suficiente establecer que el hecho fue cometido por un empleado o agente de la misma, aunque éste no sea identificado o procesado por el hecho.

En caso que el Tribunal estime que el inculpaado haya recibido algún beneficio monetario a causa de la infracción, podrá ordenar el pago de una multa adicional igual al monto estimado por el Tribunal de dicho beneficio. Otras penas complementarias incluyen, entre otras medidas: la prohibición de realizar cualquier actividad que pueda resultar en la repetición de la infracción; el orden a remediar los daños ocasionados por el acto u omisión prohibida; la orden de publicar los hechos relacionados con la condena y notificar a las personas afectadas; el pago de los costos de

la acción reparadora emprendida por el Estado; el servicio comunitario; el pago de un monto adicional para financiar la investigación científica sobre el uso y desecho de la substancia relacionada con la infracción (art. 130). El incumplimiento con estas medidas estará castigado con prisión o multa, o ambas sanciones (art. 133).

Estados Unidos.

En los Estados Unidos el derecho ambiental y el derecho penal se ponen en contacto por primera vez en 1970, año en el cual, ante la necesidad de encontrar nuevas herramientas para la protección del medio ambiente, se revitaliza una ley ya prácticamente olvidada -la Refuse Act-, que contenía una disposición penal.⁶²

En lo formal, en Estados Unidos no existe una ley específica que sistematice las diversas normas aplicables en materia ambiental. La legislación federal incorpora preceptos penales a través de preceptos legales sectoriales, así como mediante la aplicación extensiva de normas penales que inicialmente fueron concebidas para otros fines. En lo sustancial, este sistema se caracteriza porque la definición de los comportamientos prohibidos se encomienda a preceptos de naturaleza administrativa, limitándose el Derecho penal (especial) mediante normas en blanco, a determinar las penas.⁶³

La distinción entre las acciones sujetas a sanción administrativa y las sancionadas penalmente no está en la gravedad del peligro, sino en la “intencionalidad” de la conducta.

Las sanciones que imponen las diversas leyes van desde penas de multa hasta 10 años de prisión, en ciertos casos.⁶⁴

⁶² VERCHER NOGUERA. *Op.cit.* p. 83.

⁶³ TERRADILLOS BASOCO. *Op.cit.* p. 200.

⁶⁴ The Clean Water Act (Ley para la Protección del Agua) de 1972. Establece sanciones desde aplicación de multa por día de violación y/o prisión por hasta un año. En caso de segunda condena, se eleva el monto de la multa y el período máximo de prisión es de dos años. The Refuse Act (Ley de Desechos). Establece una sanción de multa o prisión de hasta un año. The Resource Conservation and Recovery Act (Ley de Conservación y Recuperación de Recursos Naturales). Establece sanciones penales de multa por día de

La Ley para la Prevención y Control de la Contaminación del Aire (Clean Air Act, USC Título 42, Capítulo 85, Sub-Capítulo I, Parte A, Sección 7413), establece sanciones penales para quien dolosamente infringe alguna norma o prohibición de un plan vigente de implementación de control de la contaminación del aire o lo hace después de los 30 días posteriores a la debida notificación de la infracción. Estos planes dicen relación con las regulaciones de la combustión en general, las inspecciones fiscalizadoras, las normas para la construcción, las diversas autorizaciones requeridas para la realización de actividades controladas y el pago de derechos fiscales. La pena asignada para estos delitos es multa o prisión de hasta cinco años, o ambas sanciones. Se castiga la reincidencia con el doble de ambas sanciones.⁶⁵

Por otra parte, quien dolosamente entrega al Estado, según requerida, información falsa o la omite, altera o no la entrega, o falsifica, altera o no instala algún instrumento de monitoreo requerido, será castigado con multa o prisión de hasta dos años, o ambas sanciones. Se castiga la reincidencia con el doble de ambas sanciones.

Quien culposamente libera en la atmósfera algún contaminante peligroso y, simultáneamente pone la integridad física o vida de alguna persona en peligro, será castigado con multa o prisión de hasta un año, o ambas sanciones. Se castiga la reincidencia con el doble de ambas sanciones. Quien haga lo mismo dolosamente será castigado con multa o prisión de hasta 15 años, o ambas sanciones. Si el infractor es una "organización" (entidad legal, no estatal, creada

infracción o prisión de hasta un año. En caso de segunda condena, se eleva la multa y la prisión puede llegar hasta dos años, pudiendo aplicarse ambas a la vez. Existen normas especiales que sancionan aún más gravemente conductas que pongan en peligro la vida humana, ya sea a sabiendas, o por inexcusable descuido o extrema indiferencia por la vida humana, según el caso. En estos supuestos las penas incluyen elevadas multas o hasta cinco años de prisión, o ambos. The Federal Insecticide, Fungicide and Rodenticide Act (Ley Federal Insecticida, Fungicida y contra Roedores), The Toxic Substances Control Act (Ley de Control de Sustancias Tóxicas), The Marine Protection, Research and Sanctuaries Act (Ley de Protección, Investigación y Refugios Marinos) y The Noise Control Act (Ley de Control de Ruidos) establecen sanciones desde aplicación de multa por día de violación o prisión por hasta un año, o ambas. The Outer Continental Shelf Lands Act (Ley de Plataformas Continentales Submarinas Exteriores). Se establecen sanciones consistentes en multas elevadas o prisión de hasta 10 años, o ambas.

⁶⁵ CONNELLY, Thomas. El delito ecológico en el Derecho Comparado. p.19

para cualquier propósito, incluyendo las corporaciones, compañías, asociaciones, sociedades anónimas, fundaciones, instituciones, sociedades, uniones y toda otra forma de asociación entre personas),⁹ será castigado con multa de un millón de dólares por cada infracción. En todos los casos, la reincidencia será castigada con el doble de ambas sanciones.

Por su parte, la Ley para la Prevención y Control de la Contaminación de la Aguas (USC Título 33, Capítulo 26, Sub-Capítulo III, Sección 1319), estipula que quien libera contaminantes en las aguas o no cumple con lo requerido por la presente ley será castigado, por su primera infracción, con multa de no menos de 2.500 dólares y hasta 25.000 dólares por día de infracción, o con prisión de hasta un año, o ambas sanciones. La reincidencia será castigada con multa de hasta 50.000 dólares por día de infracción, o prisión de hasta dos años, o ambas sanciones.

La persona que dolosamente viola alguna estipulación de la presente ley con respecto a los requisitos para las debidas autorizaciones y sus condiciones, o dolosamente libera alguna sustancia que sabía o debía saber que podría causar perjuicio a las personas o daños a la propiedad, o que infringe las limitaciones establecidas sobre afluentes, será castigada con multa de entre 5.000 y 50.000 dólares por día de infracción, o prisión de hasta 3 años, o ambas sanciones. La reincidencia será castigada con multa de hasta 100.000 dólares por día de infracción, o prisión de hasta seis años, o ambas sanciones.

Mas aún, quien dolosamente comete las infracciones señaladas en el párrafo anterior, y sabe en ese momento que pone a otra persona en inminente peligro de muerte o de daño físico grave, será castigado con multa de hasta 250.000 dólares, o prisión de hasta 15 años, o ambas sanciones. En caso que el infractor sea una organización, la multa no superará un millón de dólares. La reincidencia será castigada con el doble de multa y/o prisión.

En la determinación del dolo en estos casos, como para las infracciones de las normas para el control de la calidad del aire, la persona es responsable solamente de su conocimiento de la situación. El conocimiento de la situación de otra persona es relevante solamente para

demostrar el conocimiento del infractor, especialmente como evidencia que éste intentó ignorar la situación en cuestión. Si la persona supuestamente perjudicada entró en la situación de peligro a sabiendas, como un factor aceptable de trabajo o ejercicio de su profesión o tratamiento médico, el inculcado podrá utilizar ese hecho en su defensa.

Por otra parte, quien dolosamente entrega información requerida falsa o la altera, o falsifica, altera o no instala algún instrumento de monitoreo requerido, será castigado con multa de hasta 10.000 dólares o prisión de hasta dos años, o ambas sanciones. Se castiga la reincidencia con multa de hasta 20.000 dólares por día o prisión de hasta 4 años, o ambas sanciones.//

El sistema procesal penal norteamericano, por otra parte, incorpora instituciones cuya aplicación en el ámbito del delito ecológico resulta muy poco conveniente, particularmente en el caso del *Plea Bargaining*,⁶⁶ institución que constituye un elemento esencial de la justicia penal en los Estados Unidos. VERCHER NOGUERA señala que la gran influencia y poder que ejercen las grandes personas jurídicas sobre muchas esferas del gobierno -supuesto que no ocurre con los delincuentes ordinarios- desaconsejan su utilización en el campo del delito ambiental. Efectivamente, estas grandes empresas “ejercen ese poder en los gabinetes ministeriales, influyen políticamente en las decisiones gubernamentales, están capacitadas para bloquear propuestas legislativas y para debilitar el poder de las entidades estatales destinadas a controlarlas.”⁶⁷ El ejercer este poder a través del *Plea Bargaining* les permitiría obtener beneficios tales como evitar que los nombres de los ejecutivos de la empresa se mencionen en juicio, a lo que se agregan las tradicionales críticas a esta institución procesal⁶⁸, razones de suficiente peso como para no adoptar este sistema en otras legislaciones.

⁶⁶ Tradicionalmente se conoce el *Plea Bargaining* como el equivalente en el ámbito penal a los pactos o arreglos anteriores al juicio en los casos civiles. Consiste en el reconocimiento de su culpabilidad por parte del acusado, siempre y cuando la parte acusatoria se comprometa a reducir las penas solicitadas o a recomendar en juicio una pena menos dura el reo.

⁶⁷ Así lo señala el informe del *National Institute of Law Enforcement* relativo al poder de las personas jurídicas (*corporations*), citado por VERCHER NOGUERA. *Op.cit.* p. 107.

⁶⁸ Autores como Mortimer y Sandford Kadish incluso lo consideran una institución de dudosa legalidad –en sentido sustancial, no formal- que se ha expandido, simplemente, para evitar el colapso del sistema penal norteamericano. VERCHER NOGUERA. *Op.cit.* p. 107.

- **En América Latina.**

Venezuela.

En Venezuela existe desde el 13 enero 1992 la Ley Penal del Ambiente, la cual define como delitos las acciones que violan las normas legales para la preservación, defensa y mejoría del medio ambiente y estipula las penas para dichas violaciones.⁵

"En su artículo tercero, incorpora una innovación de capital importancia al establecer la responsabilidad penal de la personas jurídicas, al señalar 'independiente de la responsabilidad de las personas naturales, las personas jurídicas serán sancionadas de conformidad con lo previsto en la presente ley, en los casos en que el hecho punible descrito en ésta haya sido cometido por decisión de sus órganos, en el ámbito de la actividad propia de la entidad y con recursos sociales y siempre que se perpetre en su interés exclusivo o preferente'. "⁶⁹ Además, cuando el acto punible haya sido cometido por los gerentes, administradores o directores de la entidad, en el nombre o interés de la misma, éstos son responsables según su grado de participación, y las penas estipuladas en la presente ley son de aplicación a la entidad (art. 4).

Las penas incluyen la prisión, el arresto, la multa y el trabajo comunitario. Las penas accesorias, aplicadas a discreción del Tribunal, incluyen: 1) el impedimento a la función y empleo públicos por hasta dos años, después de cumplida la pena principal, en casos de delito cometido por los funcionarios públicos; 2) el impedimento a la práctica profesional o artística por hasta un año, después de cumplida la pena principal, en casos de delito cometido por personas que hayan abusado de su industria, profesión o arte, o en violación de alguno de sus deberes inherentes; 3) la publicación del fallo, a costa del inculpado, en un diario de circulación nacional; 4) la obligación de destruir o neutralizar toda sustancia, material, instrumento u objeto, manufacturado, importado o puesto en venta que pueda causar daño al medio ambiente o a la

salud humana; 5) la suspensión de la licencia o autorización con la cual el inculpado actuaba por hasta dos años después de cumplida la pena principal; 6) el impedimento a ocupar puestos gerenciales o de representación de entidades corporativas por hasta tres años después de cumplida la pena principal; 7) el impedimento a entrar en una relación contractual con la Administración Pública corporativas por hasta tres años después de cumplida la pena principal (art. 5).

Por otra parte, esta ley establece la pena accesoria de la requisición de los medios (equipamiento, instrumentos, materiales, objetos) con los cuales se cometió el delito, salvo que sean de la propiedad de un tercero no involucrado en el delito y sus efectos. Dichos medios pueden ser vendidos en satisfacción parcial de la responsabilidad civil del inculpado.

La pena aplicable a las personas jurídicas inculpadas de los delitos definidos en el artículo 3 de esta ley es la multa estipulada para cada delito y, de acuerdo con la gravedad del daño causado, puede incluir la clausura de la entidad por un período de entre tres meses y tres años. En caso de daño gravísimo, el Tribunal puede clausurar el establecimiento definitivamente, prohibiendo su reapertura. El Tribunal también puede imponer alguna o todas de las siguientes penas, de acuerdo a las circunstancias en las cuales se cometió el delito: 1) la publicación del fallo, a costa del inculpado, en un diario de circulación nacional; 2) la obligación de destruir o neutralizar toda sustancia, material, instrumento u objeto, manufacturado, importado o puesto en venta que pueda causar daño al medio ambiente o a la salud humana; 3) la suspensión de la licencia o autorización con la cual el inculpado actuaba por hasta dos años; y 4) el impedimento a entrar en una relación contractual con la Administración Pública por hasta tres años (art. 6).

Además, esta ley establece el carácter de delito de acción penal pública al señalar en su art. 20: "La acción penal derivada de los delitos previstos en esta ley es pública y se ejerce de oficio, por denuncia o por acusación", consagrando así la acción popular.

México.

⁶⁹ SHARP VARGAS. *Op.cit.* p. 89.

El Código Penal, en un Capítulo especial sobre los delitos ambientales, establece penas de prisión, multa y trabajo comunitario para quienes contravengan las normas establecidas para proteger el medio ambiente. No hay referencia explícita a las personas jurídicas, como tampoco al delito de omisión.¹⁰ Sin embargo, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, en su artículo 147, crea responsabilidades para las empresas que realizan actividades catalogadas como de alto riesgo:

"La realización de actividades industriales, comerciales o de servicios altamente riesgosas, se llevarán a cabo con apego a lo dispuesto por esta ley, las disposiciones reglamentarias que de ella emanen y las normas oficiales mexicanas a que se refiere el artículo anterior.

Quienes realicen actividades altamente riesgosas, en los términos del reglamento correspondiente, deberán formular y presentar a la Secretaría un estudio de riesgo ambiental, así como someter a la aprobación de dicha dependencia y de las Secretarías de Gobernación, de Energía, de Comercio y Fomento Industrial, de Salud, y del Trabajo y Previsión Social, los programas para la prevención de accidentes en la realización de tales actividades, que puedan causar graves desequilibrios ecológicos".

De este modo, el incumplimiento con lo establecido por el estudio de riesgo ambiental y las correspondientes aprobaciones daría lugar a la responsabilidad penal de los que realicen la actividad contaminante, a tenor del artículo 414 del Código Penal:

"Se impondrá pena de tres meses a seis años de prisión y de mil a veinte mil días multa, al que sin contar con las autorizaciones respectivas o violando las normas oficiales mexicanas a que se refiere el artículo 147 de la ley general del equilibrio ecológico y la protección al ambiente, realice, autorice u ordene la realización de actividades que conforme a ese mismo ordenamiento se consideren como altamente riesgosas y que ocasionen daños a la salud pública, a los recursos naturales, a la flora, a la fauna, o a los ecosistemas.

En el caso de que las actividades a que se refiere el presente artículo se lleven a cabo en un centro de población, la pena de prisión se incrementará hasta en tres años".

Se observa en esta norma y las siguientes que el bien jurídico protegido es, primero, la salud pública y, junto a ella, los recursos naturales, la flora, la fauna, y los ecosistemas, creando

así un bien jurídico autónomo tutelado por la ley penal. El inciso segundo parece indicar que el mayor riesgo para la salud de las personas es considerado como un elemento agravante del delito.

Los artículos 415 a 42011 establecen la misma pena de seis años de prisión y multa para quienes manejen residuos peligrosos indebidamente, contaminen el aire desde fuentes fijas, generen emisiones de ruido, vibraciones, energía térmica o lumínica de fuentes bajo la jurisdicción federal, contamine las aguas, realice comercio con elementos de flora o fauna que desequilibra los ecosistemas, o realice comercio no autorizado de los recursos forestales y marinos.

El artículo 423 establece la pena complementaria del trabajo en favor de la comunidad:

"Tratándose de los delitos ambientales, los trabajos en favor de la comunidad a que se refiere el artículo 24 de este ordenamiento, consistirán en actividades relacionadas con la protección al ambiente o la restauración de los recursos naturales".

Con respecto a la acción popular, cabe señalar que la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, en su Capítulo VII, Denuncia Popular, artículos 189 a 204, establece que:

"toda persona, grupos sociales, organizaciones no gubernamentales, asociaciones y sociedades podrán denunciar ante la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente o ante otras autoridades todo hecho, acto u omisión que produzca o pueda producir desequilibrio ecológico o daños al ambiente o a los recursos naturales, o contravenga las disposiciones que regulen materias relacionadas con la protección al ambiente y la preservación y restauración del equilibrio ecológico" (art. 189).

A continuación, esta ley estipula que no se admitirán denuncias infundadas o de manifiesta mala fe, a la vez que se podrá guardar el secreto de la identidad del denunciante, por razones de seguridad e interés particular.

Brasil.

En Brasil, la Ley N.º 9.605 del 12 de Febrero de 1998, establece los crímenes ambientales. Es una ley que establece sanciones tanto penales como administrativas. Se establece expresamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas, junto con su tradicional responsabilidad civil y administrativa; sin interesar el beneficio efectivo que la entidad obtenga de la práctica delictiva. La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluye la de las físicas, que pueden ser coautoras o partícipes del mismo hecho.

En términos generales, para la imposición de las penas se atiende tanto a la gravedad del hecho, como a los antecedentes del infractor y su situación económica, en caso de multa.

Se establecen tanto penas restrictivas de derechos⁷⁰, como penas privativas de libertad, pudiendo las primeras sustituir a las segundas en ciertos casos.

Existen originales circunstancias atenuantes, como por ejemplo el bajo grado de instrucción o escolaridad del agente, la comunicación previa por el agente del peligro inminente de degradación ambiental, la colaboración con los agentes encargados de la vigilancia y control ambiental, etc.

El texto legal dedica títulos especiales a los delitos contra la flora, contra la fauna, la polución, los delitos contra el ordenamiento urbano y el patrimonio cultural, incluso delitos contra la Administración ambiental (delitos funcionarios).

⁷⁰ Tales como la prestación de servicios a la comunidad, la interdicción temporal de directores, la suspensión parcial o total de actividades, prestaciones pecuniarias, y la prisión domiciliaria.

CAPÍTULO 2:
RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.

2.1 Introducción al problema del sujeto responsable en los delitos ecológicos.

Siguiendo a LABATUT, podemos decir que “todo delito en cuanto expresión de la actividad humana tiene dos sujetos: el activo, agente o hechor, y el pasivo o víctima (nuestro legislador lo llama ofendido), y un objeto.”⁷¹

El **sujeto pasivo** en los delitos ambientales es, desde luego, la colectividad en su conjunto y, desde un ángulo individual, los sujetos inmediatamente afectados. A juicio de Silvia JAQUENOD DE SZOGON, “el sujeto pasivo del delito ambiental difícilmente es posible delimitarlo, ello como consecuencia de la esencia de carácter múltiple del bien jurídico protegido, y de la potencialidad latente de la pluriofensividad de un bien jurídico polifacético; por ellos suele estimarse al ambiente bien jurídico colectivo o, en otras palabras, interés difuso cuyo sujeto pasivo no es ni la persona ni los poderes públicos sino la colectividad humana en su totalidad o limitada espacialmente.”⁷²

Así, si respecto de los bienes jurídicos colectivos el sujeto pasivo son todas y cada una de las personas al mismo tiempo, no hay duda de que también aquí quedan consideradas en muchos casos las personas jurídicas (por ejemplo, en todos los delitos socioeconómicos). Y en cuanto a otros bienes jurídicos, como los institucionales, no hay duda de que si bien el sujeto pasivo es la sociedad como tal, la persona jurídica puede quedar en un plano de igualdad con la persona natural como ofendida por el delito o como víctima directa de él (así en una falsificación de escritura pública de dominio de inmuebles).⁷³

⁷¹ LABATUT GLENA, Gustavo. Derecho Penal. Tomo I. 9ª Edición actualizada por el Prof. Julio Centeno Vargas. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1990. p. 157.

⁷² JAQUENOD DE SZOGON, Silvia. El derecho ambiental y sus principios rectores. Ed. Ministerio de Obras Públicas y urbanismo (MOPU), Madrid, España. 1989. p. 180. Citado por CASTILLO SÁNCHEZ, Marcelo. Régimen jurídico de protección del medio ambiente. Aspectos generales y penales. Ediciones Bloc. Santiago de Chile. 1994. p. 118.

⁷³ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. En Derecho Penal Hoy: Homenaje al Profesor David Baigún. Compilación de Julio B. J. Maier y Alberto M. Binder. Editores del Puerto. Buenos Aires, Argentina. 1995. p. 19.

En cuanto al **sujeto activo** la doctrina penal tradicional desde la época moderna sostiene que sólo puede ser sujeto activo de delito la persona natural, con lo cual se abandonan las teorías propias del Antiguo Régimen que otorgaban también este carácter a los animales, a los objetos inanimados o a los elementos de la naturaleza. Del mismo modo ocurrió con las personas jurídicas.

Ahora bien, en torno al delito ambiental los principales problemas de autoría que se encuentran son los **delitos funcionarios** y la situación de las **personas jurídicas**.

En efecto, por lo general, como causantes de los casos más graves de contaminación no se encuentran personas naturales, sino **personas jurídicas**, dotadas de enormes recursos, a las cuales, en algunos casos, poco o nada importa la protección ambiental. Desde esta óptica, como ya lo señalamos anteriormente, los delitos contra el medio ambiente se insertan en el campo de la criminalidad económica, ámbito desde donde han surgido posiciones críticas a los criterios tradicionales de responsabilidad penal que excluyen la posibilidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas, fundados en el principio “*societas delinquere non potest*”.⁷⁴ Este punto se analizará con mayor detención en el punto 2.2 de este capítulo.

Los **delitos funcionarios** son aquellos tipos penales especiales en que el sujeto activo ha de ser una autoridad o funcionario público. El problema de los delitos funcionarios es, además de un problema de autoría, otra manifestación de la estrecha relación existente entre el derecho administrativo y el derecho penal en los delitos ambientales, como ya se ha esbozado anteriormente. A ello se agrega el papel trascendente de la administración pública en la prevención del daño ecológico, lo cual revela la importancia de la función de los agentes

⁷⁴ CASTILLO SÁNCHEZ, Marcelo. *Op.cit.* p. 119.

públicos, ya que pueden producirse una serie de ilícitos en torno a su función⁷⁵ (por ejemplo: el funcionario público que, aprovechando su situación de privilegio, participe en la comisión del ilícito; o que conceda autorizaciones para el funcionamiento de instalaciones que realicen vertidos que afecten el medio ambiente; o que, conociendo y representándose el funcionamiento de una instalación dañina, omita realizar las acciones tendientes a evitar la creación del riesgo o daño.)

La pregunta acerca de la razonabilidad de prever este tipo de conductas en tipos penales específicos es una de las más debatidas en la doctrina. Sobre todo, esta temática ha sido planteada alrededor de las legislaciones española y alemana. En Alemania, por ejemplo, la carencia de una previsión legislativa específica para estos casos ha llevado a algunos autores a sostener que estamos ante un caso de “posición de garante”, fundada en la obligación de impedir el evento, que existiría siempre que el funcionario se encuentre investido de una función de tutela respecto del bien ambiental.⁷⁶ En España, el Código Penal de 1995 ha incorporado un tipo especial de delito funcionario en su artículo 329.⁷⁷

Por no constituir el tema de esta memoria, no profundizaremos sobre el tema de los delitos funcionarios, sino en torno al tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, a través de los puntos siguientes.

⁷⁵ RUSCONI, Maximiliano. Algunas cuestiones referidas a la técnica legislativa del delito ecológico. Publicado en *Delitos No Convencionales: ley penal tributaria, delitos contra el medio ambiente, delitos informáticos, delitos aduaneros*. Compilado por Julio B. J. Maier. Argentina. Editores del Puerto. 1994. p. 179.

⁷⁶ MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio. *Derecho Penal y Protección del Medio Ambiente*. Editorial Colex. Madrid. 1992. p. 223 y siguientes.

⁷⁷ “1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas, hubiere informado favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes a que se refieren los artículos anteriores, o que con motivo de sus inspecciones hubieren silenciado la infracción de Leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de seis meses a tres años o la de multa de ocho a veinticuatro meses. 2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado hubiese resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia.”

2.2 Planteamiento

Hace más de un siglo Franz VON LISZT señalaba que “si una persona jurídica puede concluir contratos, puede concluir también contratos fraudulentos o usurarios”⁷⁸, y con estas palabras resumía su tesis acerca de la necesidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas, luego de admitir su capacidad para cometer delitos.⁷⁹ En efecto, señala como recomendable la aceptación de esta doctrina, pues, por una parte, el acto, detrás del cual se encuentra, no uno o varios individuos, sino una corporación, alcanza una significación distinta y más elevada; y por otra parte, es contrario tanto a la justicia como a la política criminal, dejar impune al culpable y cargar exclusivamente la responsabilidad sobre un órgano de voluntad ajena.⁸⁰

La revisión de estos planteamientos en la actualidad, frente al principio tradicional que consagra la incapacidad de las personas jurídicas para cometer delitos, no tiene un afán meramente doctrinario. Basta analizar que, en nuestros días, el 80% de la criminalidad económica es cometida desde o por una empresa, que suele aparecer en la vida social como una persona jurídica.⁸¹

Esta expansión criminológica no sólo se extiende a la criminalidad económica entendida en sentido tradicional, sino también a los ataques al medio ambiente, delitos contra los derechos de los trabajadores, infracciones a derechos del consumidor y el crimen organizado.⁸²

⁷⁸ VON LISZT, Franz. Tratado de Derecho Penal. Traducido de la 20ª Edición Alemana por Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, y adicionado con el Derecho Penal Español por Quintiliano SALDAÑA. Tomo 2. Segunda Edición. Editorial Reus. Madrid, España. 1927. pp. 287 a 288.

⁷⁹ Señala asimismo, “Los delitos de las corporaciones son *posibles jurídicamente*; pues, por una parte, las condiciones de la capacidad de obrar de las corporaciones, en materia penal, no son fundamentalmente distintas de las exigidas por el derecho civil o por el derecho público (éste último argumento no se ha tenido en cuenta ordinariamente).” *Ibid.* p. 287.

⁸⁰ *Ibid.* p. 288.

⁸¹ Datos recogidos por HIRSCH, Hans; en La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas, ADP, 1993, p. 1118; y SERRANO PIEDECASAS-FERNÁNDEZ, José; en Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Themis 35, 1997, p. 129. Ambos citados por CASTILLO ALVA, José Luis. Apuntes sobre la responsabilidad penal de las empresas y las personas jurídicas. Publicado en <http://www.enlsaperu.com/nleg/article/276DOC02.htm>

⁸² CASTILLO ALVA. *Op.cit.*

Todo ello justifica de por sí un nuevo estudio en torno al tema, el cual enfocaremos particularmente al tema que nos ocupa: el delito ambiental.

2.3 Discusión dogmática y político criminal.

En la cuestión relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se superponen con frecuencia tres planos. Primero, el Derecho positivo, en el que se trata de indagar si se imponen o no sanciones a las personas jurídicas. Segundo, el plano dogmático, en donde se discute si las personas jurídicas tienen o no capacidad de acción, de culpabilidad y de pena, y si las sanciones impuestas son penas, medidas de seguridad o sanciones administrativas. Por último, en el plano político criminal, se cuestiona la idoneidad de imponer penas u otras sanciones a las personas jurídicas. Estos tres planos, deben necesariamente estudiarse en forma independiente.⁸³

Es por ello que dividiremos esta parte en función de tres grandes temas o preguntas en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas: en primer lugar, si es realmente necesario (desde un punto de vista fundamentalmente político criminal) imponer sanciones penales a las personas jurídicas; segundo, si es (ahora desde un punto de vista dogmático y de Derecho positivo) constitucionalmente legítimable la imposición de estas sanciones en los países regidos por el modelo de derecho europeo continental; y, finalmente, cómo es posible configurar un sistema de sanciones a las personas jurídicas, desde una perspectiva dogmática y político criminal, considerando también los ejemplos que encontramos en el derecho de diversos países.

⁸³ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Derecho Penal Económico: Desarrollo económico, protección penal y cuestiones político criminales. Artículo publicado en: Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann. Estudios Jurídicos. Serie Derecho Público. Boletín Oficial del Estado. Madrid. 1995. p. 71.

A) Análisis político criminal: ¿Es necesaria la existencia de sanciones penales específicas contra las personas jurídicas, o basta con el Derecho penal individual?

A.1 Características de la imputación penal individual tradicional

Desde la perspectiva del Derecho Penal tradicional, el poder punitivo del Estado surge en Europa en la Edad Media por la prohibición al derecho a autodefensa del individuo, y estaba dirigido contra el “hombre dañino”, es decir, contra los grupos marginales y las subculturas sociales que no querían o no podían insertarse en el sistema estatal de dominio y distribución de bienes. Por ello la criminalidad de la marginalidad y la miseria ha constituido el primero y el más duradero objeto de la institución estatal que se denomina Derecho Penal y ha hipnotizado a toda la ciencia jurídico penal hasta bien estrado el siglo XX, a tal punto que tanto los dogmáticos como los criminólogos creyeron ver en ella la esencia de la conducta desviada y socialmente nociva. Aunque con el paso de los siglos se han transformado sustancialmente las personas, los grupos y las capas sociales dominantes, la imagen oficial del delito y del delincuente ha permanecido sorprendentemente constante y ha seguido caracterizada por una visión extremadamente individualista, tanto en lo que atañe a la persona del autor, como en cuanto a la explicación de la lesión a bienes jurídicos por él causada en virtud de su mala voluntad o, al menos, su negligencia.⁸⁴ En efecto, no sólo el concepto de autor, sino también los conceptos de acción y de culpabilidad del derecho vigente están basados en la idea de la imputación al individuo, y en el centro del criterio aún hoy dominante para la explicación de la conducta desviada se encuentra el déficit de la socialización del autor como “causa” del delito.⁸⁵

Ahora bien, este entendimiento del delito como el desliz de un individuo habitual o actualmente asocial se ha extendido sin más a la criminalidad económica con el establecimiento del Derecho Penal económico en el marco del paradigma del Derecho Penal individual, aunque aquí resulta casi grotescamente inadecuado en muchos casos, si no en su mayoría. Es así,

⁸⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. *Op.cit.* p. 568.

⁸⁵ *Ibid.* Nota N.º 8, p. 568.

claramente, el relación con los **delitos contra el medio ambiente**, como explicaremos a continuación.⁸⁶

Como la mayoría de los perjuicios al medio ambiente se declaran “legales” por la sociedad industrial, orientada por los principios de maximización del beneficio, del consumo, de la producción, etc., sólo restan para el derecho penal fenómenos literalmente marginales, lo que se manifiesta en la estadística de los delitos contra el medio ambiente perseguidos en Alemania, en que constituyen la mayor parte poluciones ambientales de poca monta generadas por particulares, es decir, por personas que actúan fuera de su actividad profesional. En efecto, en este punto radica la base de la crítica realizada por autores alemanes⁸⁷ al Derecho Penal del medio ambiente: se sancionan sólo fenómenos marginales.

Ello se correspondería en la realidad empírica con el paradigma criminológico de la inclinación delictiva como un defecto habitual de la personalidad, congénito o adquirido en el desarrollo del delincuente, como ha quedado en la concepción lombrosiana del delincuente nato de los orígenes de la criminología y que pervive en las concepciones del déficit de socialización del delincuente que dominan la moderna criminología orientada al autor. Sin embargo, todo ello queda en entredicho si, desde la perspectiva del bien jurídico medio ambiente, si consideramos su gran cantidad de enemigos.

En efecto, durante los últimos decenios las sociedades industriales (capitalistas y socialistas) han modificado de modo prácticamente irreparable las condiciones medioambientales derivadas de la evolución natural, poniéndolas en un peligro concreto y amenazando seriamente las condiciones de vida de las generaciones futuras. Para SCHÜNEMANN, este proceso de destrucción del medio ambiente ha sido el producto directo de una moral que, tras la demolición de todos los sistemas religiosos caracterizados por una vinculación a valores suprapositivos, ha

⁸⁶ *Ibid.* p. 568.

⁸⁷ Fundamentalmente los autores de Frankfurt: Herzog, Hümbts-Krusche, Schwind, Steinhilper, Meinberg y Braun; citados por SCHÜNEMANN. *Op.cit.* Nota N.º 11, p. 569.

extendido de un modo plenamente consecuente el hedonismo ya no sólo a los grupos dominantes, sino a la sociedad de masas, restringiendo la fórmula utilitaria de la mayor felicidad para el mayor número a los seres humanos que viven en este preciso momento, y ha subordinado con ello las futuras generaciones así como todos los demás seres vivos a las necesidades suntuarias de la población actual como medida de todas las cosas. El daño producido al medio ambiente natural no ha sido producido por aventureros ni por grupos marginales con pautas individuales de conducta, sino por el sistema económico, como pauta de comportamiento colectivo, y sus agentes han sido las empresas económicas como característicos subsistemas y titulares de acción de la sociedad industrial.⁸⁸

En forma paralela, se ha ido incrementando permanentemente el grado de profesionalización y colectivización de la actividad productiva: la actividad profesional en la moderna sociedad industrial se caracteriza por un grado enorme de organización empresarial y de división del trabajo que aún hoy se incrementa cada vez más y alcanza a nuevos ámbitos. Esto es válido tanto para el sector productivo de la economía como también para el sector terciario de las prestaciones de servicios. Si a ello se agrega la desregulación de la vida privada, en que se sustituyen los contactos interpersonales por un consumo de masas, se puede constatar que, para la conducta humana con relevancia social (jurídico penalmente relevante) los modelos colectivos de explicación de a organización empresarial y de la división del trabajo que en ella se producen han alcanzado una importancia absolutamente central.

Ahora bien, sin duda toda esa evolución social y económica no ha modificado el hecho que, en última instancia es la persona natural la que actúa para la empresa. En efecto, la existencia y eficacia del Derecho como un ordenamiento estructurado lingüísticamente presupone personas individuales que entiendan y sigan sus mandatos, en una relación que SCHÜNEMANN denomina *nexo psicológico de comunicación*. Sin embargo no ha permanecido inalterable el *nexo psicológico de acción*, que este autor define como los mecanismos de estímulo normalmente

⁸⁸ SCHÜNEMANN. *Op.cit.* p. 570.

vigentes en la sociedad y respecto de los cuales se tiene que constatar una sustitución de la conducción endógena por otra exógena.

Es así que las representaciones tradicionales del delincuente aquejado de una falta de socialización, y que por medio de cuya resocialización podría hacerse desaparecer también el delito, resultan absolutamente inadecuadas frente a la conducta de un individuo inserto en una jerarquía empresarial.

Según la concepción de **delito de cuello blanco** (ya desarrollada por Surtherland), no importa ya propiamente la persona individual a quien compete en la empresa la acción socialmente nociva, porque esa persona, por un lado, está plenamente adaptada a la sociedad y, por el otro, es totalmente fungible.⁸⁹ Lo decisivo para el delito no es ya –como en la criminología tradicional- la mala voluntad del individuo (posiblemente derivada de desarrollos patológicos y en todo caso, de un déficit de socialización), sino –como lo ha denominado SCHÜNEMANN en su trabajo sobre *Criminalidad Económica*- la “**actitud criminal colectiva**”, es decir, el espíritu de grupo, establecido en una colectividad de personas y, por tanto, también en una empresa económica, en que los miembros del grupo están dispuestos a desarrollar una determinada conducta lesiva de bienes jurídicos en el marco del espíritu de grupo, pero a la que no se dejarían arrastrar jamás en su esfera privada.⁹⁰ Esto es lo que se ha denominado la *teoría sociológica de los sistemas autopoyéticos*,⁹¹ que en el ámbito de las empresas económicas podría resumirse del siguiente modo: “Para el Derecho sería prácticamente imposible influir la conducta del integrante de una empresa económica en el sentido del cumplimiento de una norma por medio de una normación directa, porque la empresa constituye un sistema que organiza por sí mismo las

⁸⁹ *Ibid.* p. 571.

⁹⁰ Esta realidad psicológica no solo está comprobada históricamente, por ejemplo, en los violentos delitos del nacionalsocialismo, sino también en investigaciones empíricas como el experimento Milgram.

⁹¹ Desarrollada por Niklas Luhmann (*Soziale Systeme*, 1984) y sus discípulos Teubner (*Dilemas of Law in the Welfare State*, 1986) y Willke (*Entzäuberung des Staates*, 1983).

acciones que en ella se realizan, y cuya autonomía no puede quedar desatendida por un "Derecho regulativo", sino que tiene que ser respetada por un "Derecho reflexivo".⁹²

El efecto preventivo general queda, entonces, paralizado frente a la “actitud criminal colectiva”, por lo cual, incluso al ser sancionado un autor individual, su sucesor reiterará el mismo comportamiento, si el medio en que se desempeña sigue generando los mismos estímulos,⁹³; del mismo modo pierde su sentido el efecto preventivo especial, en el caso de un autor ya “adaptado” y sin déficit de socialización.

A lo anterior se agrega otro problema para la imputación jurídico penal: la **falta de coincidencia –de acuerdo a la estructura empresarial- de la actividad ejecutiva, posesión de información y poder de decisión**. La separación existente entre estos tres aspectos en una empresa económica, conduce necesariamente, según SCHÜNEMANN, a una *organizada irresponsabilidad de todos*, al no coincidir todos los aspectos necesarios en una imputación jurídico penal individualizadora, es decir, existe un **fraccionamiento** de la actividad que produce que, en definitiva, a ninguna de las diversas personas que intervienen en ella se le pueda atribuir el hecho ilícito, por no reunir todos los presupuestos de la punibilidad.⁹⁴ En consecuencia, al no encontrar reunidos los elementos de acción, decisión y conocimiento en un mismo individuo, la imputación jurídico penal individualista echará mano de novedosas figuras de imputación tales como el delito de omisión impropia –basado en una posición de garante del superior y la infracción del deber de vigilancia- y la llamada responsabilidad del representante de los órganos subordinados de la empresa.⁹⁵

A.2 Posibilidades de ampliación de la imputación jurídico penal individual

⁹² SCHÜNEMANN. *Op.cit.* p. 572

⁹³ RIGHI, Esteban. Derecho Penal Económico Comparado. Ed. Edersa. Madrid, España. 1991. p. 253.

⁹⁴ *Ibid.* p. 253.

⁹⁵ SCHÜNEMANN. *Op.cit.* p. 573

Atendidas las consideraciones anteriores, y manteniendo la perspectiva del Derecho Penal individual, debemos analizar la posibilidad de incrementar su eficacia preventiva sin llegar a sancionar a las personas jurídicas.

Ello se puede plantear, a través de la introducción de la *strict liability*, esto es, una responsabilidad jurídico penal sin evitabilidad individual y, por lo tanto, sin culpabilidad personal del autor o, al menos, en base a una presunción de culpabilidad rebatible por el acusado y por ello conducente a una inversión de la carga de la prueba.

Sin embargo el campo de aplicación de la *strict liability* –que anteriormente constituía la forma normal de imputación en el Derecho administrativo penal- se ha reducido mucho en los últimos años, incluso en su país de origen, Inglaterra, y ha sido completamente eliminada en muchos otros. Su ámbito de acción se da fundamentalmente en las infracciones de bagatela, y con una legitimación extrapenal, es decir, se trata de un control no jurídico penal sino alternativo. Ahora, esta legitimación extrapenal también limita su eficacia preventiva ya que sólo se imponen por esta vía sanciones módicas o asegurable con módicas primas que representan un mero factor de coste para la empresa. Si por el contrario, las sanciones llegan a ser más graves, como por ejemplo, la privación de libertad del representante de la empresa que no ha tomado parte en el menoscabo del medio ambiente degradado, la sanción degrada al sujeto al punto de convertirlo en un instrumento de prevención general negativa, imposible de legitimar en un Estado de Derecho que garantiza la intangibilidad de la dignidad humana.

En definitiva, el retroceso de la *strict liability* es consecuencia forzosa del reconocimiento de la presunción de inocencia que constituye, en palabras de SCHÜNEMANN, una evolución irreversible en el ámbito del Derecho Penal económico.⁹⁶

⁹⁶ *Ibid.* p. 575

Otra alternativa para incrementar la eficacia preventiva del Derecho Penal individual, entonces, se ha buscado en los **delitos omisivos**, en que se toma como punto de conexión de la imputación jurídico penal el consentimiento hacia la conducta lesiva de bienes jurídicos realizada por órganos subordinados de la empresa. De acuerdo a ello, todo superior en una empresa económica tiene una posición de garante respecto de sus subordinados que corresponde exactamente a su poder de organización, y en virtud de esa posición de garante se le pueden imputar las lesiones de bienes jurídicos causadas por los subordinados en el ejercicio de su actividad para la empresa, como si hubieran sido causadas por su propia conducta.

En los Estados Unidos, es característico el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, que hace recaer la pena directamente sobre las sociedades, y no sobre gerentes o directivos.⁹⁷ Sin embargo, en los casos en que la responsabilidad penal no se hace extensible a la empresa, responden las personas físicas. En este caso, y de acuerdo a la doctrina "*Responsible Corporate Officer*", un alto directivo puede incurrir en responsabilidad penal incluso faltando la intención directa o cuando la ejecución material corresponda a otras personas, ya que si tiene un cierto nivel de autoridad y responsabilidad dentro de la empresa, debe hacer cumplir determinadas previsiones legales.⁹⁸ En esta última doctrina se ha visto por algunos autores una nueva tendencia, esta vez, a sancionar a individuos concretos y no a las personas jurídicas por los delitos ambientales.

Esta posición de garante abarcará la obligación del superior de organizar de tal modo la empresa que no surjan lagunas en la distribución de información y que en toda delegación de trabajo persista una fuerte red de control. Teóricamente, con la ayuda de la posición de garante y los delitos omisivos, se alcanza el establecimiento de un control interno en la empresa, a través de un sistema de información y documentación que, además, eliminaría los tradicionales problemas de prueba en el Derecho Penal económico, de modo tal que las exigencias del Derecho se hacen también internamente vinculantes por el superior de la empresa.

⁹⁷ FLÓREZ DE QUIÑONES. *Op.cit.*

Esta alternativa fue propuesta expresamente en Canadá por la *Pest Control Products Act R.S.C.* y otras leyes. En estos casos la prueba de que se ha empleado la debida diligencia exime de pena a la sociedad. Con todo, no siempre se han admitido los descargos fundados en la prueba de que el control ejercido fue el requerido y hay autores para quienes sólo puede tomarse en consideración esta circunstancia para imponer la pena (sentencia) y otros para los cuales no debe ser tenida en consideración.

Ahora bien, para el establecimiento de esta conducta sería necesario el apoyo del legislador, concretamente en lo referente al nexo de imputación entre la omisión y la lesión del bien jurídico, ya que de acuerdo a la doctrina alemana mayoritaria, esto constituye una ampliación de los principios de imputación, que sólo puede ser realizada por el legislador.⁹⁹

A.3 La actitud criminal colectiva

Luego de analizados los puntos anteriores, ¿podemos decir que son necesarias medidas jurídico penales específicas contra las entidades colectivas, desde un punto de vista político criminal?. De acuerdo a SCHÜNEMANN es necesario. Ello es así porque incluso en el caso del refuerzo de los presupuestos de la imputación del Derecho Penal individual, ya sea a través de la *strict liability* o de los tipos omisivos, **persiste el problema de la “actitud criminal colectiva”**, es decir, los factores prácticos de carácter psicológico que favorecen la delincuencia en el ámbito de la criminalidad económica.

Al existir esta actitud dentro de la empresa económica, la única vía para obtener el cumplimiento de las normas es que la observancia de éstas sea provechosa para el sistema mismo, de acuerdo a sus propios cálculos de costos y beneficios. De este modo, la prevención general resulta perfectamente aplicable al área empresarial, ya que describe de un modo

⁹⁸ VERCHER NOGUERA. *Op.cit.* p. 95 a 96.

⁹⁹ SCHÜNEMANN. *Op.cit.* p. 576 a 578.

absolutamente adecuado la conducción de los comportamientos en una empresa orientada al paradigma económico.¹⁰⁰

Al considerar el hecho que dentro de la empresa orientada al éxito y al beneficio, no existe lugar para valores supraindividuales o actitudes altruistas –como lo sería el interés por las personas afectadas por la contaminación que genera-, sólo se puede alcanzar una eficacia del Derecho Penal equivalente a la que se da en el Derecho Penal individual si, del mismo modo que se entrecruzan en la empresa mecanismos de acción individual y colectiva, se logra también una combinación de sanciones individuales y colectivas. Ello ha sido acogido por la ya mencionada Recomendación número R (88) 18 del Consejo de Europa que propuso “la aplicación de responsabilidad y de sanciones penales a las empresas cuando la naturaleza de la infracción, la gravedad de la culpabilidad de la empresa y la necesidad de prevenir otras infracciones así lo exijan”. Esto demuestra la existencia en Europa de un consenso en relación a la necesidad de exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas.¹⁰¹ En otras palabras, se completa el Derecho Penal individual con un Derecho sancionatorio dirigido contra la empresa en cuanto tal.¹⁰²

B) Análisis dogmático: ¿Es posible legitimar constitucionalmente las sanciones penales a las personas jurídicas?

B.1 Orientaciones constitucionales en los diversos países.

Debe ser señalado, primeramente, que esta discusión dogmática en torno a la responsabilidad o irresponsabilidad penal de las personas jurídicas sólo se reduce al ámbito del

¹⁰⁰ *Ibid.* p. 580

¹⁰¹ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. Una vez más sobre el tema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas (doce años después). Artículo publicado en: *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo*. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann. Estudios Jurídicos. Serie Derecho Público. Boletín Oficial del Estado. Madrid. 1995. p. 726

¹⁰² SCHÜNEMANN. *Op.cit.* p. 581

derecho penal de origen continental-europeo, ya que en el derecho anglosajón se les reconoce plena capacidad penal a las personas jurídicas o *corporations*, al menos, desde principios del siglo pasado.

Para dilucidar esta y otras cuestiones, debemos recordar primeramente que en torno a la capacidad penal de las personas jurídicas se desarrollan fundamentalmente dos líneas teóricas, basadas en la discusión acerca de la naturaleza de esos entes: la **Teoría de la Ficción** y la **Teoría de la Realidad**.

a. Teoría de la Ficción: Principio *societas delinquere non potest*.

Esta es la doctrina dominante en Europa continental y América Latina,¹⁰³ es decir, cubre totalmente al derecho penal de origen continental-europeo, aunque con diversa intensidad en cada país. En efecto, en países latinoamericanos como Ecuador, Uruguay, Nicaragua y Chile, este principio es acogido en forma irrestricta por la legislación. Sin embargo, en países tales como Paraguay, Perú y España existe una leve extensión de las sanciones hacia las personas jurídicas, al encontrarse establecida la regla del “actuar en nombre de otro”, que examinaremos más adelante.

En los países en que los sistemas penales siguen principios del derecho continental europeo (basado en la Teoría de la Ficción) rige el principio *societas delinquere non potest*, en cuya virtud no es admisible la punibilidad de las personas jurídicas ni de las asociaciones sin personalidad, admitiéndose sólo las sanciones administrativas. De acuerdo a la Teoría de la Ficción, las personas jurídicas, morales o colectivas, son consideradas como personas ficticias (Art. 545 de nuestro Código Civil), por lo cual no admiten que estén sujetas a responsabilidad penal, en razón de su propia naturaleza. Falta en ellas la voluntad, no son capaces de dolo y, por

¹⁰³ RIGHI. *Op.cit.* p. 251.

tanto, de los delitos que se les imputen deben responder personalmente los que participaron en su comisión.

Fue en el derecho romano en que se produjo el máximo apogeo de este principio, a pesar de ser desconocidos en tal época los conceptos de corporación y persona jurídica. Durante la Edad Media el cuadro se transforma totalmente, llegándose a la criminalización de todo tipo de entes, incluidos animales y seres inanimados. Sólo gracias al movimiento intelectual garantista de los siglos XVIII y XIX se comienza a objetar la responsabilización de las personas ideales,¹⁰⁴ basado dogmáticamente en su falta de voluntad y, por ende, culpabilidad; y desde un punto de vista político criminal basado en el supuesto que para la persona natural sería muy fácil eludir la punibilidad utilizando personas jurídicas que podía crear, suprimir o modificar libremente. En la actualidad, sin embargo, tales postulados son cuestionados por la realidad de la vida moderna, en que también las personas jurídicas pueden incluir, despedir o cambiar a las personas naturales y que ello les permite entonces mantener comportamientos delictivos, que en definitiva quedan impunes.¹⁰⁵

La base fundamental del respeto al principio *societas delinquere non potest*, se encuentra en la consagración a nivel constitucional del principio de culpabilidad o de la responsabilidad penal personal. En Italia, por ejemplo, se mantiene la vigencia del principio *societas delinquere non potest*, fundamentalmente porque la propia Constitución italiana establece expresamente que “la responsabilidad penal será personal”, lo que ha sido interpretada en forma restrictiva. En el mismo rango, pero en sentido contrario, ha ocurrido en países como Brasil, en que la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentra reconocida constitucionalmente desde 1988.¹⁰⁶

¹⁰⁴ RUSCONI, Maximiliano. Persona jurídica y sistema penal: ¿hacia un nuevo modelo de imputación?. Trabajo publicado en El Derecho Penal Hoy. Homenaje al Prof. David Baigún. Compilación de Julio B.J. Maier y Alberto M. Binder. Editores del Puerto. Buenos Aires, Argentina. 1995. p. 70.

¹⁰⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. p. 21

¹⁰⁶ Esta consagración constitucional se encuentra en los párrafos 173 N.º 5 y 222 N.º 3 de la Constitución Federal de 1988, que establecen: “La ley, sin perjuicio de la responsabilidad individual de los dirigentes de la persona jurídica, establecerá la responsabilidad de ésta, sujetándolas a penas compatibles con su naturaleza, por los

La capacidad penal de las personas jurídicas es negada por dos grupos de factores: **materiales** y **procesales**. Dentro de los primeros encontramos la incapacidad de acción de las personas jurídicas, de la que se desprende su incapacidad de culpabilidad, -o incapacidad de conciencia y voluntad delictiva-, y la incapacidad para ser sancionadas penalmente, de acuerdo al principio de personalidad de las penas. En el plano procesal, se habla de su incapacidad de comparecer en juicio, de la imposibilidad de aplicarles las reglas tradicionales en materia de declaraciones, careos y cautelas personales, así como las dificultades probatorias tradicionales del Derecho penal económico, ya que el sistema interno de información de una empresa ofrece muchas posibilidades para la ocultación, la confusión y la generación de lagunas, que agotan la investigación incluso en los niveles de menor jerarquía de la empresa. Sin embargo, de estas objeciones procesales no se deduce que no puedan ser sometidas a un proceso penal, sino simplemente que deben adoptarse reglas procesales que sean adecuadas a su naturaleza,¹⁰⁷ por lo que sólo profundizaremos el análisis respecto de los factores materiales que obstan, de acuerdo a esta doctrina, su capacidad penal.

Se sostiene que las personas jurídicas son **incapaces de acción**, por lo que a ellas sólo se les imputan normativamente acciones producidas y dirigidas por otras personas (no jurídicas), cuales son sus órganos, ya que siempre los delitos son cometidos por personas naturales. Los entes colectivos nunca actúan por sí mismos, sino su actuación recae en sus representantes u órganos, como la gerencia o la administración. Se sostiene, en este sentido, que la capacidad de acción que se les ha conferido en el ámbito del Derecho Privado no puede ser extendida al Derecho Penal, ya que los principios rectores son diversos, y ello constituiría en este último ámbito sustentar una “responsabilidad penal por representación”, que contraviene el principio de la responsabilidad personal. CASTILLO ALVA sostiene que “es más fácil que un sordo escuche,

actos practicados en contra del orden económico y financiero y contra la economía popular” (Párrafo 173 N.º 5) “(...) las conductas y actividades lesivas al medio ambiente sujetarán a los infractores, personas físicas o jurídicas, a sanciones penales y administrativas, independientemente de la obligación de reparar el daño”. (Párrafo 22 N.º 3)

¹⁰⁷ RIGHI. *Op.cit.* p. 259.

que una persona moral o una empresa tenga en cuenta los mandatos normativos”¹⁰⁸. Y puesto que una persona jurídica no actúa como tal, sino a través de sus órganos, el imperativo penal se dirige siempre a la persona natural cuya conducta se imputa a la persona jurídica (órgano).

Quienes sustentan estas ideas acuden tanto a fundamentos de *lege lata* como de *lege ferenda*, a veces en forma algo confusa. En efecto, autores como ZAFFARONI, junto con señalar que la incapacidad de conducta de la persona jurídica pasa por su carencia del **fenómeno psíquico de la voluntad** -propio sólo de la persona humana-, argumentan que “las personas jurídicas no tienen capacidad de conducta porque el delito **según nuestra ley** es una manifestación individual humana”¹⁰⁹. De esto último se desprende que el legislador puede generar dicho ámbito normativo, o sea que, independientemente de la naturaleza de la persona jurídica, queda en manos del legislador crear o no dicho ámbito.

Frente a las críticas que aluden al hecho que las personas jurídicas tienen capacidad de acción al cometer ilícitos civiles y, en consecuencia, del mismo modo la pueden tener en el ámbito penal, autores como MIR PUIG sostienen que los conceptos de acción en el derecho privado y penal difieren, y que para el Derecho Penal el concepto de acción equivale a acción humana.¹¹⁰

Se afirma, entonces, que las personas jurídicas o las empresas son sólo un medio, un vehículo o un simple espectador pasivo en los delitos cometidos por los individuos.¹¹¹ Es de esta incapacidad de acción que se desprende también la incapacidad de culpabilidad de las personas jurídicas, como analizaremos en profundidad más adelante, al tratar sobre el principio de culpabilidad.

¹⁰⁸ CASTILLO ALVA. *Op.cit.*

¹⁰⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. Editorial Ediar. Buenos Aires, Argentina. 1981. Pág. 58. Citado por RUSCONI, Maximiliano. Persona jurídica y sistema penal: ¿hacia un nuevo modelo de imputación?. p. 73.

¹¹⁰ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. PPU. Barcelona, España. 1991. Pág. 189. Citado por RUSCONI, Maximiliano. Persona jurídica y sistema penal: ¿hacia un nuevo modelo de imputación?. p. 74.

¹¹¹ CASTILLO ALVA. *Op.cit.*

También se ha querido excluir la punibilidad de la sociedad haciendo valer la **doctrina *ultra vires***, según la cual los hechos ilícitos no pueden estar incluidos en el objeto social, constituido solamente por actos lícitos. Esta posición ha sido rechazada, en forma casi unánime en la medida en que la tesis también hubiese impedido también obtener una satisfacción civil por los daños ocasionados por los empleados u operarios de la persona colectiva. Esta solución resulta inadmisibles ante las exigencias actuales.

Ahora bien, la imposibilidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas, de acuerdo a la teoría que analizamos, ha conllevado en la práctica, la creación de nuevas instituciones dogmáticas que pretenden, si bien no “sancionar”, sí ejercer un cierto control sobre las personas jurídicas, o bien aumentar la responsabilidad de las personas naturales vinculadas a ella, como expondremos a continuación.

i. La actuación en nombre de otro.

A través de esta figura se ha intentado llenar el vacío de punibilidad que deja el principio *societas delinquere non potest*. Conforme a ella, a la persona natural que actúa en nombre de una persona jurídica se le traspasan todas sus calidades para los efectos de configurar el sujeto activo de un tipo legal, es decir, constituye un reforzamiento del Derecho penal individual. Así, por ejemplo, aunque el gerente de una empresa no tenga ninguna deuda personal tributaria, pero sí la tenga la empresa que dirige, dicha calidad de deudor se le traspasa y se puede perseguir su responsabilidad penal conforme al tipo legal de fraude tributario. De este modo se evitó la posible impunidad que se derivaría del hecho que las personas jurídicas no pueden ser sujeto activo de delito, ya que mediante esta institución se puede perseguir la responsabilidad penal de la persona natural.¹¹²

¹¹² BUSTOS RAMÍREZ. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. p. 19.

Esta institución tiene reconocimiento legislativo en el artículo 15 bis del código Penal Español, que señala textualmente:

“El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma, **responderá personalmente**, aunque no concurran en él y sí en la entidad en cuyo nombre obrase, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo.”

Sin embargo, esta fórmula –aplicada en España y en países latinoamericanos como Perú y Paraguay-, si bien parte por salvar el axioma que sólo las persona naturales pueden ser sujeto activo de delito, por otra implica una “comunicabilidad” que no tiene un fundamento sólido dentro de la dogmática tradicional, ya que atribuye una característica que no se tiene, con lo cual en definitiva hay una presunción de responsabilidad y nuevamente sobre la base que el Estado no puede dejar de ejercer su intervención punitiva. Se contradice con los principios garantistas básicos del Derecho Penal tradicional.

ii. Las medidas de seguridad.

En el Derecho Penal moderno (aunque según algunos autores sus inicios se remontan al antiguo Derecho romano), a la pena se han añadido, como consecuencia jurídica del delito de naturaleza específicamente penal, las medidas de seguridad, que son aquellas medidas orientadas al aseguramiento del ordenamiento jurídico frente al sujeto a quien se aplican. Del mismo modo que la pena encuentra su fundamento en la culpabilidad, la medida de seguridad encuentra su fundamento único en la peligrosidad del delincuente.¹¹³

Al mantenerse el principio *societas delinquere non potest*, surgen las llamadas **medidas de seguridad** que, a diferencia de la pena, requieren para su aplicación no de tipicidad,

¹¹³ GRACIA MARTÍN, Luis. Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, España. 1996. p. 355.

culpabilidad y antijuricidad, sino de una **peligrosidad** que sí puede proceder de la utilización de una persona jurídica.

La aplicación de estas medidas, existentes en el Derecho penal desde hace décadas, fueron ya recomendadas para las personas morales en el Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal, celebrado en Bucarest en 1929.¹¹⁴

Las **medidas de seguridad** se fundamentan en dos bases: primero, en el fuerte arraigo que tiene el principio *societas delinquere non potest* y, segundo, en la conveniencia de jurisdiccionalizar la reacción aplicable a personas jurídicas.¹¹⁵

La medida de seguridad se asemeja a la pena, en cuanto se traduce en una restricción de derechos impuesta coactivamente por el Estado, y se diferencia en que:

- a) el presupuesto que legitima la intervención estatal es la constatación de una hipótesis de “peligrosidad criminal”;
- b) la reacción es indeterminada, y
- c) prevalece el sistema inquisitivo en el procedimiento.¹¹⁶

En todo caso es importante aclarar que pese a los reparos que pueden formularse a estas posturas, este tipo de medidas no es extraño en nuestro derecho, ya que, por citar un ejemplo, el DL 211 (Ley Antimonopolios) establece en su artículo 3º que, sin perjuicio de la responsabilidad penal de las personas naturales que intervinieron en la comisión del delito “podrá ordenarse la disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado”.¹¹⁷

¹¹⁴ TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Artículo publicado en Anuario de Derecho Penal, publicación electrónica encontrada en <http://unifr.ch/derechopenal/search/k196.html>

¹¹⁵ RIGHI. *Op.cit.* p. 257.

¹¹⁶ *Ibid.* p. 257.

¹¹⁷ CASTILLO SÁNCHEZ. *Op.cit.* p.119.

Las medidas de seguridad son fuertemente criticadas por amplios sectores de la doctrina, quienes consideran que en estos casos la persona jurídica no ha cometido delito alguno, sino que, simplemente, sin fundamento, se le está “comunicando” el hecho cometido por una persona natural. Además, las medidas no gozan de ningunos de los presupuestos garantistas que se vinculan con la existencia de la pena, por lo que según algunos, dejan un amplio margen a la discrecionalidad de la autoridad para determinar la existencia o no de la peligrosidad. Otras de las opiniones en contra, son aquellas que señalan que “difícilmente puede comprenderse cómo las personas jurídicas van a denotar una personalidad criminal (que supone, cuanto menos, la realización de una acción típica) cuando se parte de considerar que los entes sociales son incapaces de acción”¹¹⁸.

A favor de la aplicación de medidas de seguridad a las personas jurídicas se encuentran autores que ofrecen razones de pragmatismo político criminal, sosteniendo la necesidad de adoptar medidas que impacten en el centro de decisión de la sociedad.¹¹⁹ Por ejemplo, BRICOLA rechaza la posibilidad de imponer penas y aboga por las medidas de seguridad como el medio de llegar a alcanzar el centro de decisión de la sociedad.¹²⁰

Por ejemplo, MIR PUIG considera las medidas de seguridad como el método adecuado para combatir la peligrosidad que nace de una persona jurídica; pero además aporta un elemento a favor de su viabilidad, argumento que, según él, deriva de la propia esencia de las penas y las medidas de seguridad: “la pena no puede dirigirse, en sentido estricto, a las personas jurídicas en lugar de a las físicas que tras ella se encuentran, porque conceptualmente implica una “amenaza psicológica” de imposición de un mal para el caso de que se delinca y no cabe imaginar que la persona jurídica pueda sentir el efecto de conminación psicológica alguna. Muy distintamente, la

¹¹⁸ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional “societas delinquere non potest”. Cuadernos de Política Criminal, N.º 11. 1980. Pág.87. Citado por MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS. *Op.cit.* p. 207.

¹¹⁹ En este sentido encontramos a los autores BRICOLA, Franco; RODRÍGUEZ RAMOS, Luis; CEREZO MIR, José.

¹²⁰ BRICOLA, Franco. Il costo del principio “societas delinquere non potest” nell’attuale dimensione del fenómeno societario. En RIDPP. 1970. Pág. 953. Citado por MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS. *Op.cit.* p. 208.

medida de seguridad requiere únicamente una peligrosidad que sí puede proceder de la utilización de una persona jurídica”.¹²¹

Por tanto, el presupuesto para la aplicación de una medida de seguridad sería una peligrosidad constatada en una serie de hechos realizados por personas físicas, pero a través de una persona jurídica; por otra parte, la medida podría tener por objeto al propio ente colectivo, porque se trata simplemente de contrarrestar tal peligrosidad con medidas que no tienen carácter represivo, con lo cual se salvarían los inconvenientes dogmáticos que impiden la imposición de penas en sentido estricto. La opinión de MIR PUIG es una de aquellas en doctrina que permite establecer una compatibilidad entre las medidas de seguridad aplicadas a las personas jurídicas y el principio *societas delinquere non potest*.

De cualquier modo se argumenta que la discusión no tiene mayor trascendencia desde el punto de vista práctico ya que, bastaría que el legislador –para superar los problemas dogmáticos– en vez de prever estas medidas como “de seguridad”, las estableciese como medidas de carácter “administrativo”, lo cual no implicaría una variación sustancial de su contenido¹²², y que serían aplicadas por el juez penal.

En cuanto a la sustancia de las medidas de seguridad, BRICOLA distingue dos grupos: primero, aquellas que inciden sobre el **elemento organizativo**, como por ejemplo, la expulsión de uno o más socios (por ejemplo, los responsables de actividades delictivas), la modificación de los estatutos de la empresa (si en ellos se encuentra la raíz de los ilícitos cometidos), la suspensión o prohibición de la empresa para realizar ciertas actividades productivas, revocación de concesiones o, finalmente, la disolución de la sociedad; y en segundo lugar, aquellas que inciden sobre el **patrimonio** de la sociedad; como la confiscación de los objetos utilizados para la

¹²¹ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. 3ra edición. Editorial Promociones Públicas Universitarias. Barcelona. 1990. Págs. 187-188. Citado por MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS. *Op.cit.* p. 208.

¹²² MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS. *Op.cit.* p. 209.

comisión de delitos, o de las ventajas que fueron directa o indirectamente obtenidas por la sociedad a través de la comisión de delitos.¹²³

iii. Sanciones administrativas

Una tercera alternativa para aplicar sanciones a las personas jurídicas es la utilización de las sanciones administrativas. Esta alternativa, sin embargo, tampoco está exenta de críticas, como la falta de difusión de la ley administrativa sancionadora, que los ilícitos administrativos son muy numerosos y sus fuentes de creación gozan de una agilidad que carece la norma penal. La administración además es selectiva en la persecución de los infractores, lo que puede llevar a arbitrariedades y a la deslegitimación de la acción administradora sancionadora.¹²⁴

De ello surgen otras consecuencias: a) en la teoría de la ley penal, la no vigencia de los principios de legalidad y retroactividad de la ley penal más benigna, para las infracciones; b) en relación al proceso, la sugerencia de que las infracciones sean juzgadas en sede administrativa, cuya dependencia del poder ejecutivo afecta seriamente su imparcialidad¹²⁵ y c) en cuanto a la coerción, la concepción de la sanción administrativa como pena de orden, a la que resultarían extrañas las fundamentaciones relativas y más aún las absolutas del *ius puniendi* del Estado.¹²⁶

Por otra parte, es necesario analizar si una estrategia basada únicamente en normas administrativas es suficientemente disuasiva y preferible a la utilización del derecho penal.¹²⁷

Quienes ven una diferencia “esencial” entre delito e infracción estiman que mientras el delito está referido al valor justicia, la infracción encuentra sentido en el valor de bienestar público. La tesis de la distinción esencial entre delito e infracción fue el antecedente en cuya

¹²³ BRICOLA, Franco. *Op.cit.* p. 1022 y ss. Citado por MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS. *Op.cit.* p. 210.

¹²⁴ LESMES SERRANO, Carlos. Las infracciones administrativas y la potestad sancionadora. Derecho Penal Administrativo (ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente). Editorial Comares. Granada, España. 1997. p. 2 y 3.

¹²⁵ RIGHI. *Op.cit.* p. 255.

¹²⁶ *Ibid.* p. 300.

virtud se sostuvo que mientras los delitos económicos pertenecen al ámbito del derecho penal, las contravenciones formarían parte de un “derecho penal administrativo”, lo que reconduce al esquema de flexibilización de garantías. Sin embargo, aún en el ámbito teórico del derecho administrativo se acepta que en principio los ilícitos administrativos se rigen por los principios del derecho penal criminal.¹²⁸

En la doctrina penal, la opinión dominante entre los autores contemporáneos es que la distinción entre delito en infracción sólo encuentra sentido en una diferencia simplemente cuantitativa, no careciendo las contravenciones de significación ético-social, distinguiéndose de los delitos exclusivamente en una graduación del juicio de desvalor y en el órgano del estado que aplica unas y otras sanciones. La menor entidad de la sanción administrativa en relación a la pena criminal es consecuencia de la menor importancia del bien jurídico protegido, pero no de su inexistencia, y en muchos casos de que con las contravenciones sólo se sancionan supuestos de peligrosidad abstracta.¹²⁹

En Alemania, donde tiene plena vigencia el aforismo “*societas delinquere non potest*”, no obstante se observa un importante avance del derecho administrativo sancionador o contravencional que admite la imposición de sanciones a la persona jurídica, como ocurre en los casos en que la acción punible ha sido cometida en el seno de una sociedad, a ésta se le imponen las llamadas consecuencias accesorias, como la confiscación del beneficio ilícitamente obtenido.¹³⁰ En ese país se ha llamado especialmente la atención sobre el carácter accesorio de estas "penas", de naturaleza meramente administrativa y, por ello, no estigmatizante. En definitiva, y por la falta de aquél carácter estigmatizante, no constituyen una reacción penal en sentido estricto (penal-criminal), sino meramente regulatoria. En Italia, frente a la imposibilidad constitucional de sancionar penalmente a las personas jurídicas, se sigue en este sentido sigue el

¹²⁷ *Ibid.* p. 255.

¹²⁸ *Ibid.* p. 300.

¹²⁹ *Ibid.* p. 300.

¹³⁰ Arts. 8 y 10 de la Ley sobre Delincuencia Económica alemana.

modelo alemán, admitiendo sólo la responsabilidad de las personas jurídicas a nivel administrativo, siguiendo un modelo similar al de la ley alemana de contravenciones.

b. Teoría de la Realidad: Responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Por otro lado, los sistemas normativos que admiten la responsabilidad penal de las personas jurídicas son fundamentalmente los anglosajones y las legislaciones que han recibido su influencia, como por ejemplo, Japón e Israel . Hay países de otra orientación que han admitido la capacidad penal de las personas jurídicas como Holanda, la ex Yugoslavia, Finlandia, Noruega y Francia.¹³¹ En América Latina sólo se encuentra en algunos países, como Colombia,¹³² Brasil y Puerto Rico¹³³

Los partidarios de la entidad real de las personas jurídicas sostienen que éstas quedan sometidas al derecho penal, porque tienen capacidad para obrar jurídicamente, gozan de libertad en sus actos y están dotadas de una voluntad distinta de la de sus componentes, por lo que, aunque inmateriales, constituyen un ser real y distinto de los individuos que las forman. Esta voluntad se ejerce no por intermedio de representantes cuyos actos comprometen a la persona moral -como sostienen los partidarios de la teoría de la ficción-, sino por medio de sus órganos, formados por la o las personas encargadas de adoptar decisiones en su nombre. Por consiguiente, es la persona misma la que actúa a través de ellos, a consecuencia de lo cual debe responder siempre de los actos de sus órganos, que son los suyos propios.¹³⁴

¹³¹ RIGHI. *Op.cit.* p. 252.

¹³² En Colombia se reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas, expresamente a través del artículo 2 de la Ley 365 del año 1997, incluida en la modificación del Código de Procedimientos Penales.

¹³³ El Art. 37 del Código Penal de Puerto Rico establece también expresamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin excluir la responsabilidad que, a título individual, tengan los representantes de las mismas.

A ello se agregan –según RIGHI- además, las frecuentes hipótesis de impunidad que son consecuencia de la despersonalización que caracteriza a las empresas en la actualidad, ya que el efecto preventivo general no se obtiene satisfactoriamente con la pena prevista para el socio o representante personalmente involucrado.¹³⁵

En el Reino Unido, hasta mediados del siglo XIX las normas del *Common Law* no preveían una responsabilidad penal en las personas jurídicas. El incremento de la actividad industrial producido a partir de la segunda mitad del siglo XIX, y el inusitado poder que las corporaciones y entes colectivos fueron adquiriendo, modificó los patrones vigentes en el *Common Law*, otorgando responsabilidad punitiva a las personas jurídicas. Esta situación encontró un importante hito en la Jurisprudencia Inglesa en 1840, en el caso *Reg vs. The Bormingham y Gloucester*.

i. Doctrina de la Identificación.

La evolución que ha experimentado el derecho penal aplicable a las personas morales en el Reino Unido, encuentra uno de sus puntos más significativos en la “doctrina de la identificación” (*doctrine of “identification”*), basada en el reconocimiento que toda empresa funciona en la medida en que personas físicas actúen y controlen de forma directa las actividades de la misma y éstas pueden ser consideradas como su *alter ego*. Esta vertiente requiere, entonces, que se pueda identificar a la empresa con el acto que la hace posible de sanción. Por lo tanto, todo hecho cometido por dichas personas –incluido cualquier delito de carácter penal- puede ser imputado como un hecho de la empresa.¹³⁶

En Canadá y en Estados Unidos –donde también se reconoce ampliamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas o morales- particularmente, se utiliza la “doctrina

¹³⁴ LABATUT GLENA. *Op.cit.* p. 158.

¹³⁵ RIGHI. *Op.cit.* p. 252.

de la identificación”, de acuerdo a la cual la actuación del agente superior u órgano es considerado el “cerebro” de la asociación, de manera que su actuación es también de la persona moral misma.¹³⁷

ii. Teoría “*Respondeat Superior*”.

En la “doctrina de la identificación” es preciso que la infracción pueda ser cargada en la cuenta de quien desempeña un rol formalmente significativo, ya que de lo que se trata es de identificar a la sociedad con el agente, cuando el último obra en el ámbito de su competencia. Y frecuentemente éste no es el caso, ya que suelen detectarse sólo las conductas de empleados inferiores o de personas de influencia sin cargo oficial. En Estados Unidos, cuando se trata de delitos cometidos por personas físicas que actúan en nombre de la empresa, se aplica la teoría “*Respondeat Superior*”, de acuerdo a la cual los delitos de cualquier empleado pueden considerarse delitos de la corporación, bastando que los actos del empleado -constitutivos del delito- sean actos relacionados con su trabajo, realizados en nombre de la corporación y que exista al menos un intento de beneficiar a la persona jurídica o de actuar en su representación.¹³⁸

Los Tribunales han desarrollado esta teoría hasta límites tales que permiten abarcar los actos de todo tipo de empleados de las personas jurídicas, cualquiera que sea su nivel profesional. Esto constituye una nueva tendencia frente a la línea tradicional de hacer responsables a las empresas solamente de los actos de sus altos directivos.¹³⁹

En lo referente a las relaciones existentes entre la conducta del autor y la actividad societaria, se ha seguido en líneas generales, hasta ahora, la tesis sentada por la Corte Suprema. Según la Corte, una persona colectiva puede ser responsabilizada por hechos ajenos a las

¹³⁶ BACIGALUPO, Silvina. *Op.cit.* p. 327.

¹³⁷ TIEDEMANN. Responsabilidad penal de las personas jurídicas.

¹³⁸ VERCHER NOGUERA. *Op.cit.* p. 94.

¹³⁹ *Ibid.* p. 94-95.

facultades conferidas, consideradas en forma estricta, si el agente ha asumido el rol con el objeto de beneficiar a la empresa en forma efectivamente autorizada, aunque mas no sea mediante una notoria tolerancia, es decir, sin ser necesaria una autorización formal. Sin embargo, en casos más recientes se ha llegado a sancionar a la sociedad por la actividad del empleado aunque no hubiese querido beneficiar a la empresa, en tanto obrare en ocasión del empleo.

En esta teoría parecería mantener vigencia, como límite frente a la punición, la tradicional doctrina judicial anglosajona acerca de la responsabilidad del empleador por actos de sus subordinados. Se ha dicho en general que el patrono debe resarcir cuando su agente ha obrado en la esfera de su actividad comercial, o bien cuando el último, actuando por sí, ejecuta la acción en el ámbito de custodia del primero.

iii. La “*Strict Liability*”.

Como señalamos anteriormente, la “*strict liability*” constituye una responsabilidad jurídico penal sin culpabilidad personal del autor o, al menos, en base a una presunción de culpabilidad rebatible por el acusado y por ello conducente a una inversión de la carga de la prueba. Esta doctrina se aplica a aquellas contravenciones en las cuales no es necesario acreditar la culpabilidad del agente y por consiguiente, tal y como ha sido formulada hasta hace poco tiempo, el error nunca excusa. Por lo general la *strict liability* ha sido aplicada por razones de política social en aquellos ámbitos donde el interés colectivo subordina a un segundo plano a la equidad o justicia puesta de manifiesto en la sanción.

La consecuencia de soslayar la *mens rea*, al imponer sanciones en virtud de la doctrina de la *strict liability*, ha permitido, dada la ambigüedad del carácter de estas sanciones, buscar soluciones más elásticas que las que brinda el derecho penal de culpabilidad. Toda esta doctrina se ve hoy en día -en lo relativo a la responsabilidad personal- expuesta a diferentes clases de críticas. Se la discute no sólo desde el punto de vista de su justicia y de la posibilidad teórica de

mantener un modelo semejante en forma congruente con ciertos postulados éticos, sino también, en definitiva, de su provecho político-criminal.

Este modelo de responsabilidad originario de los modelos legales anglosajones ha experimentado una fuerte limitación o restricción en aquellos países, atendido el avance universal de la presunción de inocencia. Por ello su ámbito de acción se da fundamentalmente en las infracciones menores, como ocurre en Canadá, en que la doctrina de la identificación se utiliza para los delitos de mayor gravedad, reservando la “*strict liability*” para el resto de las ofensas.¹⁴⁰

En Estados Unidos, siguiendo la misma tendencia, la aplicación de la *strict liability* ha inducido tanto a los jueces como a los teóricos a concebirla como una cuestión intermedia entre el Derecho penal y civil,¹⁴¹ buscando una legitimación extrapenal que impida su contradicción con la presunción de inocencia, lo que también limita su eficacia preventiva ya que sólo se imponen por esta vía sanciones mínimas que importan un mero costo financiero para las corporaciones.

iv. El modelo francés.

En Francia, se introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas con el nuevo Código Penal, en 1994. El nuevo Código establece como norma general la responsabilidad penal de las personas jurídicas, siendo la única excepción el Estado.¹⁴² Esto incluye a todas las personas morales, con o sin fines de lucro (asociaciones, sindicatos, partidos políticos, etc.), de derecho público o privado, francesas o extranjeras.¹⁴³

¹⁴⁰ TIEDEMANN. Responsabilidad penal de las personas jurídicas.

¹⁴¹ MALAMUD GOTI, Jaime. Política criminal de la empresa: cuestiones, alternativas. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, Argentina. 1983. p. 118.

¹⁴² El Art. 121-2 del Código Penal señala que *les personnes morales, à l'exclusion de l'État, sont responsables pénalement (...) dans les cas prévus par la loi ou le règlement, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants.*

¹⁴³ DESPORTES, Frédéric. La responsabilité pénale des personnes morales en Droit Français. Artículo publicado en la Revista C.J.E.G. Marzo de 1996. p. 95.

El modelo francés de responsabilidad penal de las personas jurídicas se basa en un sistema de imputación similar al de la doctrina de la identificación anglosajona, o lo que en nuestro sistema jurídico europeo continental conocemos como la **Teoría del Órgano**. De acuerdo a ella, la persona jurídica será responsable de aquellos actos que hayan sido realizados por “todas aquellas personas que, en el seno de la persona moral, individual o colectivamente, tienen legalmente el poder de dirigirla y de contratar a su nombre”.¹⁴⁴ En este caso, aplicada al ámbito penal por lo que la persona moral será responsable de las infracciones cometidas por su cuenta, por sus órganos o representantes. En efecto, el Art. 12-2 del Código Penal exige que la infracción sea cometida por un órgano o representante de la persona jurídica y por cuenta de ella.

En este sentido, la jurisprudencia francesa tiende a investigar a la persona natural que efectivamente detenta el poder de dirección de la persona jurídica, sin considerar necesariamente sus calificaciones jurídicas (órganos de facto). En cuanto a la noción de representantes, que resulta ser menos precisa que la de órgano, se ha entendido que se refiere a “las personas que hayan recibido, ya sea de un órgano o por una decisión judicial la misión de representar a la persona moral en ciertas circunstancias” o, en términos generales, “todas las personas que hayan recibido una delegación de poderes por parte del órgano dirigente de la persona jurídica”.¹⁴⁵

Finalmente, es necesario que la infracción cometida lo sea “por cuenta” de la persona jurídica, es decir, es necesaria una relación entre la infracción o delito y la actividad de la persona moral. En efecto, no toda infracción cometida por un órgano o representante acarrea la responsabilidad penal de la persona jurídica. La pieza matriz, entonces, la constituye la condición de que la infracción se cometa por cuenta de la persona jurídica. Esta noción, desde una perspectiva negativa, excluye la posibilidad de imputación a la persona jurídica de actos realizados por sus dirigentes con ocasión de sus funciones, pero en su propio y personal interés – incluso en perjuicio de la persona moral-; y positivamente, abarca los casos en que el dirigente

¹⁴⁴ *Ibid.* p. 97.

comete una infracción en nombre e interés de la persona jurídica. Casos dudosos son aquellos en que el dirigente actúa en beneficio de una minoría de los miembros de una persona jurídica, así como los actos involuntarios.¹⁴⁶ De cualquier modo, la actuación por cuenta de la persona jurídica no reconoce los límites de su objeto social, por lo cual la **doctrina ultra vires** no tiene aplicación.

B.2 El principio de culpabilidad.

La cuestión de la punibilidad de las corporaciones o responsabilidad penal de las personas jurídicas se plantea como un movimiento cíclico recurrente –según BAJO FERNÁNDEZ- que nos plantea la posibilidad de compatibilizar las multas u otras sanciones impuestas a las empresas o a las corporaciones con el principio de culpabilidad consagrado en la Constitución y fundamento de la dogmática jurídico-penal. Se reconoce que mientras en los países anglosajones va retrocediendo la originaria ilimitada responsabilidad penal de las corporaciones, en el Derecho Continental europeo se avanza en el sentido contrario. Y así, mientras en los Países Bajos se introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas en 1976, y así lo recoge también el nuevo Código Penal francés, la solución alemana de imponer una multa también se ha extendido a Italia, Portugal y Suecia.¹⁴⁷

Frente a la cuestión de la constitucionalidad de las penas impuestas a las asociaciones o personas jurídicas se han planteado diversas posiciones doctrinarias, atendiendo fundamentalmente a la posible lesión del principio de culpabilidad, básico en todo Estado de Derecho. La pregunta fundamental en este sentido es si son constitucionalmente legitimables las penas impuestas a la asociación.

¹⁴⁵ *Ibid.* p. 98

¹⁴⁶ *Ibid.* p. 99

¹⁴⁷ BAJO FERNÁNDEZ. *Op.cit.* p. 70.

No cabe duda que, al sancionar a las personas jurídicas se grava inevitablemente a personas no culpables y no partícipes, y es este efecto una de las principales objeciones a la punición de estos entes. En efecto, quienes niegan la posibilidad de imponer sanciones penales a las personas jurídicas sostienen que ello constituye un atropello al **principio de la personalidad de las penas**, pues el mal que la pena conlleva recaería, finalmente, sobre sus miembros.¹⁴⁸

El castigo injusto a los inocentes transformaría el carácter personal de la pena en un “carácter social” para estos casos, lo cual posee una dudosa legitimidad desde el punto de vista de quienes apoyan la irresponsabilidad penal de estos entes.¹⁴⁹ Se agrega además el injusto perjuicio que ello provocaría no sólo a los socios o directivos de la empresa, sino también a los trabajadores y otras personas dependientes de la actividad de la empresa, lo cual constituiría un “atentado contra su subsistencia material”.¹⁵⁰

Es así que, si la persona natural correspondiente infringe la norma, la sanción impuesta por ello a la persona jurídica le afecta –de acuerdo a la teoría de la **entidad real** de las personas jurídicas- ya que es una persona diferente del autor, que no hubiera podido evitar la infracción de la norma, porque no es por sí misma capaz de acción. Desde esta perspectiva se considera que la sociedad es una persona distinta de los individuos que la componen, y la pena recae sobre ella, lo mismo que las sanciones civiles o administrativas. Consiguientemente tampoco se lesiona el principio *non bis in idem*, puesto que si el socio soporta alguna pena en su persona es como consecuencia de su intervención personal en la comisión del hecho punible.¹⁵¹

Pero si se sigue la teoría de la **ficción**, en que se aíslan como personas naturales los miembros que están detrás de la persona jurídica, entonces se hacen evidentes los efectos perjudiciales para todas aquellas personas naturales, por ejemplo, accionistas de una sociedad

¹⁴⁸ MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio. *Op.cit.* p. 204.

¹⁴⁹ Consecuentemente con este planteamiento, la aplicación de una pena a una empresa sí se justificaría en los excepcionales casos en que todos los miembros estén de acuerdo en la realización de la conducta delictiva.

¹⁵⁰ Así lo caracteriza CASTILLO ALVA. *Op.cit.*

¹⁵¹ RIGHI. *Op.cit.* p. 259.

anónima a quienes se les recortarán los dividendos como consecuencia de una multa, y que ni siquiera tuvieron la posibilidad de evitar la infracción cometida. Esta situación, de acuerdo al derecho constitucional de la mayor parte de los países cuyo Derecho se basa en el modelo continental europeo, implica un peligro de lesión al principio de culpabilidad, contenido en el principio del Estado de Derecho, a causa de la inidoneidad de la sanción a la empresa para la protección del bien jurídico.¹⁵²

A pesar de ello Francia, un país con reconocida tradición de respeto al aforismo *societas delinquere non potest*, con la innovación legislativa de 1994 ha aceptado la punibilidad de la persona jurídica, gracias a las disposiciones del nuevo Código Penal,¹⁵³ respecto de las cuales no se formuló ningún reparo de índole constitucional. En efecto, ni el *Conseil Constitutionnel* ni el *Conseil d'Etat* apreciaron ningún inconveniente constitucional es los dictámenes que ambos elaboraron sobre el Nuevo Código Penal antes de su sanción por el Parlamento.¹⁵⁴ Este mismo precepto, además, indica en su párrafo final que la responsabilidad del ente jurídico no excluye la responsabilidad penal de las personas físicas (autores o coautores) del mismo hecho.¹⁵⁵

Sin embargo, en otros países como Alemania y España, los reparos constitucionales tienen mayor fuerza. Según BAJO FERNÁNDEZ, es preciso reconocer que una reacción sancionadora ante entes colectivos constituye una infracción a los principios del Derecho Penal liberal de culpabilidad y personalidad de las penas. Pero como no se puede renunciar a los efectos sancionadores contra estos entes, la ciencia del Derecho Penal debe optar entre expulsar del Derecho Penal este tipo de infracciones y sanciones, convirtiéndolas en sanciones administrativas o en medidas de seguridad extrapenales, o de mantenerlo con sus costes dogmáticos y, en

¹⁵² SCHÜNEMANN. *Op.cit.* p. 582.

¹⁵³ El Art. 121-2 del Nuevo Código Penal francés establece: “Las personas morales, con exclusión del Estado, son responsables penalmente, según las distinciones de los artículos 121-4 a 121-7 y en los casos previstos por la ley o el reglamento, de las infracciones cometidas por cuenta suya, por sus órganos o representante”.

¹⁵⁴ BACIGALUPO. *Op.cit.* p. 327.

¹⁵⁵ REYNA ALFARO, Luis Miguel. Consideraciones sobre la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. En Algunas consideraciones sobre el Derecho Penal Económico. © 1997 – 2000 Derecho Org. Internacional. Publicado en <http://publicaciones.derecho.org/doctrinal/Per@u/reyna>

consecuencia, construir una dogmática que no descansa en los tradicionales principios de culpabilidad por el acto aislado y personalidad de las penas, teniendo que admitir una responsabilidad objetiva.¹⁵⁶

La posibilidad más sencilla de escapar al ámbito de aplicación del principio de culpabilidad, sería (y lo ha sido) una estipulación expresa de la ley en que se señale que tales sanciones no son de “naturaleza penal”, como por ejemplo, calificarlas de “**consecuencias accesorias**”. Esto es lo que ha ocurrido en países como Perú y España, en que las consecuencias accesorias son aplicables a las personas jurídicas cuando las personas físicas se valgan de la organización empresarial para cometer ilícitos. Particularmente, el nuevo Código Penal español denomina como “consecuencias accesorias” una serie de “sanciones” o “resguardos” que el juez está facultado para imponer a las personas jurídicas, consecuencias tales como la clausura temporal o definitiva de la empresa o sus establecimientos, la disolución de la sociedad o fundación, la suspensión de sus actividades por un plazo máximo de 5 años, etc.¹⁵⁷ La existencia de estas consecuencias accesorias, así como su naturaleza jurídica ha sido un tema polémico en la doctrina española, sosteniéndose por algunos que se trata realmente de verdaderas sanciones penales¹⁵⁸, otros las consideran medidas de seguridad¹⁵⁹, mientras que la mayoría de la doctrina acoge el concepto de “consecuencias accesorias” dado por el legislador, e incluso lo señalan como una “tercera categoría de consecuencias derivadas del delito”, situada junto a las penas y las medidas de seguridad.¹⁶⁰ BAJO FERNÁNDEZ también cuestiona las sanciones impuestas a las personas jurídicas, ya sean la multa o la pérdida de los beneficios obtenidos, en lo que él ve sólo un intento de cambiar el calificativo de las sanciones y convertir aquello que en principio se

¹⁵⁶ BAJO FERNÁNDEZ. *Op.cit.* p. 70.

¹⁵⁷ Art. 129 del Código Penal español de 1995.

¹⁵⁸ Así lo consideran ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.; en Derecho Penal Español (Requisitos sustantivos y procesales para la imposición de las penas previstas en el art. 129 del Código Penal), y BACIGALUPO SAGGESE, S., La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Editorial Bosch. Barcelona, 1998. Pág. 286

¹⁵⁹ En este grupo encontramos a MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.; en Derecho Penal. Parte General. 20ª edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996. Pág. 631.

¹⁶⁰ Entre otros, SERRANO BUTRAGUEÑO, I., FARALDO CABANA, P., MANZANARES SAMANIEGO, J.L., MIR PUIG, S., TERRADILLOS BASOCO, J., etc.

denominaba pena criminal, en sanción administrativa o medida de seguridad, lo cual se convierte, para este autor, en un problema más semántico que de fondo.¹⁶¹

También para SCHÜNEMANN, este tipo de “nomenclatura-acrobática” no logra obviar la problemática constitucional de si estas sanciones se asemejan en cuestiones relevantes a las penas y si por ello, **deben estar también sujetas a las mismas garantías**. El problema no tiene que ver con denominaciones, sino con el **contenido y efectos de las sanciones**.¹⁶²

En este sentido, el Tribunal Constitucional español ha afirmado que aunque se sostenga que la pena es un instrumento para sancionar la culpabilidad y la medida de seguridad un mecanismo para tratar la peligrosidad criminal, en el fondo, tanto la una como la otra constituyen restricciones o privaciones de derechos impuestas en el ámbito penal, por lo que ambas deben ser considerada auténticas “sanciones penales”. Como tales, prosigue el Tribunal Constitucional, ambas deben estar sometidas por igual a la mismas garantías constitucionales: al principio de legalidad y al principio de culpabilidad.¹⁶³

Es así que SCHÜNEMANN propone exigir para el **concepto de pena en sentido amplio** -entendida como categoría material, independiente de la etiqueta legal con que sea denominada- un carácter de dureza de la intervención y una ordenación represiva que sea considerablemente superior al límite de lo bagatela. Es por ello que debe hablarse de pena –en sentido amplio- en todos los casos de imposición de multas elevadas.

La legitimación de esta pena se debe determinar, en primer lugar, en relación con el principio de culpabilidad, con el que parece –a simple vista- encontrarse en total contradicción en el caso de las personas jurídicas, como hemos señalado precedentemente. De acuerdo con aquella tendencia se rechazó en Alemania, en una discusión doctrinaria que tuvo lugar en los años

¹⁶¹ BAJO FERNÁNDEZ. *Op.cit.* p. 70.

¹⁶² SCHÜNEMANN. *Op.cit.* p. 583.

cincuenta, la punibilidad de las personas jurídicas. Incluso algunos agregaron a este rechazo otros argumentos –además que la contradicción con el principio de culpabilidad- como la ausencia de capacidad de acción propia y real, es decir, resaltaron la inidoneidad de una amenaza pena para la protección de bienes jurídicos frente a un destinatario incapaz de acción.¹⁶⁴

A pesar de ello el legislador alemán introdujo la multa a personas jurídicas, lo que se debió fundamentalmente a una decisión del Tribunal Constitucional alemán del año 1966, en que, por una parte, calificó al principio de culpabilidad como derivado del principio del Estado de Derecho, y lo hace extensivo a “las sanciones similares a la pena por cualquier otro injusto”; pero por otra parte, declaró lícita una imputación de culpabilidad en el ámbito de las personas jurídicas mediante la culpabilidad “de las personas que actúan responsablemente para ella”.

La perspectiva sentada por el Tribunal Constitucional alemán, sin embargo, no deja de ser criticada en doctrina. En efecto, la imputación de la culpa del órgano a la persona jurídica se discute esencialmente por estar orientada por conceptos jurídicos civiles, lo que no tiene relación con el concepto penal de culpabilidad, como reproche jurídico penal, en su concepción clásica presupone la **posibilidad individual de actuar de otro modo**, y con ello, una capacidad empírica que no puede ser creada únicamente por imputación normativa.¹⁶⁵

Es por ello que se ha planteado que los **presupuestos de punibilidad deben adaptarse** a la particular naturaleza de las personas jurídicas. En efecto, al considerar la acción como un proceso de conciencia, no es posible fundar en ella la autoría de una persona jurídica, lo mismo ocurre con la culpabilidad (la persona jurídica no tiene la posibilidad de obrar de una manera diferente a la que está determinada por las personas que la dirigen), etc.¹⁶⁶ En definitiva, no es

¹⁶³ Sentencias del Tribunal Constitucional español de fechas 14 y 19 de Febrero de 1986, citadas por ZUGALDÍA ESPINAR. *Op.cit.* p. 725.

¹⁶⁴ SCHÜNEMANN. *Op.cit.* p. 584.

¹⁶⁵ *Ibid.* p. 585.

¹⁶⁶ GIMBERNAT, por ejemplo, cuestiona la culpabilidad, pues se basa en un postulado indemostrable como es el libre albedrío. GIMBERNAT ORDEIG, E. Citado por BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Manual de Derecho Penal. Parte General. 3.ª Edición. Editorial Ariel S.A. Barcelona, España. 1989. p. 123.

posible sostener la capacidad jurídico penal de las personas jurídicas utilizando los presupuestos de punibilidad ordenados en una teoría concebida para las personas físicas. La opción propuesta es, entonces, la creación de otro sistema o adaptar el existente a las modalidades de una corporación.¹⁶⁷

a) Una concepción diferente del principio de culpabilidad: Tesis de Tiedemann.

Si se ubican las penas que se imponen a las personas jurídicas bajo el dominio del principio de culpabilidad, la única posibilidad de contemplarlas sin lesionar tal principio sería una concepción diferente de la culpabilidad, es decir, una culpabilidad que no presupone la posibilidad de actuar de otro modo. Ello es lo que ha planteado Klaus TIEDEMANN, quien sostiene que, en tal situación, la culpabilidad puede sustentarse en un juicio genérico de que la persona implicada no habría satisfecho las exigencias sociales a ella impuestas.

TIEDEMANN construye esta visión a partir de la Ley de Contravenciones alemana, en que él descubre, junto con la exigencia de una culpabilidad jurídico penal, un fuerte matiz de “responsabilidad” orientada a las relaciones jurídicas. De este modo surge la posibilidad de hablar de un concepto amplio de culpabilidad, orientado a todas las categorías sociales y jurídicas, en lugar de la culpabilidad humana en sentido clásico.¹⁶⁸ Con ello se quiere decir que si en el Derecho Penal no se trata de culpabilidad moral, sino de responsabilidad social, la capacidad de culpabilidad (de las personas jurídicas) podría ser regulada normativamente por el legislador. En esta línea se sostiene –aparte del criterio del “interés”- que los hechos individuales se deben considerar como delitos de la persona jurídica en tanto que ésta –a través de sus órganos o representantes- haya omitido las medidas de cuidado necesarias para garantizar una conducción ordenada, es decir, no delictiva, de los negocios. El motivo que justificaría la imputación de la

¹⁶⁷ RIGHI. *Op.cit.* p. 260.

¹⁶⁸ SCHÜNEMANN. *Op.cit.* p. 586.

acción a la persona jurídica y la correspondiente sanción a la misma estaría constituido, por lo tanto, por un comportamiento omisivo.¹⁶⁹

Esto se ha vinculado con el llamado **concepto social de culpabilidad**, defendido por diversos sectores de la doctrina penal contemporánea. En dicho concepto, se integra sólo la permanencia del autor detrás de la capacidad de un hombre medio, lo que se podría comprobar también en relación con la colectividad. En este supuesto, la responsabilidad de la entidad se fundamentaría en la culpa por la organización, que consistiría en la lesión del deber de vigilancia del órgano.¹⁷⁰

b) Una nueva fuente de legitimación para el Derecho Penal de las personas jurídicas: Tesis de Schünemann.

Por su parte, SCHÜNEMANN rechaza el concepto social de culpabilidad y el planteamiento de TIEDEMANN, estimando que lo por él sustentado no supera el problema fundamental de las penas a las personas jurídicas señalado precedentemente, es decir, la afección a personas que deben soportar, por ejemplo, la multa impuesta, sin que hayan podido evitar la infracción del órgano.

De acuerdo con ello, SCHÜNEMANN se pregunta si el principio de culpabilidad puede encontrar aplicación racionalmente en la sanción a entidades colectivas, o si es necesario –y posible- indagar en **otros principios informadores**, es decir, buscar una legitimación especial para estas sanciones especiales.

En primer término, para SCHÜNEMANN el hecho que un Derecho Penal de colectividades no pueda apoyarse en el principio de culpabilidad no constituye obstáculo a su

¹⁶⁹ ZUGALDÍA ESPINAR. *Op.cit.* p. 727

¹⁷⁰ SCHÜNEMANN. *Op.cit.* p. 587.

existencia en un Estado de Derecho, en la medida que se encuentren otros principios en los cuales pueda fundamentarse. Para ello es preciso preguntarse sobre el sentido o significado de las penas.

Materialmente, la pena consiste en una privación de bienes jurídicos o derechos del penado. Esta es una característica que la pena comparte, sin embargo, con otros tipos de sanciones jurídicas como, por ejemplo, con las sanciones administrativas, que también consisten en la privación de bienes jurídicos y derechos. La diferencia entre la pena y otras sanciones previstas por el ordenamiento jurídico es meramente cualitativa o formal.¹⁷¹ En la doctrina española suele aceptarse la definición de pena que formulara CUELLO CALÓN, como “la privación de bienes jurídicos impuesta conforme a la ley, por los órganos jurisdiccionales, al culpable de una infracción penal”.¹⁷²

Frente a la pena y su naturaleza se han planteado dos grandes teorías: la absoluta y la relativa. Para la primera, la pena se define como una *retribución* de la culpabilidad¹⁷³ –en el sentido kantiano clásico–, por lo cual, desde esta perspectiva resulta una contradicción la imposición de penas independientes de la culpabilidad. Las teorías relativas de la pena, por su parte, no se preocupan por el fundamento de la pena, sino de *para qué sirve* la pena¹⁷⁴, a lo cual responden dos corrientes principales: la prevención general positiva (los efectos positivos de fomento y robustecimiento social de la conciencia jurídica de la norma) o negativa (el efecto intimidante de la pena sobre el resto de la sociedad), y la prevención especial (el efecto preventivo de delitos futuros que recae sobre el propio delincuente que es penado).¹⁷⁵

Desde el Derecho Penal preventivo la admisibilidad jurídica de una sanción se mide en correspondencia con la determinación del fin del Derecho Penal, esto es, el ser la *última ratio* para la protección de bienes jurídicos. Entonces, desde un punto de vista lógico, “se podrían

¹⁷¹ GRACIA MARTÍN. *Op.cit.* p. 54.

¹⁷² CUELLO CALÓN. *La moderna penología*, p. 16. Citado por GRACIA MARTÍN. *Op.cit.* p. 54.

¹⁷³ BUSTOS RAMÍREZ. *Manual de Derecho Penal*. p. 21

¹⁷⁴ *Ibid.* p. 23

¹⁷⁵ GRACIA MARTÍN. *Op.cit.* p. 55-59.

buscar otros principios de legitimación, dependiendo del tipo de sanción y de las condiciones marco político criminales, principios con cuya observancia el afectado por una sanción preventivamente útil no puede sentirse injustamente gravado.”¹⁷⁶

Como **principio de legitimación alternativo**, SCHÜNEMANN propone la idea de la **necesidad del bien jurídico**, como fundamento y límite de la multa a entidades colectivas. Es decir, ha afirmado un concreto estado de necesidad de prueba y con ello un estado de necesidad de prevención, bajo un doble supuesto: primero, que la lesión a un bien jurídico en el marco de una empresa no puede demostrar la autoría de una determinada persona natural; y, segundo, que una falla de organización de empresa ha, al menos, facilitado el hecho o ha hecho más difícil su demostrabilidad. Es este estado de necesidad preventivo el que puede legitimar una sanción independiente de la culpabilidad, en que los socios de la empresa (por ejemplo, afectados por una multa) no podrían sentirse injustamente dañados, ya que ellos han originado la actividad empresarial de la empresa socialmente dañina.

Ahora, este principio alternativo no es sólo aplicable a los casos en que no se logra la determinación de un autor individual de delito de empresa, pues con la punición del autor individual no se acaba propiamente con el efecto criminógeno de la actitud criminal de la asociación, esto es, “la predisposición del colaborador hacia determinadas acciones infractoras de normas, que se establece en la empresa mediante un gran número de procesos de aprendizaje”. Por ello **resulta conveniente, junto con el fortalecimiento de las sanciones individuales, imponer sanciones con efectos colectivos, que se dirigen precisamente a sancionar la actitud criminal de la asociación**. Ello, porque existe una diferencia material entre la conducta del individuo dirigida individualmente y la dirigida colectivamente, por lo que resulta legítima una sanción que no reconducida al principio de culpabilidad.¹⁷⁷

¹⁷⁶ SCHÜNEMANN. *Op.cit.* p. 589.

¹⁷⁷ *Ibid.* p. 592.

Como señala RIGHI, la imposición de penas a las personas jurídicas mediante la creación de un nuevo esquema de presupuestos no puede entrañar un peligro para los ciudadanos, aunque se prescindiera de la noción de culpabilidad. Esa preocupación, ciertamente plausible, no se salva renunciando a la pena y utilizando medidas de seguridad, pues éstas, por definición, tampoco se vinculan con el principio de culpabilidad. Renunciar a la pena a lo único que conduce es a ensanchar el territorio de la medida de seguridad, o a ampliar el poder sancionatorio de la Administración, que son ciertamente estrategias más riesgosas para los ciudadanos.¹⁷⁸

Por último, el modelo penal de aplicación de penas a las personas jurídicas nunca podría servir de coartada para la impunidad de los socios poderosos, pues jamás podría cancelar los supuestos de responsabilidad penal de ningún miembro de la corporación que personalmente haya tenido intervención como autor o partícipe del hecho punible.¹⁷⁹

C) Cómo configurar las sanciones a las personas jurídicas desde un punto de vista dogmático y político criminal.

La propuesta de SCHÜNEMANN, entonces, no se restringe a la sola sanción a las personas jurídicas, sino como una sanción cumulativa junto con la punición del miembro de la entidad que actúe. Entonces, en la configuración de las sanciones que se apliquen debe considerarse fundamentalmente la **idoneidad** de ellas, la **necesidad para la protección del bien jurídico**, y la **proporcionalidad**.

▪ Idoneidad de la sanción.

En cuanto a la idoneidad de la sanción, especialmente cuando nos referimos a **los delitos contra el medio ambiente**, resulta que las sanciones penales individuales son extremadamente

¹⁷⁸ RIGHI. *Op.cit.* p. 262.

¹⁷⁹ *Ibid.* p. 262.

moderadas, y no poseen ningún tipo de fuerza de sugestión en comparación, por ejemplo, con las fuertes penas que se imponen a los delitos contra el patrimonio. Por su parte, las penas pecuniarias a las empresas, en general, son asimiladas por estas empresas como meros factores de costo, y no son recibidas en forma demasiado dramática, tal como lo refleja el análisis siguiente.

La ecuación econométrica de Malamud.

Resulta pertinente incluir en esta parte el interesante análisis realizado por MALAMUD, en el cual se examina desde una perspectiva económica los efectos de las sanciones aplicables a las personas jurídicas. En este análisis se parte de la premisa de que los hombres eligen actuar sobre la base de cálculos racionales, buscando obtener el mayor beneficio y el menor perjuicio. De este modo, los casos en que las personas optarán por abstenerse de ejecutar una conducta prohibida pueden traducirse en una fórmula: el perjuicio (P) debe ser mayor que el beneficio, es decir, $B (P > B)$.

Pero como ocurre que ni el perjuicio ni el beneficio son consecuencias seguras de la acción, sino sólo probables, hay que tener en cuenta otros factores que completan la fórmula. P, inherente al castigo, equivale al monto de la pena (p) multiplicado por las probabilidades de ser aprehendido y condenado (a); por B se entiende ganancia esperada (g e), es decir la relación existente entre la entidad de esa ganancia multiplicada por la probabilidad de concreción. La fórmula se extiende así, de esta manera: $P (p \times a) > B (g e)$.¹⁸⁰

Las cuestiones expuestas obligan a abordar la posibilidad de mejorar los términos en que se plantea la ecuación para que el costo potencial, (probabilidad de castigo) aumente y el negocio o estrategia en que se originan los hechos ilícitos dejen de ser atractivos.

¹⁸⁰ MALAMUD GOTI. *Op.cit.* p. 47.

Se hace necesario llegar a quienes diseñan el modelo empresarial para que el sistema grupal se vea modificado; para esto hace falta elaborar una doctrina de la responsabilidad penal corporativa que abarque dos ámbitos: a) el primero, referido a las sanciones que pueden ser impuestas **directamente sobre la sociedad**; y b) el segundo, que apunta a la responsabilidad funcional de las **cabezas de la organización**. Esto último, sin embargo, mediante una técnica político-criminal diferente de la del derecho penal tradicional.¹⁸¹

Las dos vías o modalidades que puede revestir la responsabilidad societaria presentan aspectos positivos y también inconvenientes. MALAMUD considera necesario **combinar ambas vías** y variar las proporciones entre ellas de acuerdo con el tipo de delitos, la clase de empresa u organización, y la actividad normal de la última.¹⁸²

De este análisis se concluye que para obtener el efecto preventivo buscado, el castigo esperado debe estar corporizado en una **muy grave sanción** que es impuesta a la empresa. De lo contrario, esta sanción sólo importará una compensación o tasa que se paga al Estado por haber delinquido.

Sólo esa sanción, de gran envergadura, repercutirá en la estabilidad de los funcionarios superiores para así indirectamente, modificar el *modus operandi* de la corporación.¹⁸³

De modo pues que, a pesar de la experiencia en contrario, las multas societarias deben ser muy grandes para alcanzar a quien toma las decisiones de política corporativa. Pero aquí se encuentra el escollo de las **externalidades**. Si el costo social que provoca una sanción es mayor que el efecto beneficioso que se espera de la última, es mejor suprimir la pena que aplicarla.

¹⁸¹ *Ibid.* Pág. 49.

¹⁸² *Ibid.* Pág. 50.

¹⁸³ *Ibid.* Pág. 54.

En efecto, una multa suficientemente grande como para afectar a los que diseñan la política de la empresa porque se ven en peligro de ser removidos de sus cargos o disminuidas sensiblemente sus ganancias, lleva consigo peligros importantes, como los siguientes:¹⁸⁴

- a. El impacto de la sanción puede provocar, si no el cierre inmediato, al menos dificultades financieras que obligarán a **reducir costos**. Esto último redundará en el despido de empleados. Primera externalidad o costo social indeseado.
- b. La multa multimillonaria debilita la posibilidad económica y financiera de la empresa de modo que le es más difícil hacer frente a las **deudas** contraídas. La segunda clase de perjudicados son aquí los acreedores.
- c. La sanción económica descrita puede provocar por parte de las empresas que tienen cierta posición de dominio en el mercado una reacción inmediata. Esta consistirá en trasladar el importe de la multa a los **precios**, lo cual resulta posible dado que, por definición, no se encuentran en una situación sustancialmente competitiva. La sanción se refleja en una suerte de reafirmación de esa posición de dominio en el mercado: aumentar los precios para absorber los gastos sin que ello comporte una disminución paralela en el volumen de las ventas.¹⁸⁵

Los aspectos negativos de una multa muy severa aparecen también como consecuencia de otras sanciones que podrían sustituir a esta: clausuras, inhabilitaciones. Los costos sociales que provocarían estas reacciones seguirían siendo los señalados arriba.¹⁸⁶

- **Necesidad de la sanción.**

¹⁸⁴ *Ibid.* Pág. 55.

¹⁸⁵ *Ibid.* Pág. 56

En cuanto a la necesidad de la sanción, nos remitimos a lo ya dicho en cuanto a la necesidad de imponer sanciones penales a las personas jurídicas, porque los efectos criminógenos de una actitud criminal colectiva no pueden ser compensados con la sola imposición de sanciones penales individuales sujetas al principio de la culpabilidad.

- **Proporcionalidad de la sanción.**

La proporcionalidad de la sanción debe considerarse siempre en los casos de imposición de sanciones elevadas a las personas jurídicas, ya que con su magnitud no podría amenazar la existencia de la empresa, aunque la práctica en la mayoría de los países dista mucho de ello. En función de esta apreciación es que SCHÜNEMANN plantea que la multa es quizás una sanción demasiado indiferenciada como sanción única a la asociación, por lo que debiera también aplicarse otras sanciones.¹⁸⁷

Por ejemplo, en Alemania tienen aplicación las **medidas judiciales** que restablecen el *status quo* patrimonial anterior, en una cuota de sanción inferior al cien por ciento, por lo que tienen un efecto preventivo muy limitado, al igual que la confiscación de los instrumentos y productos del delito. Distinto es el caso de la **pena patrimonial** introducida en Alemania precisamente para combatir la criminalidad organizada, pero que sin embargo, sólo está permitida como pena accesoria de una pena privativa de libertad considerablemente larga y que, por lo mismo, no puede trasladarse al ámbito de las personas jurídicas.

Es por ello que SCHÜNEMANN exige la existencia de una **medida que represente una analogía con la pena privativa de libertad de las personas naturales** y, no obstante ello, lo menos gravosa para los accionistas de la empresa: la **vigilancia estatal temporal de la empresa**. Es decir, el sometimiento de la empresa a la dirección de una persona o institución determinada

¹⁸⁶ *Ibid.* Pág. 57.

¹⁸⁷ SCHÜNEMANN. *Op.cit.* p. 594.

por el Estado, por un cierto tiempo. SCHÜNEMANN confiere a esta medida un efecto preventivo elevado, especialmente por la disminución del prestigio de los altos directivos de la empresa.¹⁸⁸

En Estados Unidos esta especie de “puesta a prueba” de las corporaciones (*corporation’s probation*), es una especie de sanción mixta que permite la imposición de diferentes restricciones y la intervención en el funcionamiento de la empresa. Eventualmente también incluye la imposición a la asociación de un administrador (*public interest director*), tal como lo plantea SCHÜNEMANN.

¹⁸⁸ *Ibid.* p. 595.

CAPÍTULO 3:
POSIBILIDAD DE PLANTEAR LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS
JURÍDICAS EN CHILE, CON PARTICULAR REFERENCIA A LA MATERIA
AMBIENTAL

3.1 Precisiones preliminares.

En el Capítulo 1 de esta memoria nuestro objetivo era plantear y examinar la existencia del Derecho penal ambiental, es decir el delito ecológico; sus orígenes históricos y principales precedentes, así como la forma en que ha sido regulado en algunos de los países en que es reconocido. Luego, en el Capítulo 2, y considerando las particularidades que reviste el derecho penal ambiental en cuanto a la actuación de las personas jurídicas, revisamos someramente las instituciones y doctrinas del Derecho Penal vinculadas con la responsabilidad penal, específicamente en cuanto a la consagración o no de la responsabilidad penal de las personas jurídicas desde perspectivas dogmáticas y político criminales.

Como señalábamos en los capítulos anteriores, discutir y plantear teorías en torno a la existencia de un Derecho penal ambiental y en cuanto a la posibilidad de inculpar criminalmente a entes distintos de las personas naturales, se enmarca dentro de una sociedad moderna se caracteriza por la creciente importancia de las personas jurídicas en prácticamente todos los ámbitos de la actividad humana. Junto a las innumerables ventajas que presentan estas entidades, como su importante contribución al desarrollo económico, -por los volúmenes de capital que se manejan, la amplitud organizativa y la limitación de los riesgos a los bienes de la propia empresa- se encuentran una serie de desventajas que deben ser consideradas, en que el medioambiente es un campo especialmente sensible.¹⁸⁹

En efecto, existe una inherente tensión entre el crecimiento económico y la protección del medio ambiente, que es posible apreciar en las discusiones políticas esenciales de todos los países, en que no se excluye el nuestro. Por ello, una política medioambiental global y práctica no puede ignorar la influencia negativa que ejercen las empresas o industrias sobre el medio ambiente bajo la forma de personas jurídicas; influencia que es significativamente superior a la que pueden provocar las personas naturales. En este sentido, corresponde también al derecho

¹⁸⁹ MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS. *Op.cit.* p. 203.

penal plantearse, a la hora de tutelar el medio ambiente, cómo responder a la actuación de las personas jurídicas, y es en respuesta a tales requerimientos que en diversos países se ha reconocido la plena capacidad penal de estos entes, especialmente en el ámbito medioambiental, en particular, y económico, en general. El reconocimiento de bienes jurídicos a la persona jurídica, que cada vez es más amplio, lo cual está de acuerdo con su mayor participación en la vida económico social del sistema. Todo lo cual implica reconocer que la persona jurídica participa en las relaciones sociales, y en consecuencia, concurre a la estructura del **bien jurídico** en cuanto **relación social** y en cuanto expresión de los conflictos de necesidades de los sujetos participantes.¹⁹⁰

Sin duda, actualmente podemos hacer extensivas a nuestro país las consideraciones que en 1986 hacía VERCHER NOGUERA en torno a la situación española, en los siguientes términos: “Fácticamente, existen en la realidad social española, determinados presupuestos que en un futuro no muy lejano puedan aconsejarnos una completa revisión del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Tales presupuestos (...) podrían reconducirse a los siguientes puntos:

- 1) Aumento de la incidencia delictiva de las personas jurídicas. (...)
- 2) La aparición de delitos propios o especiales en el campo ambiental, que sólo pueden ser cometidos por determinadas y muy cualificadas empresas. Tal sería el caso de los vertido nucleares y de otras sustancias altamente tóxicas.
- 3) La propia complejidad burocrática de ciertas empresas y la constante tendencia a aumentar tal complejidad. Los organigramas de las modernas empresas multinacionales, por dar un ejemplo, (...) incorporan con frecuencia nuevos métodos de organización procedentes de otros países, que pueden dejar inaplicada la legislación española sin la menor dificultad.”¹⁹¹

¹⁹⁰ BUSTOS RAMÍREZ. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. p. 20.

¹⁹¹ VERCHER NOGUERA. *Op.cit.* p. 56

3.2 Doctrina y legislación nacional.

Chile es uno de los países en que se respecta en forma irrestricta el principio *societas delinquere non potest*. Ello tanto a nivel de derecho positivo, como a nivel doctrinario y jurisprudencial. El principio de culpabilidad encuentra consagración a nivel constitucional, lo que se considera el mayor obstáculo a la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

La Constitución de 1980, en efecto, señala dentro de las Garantías Constitucionales, en su Art. 19 N.º 3 que “**la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal**”, lo que se ha considerado como la consagración constitucional del principio de culpabilidad, como uno de los pilares del Estado de Derecho, y en consecuencia, la prohibición de toda responsabilidad criminal no basada en la culpabilidad, cual sería el caso de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Por su parte, nuestro Código de Procedimiento Penal, que data de 1894, establece expresamente en su artículo 39 inciso segundo la irresponsabilidad penal de estos entes, al señalar:

La responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales. Por las personas jurídicas responden los que hayan intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que afecte a la corporación en cuyo nombre hubieren obrado.

La doctrina y jurisprudencia dominantes en el país no cuestionan la norma constitucional ni sus consecuencias, con lo cual el principio *societas delinquere non potest* encuentra un fuerte respaldo en Chile. En efecto, el Proyecto de Código Penal de 1938, que consagraba expresamente la responsabilidad criminal de las personas jurídicas no pasa de ser un ejemplo anecdótico en nuestra historia legislativa.

La doctrina dominante en Chile reconoce que, en base a lo señalado en el artículo 545 del Código Civil, en Chile las personas jurídicas son personas *ficticias*, capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles y de ser representadas judicial y extrajudicialmente. El Derecho chileno civil, entonces, acoge fielmente la Teoría de la Ficción, con su consecuencia penal del principio *societas delinquere non potest*, que se consagra en la ya citada disposición del Código de Procedimiento Penal. Este principio encuentra apoyo, como lo señalábamos en el capítulo anterior, en los postulados fundamentales sobre los que se ha elaborado la teoría del Derecho Penal moderno, manteniéndose un punto de vista antropocéntrico (como fundamento filosófico) en la determinación del autor del ilícito, poniéndose énfasis en la responsabilidad personal. Es decir, opta por la criminalización de personas humanas y no por la criminalización de conductas.

En este sentido, NOVOA MONREAL sostiene que “el fundamento propio del Derecho Penal exige y supone un ser libre y consciente, dotado en sí mismo de esos atributos, idóneo para captar directamente el precepto penal y para someter su conducta a sus exigencias, que no se da en las personas jurídicas. Es por esto que ellas no pueden delinquir.”¹⁹² Por su parte, COUSIÑO MAC IVER señala que la persona jurídica es una abstracción que “no puede ser delincuente en el sentido natural ni legal”¹⁹³, pero a la cual sin embargo pueden imponerse sanciones adecuadas de carácter meramente administrativo (como multas, suspensiones, clausuras, pérdida de derechos, etc.). En el mismo sentido, DEL VILLAR BRITO manifiesta que “consideramos, por nuestra parte, que siendo consustancial a la responsabilidad penal la personalidad humana, no cabe estimar como sujetos responsables criminalmente a las personas jurídicas, por quienes deberán responder los que en su nombre han actuado, sin perjuicio de que aquellas puedan ser objeto de sanciones administrativas, congruentes con la actividad desarrollada, como las enunciadas

¹⁹² NOVOA MONREAL, Eduardo. Curso de Derecho Penal Chileno. Tomo 1. Parte General. Segunda Edición. Editorial Jurídica Ediar-ConoSur Ltda. Santiago de Chile. 1985. p. 245.

¹⁹³ COUSIÑO MAC IVER, Luis. Derecho Penal Chileno: Parte General. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1975. p. 271.

precedentemente (multas, clausuras, etc.) y que constituyan la adecuada punición para su conducta ilícita”.¹⁹⁴

De estos comentarios al menos desprendemos que, en efecto, si en relación al hecho de que a las personas jurídicas se les aplica hoy **sanciones punitivas** (independiente de su denominación), necesariamente hay que reconocer que ello obedece a la existencia de un determinado **comportamiento ilícito** por parte de la persona jurídica.

Como todos los sistemas legislativos en que no existe la responsabilidad penal de las personas jurídicas el tema es resuelto con el esquema tradicional del derecho penal, haciendo recaer esta responsabilidad en los directivos y representantes (personas naturales) que hubieran intervenido en la comisión del delito, aplicando las reglas tradicionales de autoría y participación,¹⁹⁵ como lo señala la citada disposición del Código de Procedimiento Penal.

En efecto, una de las más serias defensas al principio *societas delinquere non potest* la constituye, precisamente, el derecho positivo ya establecido, del cual se desprenden los principios dogmáticos fundamentales del derecho penal. En este sentido, se considera a la persona física como única destinataria posible de la norma, sujeto de una infracción y de su sanción.

La principal consecuencia de estas reglas tradicionales es, en toda la criminalidad de empresa, que las personas jurídicas continúan con su actividad económica y los directivos son simplemente reemplazados por otros. En estos casos nos encontramos con que permanece la “actitud criminal colectiva” que indica SCHÜNEMANN, y de la que tratamos en el capítulo anterior. En efecto, en las grandes corporaciones los directivos cambian permanentemente, por lo que al momento de investigarse las faltas o delitos corporativos incluso es posible que los

¹⁹⁴ DEL VILLAR BRITO, Waldo. Manual de Derecho Penal. Parte General. Editorial Edeval. Valparaíso, Chile. 1985. p. 57 y 58.

¹⁹⁵ NÚÑEZ HERRERA, Vladimir y HERNÁNDEZ CASTELLANOS, Alexeide. La Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica en los Delitos Medioambientales. Publicado en la Revista Electrónica de Estudios Jurídicos

responsables ya no pertenezcan a la empresa. Menor aún es el efecto, cuando el hecho delictivo no proviene de una empresa del país, sino del exterior.

Frente a las críticas que se formulan a este principio tradicional, quienes lo sostienen¹⁹⁶ argumentan que “en el derecho penal contemporáneo la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la empresa es más una aspiración lejana que un programa inmediato viable. La supuesta responsabilidad penal de las personas jurídicas se enfrenta no sólo a una crítica dogmática y de franco contraste con los principios del derecho penal vigente, sino también se opone a criterios político criminales cuyo fin es la realización preventiva, como función del derecho penal.”¹⁹⁷

Es por ello que para autores como Juan BUSTOS, en la actualidad resulta imposible plantear un sistema de responsabilidad de las personas jurídicas. Para ello habría que esperar la configuración de un nuevo Derecho Penal, que llegue a la configuración de nuevos tipos legales que puedan realizarse sólo por personas jurídicas, o bien, tanto por personas naturales como jurídicas.¹⁹⁸ Sin embargo, plantea una serie de consideraciones en torno a esta posibilidad.

En primer lugar, es preciso reconocer que en todas las legislaciones cada vez se les reconocen más derechos y consecuentemente se protegen más bienes jurídicos de las personas jurídicas.¹⁹⁹ Asimismo en casi todas las legislaciones penales se contemplan diferentes clases de penas para las personas jurídicas,²⁰⁰ ello porque cada vez con mayor frecuencia, la vida social

CUBALEX. Unión Nacional de Juristas de Cuba. Nro. 05. Julio-Septiembre 1998. Encontrado en http://publicaciones.derecho.org/cubalex/N%BA_05_Jul_Sept_1998/4

¹⁹⁶ En esta posición dogmática (dominante, por cierto) se encuentran, de modo ejemplar, Roxin, Welzel y Mezger en Alemania; Mir Puig, Rodríguez Devesa y Gracia Martín en España; Zaffaroni en Argentina, Hurtado Pozo y Peña Cabrera en Perú; y en Chile Cury y Novoa Monreal, entre otros.

¹⁹⁷ CASTILLO ALVA. *Op.cit.*

¹⁹⁸ BUSTOS RAMÍREZ. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. p. 15 y 16.

¹⁹⁹ No sólo se les reconoce su patrimonio, y por tanto, su capacidad de ser sujetos pasivos de delitos contra la propiedad, sino también se les reconoce una especie de honor o reputación que goza de protección penal (Ley de Abusos de Publicidad), y la libertad de acceder al mercado, análoga a la libertad de las personas naturales

²⁰⁰ BUSTOS RAMÍREZ. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. p. 16.

moderna se lleva a cabo a través de personas jurídicas y, más aún, debe admitirse que las personas naturales pueden cambiar o desaparecer, pero aquellas permanecen y que, además, son aquellas las conocidas en el mundo del mercado y no las personas naturales.

Este es un problema real con el que se encuentra la dogmática tradicional y que, en parte, ha sido solucionado en las últimas décadas sobre la base de la institución del “actuar por otro”,²⁰¹ que ya comentamos en el capítulo anterior. Es cierto que tiene razón el planteamiento de fondo de la institución del actuar por otro, esto es, que las personas jurídicas no pueden actuar sino con la concurrencia de personas naturales. Luego es indudable que el Derecho Penal no puede prescindir de esta consideración y siempre en lo esencial obviamente tendrá que ser Derecho Penal de las personas naturales. Pero también entonces tiene que reconocer que cada vez más resultan imprescindibles las personas jurídicas para el actuar de las personas naturales y en ciertos ámbitos resultan totalmente indispensables en la vida moderna y ella no se puede concebir sin éstas.²⁰²

En segundo lugar, BUSTOS advierte que –frente a esa realidad- la alternativa que muchas veces se ha tomado es la ampliación del ámbito de acción de las medidas de seguridad, lo cual no está exento de riesgos. Tal como lo sostiene también RIGHI, la necesidad de política criminal que existe es evitar la impunidad de los delitos que involucran a las corporaciones, pero esto debe alcanzarse utilizando un sistema punitivo compatible con la idea del estado de derecho. Y lamentablemente ello no es posible con los principios preventivistas que informan la medida de seguridad, ni con las sanciones administrativas a cargo del poder ejecutivo, por lo que cabe concluir que la reacción penal más vinculada a un sistema de garantías es la pena.²⁰³ En efecto no debe olvidarse que la pena sólo puede imponerse en razón de un delito cometido. En este sentido, la pena –como reacción penal- se encuentra rodeada de un conjunto de principios que constituyen garantías para los individuos, principios que en términos generales no son aplicables a las

²⁰¹ *Ibid.* p. 18.

²⁰² *Ibid.* p. 21.

²⁰³ RIGHI. *Op.cit.* p. 262.

medidas de seguridad. Por ello, cuando se argumenta a favor de consagrar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo que se pretende es acudir a **la pena** como remedio preferible.²⁰⁴

Luego, siguiendo a BUSTOS, hay que construir, con una dogmática coherente, una fundamentación que implique a su vez todas las garantías y alternativas correspondientes, y sea apropiada a la decisión político criminal de sancionar punitivamente a las personas jurídicas.

La propuesta de BUSTOS al respecto consiste en plantear que las personas jurídicas prestan una **colaboración o coparticipación** en las actuaciones de las personas naturales y, por tanto, en relación a un injusto se les puede atribuir la calidad de participación o coactuación. En otras palabras, la solución no estaría hoy a nivel del sujeto activo, sino de la participación. Lo cual no es algo tan anómalo en el Derecho Penal, pues en todos los delitos especiales sólo pueden ser sujeto activo determinadas personas y, no otras, pero éstas pueden participar en ese hecho.

205_206

En conclusión, siguiendo a BUSTOS, actualmente en nuestro país no es posible pretender elaborar una teoría del Derecho Penal para las personas jurídicas, en virtud de la vigencia durante dos siglos del principio político criminal y dogmático que sólo las personas naturales pueden ser sujeto activo de delito. Pero, dado que hoy cada vez con mayor fuerza predomina el principio político criminal que a la intervención de las personas jurídicas en la vida social moderna debe también, llegado el caso, aplicarse sanción punitiva, es necesario elaborar una teoría penal.

Esta pareciera entonces, dado el límite anterior señalado, que sólo puede construirse dogmáticamente en la teoría del delito en torno al problema de la participación en el delito y en la teoría del sujeto responsable sobre la exigibilidad de la conducta y, naturalmente, donde la

²⁰⁴ *Ibid.* p. 258.

²⁰⁵ BUSTOS RAMÍREZ. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. p. 22 y 23.

²⁰⁶ Ahora bien, según Bustos, tal colaboración puede surgir tanto en relación al funcionamiento organizativo de la empresa o persona jurídica (por ejemplo, por la forma que se toman sus decisiones sociales o de

construcción es más fácil, pues es lo que dice directamente relación con el punto de vista político criminal, es en la teoría de la determinación de la pena.

Frente a los planteamientos aparentemente contradictorios actuales en la teoría del Derecho Penal, en que las personas jurídicas no pueden ser sujeto activo de delito, pero que sí pueden ser sujetos a los que se les imponga una sanción punitiva, la única vía de sustentar de un modo plausible y al mismo tiempo garantista y de alternatividad es la de construir una teoría propia de **participación** en el hecho delictivo de la persona natural, sobre la base que ciertamente ellas intervienen al interior de las relaciones sociales, que son el concepto base del objeto de protección del Derecho Penal, esto es, los bienes jurídicos.²⁰⁷

El modelo planteado por BUSTOS, en cierto modo satisface las aprehensiones de quienes apoyan el principio *societas delinquere non potest* argumentando que la doctrina penal “más que plantear la responsabilidad penal de las personas jurídicas al mismo nivel que las personas individuales, como tema central debe ocuparse de brindar directrices y orientaciones político criminales para luchar contra organización de la criminalidad económica que suele esconder tras la empresa a una o más personas con poder político, social y económico.”²⁰⁸

Otros autores son partidarios de introducir algunos correctivos al principio *societas delinquere non potest*, sin abandonarlo, a fin de evitar situaciones de impunidad como la que se puede producir en los casos en que un grupo de sujetos o grandes corporaciones se conciertan y organizan a través de una persona jurídica, usándola como instrumento para delinquir; lo que en el plano ambiental puede tener graves repercusiones.

Entre dichos correctivos se puede citar la “desestimación de la personalidad jurídica”, que consiste en privar a la persona jurídica de todo significado jurídico cuando en un caso concreto

administración), o bien, por la forma en que están configurados sus estatutos, por ejemplo por su excesiva flexibilidad en los controles o la poca transparencia en relación a la toma de decisiones.

²⁰⁷ BUSTOS RAMÍREZ. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. p. 25 y 26.

aparezca claramente que ha sido usada como medio para la comisión de un delito, o la institución de la “actuación por otro”.²⁰⁹

En el mismo sentido, BAJO FERNÁNDEZ argumenta que la exclusión de las personas jurídicas del ámbito criminal no implica desdeñar la importancia que reviste en la actualidad la persecución y el castigo de la delincuencia económica; pero existen medidas sancionadoras fuera del ámbito penal (disolución, prohibición de contratar con entidades públicas, multas administrativas, medidas de seguridad, intervención de la actividad empresarial, controles de todo tipo, etc.) mucho más eficaces y que mantienen incólumes los principios dogmáticos del Derecho Penal liberal.²¹⁰

3.3 Examen del Proyecto de ley que establece el delito ambiental.

a) Generalidades en torno a nuestra legislación ambiental.

Tradicionalmente, la protección ambiental en Chile ha estado radicada en tres ramas del Derecho: Derecho administrativo, civil y constitucional. En sus inicios, el trabajo del Derecho administrativo como civil culminó en un gran desorden normativo. Con la Constitución de 1980, estas ramas tienen un ligero descanso al consagrarse la garantía de vivir en un medio ambiente libre de contaminación, garantía que venía de la mano con una acción cautelar que ha sido durante los últimos veinte años el instrumento jurídico más eficaz y probablemente el menos idóneo para prevenir un desastre ambiental: el recurso de protección.²¹¹

²⁰⁸ CASTILLO ALVA. *Op.cit.*

²⁰⁹ CASTILLO SÁNCHEZ. *Op.cit.* p. 120.

²¹⁰ BAJO FERNÁNDEZ. *Op.cit.* p. 72

²¹¹ PINILLA RODRÍGUEZ, Francisco. Breve análisis del delito ambiental y su proyecto de tipificación en Chile. IV Congreso Nacional Universitario de Derecho. Libro de Ponencias. Universidad de Talca. Talca, Chile. 1999. p. 33.

En efecto, la Constitución Política de 1980, en su Artículo 19, N.º 8 señala:

“[La Constitución asegura a todas las personas] El derecho de vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. La ley podrá establecer restricciones al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el Medio Ambiente”.

Y luego la Carta Fundamental agrega, en su Artículo 20 sobre el recurso de protección, que:

“Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N.º 8 del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto arbitrario e ilegal imputable a una autoridad o persona determinada”.

La relevancia de esta última norma para el análisis del delito ecológico está en que sólo procede el recurso de protección cuando el atentado contra el derecho a vivir en un medio ambiente no contaminado, está constituido por un “acto”, de modo que se excluye, para este efecto, la omisión –incluida en el resto de las garantías constitucionales protegidas–; además, para su interposición hay una exigencia doble y copulativa, consistente en “que este acto sea arbitrario e ilegal”.²¹²

El hecho que se excluya la omisión, por ejemplo por parte de los funcionarios públicos, deja fuera del ámbito del recurso de protección un campo enorme de posibles instancias de contaminación y daño al medio ambiente.

La Constitución de España, como la de muchos otros países, preceptúa la protección del medio ambiente, obligando a los legisladores a velar por el respeto del derecho en cuestión. Incluso algunos ven en este precepto “un principio constitucional rector de la política social y económica que, entre otras cosas, ha de informar la legislación positiva y la actuación de los

²¹² Ver SILVA SILVA. *Op.cit.* p. 82

poderes públicos. Del imperativo constitucional se derivan las siguientes consecuencias: debe existir una política ambiental y debe desarrollarse legislativamente este principio constitucional”.²¹³

La comparación de este precepto constitucional español con el similar chileno, podría permitir la conclusión que la Constitución Política de Chile también eleva el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación al rango de un “principio rector de la política social y económica”, aunque con las severas limitaciones ya señaladas.²¹⁴

Sólo en 1994 existe un principio de organización de la normativa ambiental con la Ley 19.300, Sobre Bases Generales del Medio Ambiente (D. O. 9 marzo 1994), que por primera vez establece la definición de diversos conceptos de relevancia ambiental hasta la fecha no definidos, como por ejemplo:

“l) **Medio Ambiente:** el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones;

m) **Medio Ambiente Libre de Contaminación:** aquél en el que los contaminantes se encuentran en concentraciones y períodos inferiores a aquellos susceptibles de constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental;”.

Hasta la fecha en Chile la protección al medio ambiente pasa fundamentalmente por el recurso de protección (limitado, por cierto, como lo señaláramos precedentemente), a lo que se agrega la vía administrativa y, aún en forma muy incipiente, la vía civil para hacer efectiva la responsabilidad por el daño al medio ambiente. Esta última alternativa (introducida por la

²¹³ De Vicente (1993, p. 59 y ss.), citado por Connelly, en El concepto de medio ambiente y el delito ecológico. .. Pág. 1.

referida Ley de Bases) también sigue las líneas más conservadoras de la responsabilidad civil nacional, esto es, la responsabilidad subjetiva, con las consecuentes problemáticas probatorias de la culpa o dolo, así como de la causalidad entre el acto u omisión doloso o culpable y el daño al medio ambiente; por lo que en la práctica sus efectos (en cuanto a la determinación de responsables de daños al medio ambiente) han sido escasos.

b) Fundamentos y Estado de tramitación del proyecto.

En primer lugar, el proyecto de ley que establece el delito ambiental en Chile, que se encuentra en tramitación en el Congreso Nacional, fue presentado ante la Cámara de Diputados el día 3 de Junio de 1998. Este proyecto es una moción formulada por diputados Aníbal Pérez, Juan Bustos, Zarko Luksic, Sergio Elgueta, Ricardo Rincón, Francisco Encina, Leopoldo Sánchez, Sergio Ojeda, Waldo Mora y José Pérez.

La tramitación de este proyecto ha sido lenta y, a la fecha, las únicas gestiones se refieren a la adhesión al proyecto por parte del diputado Juan Pablo Letelier, remisión de oficio a la Corte Suprema y, la más importante de ellas, el análisis de la moción en la Comisión de Medio Ambiente y Recursos Naturales, la cual acordó reformular ciertos aspectos del proyecto, a través de una indicación sustitutiva presentada por sus autores.

El fundamento de la moción referida reconoce que Chile se ha colocado dentro de los países más avanzados al reconocer constitucionalmente el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (Art. 19 N.º 8 de la Constitución Política) pero que, sin embargo, ello está en trance de quedarse en una mera “declaración de buenas intenciones”, toda vez que nuestro medio ambiente está sufriendo un progresivo deterioro, lo cual es ostensible tratándose de la grave contaminación atmosférica de la capital del país. La moción parlamentaria busca desarrollar, entonces, los derechos consagrados en los números 1º, 8º y 9º del artículo 19 de la

²¹⁴ Connelly, El concepto de medio ambiente y el delito ecológico. .. Pág. 1.

Constitución Política, a través de la tipificación de delitos de acción penal pública, elevando al medioambiente al nivel de bien jurídico protegido por una ley penal especial.²¹⁵

A pesar de las restricciones al recurso de protección establecidas en la Constitución Política, ya señaladas, y la aparente exclusión de la acción popular en la Ley Sobre Bases Generales del Medio Ambiente, que podrían ser interpretadas como la negación de que el medio ambiente sea, en Chile, un bien jurídico autónomo,²¹⁶ este proyecto logra consagrar esta calidad al medio ambiente. En efecto se protege como bien jurídico autónomo en cuanto se protege penalmente por sí mismo y no en función del daño que su perturbación pueda causar a otros, como la vida humana, la salud pública o individual, la propiedad de las cosas, animales o plantas, independientemente del hecho que la lesión o puesta en peligro de lesión a estos otros bienes jurídicos sea considerada para efectos de configurar agravantes o concursos de delitos.

Debemos recordar, en este punto, que en la actualidad existen en la legislación nacional una serie de tipos penales que protegen (directa o indirectamente) ciertos elementos del medio ambiente, pero sin coordinación alguna entre ellos, ya que los encontramos en diversos párrafos del Código Penal ²¹⁷ así como en otros cuerpos legales.²¹⁸

El estudio del proyecto en la Comisión de Recursos Naturales, Medio Ambiente y Bienes Nacionales tuvo como consecuencia la introducción de una indicación sustitutiva que, en lo formal, implica la introducción de un nuevo párrafo al Título VI del Libro II del Código Penal (artículos 305 a 309), en vez de una ley especial, como lo planteaba la moción inicialmente.

²¹⁵ MILLALEO HERNÁNDEZ, Salvador. Análisis legislativo: Chile rumbo a una legislación contra la delincuencia ecológica. Apuntes de Derecho. N.º 4 Primavera 1998. Facultad de Derecho Universidad Diego Portales. 1998. Santiago de Chile. p. 45

²¹⁶ Connelly.... El concepto de medio ambiente y el delito ecológico....Pág. 1.

²¹⁷ Ejemplos son los artículos 289, 291, 291 bis, 314, 317, 476 N.º 3, 496 N.º 21 y 29 del Código Penal.

²¹⁸ Como por ejemplo, la Ley General de Pesca y Acuicultura N.º 18.892 (D.O. 23.12.89) en sus artículos 135, 136 y 137; Ley de Bosques D.S. N.º 4.363 (D.O. 31.07.31) en sus artículos 17, 21 y 22; la Ley de Monumentos Nacionales N.º 17.288 (D.O. 04.02.70) en su artículo 38; y la Ley sobre Seguridad Nuclear N.º 18.302, en sus artículos 41, 42, 43, 45 y 47; entre otras.

La indicación sustitutiva, además, precisó el contenido del tipo base, y agregó al proyecto las llamadas “medidas de protección” respecto de las empresas, las que fueron trasladadas al Art. 308, como norma general aplicable a estos ilícitos, así como la obligatoriedad de la publicación de la sentencia condenatoria ejecutoriada, en los casos de los tipos agravados.

c) Sistema que establece el proyecto de ley

El proyecto pretende –de acuerdo a la indicación sustitutiva planteada- la incorporación de un nuevo párrafo al Título VI del Libro II del Código Penal. Esto es, se agregaría el Párrafo 13, denominado “*Del Delito Ambiental*”. Este párrafo consta de cinco artículos (305 a 309) el que se enmarca dentro del título dedicado a los *Crímenes y Simples Delitos contra el Orden y la Seguridad Públicos cometidos por particulares*. Este párrafo se encontraría a continuación del dedicado a *La Evasión de los Detenidos* (Párr. 12) y sería sucedido por el de los *Crímenes y Simples Delitos contra la Salud Pública* (Párr. 14), ocupando el lugar del desaparecido párrafo dedicado a *La Vagancia y Mendicidad*.

El primer artículo del proyecto (de acuerdo a su indicación sustitutiva) establece un tipo base de peligro concreto:

Art. 305.- El que realice directa o indirectamente una emisión, vertido, radiación, extracción o excavación, aterramiento, ruido, vibración, inyección o depósito, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, o las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, con incidencia incluso en los espacios transfronterizos, **que pongan en peligro el equilibrio de los sistemas naturales, contraviniendo las disposiciones de carácter general o particular protectoras del medio ambiente**, será castigado con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo.

Los artículos 306 y 307 contemplan hipótesis privilegiadas y agravadas, en relación de la afeción a otros bienes jurídicos (como la vida y la salud de las personas), o bien por tratarse de

espacios legalmente protegidos o desobediencia o entorpecimiento a las normas o actividades inspectivas de la Administración del Estado. Por su parte, el Art. 309, establece especialmente la atenuante de la reparación del mal causado, aplicada específicamente a estos delitos.

El proyecto se enmarca dentro de la realidad legislativa nacional de respeto al principio *societas delinquere non potest*, es decir, sólo formula tipos penales en que el sujeto activo sean personas naturales. A pesar de ello, en la escasa discusión que ha tenido el proyecto resulta uno de los temas más debatidos el de las sanciones o “medidas” aplicables a las personas jurídicas que se encuentren tras las personas naturales que cometen los delitos.

En este sentido, el debate del proyecto no escapa de la discusión internacional que se da en torno a este tema y que hemos revisado en los capítulos anteriores. Existe consenso en los legisladores que presentan el proyecto en que debe ser abordado el problema de las personas jurídicas, tal como se señaló por los diversos partícipes en el análisis de la moción: “(...) se requiere hacer clara mención al aspecto relativo a las empresas. Hoy, particularmente en el derecho comparado aparece como fundamental el establecimiento de sanciones a las empresas”;²¹⁹ “Los atentados más importantes al medio ambiente no son cometidos por personas naturales sino por “delincuentes ecológicos”, los que detentan la calidad de personas jurídicas, normalmente conformadas por grandes corporaciones”;²²⁰ “En cuanto al sujeto activo, la preocupación básica debería girar en torno a las personas jurídicas antes que las personas naturales. Es claro que quienes están mayormente expuestos a cometer un ilícito penal ambiental son las empresas.”²²¹

²¹⁹ Intervención del Diputado Juan Bustos en el Análisis de la Moción. Informe de la Comisión de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente sobre el Proyecto de Ley que tipifica el Delito Ambiental. Boletín N.º2177-12. 6 de Agosto de 1998. Cámara de Diputados. Chile. p. 7.

²²⁰ Intervención del asesor jurídico Marcelo Castillo en el Análisis de la Moción. Informe de la Comisión de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente sobre el Proyecto de Ley que tipifica el Delito Ambiental. Boletín N.º2177-12. 6 de Agosto de 1998. Cámara de Diputados. Chile. p. 8.

²²¹ Intervención de Claudio Osorio, abogado, en representación del Instituto Libertad y Desarrollo en el Análisis de la Moción. Informe de la Comisión de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente sobre el Proyecto de Ley que tipifica el Delito Ambiental. Boletín N.º2177-12. 6 de Agosto de 1998. Cámara de Diputados. Chile. p. 10.

Este interés se plasmó en el inciso final del artículo 307, y el artículo 308, que establecen lo siguiente:

Art. 307 (inc. final).- Cuando concurren alguna de las agravantes establecidas en el inciso anterior, un extracto de la sentencia condenatoria ejecutoriada, redactada por el secretario del tribunal que la dictó en primera instancia, será publicada en un diario de circulación nacional a costa del autor del delito.

Art. 308.- En todos los casos previstos en los artículos anteriores, el tribunal podrá imponer, motivadamente, alguna de las siguientes medidas de protección:

a) Clausura de la empresa, la de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de dos años.

b) Paralización de las obras o suspensión de las actividades que sean peligrosas para el medio ambiente, por un lapso que no exceda de dos años.

d) Análisis de las disposiciones relevantes a las personas jurídicas en el proyecto de ley.

La mencionada imposibilidad de condenar penalmente a una persona jurídica en nuestro actual sistema penal no quiere decir que en un proceso de este tipo no se puedan adoptar medidas tendientes a alcanzar a la empresa en cuyo seno se ha desarrollado la actividad contaminante, como único medio de frenar dicha actividad y con ello, el perjuicio ambiental.²²²

Ese parece ser el propósito de las referidas disposiciones (artículo 307 inciso final, y 308), que son las de mayor relevancia para las personas jurídicas. En ellas apreciamos un tímido intento de alcanzar a las “íntocables” (desde el punto de vista jurídico penal nacional) personas jurídicas y empresas, que siempre estarán detrás de los grandes atentados contra el medio ambiente.

²²² MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS. *Op.cit.* p. 199.

En primer lugar, el **Art. 307 inciso final** nos recuerda una de las sanciones a las personas jurídicas que goza de mayor favor en el derecho comparado, especialmente en el italiano y norteamericano, donde es conocida como “publicidad adversa”. En efecto, esta sanción está – aunque puede discutirse su carácter civil o penal- en el Derecho comparado directamente dirigida a la persona jurídica, y a afectar uno de sus bienes jurídicos más preciados: su imagen pública u “honra”, de vital importancia para las personas jurídicas en su prestigio financiero o comercial.

Por su parte, el **Art. 308** establece, bajo la denominación de “medidas de protección” ejemplos de las ya largamente debatidas medidas de seguridad. En efecto, nos encontramos con una reacción penal distinta de la pena, y de un contenido relativamente indeterminado (la duración y determinación de los locales o actividades afectadas dependerán exclusivamente de la decisión judicial) que será impuesta a través de un procedimiento inquisitivo y no obligatorio para el tribunal (que *puede o no* imponer las medidas).

En primer término, cabe felicitar la iniciativa en cuanto establece sanciones (llámense medidas de seguridad, de protección u otra denominación) a las personas jurídicas en cuanto tales, la que se une a disposiciones tales como la del Decreto Ley N.º 211 de 1973, que establece otra de las medidas de seguridad aplicables a las personas jurídicas en nuestro derecho, cual es la extinción de la personalidad jurídica a aquellas personas que atentan contra la libre competencia.

Lamentamos, sin embargo, la **falta de variedad y gravedad** en estas sanciones. En cuanto a la **gravedad**, no cabe duda que la libre competencia es uno de los principales pilares de nuestro sistema económico, pero el medio ambiente es, sin duda, el presupuesto básico de la existencia de la sociedad, por lo que tendría mérito suficiente como bien jurídico para ser acreedor de una medida de seguridad del rango de la establecida en el Decreto Ley 211.

También en el Derecho comparado se contemplan graves sanciones, como por ejemplo la disolución de las agrupaciones, una de las “consecuencias accesorias” del nuevo Código Penal español (Art. 129) que equivale a una especie de “pena de muerte” para la persona moral.²²³

En cuanto a la **variedad**, la disposición es realmente limitada. No sólo por el escaso número de ellas, sino porque –en la práctica- muchas veces ambas medidas tendrán el mismo efecto: paralizar la actividad de que se trata. Tal como hemos señalado en este trabajo, en el Derecho comparado existe una amplia gama de sanciones o “medidas” aplicables a las personas jurídicas, tales como la intervención en la dirección de la empresa por un determinado periodo de tiempo (que goza de gran favor en autores como SCHÜNEMANN, como señalamos en el capítulo anterior).

Para evaluar estas sanciones fijaremos nuestro parámetro no en las legislaciones comparadas de países desarrollados, sino que en las Recomendaciones en lo relativo a la Responsabilidad penal de las personas jurídicas por infracciones penales contra el ambiente²²⁴, apuntadas en el XV Congreso Internacional de Derecho penal, cuya premisa es el reconocimiento explícito de la igual capacidad penal de las personas físicas y de las jurídicas, como consecuencia de lo cual los diversos ordenamientos jurídicos deben contemplar sistemas de sanciones para cada tipo de personas. Estas Recomendaciones se han planteado incluso previendo la realidad de los sistemas jurídicos en que la responsabilidad penal sólo recae en personas físicas, por lo cual se contemplan disposiciones que buscan reforzar la responsabilidad directa de los altos directivos de las empresas, de modo que la responsabilidad penal no se vea burlada por manejos administrativos.

Analizaremos, entonces, las “sanciones” que establece el proyecto de ley a las personas jurídicas a la luz de lo establecido por estas Recomendaciones, que constan de cuatro puntos

²²³ TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de las personas jurídicas.

generales, y luego disposiciones específicas referidas a las personas jurídicas privadas y a los organismos públicos:

1.-Las conductas merecedoras de la imposición de sanciones penales pueden ser realizadas tanto por personas físicas como por personas jurídicas y organismos públicos.

Esta es una disposición de tipo declarativo pero no por ello menos importante. En efecto, esta disposición implica el reconocimiento de una realidad social muchas veces invisibilizada por el Derecho, en que las personas jurídicas tienen una activa participación, tanto en actividades lícitas como ilícitas, y con aún mayor incidencia en los delitos contra el medio ambiente.

En este sentido podemos decir que el proyecto reconoce indirectamente el hecho que las personas jurídicas involucradas en estos delitos tienen un comportamiento ilícito, por lo que se les sanciona con las ya mencionadas medidas.

2.-Los sistemas jurídicos nacionales deberían prever, si fuera posible en su Constitución o Derecho Fundamental, una amplia variedad de sanciones penales y otras medidas adaptadas a las personas jurídicas privadas y públicas y organismos públicos.

En este punto las Recomendaciones reconocen la realidad constitucional de diversos países, muchos de ellos contemplan con ese rango la responsabilidad penal exclusivamente individual, como es el caso de Italia, Chile y muchos otros países latinoamericanos. En estos países, en que además de las normas constitucionales existen fuertes posiciones dogmáticas al respecto, se sugieren justamente las modificaciones constitucionales necesarias para admitir las sanciones a las personas jurídicas, como ocurrió con la actual Constitución de Brasil.

²²⁴ FONTAN TIRADO, Rafael y SERRANO MAILLO, Alfonso. XV Congreso Internacional de Derecho Penal. En Revista Criminalia, año LX, N° 2. México: Academia Mexicana de Ciencias Penales. Mayo-Agosto 1994, p. 140-150.

En otros países, como Holanda, Dinamarca, Francia y Portugal, no han sido necesarias modificaciones de rango constitucional, sino sólo legales. Por ejemplo, el Código Penal portugués no establece expresamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero deja abierta tal posibilidad al consagrar que la responsabilidad penal es individual “salvo disposición en contrario”²²⁵, permitiendo que, mediante normas especiales se sancione penalmente a las personas jurídicas.²²⁶ En Holanda, la punibilidad de las personas jurídicas ha sido reconocida tanto a nivel legislativo como jurisprudencial. En el ámbito legislativo, el artículo 51 del Código Penal Holandés consigna, desde 1976, la responsabilidad penal de las personas morales, y aún antes de eso se reconocía esta responsabilidad en la Ley contra la Delincuencia Económica. A nivel jurisprudencial, la Corte Suprema Holandesa sostiene incluso que sólo algunas de las consecuencias de los delitos de las personas jurídicas pueden ser imputadas a ciertas personas naturales vinculadas con aquella.

Lo fundamental en este punto es prever una variedad de sanciones aplicables a las personas jurídicas involucradas. La pena de **multa** es la que, sin duda, ha recibido más críticas por su incapacidad para desincentivar la realización de determinadas actividades atentatorias contra el medio ambiente.²²⁷ La única solución, en consecuencia, es imponer multas de tal entidad que superen en todo caso las ganancias derivadas del delito.²²⁸ Pero aún cuando se eleven las multas al doble o triple de las ganancias obtenidas (lo que ya es difícil de acreditar), persiste el problema en cuanto al carácter disuasorio que ello podría tener, particularmente en los casos de actividades contaminantes de tipo industrial. Por ello se considera que la pena de multa debe ir siempre acompañada de algún otro tipo de sanción, máxime si se piensa que el derecho penal se

²²⁵ Art. 11 del Código Penal portugués.

²²⁶ Como ocurre con la Ley de Infracciones Antieconómicas y la Ley contra la Criminalidad Informática portuguesas.

²²⁷ En la Ecuación Econométrica de Malamud. (p. 80)

²²⁸ Esta medida también ha sido criticada por parte de la doctrina, que considera que nos encontramos frente a un decomiso de los beneficios y no realmente ante una facultad sancionadora *stricto sensu*. En este sentido, BLANCO LOZANO, Carlos. La extinción de las sanciones administrativas y tributarias. Marcial Pons. Madrid, España. 1990. Pág. 170. Citado por CALVO CHARRO, María. *Op.cit.* p. 133.

reserva sólo para los casos más graves de infracción, debiendo la multa considerarse sólo como una sanción administrativa para ilícitos de este tipo.

En cuanto a los efectos preventivos que puedan o no tener las penas tradicionales y las penas creadas para los demás delitos económicos, cabe mencionar un estudio realizado en 1974, bajo la dirección de Klaus TIEDEMANN, tendiente a descubrir los efectos de prevención general que las diversas penas pueden ejercer con respecto a los delitos económicos en general. El resultado fue el siguiente: “En resumen, las respuestas respecto de una cuota de devolución relativamente alta, del 70% de los cuestionarios, llevaron al resultado de que tanto la oposición interna (de conciencia) como también el efecto intimidatorio de penas de multa respecto de delitos económicos son muy bajas y que exclusivamente la probabilidad de una persecución penal con condena a **pena privativa de libertad** (de corta duración) que no es remitida condicionalmente, representa un medio efectivo de intimidación. Junto a ello sólo tenía todavía un peso considerable de fuerza preventiva general el **cierre de la actividad industrial** o bien, la **interdicción de ejercicio profesional**; dado que tal medida, sin embargo, excluye al autor (potencial) totalmente de la vida profesional o bien de la correspondiente rama económica, resulta ser la medida más grave fuera de la escala con otras posibilidades”.²²⁹

El proyecto de ley que analizamos no contempla sanciones pecuniarias contra los responsables de estos actos, lo que no obsta la existencia de las multas que procedan desde el punto de vista administrativo en función de las infracciones de ese orden que se hayan cometido por la persona natural directamente involucrada o por la persona jurídica, indistintamente. En el Derecho comparado, además, con el objeto de evitar la elusión de las sanciones pecuniarias se manifiesta la importancia de que, en caso de disolución y liquidación de la persona jurídica con

²²⁹ TIEDEMANN, Klaus. Derecho sobre los monopolios y derecho penal de los monopolios. En RIDP, Actes du Premier Colloque Regional Espagnol sur Politique Criminelle et Droit Pénal. 1978-I. Pág. 368. Citado por MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS. *Op.cit.* p. 194.

estas obligaciones pendientes, se entiendan éstas parte del pasivo del patrimonio que se transmite a los socios, quedando éstos obligados a responder de las mismas.²³⁰

Indirectamente, existe un efecto pecuniario que, sin duda, afectará a las personas jurídicas en el modelo propuesto por el proyecto de ley, en atención a lo señalado en el **artículo 309**, que establece en forma especial la atenuante de la reparación del mal causado, aplicada a este tipo de delitos. Ello porque en la mayor parte de los casos, frente a daños al medio ambiente producidos en el seno de una determinada empresa, será esta la que asuma los costos de la reparación del daño causado, especialmente considerando los elevados costos que la restauración del medio ambiente implica (demasiado elevados como para ser solventados por personas naturales).

Como penas principales el proyecto contempla sólo **penas privativas de libertad** para quienes resulten responsables de los delitos, además de las sanciones o medidas aplicables a las personas jurídicas. La primera dificultad con la que nos encontramos (en el caso que la actividad ilícita se realice a través de una persona jurídica) es determinar qué persona física es la que debe sufrir este castigo, es decir, la persona efectivamente responsable de la actuación desarrollada en el seno de la persona jurídica. Incluso en el caso que se supere esta dificultad, existe una segunda: la posibilidad de obtener beneficios alternativos al cumplimiento de la pena privativa de libertad.²³¹

Se ha planteado entonces, en los casos de delitos medioambientales, la posibilidad de reducir la facultad de los tribunales de conceder estos beneficios, sin embargo tal opción

²³⁰ BLANCO LOZANO, Carlos. La extinción de las sanciones administrativas y tributarias. *cit.* p. 174. Citado por CALVO CHARRO. *Op.cit.* p. 133.

²³¹ En Chile, de acuerdo a la Ley 18.216 gozan de medidas alternativas al cumplimiento de la penas privativas o restrictivas de libertad, quienes han sido condenados por primera vez por crimen o simple delito a una pena que no exceda de cinco años, (con la sola excepción de los condenados por delitos sexuales en que la víctima sea menor de 12 años), por lo cual resulta claro que eventuales penas privativas de libertad para las personas naturales que cometan estos delitos ambientales, en la mayoría de los casos sólo existirían en el papel.

significaría dar un trato desigual a un sector particular, lo que entraría en conflicto con los principios generales contenidos en la legislación.

Es interesante reconocer que, particularmente en torno a la sanción establecida en el **inciso final del artículo 307**, se trata de una sanción penal que, en el derecho comparado –como ya lo comentamos- es una sanción típicamente aplicable a las personas jurídicas. Por ejemplo, en Portugal, entre las sanciones penales aplicables a las personas jurídicas se contempla la publicidad de la decisión judicial, que también es conocida como publicidad adversa²³², en el Derecho estadounidense, gozando e este último país del mayor favor de la doctrina y organismos encargados de fiscalizar la normativa ambiental, ya que afecta el prestigio y éxito financiero de la persona jurídica; y se ha mostrado como sumamente efectiva en su aplicación por los tribunales.²³³

Ahora bien, en el texto del proyecto, no se estipula esta sanción como dirigida a las personas jurídicas que puedan estar involucradas o en cuyo seno hayan ocurrido los delitos ambientales que se sancionan, sino como una sanción accesoria a las penas privativas de libertad de los personalmente responsables, lo que –en los hechos- vendría a constituir la única sanción perceptible para ellos (en cuanto suponemos que la mayor parte de los condenados serán beneficiados con medidas alternativas al cumplimiento de la pena privativa de libertad). De este modo, la posible mención a la persona jurídica en estas publicaciones será sólo circunstancial o eventual, y en todo caso, jamás se adjudicará ninguna responsabilidad a ella, sino que sólo serán nombradas para definir el espacio físico en que se produjo el delito o el lugar de trabajo de los responsables. En efecto, recordemos que sólo se publicará la sentencia condenatoria penal, pero

²³² Consiste en publicar en la prensa diaria la condena contra la persona jurídica.

²³³ En efecto, no es la mera publicación del texto de la sentencia, sino que es el tribunal el que determina en qué medio periodístico se publica y en qué espacio. En una sentencia dictada contra la empresa “Precision Special Metals”, se le obligó a adquirir media página del prestigioso periódico “Wall Street Journal” y a insertar en ella una descripción pormenorizada del tipo de crimen ecológico cometido, la forma en que se hizo peligrar la salud pública y también el dato relativo a la pena carcelaria a la que fue condenado uno de los ejecutivos por la comisión del delito. William GREIDER, citado por VERCHER NOGUERA, Antonio. *Op.cit.* 102.

no la eventual sentencia –probablemente dictada por el mismo tribunal- en que se resuelvan las responsabilidades civiles involucradas.

En este sentido, entonces, en el proyecto de ley se encuentran bastante disminuidos los efectos preventivos o intimidatorios que esta sanción genera fuertemente en el derecho comparado. No olvidemos que, atendido el hecho que Chile se mantiene el principio de la irresponsabilidad penal de las personas morales, incluso puede ocurrir que muchas de ellas recurran constitucionalmente en contra de extractos de sentencias que sean o pretendan ser publicados y que afecten la honra o reputación de estas personas que, en un sentido estricto, son absolutamente inimputables y en consecuencia, “siempre jurídicamente inocentes”.

En cuanto a las medidas de protección señaladas en el **artículo 308**, resultan de gran importancia, ya que –como señala MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS- en muchos casos resulta imprescindible la aplicación de la medida de paralización temporal de la actividad, como único medio de frenar la acción contaminante, paralización que el juez puede decretar con carácter cautelar. La conveniencia de adoptar este tipo de medidas fue ya señalada en el XII Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal, celebrado en Hamburgo en 1979.

234

En resumen, el proyecto de ley resulta bastante limitado en cuanto a variedad de sanciones se trata. En efecto, y a pesar de dar un gran paso estableciendo medidas de seguridad aplicables a las personas jurídicas, éstas resultan sumamente escasas y restringidas. Las diversas sanciones o “medidas” reconocidas en el Derecho comparado, entre las cuales destacan, por ejemplo, la intervención en la dirección (*public interest director*)²³⁵ o el servicio comunitario,²³⁶ en Estados Unidos; o la amonestación, multa y disolución accesoria, pérdida de las ganancias obtenidas

²³⁴ MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS. *Op.cit.* p. 211.

²³⁵ Puede consistir en el establecimiento de una disciplina determinada dentro de la empresa, determinada por expertos, o una orden de reforma de la organización interna de la misma.

²³⁶ Entendido como la obligación de la empresa de emprender una obra socialmente útil y a la que está capacitada por tener relación con su actividad habitual.

indebidamente, clausura definitiva del establecimiento, entre otras, utilizadas en Portugal y España, no encuentran cabida ni bajo la forma de penas ni de medidas de seguridad en este proyecto.

3.-Cuando una persona jurídica, pública o privada, se encuentre involucrada en una actividad que plantea un serio riesgo de daño para el ambiente, debería obligarse a los directivos y a las autoridades gestoras de esos organismos que ejerzan su responsabilidad de control de modo a prevenir la producción del daño; y deberían ser considerados penalmente responsables si se produce el daño como consecuencia de su fracaso en el adecuado cumplimiento de su responsabilidad de control.

4.-Para minimizar el riesgo de injusticia procedente de la inadecuada aplicación de leyes relativas a las infracciones contra el ambiente, el derecho doméstico debería especificar lo más claramente posible los criterios de identificación de los agentes humanos intervinientes en el marco de las personas jurídicas privadas y organismos públicos potencialmente responsables de infracciones contra el ambiente cometidas por esas entidades.

Estas Recomendaciones generales sugieren el reforzamiento de las alternativas a la punibilidad de las personas jurídicas, que contemplan, por una parte, el robustecimiento de las sanciones e hipótesis de imputabilidad a las personas naturales (a través de los tipos omisivos, por ejemplo). En este sentido, los tipos penales que establece el proyecto de ley son sumamente débiles, ya que no existe ningún reforzamiento de las posiciones de garante que deben ejercer los funcionarios directivos de las empresas, por lo que –en general- se producirán aquellos casos en que no lograrán configurarse los elementos necesarios para la imputación a una persona natural determinada, tal como lo señalábamos en el capítulo anterior.

Luego las Recomendaciones contemplan disposiciones especiales referidas tanto a las personas jurídicas privadas como a las de carácter público, particularmente aplicables a los casos en que no es posible atribuir directamente la responsabilidad penal a una persona natural, en los siguientes términos:

PERSONAS JURÍDICAS PRIVADAS

5.-En la medida en que sea posible de acuerdo con la Constitución o las Leyes Fundamentales del país, sin perjuicio del respeto del principio de personalidad de las infracciones penales, debería ser posible la persecución de personas jurídicas privadas por infracciones penales contra el ambiente si no cabe atribuir directamente esa responsabilidad a un agente humano identificado de la entidad.

6.-Cuando una persona jurídica privada sea responsable de grave daño contra el ambiente, debería poder perseguirse a esa entidad por infracciones contra el ambiente, con independencia de si el daño resulta de un acto u omisión individual o de actos u omisiones acumulados a lo largo del tiempo.

7.-La imposición de sanciones penales contra personas jurídicas privadas no debería servir de exoneración de los culpables pertenecientes a las entidades involucradas en la comisión de infracciones contra el ambiente.

Estas Recomendaciones tocan varios de los temas que ya hemos mencionado en este trabajo. Primero, que la existencia de responsabilidad penal de las empresas o personas jurídicas jamás puede obstar a la responsabilidad individual de las personas naturales que participan en el hecho, es decir, el Derecho penal colectivo o de las personas jurídicas sólo viene a complementar al Derecho penal individual tradicional.

Segundo, que es importante consagrar la responsabilidad penal de estos entes, sobretodo atendiendo a los casos en que no se podrán configurar todos los requisitos para imputar el hecho a personas individuales concretas, como ocurre por regla general en todos los delitos económicos, y de igual modo en los delitos ambientales.

Tercero, contempla que los daños al medio ambiente son frecuentemente hipótesis de delitos continuados, en la medida que la probabilidad de lesión al bien jurídico en muchas

ocasiones no es provocada por un solo acto, sino por un conjunto de ellos que se suceden en el tiempo.

ORGANISMOS PÚBLICOS

8.-Cuando en el curso del cumplimiento de su función pública, o de cualquier otro modo, un organismo público cause un grave daño al ambiente o, en contravención de los *standards* ambientales establecidos, cree un peligro real e inminente (concreto) para el ambiente, debería ser posible la persecución de los agentes humanos (de la entidad) penalmente responsables por una infracción penal contra el ambiente.

9.-Siempre que permita la Constitución o el Derecho Fundamental de un país la atribución de responsabilidad a los organismos públicos por infracciones penales cometidas en el curso de la ejecución de sus funciones o de cualquier otro modo, debería admitirse la persecución de tales organismos por infracciones contra el ambiente aun cuando la responsabilidad por el delito concreto no pueda ser directamente atribuida a ningún agente humano identificado de la entidad.²³⁷

Finalmente, las Recomendaciones hacen referencia a la situación de los organismos públicos. En lo que se refiere al proyecto de ley en comento, éste no contempla hipótesis de delitos funcionarios ni preceptos particulares aplicables a empresas u organismos del Estado. Es por ello que, en cuanto a los funcionarios públicos involucrados, sólo podrá hacerse valer su responsabilidad administrativa, a menos que hayan intervenido directamente en la comisión del ilícito. Ahora, en los casos en que se cometa un delito ambiental dentro de organismos públicos, deben seguirse las reglas generales de su irresponsabilidad criminal y, en consecuencia, la acción penal se dirigirá siempre contra la persona natural individualmente involucrada.

²³⁷ BLANCO LOZANO. La Protección del Medio Ambiente en el Derecho Penal Español y Comparado. Editorial Comares. Granada, España. 1997. p. 127 y 128.

CONCLUSIONES

La importancia de la protección al medio ambiente en nuestros días es evidente e impostergable en todo el mundo. Las controversias comienzan, sin embargo, al momento de decidir o elegir las vías a través de las cuales se materializará esta protección, y una de las mayores polémicas al respecto la constituye la posibilidad de recurrir también al Derecho penal, en su carácter de *ultima ratio* para la protección de este bien jurídico.

Fuera de las discusiones dogmáticas en torno al carácter de bien jurídico autónomo o dependiente del medio ambiente, en los hechos, en la mayor parte de los países existe algún grado de protección penal al medio ambiente, incluso en el nuestro, aunque sea a través de disposiciones legales dispersas, no sistematizadas y de escasa aplicación práctica. Luego, las principales diferencias entre las diversas legislaciones se concentran actualmente en torno a la posibilidad de imponer sanciones penales a las personas jurídicas, es decir, establecer o no la responsabilidad penal de estos entes.

Este es un tema especialmente relevante para los delitos ecológicos, pero también lo es para el resto de los delitos económicos, ya que en todos ellos la actuación de las empresas o personas jurídicas es prominente. Con mayor razón ocurre en el caso de las regulaciones ambientales, ya que el marco natural de intervención del derecho ambiental en general es la empresa industrial.

Ahora, es claro que la protección penal del medio ambiente plantea una serie de “complicaciones” desde el punto de vista de la dogmática penal tradicional, especialmente en cuanto a los principios tradicionales del Derecho penal, que pueden no ser aplicables en toda su extensión y sentido a este tipo de delitos, particularmente en lo que se refiere a los problemas de autoría. Pero por otro lado, la existencia de estos delitos también pone a prueba al Derecho penal

en otro aspecto, cual es su capacidad o aptitud para la eficaz protección de nuevos bienes jurídicos, como es el caso del medio ambiente.

En este trabajo expusimos las principales características de las posiciones doctrinarias que apoyan o rechazan la punibilidad de las personas jurídicas, las que se diferencian fundamentalmente por el mayor o menor pragmatismo con que se plantean frente al tema. En términos generales, las posiciones doctrinarias que niegan la posibilidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas (en todos los ámbitos, no sólo el ambiental) se basan en los principios tradicionales del Derecho penal individual y en consecuencia, en la falta de los atributos propios del sujeto activo en las personas jurídicas, especialmente en cuanto a su falta de culpabilidad, concepto entendido tradicionalmente como un estado de conciencia sólo posible en los humanos. Para estas visiones no resulta posible la revisión del contenido de estos conceptos en miras a adaptarlo a la situación de las personas morales. Esta es la doctrina que predomina en los países con un fuerte pensamiento dogmático penal, como Alemania, España, Grecia e Italia. Lo mismo ocurre con los países influenciados por esta corriente de pensamiento, como es el caso de la mayoría de los países de América Latina. Existe pues, un contraste entre las necesidades de política criminal y las posibilidades de la dogmática penal tradicional.

Son sobre todo los ordenamientos jurídicos inspirados en un pragmatismo los que establecen la plena responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin gran consideración por los obstáculos dogmáticos. La plena responsabilidad penal de las personas jurídicas existe, entre otros, en el Derecho penal inglés, escocés, irlandés, holandés, noruego, estadounidense, canadiense y australiano. En otros estados, existe un reconocimiento restrictivo a ciertos tipos penales. En el Derecho francés y portugués, por ejemplo, esta responsabilidad se admite solamente en relación a los casos expresamente previstos por la ley. Es similar en el caso de Dinamarca (en que la gran mayoría de las leyes la contemplan, pero no existe una regla general tácita) y en Japón.

La discusión dogmática en su esencia se centra en la posibilidad de admitir o no cambios o evolución en ciertos principios o, justamente, dogmas que se han asentado con el paso del tiempo en las bases del Derecho penal. Si consideramos el Derecho como una realidad social debemos también reconocer que no solo puede, sino también *debe* sufrir cambios con el paso del tiempo, y así adaptarse a las nuevas realidades. Es por ello que, si bien al término del Antiguo Régimen constituyó un avance democrático el terminar con la criminalización de los seres inanimados o los animales, no podemos en pleno siglo XXI seguir basándonos en los mismos razonamientos para impedir las sanciones penales a las personas jurídicas.

Resulta fundamental, en nuestros días, desde una perspectiva político criminal buscar la mejor estrategia para prevenir y en su caso reprimir los hechos delictivos que involucran a las personas jurídicas, y en este punto es que debe reconocerse el principio *societas delinquere potest*, especialmente atendida la insuficiencia de las sanciones de tipo civil o administrativo en cuanto a su efecto preventivo.

La discusión dogmática, por otro lado, puede ser hábilmente eludida –como ha ocurrido en otros países- a través de la punición indirecta de las personas jurídicas o a través de las llamadas medidas de seguridad –u otras sanciones que utilizan una “nomenclatura acrobática”- o de sanciones administrativas de tal entidad que realmente constituyen penas. A pesar de las controversias que ellas generan, y de ser criticada su imprecisión técnica, no puede dejar de reconocerse en estos ejemplos el intento -exitoso- de romper los rígidos esquemas y estructuras del Derecho penal tradicional.

Es así que, incluso en los países en que existe un respeto ancestral al principio *societas delinquere non potest* comienzan a levantarse voces de teóricos del Derecho penal que exigen la revisión de las estructuras tradicionales del Derecho penal individual, como el caso de Tiedemann y Schünemann en Alemania y de Juan Bustos en nuestro país. En efecto, se trata de optar entre el mantenimiento del *statu quo* o la revisión de las categorías dogmáticas vigentes,

considerando que *la dogmática debe ser un vehículo, no un obstáculo*,²³⁸ y en consecuencia la revisión no sólo es una posibilidad sino también un imperativo frente a una realidad que sobrepasa los estrechos límites de la dogmática tradicional.

En Chile la legislación y la doctrina mantienen un fuerte respeto al principio *societas delinquere non potest*, basadas fundamentalmente en nuestra legislación civil y penal decimonónica. Por su parte, en la legislación ambiental civil –particularmente en la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente- se mantienen los principios clásicos de responsabilidad subjetiva en materia del daño al medio ambiente que se encuentra reñida con la evolución contemporánea en otros países, negando cabida a la responsabilidad objetiva o relevantes presunciones de responsabilidad.

En este contexto, surge el proyecto de ley que tipifica el delito ambiental en actual tramitación en el Congreso Nacional, sin pretensiones de alterar el régimen actualmente vigente en cuanto a la punibilidad de las personas jurídicas. A pesar de ello, es posible vislumbrar un leve avance en cuanto al uso de algunas herramientas alternativas a la plena responsabilidad de estos entes, como lo son las medidas de seguridad aplicables a las empresas o establecimientos industriales que plantea en algunas de sus disposiciones, así como la norma que prevé la publicación de las sentencias condenatorias ejecutoriadas.

Pero no obstante ello, es una norma que sanciona –de acuerdo a nuestras reglas tradicionales- sólo a personas naturales, y siempre que se cumplan a su respecto todos los requisitos objetivos y subjetivos del tipo. De este modo resulta probable que la aplicación práctica de estos tipos penales sea probablemente ineficaz, y que la protección al bien jurídico se de más bien a través de las medidas de seguridad aplicables a las empresas que a través de las penas impuestas a las personas naturales responsables del ilícito, quienes en muchos casos se

²³⁸ ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., Conveniencia político criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*, en Cuadernos de Política Criminal, núm. 11, 1980, pp. 86 s. Citado por BLANCO LOZANO. *Op.cit.* p. 178.

verán beneficiadas con algunas de las medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad de acuerdo a nuestra legislación vigente.

Por otro lado, no podemos olvidar que este es un proyecto aún en tramitación y, por tanto, aún sujeto a las discusiones, debates y posibles enmiendas que pueda sufrir a lo largo de este proceso, que incluso contempla la posibilidad que jamás llegue a convertirse en una ley.

Entre las disposiciones más debatidas, claro está, se encuentran aquellas que plantean las medidas aplicables a las empresas, las que se encuentra con el férreo rechazo de las organizaciones empresariales, que ven en ellas una violación a todos los principios propios de nuestro Derecho penal individual. Desgraciadamente, el debate no pasa sólo por las cuestiones puramente dogmáticas y político criminales que han sido aludidas en este trabajo, sino fundamentalmente por acuerdos y consensos políticos a los que es necesario llegar para la aprobación de los proyectos de ley, en los que las organizaciones empresariales tienen un papel preponderante.

Es así que, mientras disposiciones legales que contemplan medidas de seguridad aún más graves aplicables a las personas jurídicas, como es el caso del DL 211 que sanciona atentados contra la libre competencia, no son políticamente cuestionadas –por el contrario, son apoyadas por las organizaciones empresariales-, las disposiciones que plantea este proyecto sí lo son.

En el debate parlamentario, entonces, quizás las diferentes posturas doctrinarias sólo serán la cara visible y jurídicamente correcta de la discusión, pero la controversia de fondo será otra. Como ya decía Bricola en un trabajo publicado en 1970 “el principio *societas delinquere non potest* no tiene valor ontológico, sino que es simplemente la expresión de la fuerza de las leyes

del poder económico; donde éstas no entran en juego el principio se desdibuja, como lo demuestran las varias tentativas de incriminar a asociaciones de tipo político”.²³⁹

Es probable –y deseable, dado el actual estado de nuestra economía- que el debate del proyecto de ley en comento siga siendo postergado por un tiempo más. En efecto, el evento de una discusión en el momento por que actualmente atraviesa nuestro país y la economía mundial – con una recesión en cadena y probable guerra- es sumamente improbable, y de ocurrir, seguramente terminaría por eliminar –en pro del beneficio de las grandes empresas e industrias- los leves avances que en materia de sanción a las personas jurídicas pretende establecer el proyecto.

A pesar del poco auspicioso panorama que se presenta para el delito ambiental en general y para las sanciones a las personas jurídicas en particular, resulta interesante explorar las posiciones doctrinarias que se encuentran detrás de las posturas económicas –o viceversa-, especialmente al considerar que Chile seguirá integrándose cada día más al sistema económico mundial, y con ello también adaptando su legislación interna a las exigencias internacionales, ya que muchos de los países con que Chile mantiene estrechos lazos culturales y comerciales, presentan una reciente evolución hacia la más rigurosa penalización de las infracciones de las normas ambientales.

Esperamos que con Chile no ocurra, sin embargo, lo sucedido en numerosos estados que adoptan legislaciones protectoras del medio ambiente y ratifican tratados ambientales a pesar de la falta de interés real en esos temas. Por ejemplo, México, para acceder al NAFTA adoptó severas leyes de conservación ambiental y control de la contaminación en el papel, pero la implementación legal de ellas ha sido sumamente errática.

²³⁹ BRICOLA, *Il costo del principio “Societas delinquere non potest” ne’ll atale dimensione del fenomeno societario*, en “Rivista italiana di diritto e procedura penale”, 1970, p. 1031. citado por MUÑOZ CONDE, Francisco en *Delincuencia económica: estado de la cuestión...* P. 277.

Por eso no es posible considerar la criminalización como una especie de panacea, como si bastara con penalizar las conductas, para que dejen de ocurrir. Lamentablemente, por supuesto, no es tan fácil. Las sanciones pueden no ser lo suficientemente elevadas como para producir el efecto disuasivo deseado, o el control de las autoridades puede ser tan insuficiente o difícil, que las normas penales se transformen en letra muerta.²⁴⁰ En efecto, muchos son los países en desarrollo que, con el objeto de parecer responsables miembros de la comunidad internacional, frecuentemente instauran legislaciones “modelo” sólo copiando las leyes de países desarrollados, incluso sin considerar las peculiaridades ecológicas ni sociales del estado que la aplica.

La no implementación de las leyes ambientales, la falta de fiscalización y refuerzo de su cumplimiento, lamentablemente no son la excepción, sino una realidad en la mayoría de los países en desarrollo. Por tanto resulta fundamental -especialmente cuando se trata de las personas jurídicas y empresas- un sólido control, unido a la imposición de las penas o medidas de seguridad, en su caso, ya que éstas sólo producirán su efecto en relación a la protección del bien jurídico, en cuanto se instale un paralelo y eficiente control de la conducta.

No cabe duda que la protección penal del medio ambiente en Chile se vería efectivamente favorecida haciendo responder penalmente a las personas jurídicas, ya que tanto el sancionar únicamente a las personas naturales, como sancionar únicamente a las jurídicas significan negar la realidad en que nos encontramos inmersos. En efecto, como sostiene Graciela Rafart, “la creación de normas penales que responsabilicen a las personas jurídicas permite que se amplíe la esfera de protección de la naturaleza y el ambiente frente al daño que le causa la acción no controlada de actividades de producción”.²⁴¹

Las fórmulas que se adopten para responsabilizar a las personas jurídicas en el ámbito penal son variadas y posibles, incluso pasando por nomenclaturas “acrobáticas” que evadan

²⁴⁰ Mc CAFFREY, Stephen. Crimes Against Environment. Artículo publicado en el libro International Criminal Law. 2ª Edición. Volumen I. Editado por M. Cherif Bassiouni. Transnational Publishers, Inc. Ardsley, New York. Estados Unidos. 1999. p 987.

sutilmente las cuestiones más profundas y arraigadas de nuestra dogmática; pero todas ellas constituirían –en mayor o menor medida- un avance en cuanto a la eficaz protección al medio ambiente.

²⁴¹ RAFART, Graciela. Citada por CASTILLO SÁNCHEZ. *Op cit.* p. 34.

BIBLIOGRAFIA

- BACIGALUPO SAGGESE, Silvina.** La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bosch Editores. Barcelona, España. 1998. 445 p.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel.** Derecho Penal Económico: Desarrollo Económico, protección penal y cuestiones político criminales. Artículo publicado en: Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann. Estudios Jurídicos. Serie Derecho Público. Boletín Oficial del Estado. Madrid. 1995. pp. 63 a 80.
- BELOFF, Mary.** Lineamientos para una política criminal ecológica. En: Delitos No Convencionales: Ley Penal Tributaria, Delitos contra el Medio Ambiente, Delitos Informáticos, Delitos Aduaneros. Compilación de Julio B. J. MAIER. Editores del Puerto. Argentina. 1994. Páginas 149 a 168.
- BLANCO LOZANO, Carlos.** La Protección del Medio Ambiente en el Derecho Penal Español y Comparado. Editorial Comares. Granada, España. 1997. 255 p.
- BONZÓN RAFART, Juan.** Responsabilidad penal e infraccional de las personas jurídicas. Editorial Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1993. 139 p.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán.** Lecciones de derecho penal. Volumen I: Fundamentos del sistema penal, Esquema de la teoría del delito y del sujeto responsable y Teoría de la determinación de la pena. Editorial Trotta. Madrid, España. 1997. 260 p.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan.** La responsabilidad penal de las personas jurídicas. En: El Derecho Penal Hoy: Homenaje al Profesor David Baigún. Compilación de Julio B. J. Maier y Alberto M. Binder. Editores del Puerto. Buenos Aires, Argentina. 1995. Páginas 15 a 26.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan.** Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente. En: Pena y Estado. Función Simbólica de la Pena. Editorial Jurídica Conosur. Santiago de Chile. 1995. Págs. 101 a 109.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan.** Manual de Derecho Penal. Parte General. 3ª Edición. Editorial Ariel S.A. Barcelona, España. 1989. 425 p.
- CALVO CHARRO, María.** Sanciones Medioambientales. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.. Madrid, España. 1999. 207 p.

- CASTILLO ALVA, José Luis.** Apuntes sobre la responsabilidad penal de las empresas y las personas jurídicas. Artículo publicado electrónicamente en <http://www.ensaperu.com/nleg/article/276DOC02.htm> Consultado en Junio de 2001.
- CASTILLO SÁNCHEZ, Marcelo.** Régimen jurídico de protección del medio ambiente: Aspectos generales y penales. Ediciones Bloc. Santiago de Chile. 1994. 329 p.
- CONNELLY, Thomas John.** El Delito Ecológico. Serie Estudios, Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago. Año I, N.º 29, Diciembre 1991. Ediciones Biblioteca del Congreso Nacional. Santiago de Chile. 1991. 36 p.
- CONNELLY, Thomas John.** El Delito Ecológico en el Derecho Comparado. Serie Estudios, Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago. Año VII, N.º 53, Mayo 1997. Ediciones Biblioteca del Congreso Nacional. Santiago de Chile. 1997. 22 p.
- COUSIÑO MAC IVER, Luis.** Derecho Penal Chileno: Parte General. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1975.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, José L.** Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente. Publicado en: Revista Documentación Jurídica Nro. 37/40 Volumen 2. Gabinete de Documentación y Publicaciones Ministerio de Justicia. España. 1983. pp. 205 a 278.
- DEL VILLAR BRITO, Waldo.** Manual de Derecho Penal. Parte General. Editorial Edeval. Valparaíso, Chile. 1985. 382 p.
- DESSPORTES, Frédéric.** La responsabilité pénale des personnes morales en Droit Français. Artículo publicado en la Revista C.J.E.G. Marzo de 1996. pp. 93 a 106.
- FIGUEROA HERNÁNDEZ, Dante y RETAMAL HERRERA, Jaime.** Notas para la Criminalización de algunas ofensas ambientales en Chile. Revista de Derecho de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica del Norte. Sede Coquimbo. Año 5. Editorial Escuela de Derecho Universidad Católica del Norte. Coquimbo, Chile. 1998. p. 111-127.
- FLÓREZ DE QUIÑONES, Carolina.** Delitos ambientales: No valen la pena. Artículo incluido en la publicación electrónica Revista Ecosistemas. N.º 18. España. 1996. En el sitio <http://www.ucm.es/info/ecosistemas/delitos.htm>. Consultado en Mayo de 2001.
- FONTAN TIRADO, Rafael y SERRANO MAILLO, Alfonso.** XV Congreso Internacional de Derecho Penal. Revista Criminalia. Año LX, N.º 2. México: Academia Mexicana de Ciencias Penales. Mayo-Agosto 1994, p. 140-150.

- GARCÍA RIVAS, Nicolás.** Delito ecológico: estructura y aplicación judicial. Editorial Praxis. Barcelona, España. 1998. 176 p.
- GONZÁLEZ-RIPOLL GARZÓN, José.** Sociología del delito ambiental. Ediciones Universidad de Córdoba. Córdoba, España. 1992. 86 p.
- GRACIA MARTÍN, Luis.** (Coordinador) Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, España. 1996. 527 p.
- HACIA UN DERECHO PENAL ECONÓMICO EUROPEO.** Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann. Estudios Jurídicos. Serie Derecho Público. Boletín Oficial del Estado. Madrid. 1995. 757 p.
- JORNADAS SOBRE LA PROTECCIÓN PENAL DEL MEDIO AMBIENTE.** Agencia del Medio Ambiente. Madrid, España. 1991. 200 p.
- LABATUT GLENA, Gustavo.** Derecho Penal. Tomo I. 9ª Edición actualizada por el Prof. Julio Centeno Vargas. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1990. 337 p.
- LESMES SERRANO, Carlos.** Las infracciones administrativas y la potestad sancionadora. Derecho Penal Administrativo (ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente). Editorial Comares. Granada, España. 1997. 578 p.
- LIPMAN, Zada.** Old wine in new bottles: difficulties in the application of general principles of criminal law to environmental law. Environmental Crime: Proceedings of a Conference held 1-3 September 1993, Hobart. Australian Institute of Criminology. Publicada en la página [web](http://www.aic.gov.au/publications/proceedings/26/index.html#lipman) del Instituto: <http://www.aic.gov.au/publications/proceedings/26/index.html#lipman> Consultada en Mayo de 2001.
- MAIER, Julio B. J.** (compilador) Delitos No Convencionales: Ley Penal Tributaria, Delitos contra el Medio Ambiente, Delitos Informáticos, Delitos Aduaneros. Editores del Puerto. 1994. Argentina. 301 p.
- MAIER, Julio B. J. y BINDER, Alberto M.** (compiladores). El Derecho Penal Hoy: Homenaje al Profesor David Baigún. Editores del Puerto. Buenos Aires, Argentina. 1995. 636 p.
- MALAMUD GOTI, Jaime.** Política criminal de la empresa: cuestiones, alternativas. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, Argentina. 1983. 152 p.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos.** Derecho Penal Económico. Parte General. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998. 236 p.

- MATA BARRANCO, Norberto.** Protección Penal del Ambiente y Accesoriedad Administrativa: tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa. Editorial CEDECS. Barcelona, España. 1996. 271 p.
- MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio.** Derecho penal y protección del medio ambiente. Editorial Colex. Madrid, España. 1992. 316 p.
- Mc CAFFREY, Stephen.** Crimes Against Environment. Artículo publicado en el libro International Criminal Law. 2ª Edición. Volumen I. Editado por M. Cherif Bassiouni. Transnational Publishers, Inc. Ardsley, New York. Estados Unidos. 1999. pp. 983 a 1004.
- MILLALEO HERNÁNDEZ, Salvador.** Análisis Legislativo: Chile rumbo a una legislación contra la delincuencia ecológica. En: Revista Apuntes de Derecho. Universidad Diego Portales. N.º 4. Primavera 1998. Editorial Facultad de Derecho Universidad Diego Portales. 1998. Santiago de Chile. Páginas 44 a 45.
- MIR PUIG, Santiago y LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel.** (coordinadores) Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto. José María Bosch Editor. Barcelona, España. 1996. 310 p.
- MOSSET ITURASPE, Jorge; HUTCHINSON, Tomás y DONNA, Edgardo.** Daño Ambiental. Tomo II. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, Argentina. 1999. 391 p.
- MUÑOZ CONDE, Francisco.** Delincuencia Económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma. Artículo publicado en: Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann. Estudios Jurídicos. Serie Derecho Público. Boletín Oficial del Estado. Madrid. 1995. pp. 265 a 283.
- NOVOA MONREAL, Eduardo.** Curso de Derecho Penal Chileno. Tomo 1. Parte General. Segunda Edición. Editorial Jurídica Ediar-ConoSur Ltda. Santiago de Chile. 1985. 670 p.
- NÚÑEZ HERRERA, Vladimir y HERNÁNDEZ CASTELLANOS, Alexeide.** La Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica en los Delitos Medioambientales. Publicado en la Revista Electrónica de Estudios Jurídicos CUBALEX. Unión Nacional de Juristas de Cuba. Nro. 05. Julio-Septiembre 1998. Encontrado en http://publicaciones.derecho.org/cubalex/N%BA_05_Jul_Sept_1998/4 Consultado en Marzo de 2001.
- PINILLA RODRÍGUEZ, Francisco.** Breve análisis del delito ambiental y su proyecto de tipificación en Chile. IV Congreso Nacional Universitario de Derecho. Libro de Ponencias. Universidad de Talca. Talca, Chile. 1999. p. 33 a 43.

- PRATS CANUT, José Miguel.** La Protección Penal del Medio Ambiente. Director: Octavio Pérez-Vitoria. Editorial Bosch. Barcelona. 1986.
- REYNA ALFARO, Luis Miguel.** Consideraciones sobre la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. En Algunas consideraciones sobre el Derecho Penal Económico. © 1997 – 2000 Derecho Org. Internacional. Publicado en <http://publicaciones.derecho.org/doctrinal/Per@u/reyna> Consultado en Julio de 2001.
- RIGHI, Esteban.** Derecho Penal Económico Comparado. Editorial Edersa. Madrid, España. 1991. 363 p.
- RIGHI, Esteban.** Los delitos Económicos. Ad-Hoc Villela Editor. Buenos Aires, Argentina. 2000. 251 p.
- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis.** El Delito Ecológico. Ponencia en Seminario sobre instrumentos jurídicos y económicos para la protección del medio ambiente. Ponencias y comunicaciones. Servicio central de Publicaciones del Principado de Asturias. España. 1991. pp. 77 a 82.
- RUSCONI, Maximiliano A.** Algunas cuestiones referidas a la técnica legislativa del delito ecológico. En Delitos No Convencionales: Ley Penal Tributaria, Delitos contra el Medio Ambiente, Delitos Informáticos, Delitos Aduaneros. Compilación de Julio B. J. MAIER. Editores del Puerto. 1994. Argentina. Páginas 169 a 185.
- RUSCONI, Maximiliano A.** Persona Jurídica y Sistema Penal: ¿Hacia un nuevo modelo de imputación?. En: El Derecho Penal Hoy: Homenaje al Profesor David Baigún. Editores del Puerto. Buenos Aires, Argentina. 1995. Páginas 69 a 89.
- SEMINARIO SOBRE INSTRUMENTOS JURÍDICOS Y ECONÓMICOS PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE.** Ponencias y comunicaciones del Seminario sobre instrumentos jurídicos y económicos para la protección del medio ambiente. Servicio central de Publicaciones del Principado de Asturias. España. 1991. 228 p.
- SHARP VARGAS, Peter.** La necesidad de un derecho penal ecológico. En: Revista de Derecho. Universidad de Concepción. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. N.º 194 Año LXI. Julio-Diciembre 1993. Ediciones Universidad de Concepción. 1993. pp. 85 a 90.
- SCHÜNEMANN, Bernd.** La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea. Artículo publicado en: Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann. Estudios Jurídicos. Serie Derecho Público. Boletín Oficial del Estado. Madrid. 1995. pp. 565 a 600.

- SILVA SÁNCHEZ, Jesús.** Política criminal y técnica legislativa en materia de delitos contra el medio ambiente. En la Revista Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Nro. 4-5. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires, Argentina. 1997. Páginas 121 a 151.
- SILVA SILVA, Hernán.** Delito Ecológico. Artículo publicado en la Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción. Vol. 4, N.º 4. Editora Aníbal Pinto. Concepción, Chile. 1995. p. 73 a 111.
- SOLA IBARRA, Ana María y COTELO LÓPEZ, María del Carmen.** Consideraciones en torno a los delitos relativos a la protección del medio ambiente en el Nuevo Código Penal. Publicado en la Revista de Derecho Ambiental: publicación técnico-jurídica del medio ambiente. N.º 17. Asociación de Derecho Ambiental Español. Madrid, España. 1996. pp. 29 a 41.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan.** Derecho Penal de la Empresa. Editorial Trotta. Madrid, España. 1995. 236 p.
- TIEDEMANN, Klaus.** Presente y Futuro del Derecho Penal Económico. Artículo publicado en: Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann. Estudios Jurídicos. Serie Derecho Público. Boletín Oficial del Estado. Madrid. 1995. pp. 29 a 42.
- TIEDEMANN, Klaus.** Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Artículo publicado en Anuario de Derecho Penal, publicación electrónica encontrada en <http://unifr.ch/derechopenal/search/k196.html> Consultado en Julio de 2001.
- VERCHER NOGUERA, Antonio.** Comentarios al delito ecológico. Breve estudio de derecho comparado entre España y los Estados Unidos. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Madrid, España. 1986. 142 p.
- VOLOKH, Alexander y MARZULLA, Roger.** Environmental Enforcement. In Search of Both: Effectiveness and Fairness. Reason Public Policy Institute. Policy Study. N.º 210. Agosto 1996. Publicado en <http://rppi.org/environment/ps210.html> © The Reason Foundation. Consultado en Mayo de 2001.
- VON LISZT, Franz.** Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Traducido de la 20ª Edición alemana por Luis Jiménez de Asúa. 2da. Edición. Editorial Reus. Madrid, España. 1927. 480 p.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel.** Una vez más sobre el tema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas (doce años después). Artículo publicado en: Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann. Estudios Jurídicos. Serie Derecho Público. Boletín Oficial del Estado. Madrid. 1995. pp. 723 a 727.

ANEXO

**TEXTO DE LA INDICACIÓN
SUSTITUTIVA AL PROYECTO DE
LEY QUE TIPIFICA EL DELITO
AMBIENTAL.**

BOLETÍN N.º 2177-12

PROYECTO DE LEY

“Artículo Único.- Incorpórase el siguiente Párrafo 13 al Título VI del Libro II del Código Penal:

13.- Del Delito Ambiental

Artículo 305.- El que realice directa o indirectamente una emisión, vertido, radiación, extracción o excavación, aterramiento, ruido, vibración, inyección o depósito, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, o las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, con incidencia, incluso, en los espacios transfronterizos, que pongan en peligro el equilibrio de los sistemas naturales, contraviniendo disposiciones de carácter general o particular protectoras del medio ambiente, será castigado con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo.

Artículo 306.- Los hechos previstos en el artículo 1º⁽¹⁾ serán sancionados con la pena inferior en grado, cuando se hayan cometido con imprudencia grave.

Si como consecuencia de las conductas descritas en el artículo anterior se produjera, por imprudencia grave, la muerte de una persona o una afección irreversible a su salud, la pena será la de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

Artículo 307.- Se impondrá la pena superior en un grado cuando, en la realización de cualquiera de los hechos descritos en el artículo 1º⁽²⁾, concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Que se afecte algún espacio natural legalmente protegido.
- b) Que se hayan desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de las actividades que puedan poner en peligro el equilibrio de los sistemas naturales.
- c) Que se haya falseado u ocultado información sobre los aspectos ambientales de un proyecto o actividad.
- d) Que se haya obstaculizado la actividad inspectora de la Administración del Estado.

⁽¹⁾ Debe decir “en el artículo anterior”.

⁽²⁾ Íbidem.

e) Que se haya producido un riesgo de daño ambiental de carácter irreversible o catastrófico.

Cuando concurran alguna de las agravantes establecidas en el inciso anterior, un extracto de la sentencia condenatoria ejecutoriada, redactado por el secretario del tribunal que la dictó en primera instancia, será publicado en un diario de circulación nacional a costa del autor del delito.

Artículo 308.- En todos los casos previstos en los artículos 1° y 2°⁽³⁾, el tribunal podrá imponer, motivadamente, alguna de las siguientes medidas de protección:

a) Clausura de la empresa, la de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de dos años.

b) Paralización de las obras o suspensión de las actividades que sean peligrosas para el medio ambiente, por un lapso que no exceda de dos años.

Artículo 309.- Se impondrá la pena inferior en grado a las respectivamente previstas, si el culpable de los hechos tipificados en esta ley hubiere procedido voluntariamente a reparar el daño causado."

⁽³⁾ Debe decir "en los artículos 305 y 306".