

DERECHO PENAL AMBIENTAL COMPARADO: EL *COMMON LAW*

Marcos A. Orellana

SUMARIO

I. Introducción. II. Características del *common law*. a) La doctrina del *stare decisis*. b) El rol de la ley penal. III. Derecho penal ambiental en el Reino Unido. a) Política criminal. b) Cuestiones doctrinales. i) La responsabilidad penal objetiva. ii) Determinación de la pena. c) Principales casos. IV) Derecho penal ambiental en los EUA. a) Política criminal. b) El sistema penal de protección ambiental. 1. Leyes especiales. 2. Caracterización del delito ambiental. i. Bien jurídico protegido. ii. Figuras penales ambientales. 3. Debate doctrinal. i. Equidad y *ultima ratio*. ii. *mens rea*. iii. Doctrina del Ejecutivo Responsable. 4. Consecuencias de la Sanción Penal. c) Desafíos del sistema. i. Institucionales. ii. Sociales. iii. Normativos. V) Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

En el estudio de la protección penal al medio ambiente en el derecho comparado, los sistemas del *common law* ofrecen perspectivas, conceptos e instituciones que pueden resultar algo extrañas para los especialistas formados en la tradición del derecho civil. Conceptos como el de la responsabilidad penal objetiva o la responsabilidad penal de las personas jurídicas de cierta manera desafían los supuestos formativos del derecho penal continental.

Las construcciones doctrinales propias del *common law* y la experimentación jurídica de los EUA y del Reino Unido sin duda merecen ser estudiadas, por varias razones, entre las cuales cabe destacar las siguientes. Los EUA han sido pioneros en la utilización del sistema penal para asegurar la integridad ambiental, lo que implica un cúmulo de conocimiento empírico. En segundo lugar, los EUA ocupan un lugar de importancia en la economía política internacional y su sistema de protección ambiental es uno de los más acabados del orbe.

Con todo, el presente artículo no busca trasplantar las construcciones jurídicas del *common law* a la realidad jurídica y social chilena o latinoamericana. Sin duda que las profundas diferencias de índole cultural e institucional plantean el desafío de construir soluciones originales, adecuadas al contexto y realidades de la cultura jurídica local. El presente estudio de derecho comparado busca contribuir a ese objetivo.

II. CARACTERÍSTICAS DEL *COMMON LAW*

Sin entrar en una discusión acabada del derecho comparado y de los puntos de contacto entre los sistemas del *common law* y del derecho continental, ciertas características del *common law* requieren especial mención, ya que influyen de forma decisiva en el desarrollo progresivo del derecho ambiental penal. A saber, en el ámbito del *common law*, la doctrina del *stare decisis* y la función de la ley penal cumplen un rol protagónico.

a) *La doctrina del stare decisis*

De acuerdo a la doctrina del *stare decisis*, los fallos dictados por los tribunales de justicia son fuente de derecho y vinculan a los casos posteriores, en la medida que los hechos de ambos casos presenten cuestiones de derecho similares. Si los hechos de los casos son diferentes y los puntos de derecho controvertidos también son distintos, las Cortes entonces se encuentran autorizadas para distinguirlos y para apartarse de los precedentes.

En esta doctrina se encuentran tensionados dos elementos: el de la política pública y el de la justicia en el caso concreto. Como el fallo que se dicta en un caso pasa a ser fuente de derecho, particularmente cuando sobre la materia del caso no existen precedentes, los tribunales adquieren un rol importante en la creación del derecho. Esta función exige un cuidadoso balance de los intereses y condiciones sociales en antinomia, función que le permite al derecho adecuarse a los progresivos cambios de la realidad social. A su vez, puede también coincidir que la solución deseable para la colectividad no coincida con los requerimientos de justicia en el caso concreto, situación que evidencia la potencial contradicción entre el rol de legislar y el rol de juzgar.

El desarrollo y utilización de instrumentos jurídicos que aseguren protección penal al medio ambiente es sin duda un fenómeno reciente. En el *common law*, los tribunales han debido entrar a clarificar los contornos de las figuras penales y de introducir precisión a los conceptos. Y esto a través de sentencias en los casos que han conocido, las cuales, como se elaboraba, constituyen fuente de derecho.

b) *El rol de la ley penal*

En el sistema del *common law*, los parlamentos desempeñan la importante función de producir la hipótesis abstracta de las normas generales. En efecto, el parlamento retiene la potestad de amenazar ciertas conductas con sanciones penales, o en otras palabras, la de configurar los elementos del delito ambiental. Los precedentes de los tribunales sin duda constituyen fuente importante de derecho en el *common law*, pero esto no significa que la ley sea irrelevante. Todo lo contrario, en un proceso penal el lenguaje de la ley, tanto como la intención del legislador, son elementos que influyen de manera trascendente en el resultado de la pesquisa y juicio. Por estas razones se hace menester enfatizar la importante función de la ley penal en el *common law*.

III. DERECHO PENAL AMBIENTAL EN EL REINO UNIDO

a) *Política criminal*

En el Reino Unido, el derecho penal ambiental, aun cuando se encuentra incorporado formalmente a la ley, no ha experimentado un desarrollo impresionante¹. Entre las razones que explican esta situación se encuentran las siguientes: la cultura jurídica predominante ha sido una de negociación entre el regulador y los operadores. Luego, también se encuentra el hecho de la propiedad estatal de los grandes contaminadores: las industrias de agua, electricidad y gas. Durante los 80, estas industrias fueron privatizadas, lo que le ha otorgado a la administración del Estado un renovado impulso para hacer efectiva la regulación. Por último también se encuentra la indeterminación de las exigencias ambientales, las cuales no permitían iniciar procesos criminales.

Otra razón importante en esta materia es el hecho que históricamente el regulador tuvo el monopolio sobre el ejercicio de la acción penal y sobre la información ambiental. Aunque

¹ Entrevista al Profesor Malcom Grant, Department of Land Economy, University of Cambridge, UK, mayo 2001.

ambos supuestos han sido reformados, el ejercicio privado de la acción penal sigue siendo inusual, pues presenta obstáculos de índole financieros, aparte que el *Director of Public Prosecutions* retiene la potestad de exigir la suspensión indefinida de los procedimientos. Con todo, las ONG han empezado a explorar los espacios que ofrece la legislación sobre acceso a la información y han empezado a requerir la revisión judicial de las decisiones del regulador cuando este no ha ejercido la acción penal.

Recientemente la valoración social de la protección ambiental ha surgido como una plataforma política importante: la sociedad le atribuye un creciente desvalor a la impunidad en casos de contaminación seria. El derecho penal le proporciona al Estado la herramienta para recalcar tal valoración social mediante la imposición de la pena criminal. En el Reino Unido, este rol simbólico del derecho penal ambiental ha sido trasladado hacia la imposición de penas pecuniarias sobre grandes empresas contaminadoras. Esta política criminal también ha derivado en la creciente criminalización secundaria de traficantes de vida silvestre en particular de especies en peligro de extinción y de carnes, pieles y plumas de animales salvajes.

La atribución del desvalor social y la necesidad de prevenir la degradación ambiental han configurado un sistema de protección penal ambiental que se aparta de los pilares tradicionales del derecho penal liberal. Es así como el delito ambiental en el Reino Unido no contempla elementos volitivos como el dolo o la culpa, sino solamente causalidad. Este y otros temas los revisamos a continuación.

b) Cuestiones doctrinales

i. La responsabilidad penal objetiva

En el Reino Unido, el delito ambiental ha incorporado la figura de la responsabilidad penal objetiva. Conforme a esta construcción, el tipo penal exige causalidad pero no incorpora elementos de carácter volitivo (*mens rea*), sino solamente elementos materiales (*actus rea*). El delito contemplado en la *Ley de Recursos Hídricos* ejemplifica la figura,

s.85(1): Una persona contraviene esta sección si causa, o con conocimiento permite que cualquiera materia venenosa, nociva, o contaminante, o cualquier residuo sólido, ingrese a cualquier agua controlada².

Desde la posición del agente, los elementos cardinales de este delito exigen que el sujeto activo haya causado o con conocimiento haya permitido el ingreso de materias contaminantes a los cursos de agua. La intención o negligencia del agente son aquí irrelevantes; la norma meramente exige causalidad. El acento de la norma sobre la causalidad y sobre el resultado recalca el desvalor social de la contaminación y asegura la ampliación de la protección penal al medio ambiente.

Esta construcción sin duda genera una serie de problemas doctrinales, entre los cuales destaca la relación entre conocimiento, control, y causalidad. En efecto, la conducta prohibida consulta dos hipótesis: (1) la de causar o (2) con conocimiento permitir. En la primera hipótesis, el delito se configura cuando el agente causa el ingreso de material contaminante, sin importar si el agente sabe que está contaminando, si quiere contaminar, o si ha tomado medidas para evitar la contaminación. En la segunda hipótesis, el delito se configura cuando el agente sabe que está permitiendo el ingreso de material contaminante, sin importar su intención o cuidado.

Otro problema doctrinal es el de la determinación de causalidad: ¿exige la norma algún grado de control del agente sobre el acto material que causa la contaminación? Este problema

² Water Resources Act, 1991, Section 8(1), Offenses of Polluting Controlled Waters (traducción no oficial).

se plantea recurrentemente en el funcionamiento de plantas industriales, donde las descargas de material contaminante a los cursos de agua se pueden producir por accidente o sin conocimiento del agente o por actos de terceros. A diferencia del problema anterior sobre la posición mental del agente, aquí la cuestión es la de determinar qué actos materiales del agente causan el ingreso de material contaminante. En este ámbito, cabe recordar que la causalidad es un concepto ampliamente debatido, cuyos contornos se definen caso a caso.

A pesar de la incertidumbre que genera esta construcción penal y de los problemas doctrinales que presenta, su mensaje es sumamente claro: la sociedad no tolera la contaminación (de aguas en el delito en estudio) y le exige a los operadores el máximo cuidado en sus actividades. En cierta medida la responsabilidad penal objetiva sanciona la negligencia, como el delito culposo, con la diferencia que la prueba de la diligencia es irrelevante, ya que el elemento del crimen es la causalidad y no la falta de cuidado. Por consiguiente, el rol de la prevención general de la pena se encuentra elevado aquí a su máxima expresión.

ii. Determinación de la pena

En el Reino Unido, ciertos casos han discutido con detalle el problema que plantea la determinación de la pena, acentuando la estrecha relación entre la sanción penal y la finalidad del derecho penal ambiental. En este sentido, además de los fines tradicionales que se le atribuyen a la sanción criminal, la pena asociada al delito ambiental cumple también una importante función económica. A diferencia de las multas administrativas por infracción de normas ambientales y a diferencia de indemnizaciones civiles por daño ambiental, el derecho penal ambiental completa el círculo de protección jurídica al ambiente al impedir que tales multas e indemnizaciones sean traspasadas al consumidor como costos de producción.

Esto es, la sanción penal no es un costo financiero más de un negocio, sino que la expresión jurídica del desvalor social que acarrea la contaminación. Con todo, ciertas precisiones son necesarias para los casos de las personas jurídicas y para las personas naturales. Para estas últimas, la privación de libertad afecta al criminal de manera directa. En el caso de las personas jurídicas, es necesario entrar a considerar los factores relevantes en la cuantificación de una multa que cumpla con la finalidad de disuadir y retribuir el ilícito penal ambiental. En este ámbito, una sanción que no considere el costo financiero que involucra la instalación de los equipos y procesos necesarios para cumplir la norma ambiental, para evitar la contaminación, y para asegurar el manejo sustentable de los recursos naturales, no cumplirá con la finalidad de la protección penal. Asimismo, una sanción que no considere el lucro y las ventajas competitivas que el ilícito penal ambiental le genera a la empresa, tampoco será efectiva para alcanzar las finalidades del derecho penal ambiental.

En *Milford Haven Port Authority*³, la Corte entró a analizar los factores que influyen en la determinación de la pena. Estos incluían el grado de negligencia, el grado en el incumplimiento del deber, el resultado de muerte o lesiones graves, la omisión de controles para ahorrar dinero o para adquirir una ventaja competitiva, evidencia de reincidencia o de ignorar advertencias, la ganancia monetaria del agente como resultado de la infracción, reconocimiento de responsabilidad en etapa procesal temprana y reparación del mal causado. La Corte puso gran énfasis en determinar si la entidad comercial ha derivado ganancias de su infracción.

c) Principales casos

En esta sección cabe destacar dos casos: el de *Alphacell* por su importancia en la responsabilidad objetiva y el de *Milford Haven Port Authority* por el volumen de contaminación y por sus considerandos en torno a la determinación de la multa.

³ Ver *infra*.

En *Alphacell*,⁴ el agente mantenía un estanque con agua contaminada, desde el cual se reciclaba al proceso de producción mediante un sistema de bombeo. Si las bombas se encontraban en funcionamiento, el nivel del agua se mantenía constante, mas si dejaban de funcionar, el nivel del agua subía, descargando los excedentes al río. La *House of Lords* tenía que dilucidar si los agentes habían causado la contaminación, para lo cual se hacía necesario determinar si la causalidad comprendía elementos de *mens rea*.

Como escribe Lord Salmon en el fallo, a la fiscalía le es casi imposible probar que la contaminación fue causada intencionalmente o negligentemente, por lo que exigir culpa o dolo significaría que la mayor parte de la contaminación quedaría en la impunidad. El poder legislativo, agrega el juez, reconoció que en cuanto a política pública, esto sería muy desafortunado; la ley exige que los dueños de industrias ribereñas no solo que tomen los pasos razonables para prevenir la contaminación, sino que hagan todo lo posible para asegurar que ellos no la causen.

En *Milford Haven Port Authority*⁵, el carguero *Sea Empress*, bajo la supervisión de un piloto profesional, navegaba el 15 de febrero de 1996 pasadas las 20:00 horas hacia el puerto de Milford cuando se estrelló contra las rocas, provocando un derrame de 2.500 toneladas de petróleo. Como las condiciones meteorológicas eran malas, solo después de seis días se pudieron iniciar obras para impedir un mayor derrame, el cual alcanzaba la cifra de 69.300 toneladas. El derrame causó gran contaminación en el puerto y las aguas costeras, y es uno de los mayores derrames registrados.

El piloto que guiaba la nave era empleado por una subsidiaria de *Milford Haven Port Authority* (la Autoridad del puerto), la cual había sido creada precisamente para emplear pilotos. La colisión ocurrió por un error del piloto en el control de la navegación de la nave. La Autoridad del Puerto fue creada y regida por ley, y era de acuerdo a la Ley de Pilotaje de 1987 responsable del manejo y control de las actividades del puerto y del tráfico marítimo en él.

La agencia ambiental inició un proceso criminal contra la Autoridad del Puerto, acusándola de causar el ingreso de material contaminante, petróleo en el caso, a aguas controladas. La Autoridad del Puerto se declaró responsable, sin reconocer culpa, ya que la presencia del piloto a bordo de la nave era una consecuencia directa de la manera en que la Autoridad del Puerto manejaba el puerto y la navegación.

El 15 de enero de 1999, el Juez ordenó a la Autoridad del Puerto a pagar una multa de GBP£4 millones, además de GBP£825,000 por costos procesales. En la determinación de la multa, el Juez consideró la circunstancia que la Autoridad del Puerto era un fondo público creado por ley en 1958. También consideró la capacidad financiera de la Autoridad del Puerto para enfrentar una multa. La Autoridad del Puerto apeló y la Corte de Apelaciones, en su fallo de 16 de marzo del 2000, tuvo que dilucidar el monto de la multa.

La Corte de Apelaciones recordó que el área alrededor del puerto de Milford era ambientalmente sensible, pues albergaba un parque nacional y áreas de interés científico. El derrame de alrededor de 72.000 toneladas de petróleo causó considerable daño ambiental, destruyendo la vida silvestre y afectando pesquerías y turismo. Hubo un gran esfuerzo por mitigar los impactos de la catástrofe que superaba los GBP£60 millones, en el cual participó la Autoridad del Puerto junto a otras agencias.

La Corte de Apelaciones luego recordó su fallo en *R. F. Howe & Sons (Engineers) Ltd.*, en el cual explicitó ciertos criterios en la determinación de la pena⁶. Tras delinear estos criterios, la Corte reviso algunos casos anteriores, como la multa impuesta a Shell por derrame en el río Mersey, y las multas sobre empresas ferroviarias por colisiones con resultado muerte y lesiones.

Finalmente la Corte se hizo cargo de los argumentos de la empresa, considerando que la ausencia de culpa era un elemento de mucha fuerza. La responsabilidad de la empresa había

⁴ *Alphacell Ltd. v. Woodward* [1972] 2 All ER 475.

⁵ *R. v. Milford Haven Port Authority* [2000] Env LR 632.

⁶ Ver *supra*.

sido declarada por consideraciones objetivas y no por negligencia. Con todo, la Corte enfatizó que el Parlamento creó un delito de responsabilidad estricta (objetiva) porque consideró que el resultado de la contaminación en las aguas es en tal medida grave e indeseable que la posición mental del agente, su conocimiento, creencia o intención son irrelevantes.

En segundo lugar, la Corte consideró el reconocimiento de responsabilidad, otorgándole valor. En tercer lugar, la Corte consideró el carácter público de la entidad y particularmente cómo y quién pagaría la multa. A este respecto, la Corte recalcó que el carácter público de una entidad no le otorga inmunidad y que las entidades públicas se encuentran sujetas a altos estándares de cuidado. De todas formas, señaló la Corte, que si la multa ha de perjudicar el desarrollo de funciones públicas, ese es un factor de considerable importancia. A renglón seguido, la Corte entró a analizar la capacidad financiera de la entidad pública.

En base a este raciocinio, la Corte consideró que el Juez había errado en su fallo al no otorgarle valor al reconocimiento de responsabilidad de la Autoridad del Puerto y al no haber evaluado el impacto que la multa de GBP£4 millones tendría sobre la capacidad de la Autoridad del Puerto para desempeñar sus funciones públicas. La Corte de todas formas recalcó la seriedad del desastre y la necesidad de asegurar el más alto nivel de vigilancia. En suma, la Corte redujo la multa a GBP£750,000, otorgando un período de tiempo razonable para el pago.

IV. DERECHO PENAL AMBIENTAL EN LOS EUA

La experiencia de los EUA en el ámbito de protección penal al medio ambiente ha sido la más extensa de los sistemas jurídicos del *common law*. Los EUA han sido pioneros en esta área del Derecho, implementando el más ambicioso y extenso programa conocido por el derecho penal ambiental comparado. Los debates que se han generado en torno a la construcción del tipo penal, a las estrategias de investigación y defensa y a la responsabilidad penal de las personas jurídicas y de sus ejecutivos, han servido para delinear el trascendente rol que el derecho penal desempeña en la protección del medio ambiente.

Este capítulo ofrece una síntesis de los principales temas que integran el estudio de esta materia en los EUA. El capítulo inicia con una breve relación de la política criminal delineada para enfrentar el tema. Luego se ofrece una descripción de ciertas características únicas del sistema, las que permiten visualizar los particulares problemas que enfrenta esta jurisdicción. Luego se abordan los tipos de delitos incorporados a las diferentes leyes ambientales, para seguidamente discutir los principales problemas doctrinales que la operación del sistema penal ambiental ha generado. Finalmente, algunas líneas sobre los desafíos que enfrenta el sistema permiten extraer lecciones de la experiencia en los EUA.

a) *Política criminal*

El análisis del derecho penal ambiental (DPA) desde la óptica de la política criminal abarca dimensiones normativas e institucionales. En el ámbito normativo, la protección penal al medio ambiente es un fenómeno reciente, que surgió en los EUA a partir de las reformas introducidas al *Clean Air Act* (CAA) en 1970 y la dictación del *Clean Water Act* (FWPCA) en 1972. Luego en 1976 se dictó el *Resource Conservation and Recovery Act* (RCRA) para tratar el problema de los desechos peligrosos, seguido en 1980 del *Comprehensive Environmental Response, Conservation and Liability Act* (CERCLA), el cual estableció mecanismos para la limpieza de los sitios contaminados con desechos peligrosos. El *Federal Insecticide, Fungicide and Rodenticide Act* (FIFRA)⁷ y la *Toxic Substances Control Act* (TSCA)⁸ completan el cuadro de regulación ambiental penal de sustancias químicas.

⁷ 7 U.S.C. §136-136y.

⁸ 15 U.S.C. §2601-2629

El desarrollo normativo del DPA en los EUA no se agotó con la promulgación de estos estatutos, sino que más bien ha seguido una sostenida expansión⁹. Durante los años que les siguieron, las leyes especiales fueron modificadas sustancialmente, con la intención explícita de fortalecer el programa de protección penal al medio ambiente. Es así como, por ejemplo, ciertas faltas se elevaron en crímenes, se eliminaron ciertos elementos subjetivos del tipo, se aumentaron las penas y se introdujeron delitos de peligro. Estas innovaciones perseguían fortalecer la capacidad del Estado para hacer efectiva la responsabilidad penal ambiental.

Desde la óptica institucional, en una primera etapa la *Environmental Protection Agency* (EPA) no le otorgó prioridad al programa de protección penal ambiental¹⁰. Sus recursos estaban más bien enfocados a la promulgación de complicados reglamentos y a su defensa judicial¹¹. Por lo mismo, el personal de la EPA no estaba preparado en técnicas de investigación criminal o en las reglas del procedimiento penal. Recién en 1982 la EPA le otorgó un espacio al DPA en sus operaciones mediante la creación de la *Office of Criminal Enforcement*, una unidad especial a cargo de la investigación criminal. Los años que siguieron evidenciaron el difícil diálogo institucional entre la EPA y el *Department of Justice* (DOJ), el FBI y otras agencias federales con competencia en la investigación criminal.

Luego en 1990, el Congreso promulgó el *Pollution Prosecution Act*, que le entregó a la EPA renovados recursos para ampliar y fortalecer su programa de protección penal ambiental. En efecto, los especialistas en crímenes ambientales aumentaron a más de 200 personas, se creó un laboratorio forense ambiental y se impartió instrucciones a los oficiales de policía local y estatal. Con todo, recientemente tras los atentados terroristas a las torres gemelas de Nueva York, gran número del personal encargado de la investigación de crímenes ambientales ha sido redestinado a labores de inteligencia¹².

Un aspecto particular de la administración de las normas y procedimientos penales ambientales en los EUA, es su dualidad institucional. En efecto, como se ha detallado, la EPA conduce la investigación de los casos, para que luego el DOJ presente estos ante los tribunales. El desarrollo institucional de la temática penal ambiental al interior del DOJ siguió durante muchos años una vía paralela a la EPA, con escasas instancias de diálogo institucional¹³.

Los hitos más relevantes en el desarrollo del programa en el DOJ son la creación en 1983 de la *Environmental Crimes Unit*, la cual fue elevada en jerarquía de *Unit* a *Section* en 1988. En 1992-3, el DOJ se vio envuelto en el ojo del ciclón de la controversia política: el *Subcommittee on Investigations and Oversight* de la *House of Energy and Commerce Committee* recibió testimonios en extensas audiencias. La crítica a la administración del programa apuntaba al manejo político del mismo, acusando al DOJ de proteger a empresas poderosas y a sus ejecutivos. También se acusaba al DOJ de renunciar a la acción penal y negociar multas en casos de contaminación seria y prolongada, y de negociar con los abogados defensores a espaldas de la EPA y del *United States General Attorney Office*.

Estas audiencias entregaron una clara señal del apoyo del Congreso al programa de protección ambiental, lo cual ha influido de manera importante en el desarrollo institucional de la EPA y el DOJ¹⁴. En efecto, si en un principio estas instituciones concentraban sus esfuerzos sobre entidades que operaban sin permiso, sobre personas que falseaban informa-

⁹ Ver C. Schroeder, *Cool Analysis versus Moral Outrage in the Development of Federal Environmental Criminal Law*, 35 Wm. & Mary L. Rev. 251, 1993.

¹⁰ Entrevista a Steve Herman, *EPA Head of Enforcement*, julio 2001.

¹¹ R. Lazarus, *Assimilating Environmental Protection into Legal Rules and the Problem with Environmental Crime*, 27 Loy. L. A. L. Rev. 867 (1994).

¹² PEER, Public Employees for Environmental Responsibility, Press Release 10 January 2002, <http://www.pecer.org-press-203.html>.

¹³ J. Starr, *Turbulent Times at Justice and EPA: The Origins of Environmental Criminal Prosecutions and the Work that Remains*, 59 Geo. Wash. L. Rev. 900 (1991); J. Strock, *Environmental Criminal Enforcement Priorities for the 1990s*, 59 Geo. Wash. L. Rev. 916 (1991).

¹⁴ Entrevista S. Herman.

ción en sus informes, y sobre violaciones manifiestas a normas con contenido relativamente claro, desde entonces estas instituciones han ampliado su acción hacia casos más variados y más complicados. Esta línea de acción ha generado ciertas críticas que apuntan sobre la equidad del sistema de protección penal, cuestión que se abordará más abajo.

b) El sistema penal de protección ambiental

1. Leyes especiales

El desarrollo normativo del derecho penal ambiental en los EUA sigue un curso más bien fragmentado, que distribuye delitos ambientales en diferentes leyes especiales. Estas leyes no se restringen a la creación de delitos ambientales, sino que más bien introducen todo un régimen regulatorio ambiental sobre una actividad, sustancia o componente ambiental. Esto es, el delito ambiental ha sido considerado como una herramienta más en el régimen jurídico de protección ambiental y no como un cuerpo autónomo, separado de las normas ambientales específicas que busca resguardar.

La complejidad del sistema no se agota en la fragmentación y dispersión de las normas ambientales y sus componentes penales, sino que además surge a partir de las sucesivas reformas que se han introducido a estas leyes especiales. En los EUA, las principales leyes ambientales que han incluido delitos ambientales son el *Clean Air Act (CAA)*¹⁵, el *Clean Water Act (FWPCA)*¹⁶. Luego se promulgaron el *Resource Conservation and Recovery Act (RCRA)*¹⁷ para tratar el problema del manejo de los desechos peligrosos, “desde la cuna hasta la tumba”, seguido del *Comprehensive Environmental Response, Conservation and Liability Act (CERCLA)*¹⁸, el cual estableció mecanismos para la limpieza de los sitios contaminados con desechos peligrosos. Finalmente, el *Federal Insecticide, Fungicide and Rodenticide Act (FIFRA)*¹⁹ y la *Toxic Substances Control Act (TSCA)*²⁰ también introducen delitos ambientales en el ámbito de las sustancias químicas.

2.. Caracterización del delito ambiental

En el sistema jurídico de los EUA, el delito ambiental se ubica en los últimos peldaños de un esquema cuidadosamente calibrado²¹. Es así como se pueden distinguir distintas figuras de responsabilidad ambiental:

- dos niveles de multas administrativas (*administrative penalties*);
- multas civiles que se pueden hacer efectivas ante los Tribunales (*civil penalties*);
- faltas (*misdemeanor offenses*);
- simples delitos (*ordinary felonies*);
- crímenes (*aggravated felonies, knowing endangerment*).

Esta sección, más que entrar en un análisis pormenorizado de las diferentes figuras que existen en las diferentes leyes especiales, ofrece una reseña sobre las categorías gruesas del sistema de protección penal ambiental. Es así como se distinguen ciertos delitos con un mayor contenido administrativo, de aquellos delitos que afectan al medio ambiente de manera más directa. Por último, también se toca brevemente la reciente introducción de delitos de peligro.

¹⁵ *Clean Air Act*, 33 U.S.C. §7413.

¹⁶ *Clean Water Act*, 33 U.S.C. §1319.

¹⁷ *Resource Conservation and Recovery Act*, 42 U.S.C. §6928.

¹⁸ *Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act*, 42 U.S.C. §9603.

¹⁹ 7 U.S.C. §136-136y.

²⁰ 15 U.S.C. §2601-2629

²¹ J. Cooney et al., *Environmental Crimes Deskbook*, Environmental Law Institute, 1996, pg. 24.

i. Bien jurídico protegido

El derecho penal ambiental en los EUA está íntimamente ligado al esquema administrativo que regula la actividad de los agentes económicos. Por consiguiente, la infracción de la norma administrativa desempeña un papel clave en la configuración del ilícito penal. En efecto, ya que los elementos del ilícito administrativo y del ilícito ambiental han sido equiparados por las Cortes, salvo el caso de los delitos de peligro (*knowing endangerment*), la infracción administrativa es también delito ambiental. Este es el punto de partida en el análisis y caracterización del delito ambiental en los EUA: la equiparación del ilícito administrativo con el ilícito penal. En consecuencia, las infracciones a la ley, a los reglamentos y/o a los permisos ambientales pueden ser objeto de sanciones administrativas, civiles, y/o penales.

Esta característica del sistema influye en la determinación de los bienes jurídicos protegidos por los delitos ambientales. Aunque en última instancia el bien jurídico protegido por el sistema penal ambiental es la integridad del medio ambiente y la salud de las personas, la existencia de ciertos delitos ambientales administrativos también dan evidencia de un segundo bien jurídico: la integridad del esquema administrativo que establece los mecanismos de protección ambiental.

La protección del sistema administrativo ambiental y su caracterización como bien jurídico protegido plantea ciertos problemas doctrinales. Por una parte, en este orden valórico la afectación al medio ambiente se da de manera más tenue o indirecta; también puede ser que el acto punible sea incapaz de afectar al medio ambiente o la salud de las personas. Esta evidencia plantea el problema de la utilización del derecho penal como herramienta para sancionar la desobediencia de los súbditos a los reglamentos dictados por la autoridad. Por otra parte, la integridad y adecuado funcionamiento del sistema administrativo ambiental es un componente esencial del régimen jurídico de protección ambiental²². El debate ha girado en torno a la equidad y razón última del sistema penal, tema que abordaremos más abajo.

ii. Figuras penales ambientales

Entre las figuras penales ambientales administrativas, cabe resaltar aquellas que incriminan la entrega de información falsa. Aquí se aprecia la necesidad de resguardar la integridad del esquema administrativo, que le impone a los operadores la obligación de entregar información sobre una serie de elementos que configuran el impacto ambiental de sus actividades. Así por ejemplo, se incrimina el mantener registros falsos, la entrega de información falsa sobre la cantidad de emisiones, o la alteración de los equipos de monitoreo e inspección. En este aspecto, el derecho penal ambiental guarda cierta relación con las figuras penales tributarias, que incriminan las declaraciones falsas de impuestos o la alteración de los libros de contabilidad.

Otra figura ambiental administrativa importante es la de omitir la entrega de información a la autoridad. Varias leyes especiales establecen la obligación de entregar notificación inmediata acerca de derrames de petróleo o acerca de la liberación de sustancias peligrosas al ambiente. La omisión de notificación en estos casos usualmente busca esconder el incumplimiento de la legislación ambiental y por ende afecta el funcionamiento del sistema administrativo. La entrega inmediata de información acerca de derrames de sustancias peligrosas es imprescindible para que la autoridad se encuentre en condiciones de tomar las providencias necesarias para mitigar el daño ambiental y prevenir daños a la salud pública.

Entre las figuras penales con un mayor contenido sustantivo cabe mencionar la descarga no autorizada de contaminantes al aire o a las aguas, en infracción a los permisos ambientales. Aquí la infracción del permiso ambiental, que contiene las cantidades emisiones o descargas autorizadas tanto como las condiciones bajo las cuales se autorizan, afecta al medio ambiente de manera más directa. Estas figuras ambientales materiales a su vez se diferencian y clasifican en delitos (*felonies*) si el agente actuó a sabiendas (*knowingly*) o en faltas (*misde-*

²² K. Brickey, *Environmental Crime at the Crossroads: The Intersection of Environmental and Criminal Law Theory*, 71 Tul. L. Rev. 487, 1996.

meanors) si el agente actuó de forma negligente (*negligently*). Más abajo retomaremos los problemas que surgen a raíz de la posición mental del agente o *mens rea*.

Por último están los delitos de *knowing endangerment*, los que se acercan a la categoría de los delitos de peligro concreto. Esta figura exige que el agente, además de la infracción de la norma o permiso ambiental, actúe con el conocimiento que coloca a otra persona en peligro inminente de muerte o de lesiones corporales serias. Estos delitos llevan aparejadas las penas más severas del sistema, hasta 15 años de cárcel y US\$ 250.000 de multa, las cuales son dobladas en casos de reincidencia. En caso que el autor del delito sea una organización, las multas penales pueden ascender hasta US\$ 1.000.000 por cada violación, las que se calculan aparte de las multas administrativas y la reparación del ambiente.

Los requisitos estrictos de los delitos de *knowing endangerment* y las fuertes penas asociadas a ellos han motivado cierta cautela por parte de las Cortes. Uno de los primeros casos fue el de *United States v. Protex Industries, Inc.*²³, en el cual una planta de reciclaje de tambores infringió las exigencias de RCRA, y además puso a los trabajadores en contacto con peligrosos químicos tóxicos. La Corte consideró que el riesgo de contraer cáncer en el futuro era suficiente para satisfacer los términos de la figura penal agravada consagrada en RCRA.

Las Cortes han sido más estrictas en otros casos, mostrando cierta resistencia a esta figura penal. Así por ejemplo en *United States v. Borowski*²⁴, los actores fueron absueltos, a pesar de clara evidencia acerca del riesgo que sufrieron trabajadores que derramaron compuestos químicos sin tratamiento directamente al desagüe. La Corte consideró que el peligro habría sido idéntico si el derrame hubiera sido legal, por lo cual no se satisfacía el requisito de causalidad. Una línea similar se aprecia en *United States v. Villegas*²⁵, donde la Corte absolvió al acusado, a pesar de que el jurado lo declarara culpable por un delito contenido en el FWPCA. El actor había colocado ciertos contenedores de vidrio con sangre infectada con hepatitis en el río Hudson. La Corte señaló que no había evidencia acerca de si el actor sabía que su acción colocaba a otra persona en peligro inminente de muerte o de lesiones graves. Más bien, los testimonios de peritos indicaban que el riesgo solo existía en el improbable caso que un contenedor se quebrara y el vidrio penetrara la piel.

3. Debate doctrinal

El desarrollo del sistema de protección penal ambiental en los EUA ha sido cuestionado desde varios ángulos²⁶. Entre los problemas que subsisten se encuentran la relación entre los auditorías ambientales²⁷, el debido proceso y la Quinta Enmienda constitucional²⁸, la tentativa²⁹, la responsabilidad de las personas jurídicas³⁰, la determinación de la pena³¹, y la exis-

²³ 874 F.2d 740, 19 ELR 21061 (10th Cir. 1989).

²⁴ 977 F.wd 27, 23 ELR 20102 (1st Cir. 1992).

²⁵ 784 F. Supp.6, 22 ELR 21027.

²⁶ Entrevista al profesor R. Lazarus, Georgetown University Law School, julio 2001.

²⁷ Ver W. Thomas, *et al.*, *Crafting Superior Environmental Enforcement Solutions*, ELI-ELR, 2000; M. Mazza, *The New Evidentiary Privilege For Environmental Audit Reports: Making The Worst Of A Bad Situation*, 23 Ecology L.Q. 79, 1996; C. Murnane, *Criminal Sanctions For Deterrence Are A Needed Weapon, But Self-Initiated Auditing Is Even Better: Keeping The Environment Clean And Responsible Corporate Officers Out Of Jail*, 55 Ohio St. L.J. 1181, 1994.

²⁸ Ver D. Buente y K. Thomson, *The Changing Face of Federal Environmental Criminal Law: Trends and Developments—1999-2001*, 31 ELR 11340, Nov. 2001.

²⁹ Ver H. Maher, *Attempting To Legislate Attempted Environmental Crimes*, 15 Pace Env'tl. L. Rev. 735, 1998; C. Boyden, R. Marzulla, J. Shanahan, *Attempted Environmental Crimes: A Flawed Concept*, Journal of Law and Politics, 1998.

³⁰ S. Humphreys, *An Enemy Of The People: Prosecuting The Corporate Polluter As A Common Law Criminal*, 39 Am. U. L. Rev. 311, 1990; M. Benson, *Investigating Corporate Crime: Local Responses To Fraud And Environmental Offenses* 28 W. St. U. L. Rev. 87, 2000-2001; E. Jessup, *Environmental Crimes And Corporate Liability: The Evolution Of The Prosecution Of "Green" Crimes By Corporate Entities*, 33 New Eng. L. Rev. 721, 1999.

³¹ J. Lemkin, *Deterring Environmental Crime Through Flexible Sentencing: A Proposal For The New Organizational Environmental Sentencing Guidelines*, 84 Calif. L. Rev. 307, 1996; L. Lundin, *Sentencing Trends In Environmental Law: An "Informed" Public Response*, 5 Fordham Env'tl. L. J. 43, 1993.

tencia de procesos paralelos a nivel federal y estatal³². Más abajo se presentan los tres problemas doctrinales más debatidos, a saber, las exigencias de equidad y *ultima ratio*, la problemática de *mens rea*, y la doctrina del ejecutivo responsable.

i. Equidad y ultima ratio

En el imperativo que impone el principio de la *ultima ratio*, el problema que se ha planteado en doctrina es uno de definición: ¿cuándo la violación del estatuto ambiental corresponde a un ilícito civil y cuando a uno penal? Esta interrogante fluye de la escasa definición del delito ambiental en la ley, la cual incrimina las infracciones administrativas, con excepción de los delitos de peligro.

Ante esta realidad, la discreción de los fiscales y de los órganos administrativos ha pasado a diferenciar lo penal de lo civil. Parte de la doctrina cuestiona la conveniencia de entregarle esta función a la administración del Estado, y sugiere clarificar estos problemas a nivel de ley³³. Aunque la extensa criminalización primaria tiene la virtud de maximizar el efecto disuasivo e inducir a los agentes sociales a cumplir la ley ambiental, a la vez presenta graves inconsistencias con un sistema democrático de gobierno y con el sistema penal liberal fundado en las garantías del debido proceso y la libertad personal.

Ciertas características del derecho ambiental magnifican los problemas que plantea la equiparación del ilícito administrativo con el penal. Si por una parte el derecho penal se caracteriza por sancionar conductas que atentan contra estados sociales cuya integridad es indispensable para el diálogo social, esto es, valores sociales asentados y fundamentales de la comunidad, por la suya el derecho ambiental en los EUA se caracteriza por ser un régimen sumamente complicado, en evolución, y que aspira a cierto nivel de calidad ambiental. Por consiguiente, el derecho ambiental se compone de normas cambiantes, que en algunos casos aspiran a transformar las fronteras tecnológicas de la actividad económica. De acuerdo a cierta parte de la doctrina, estas características pueden entrar en contradicción con los principios y fines del derecho penal liberal³⁴.

El ejemplo del manejo de los residuos peligrosos ofrece un ejemplo acerca del grado de complejidad de las normas ambientales. En el contexto de RCRA, la definición misma de desecho peligroso, que gatilla una serie de exigencias ambientales, es en tal grado oscura que la EPA ha intentado por años clarificar sus contornos. Es así como en ciertas áreas, en razón de sucesivas reformas, existe una superposición de normas. Además, existe un cúmulo de fallos que también interpretan o restringen la regulación. Así por ejemplo, una misma sustancia puede ser objeto de regímenes regulatorios diferentes según los sistemas productivos, entre varios otros criterios. La extrema complejidad del sistema administrativo ambiental, señalan las críticas, hace imposible verificar tanto la conciencia de la ilicitud como la capacidad para cumplir con las normas.

ii. *Mens rea*

Una de las características del delito ambiental, que a su vez lo distingue de otros “delitos de cuello” blanco es su mínima exigencia en torno al conocimiento requerido del agente³⁵. La

³² D. Riesel, *Environmental Enforcement: Civil and Criminal*, Law Journal Press, 1999, ss. 6.01-7.04.

³³ R. Lazarus, *Meeting the Demands of Integration in the Evolution of Environmental Law: Reforming Environmental Criminal Law*, 83 Geo. L.J. 2407 (1995).

³⁴ R. Lazarus, *Fairness in Environmental Law*, Northwestern School of Law of Lewis and Clark College. *Environmental Law*, Vol. 27, Number 3, 1997, pgs. 732-738.

³⁵ C. Crawford, *Criminal Penalties For Creating A Toxic Environment: Means Rea, Environmental Criminal Liability Standard And The Neurotoxicity Hypothesis*, 27 B.C. Env'tl. Aff. L. Rev. 341, 2000; A. Turner, *Mens Rea in Environmental Crime Prosecutions: Ignorantia Juris and the White Collar Criminal*, Columbia Journal of Environmental Law, 23:137, pgs. 217-236; R. Lazarus, *Mens Rea In Environmental Criminal Law: Reading Supreme Court Tea Leaves*, 7 Fordham Env'tl. L.J. 861, 1996; S. Calcote, *Criminal Intent In Federal Environmental Statutes: What Corporate Officers And Employees Should "Know"*, 20:359, American Journal of Criminal Law, 1993; R. Locke, *Environmental Crimes: The Absence Of "Intent" And The Complexities Of Compliance*, 16 Colum. J. Env'tl. L. 311, 1991.

mayoría de las leyes especiales ambientales exige que el acusado haya violado la ley a sabiendas (*knowingly*), y las Cortes han interpretado estos términos exigiendo evidencia solamente de un dolo genérico (*general intent*). Esto es, a las Cortes les ha bastado la prueba del conocimiento del agente sobre el trasfondo fáctico del hecho punible, y no han exigido prueba sobre la intención específica del agente de violar la ley. Esta interpretación del término a sabiendas es la que en la práctica ha borrado la diferencia entre el ilícito administrativo y el penal, al punto que teóricamente cualquier infracción administrativa puede ser objeto de una investigación y acusación criminal.

La construcción jurisprudencial de los elementos de la posición mental del agente se ha sostenido en base a la doctrina de los delitos contra el bienestar público (*public welfare offense doctrine*). De acuerdo a esta doctrina, el conocimiento de los puntos de derecho puede presumirse en el agente cuando las conductas tratan con sustancias inherentemente peligrosas. La Corte Suprema esbozó los contornos iniciales de esta doctrina hace ya medio siglo en *Morisette v. Unites States*³⁶, y luego la ha aplicado en el ámbito de los de las sustancias peligrosas, como narcóticos, granadas y químicos³⁷.

La Corte Suprema extendió esta doctrina al régimen ambiental en *United States v. International Minerals & Chemical Corp.* Este caso trataba sobre un cargamento de químicos peligrosos cuya rotulación omitía información acerca de las características de la carga. La Corte entonces señaló que cuando se trata de productos o residuos peligrosos, la probabilidad de que estén regulados es tan alta que permite presumir que una persona en posesión de tales sustancias está en conocimiento de la regulación³⁸. En este caso, la Corte también elaboró acerca de posibles defensas en torno a un eventual error de hecho, ejemplificando el caso de una persona que transporta ácido sulfúrico pensando que es agua destilada.

En casos recientes como *United States v. Hanousek*³⁹ y *United States v. Unser*⁴⁰, las Cortes han confirmado su caracterización de ciertos estatutos ambientales como *public welfare statutes*. En *Unser* por ejemplo, el Décimo Circuito aplicó esta doctrina al afirmar una condena por posesión y operación de vehículos a motor dentro de un área silvestre protegida (*National Forest Wilderness Area*), a pesar que los hechos indicaban que el actor se había perdido en una tormenta, entrando al parque por error. En *Hanousek*, el Noveno Circuito confirmó que el CWA era un estatuto de bienestar público y la Corte Suprema declinó fallar la petición de *certiorari*, lo que motivó una opinión disidente de dos jueces. Según esta opinión disidente, los márgenes de la doctrina de los delitos contra el bienestar público no se debía expandir a todos "los estatutos criminales aplicables a las actividades industriales". Esta opinión disidente demuestra cierta división en la Corte, la cual podría motivar un fallo que sanjara la controversia y vinculara a las cortes inferiores.

En la discusión sobre la posición mental del agente, cuatro temas han recibido mayor atención: si el agente sabía que (1) su conducta habría de violar las normas, (2) su actividad exigía permiso, (3) del trasfondo de los hechos materiales, y (4) su conducta habría de violar los términos y condiciones de un permiso⁴¹. El primer tema, el conocimiento sobre la ley o los reglamentos, ha sido litigado frecuentemente⁴², y la jurisprudencia es conteste en sostener que el término a sabiendas no abarca el conocimiento sobre los requisitos impuestos por las leyes y reglamentos.

Luego, sobre si la actividad exigía permiso, las Cortes han sostenido opiniones divergentes, particularmente en el contexto de RCRA. Así por ejemplo en *United States v. Johnson &*

³⁶ 342 U.S. 246 (1952).

³⁷ Ver *Staples v. United States*, 511 U.S. 600 (1994); *United States v. Freed*, 401 U.S. 601 (1972).

³⁸ 402 U.S. 558 (1971) en 565.

³⁹ 176 F.3d 1116 (9th Cir. 1999), *cert. denied*, 528 U.S. 1102 (2000).

⁴⁰ 165 F. 3d 755 (10th Cir. 1999).

⁴¹ J. Cooney *et al.*, *Environmental Crimes Deskbook*, Environmental Law Institute, 1996, pg. 24.

⁴² *United States v. Frezzo Bros*, *United States v. Hayes International Corp.*, *United States v. Hoflin*, *United States v. Dee*, *United States v. Buckley*, *United States v. Baytank (Houston) Inc.*, *United States v. Dean*, *United States v. Goldsmith*.

*Towers, Inc.*⁴³ y en *United States v. Speech*⁴⁴, las Cortes aparecen exigiendo evidencia acerca del conocimiento actual del agente en relación a los permisos exigidos para la actividad. En contraste, en *United States v. Laughlin*⁴⁵ y en *United States v. Wagner*⁴⁶, las Cortes sostuvieron que la fiscalía no tenía que probar que el agente tenía conocimiento actual acerca de si la planta tenía o no permiso, o si RCRA le exigía permiso para tal actividad. Esta divergencia de criterios podría motivar un fallo de la Corte Suprema sobre este punto.

El conocimiento sobre los hechos materiales plantea el problema del error de hecho (de buena fe). Este tema ha sido más teórico que real, con escasa litigación, salvo el caso *Hayes International*. En este caso los acusados alegaron haber tenido la convicción que los residuos estaban siendo reciclados y por lo tanto exentos de ciertas exigencias. La Corte apuntó que este argumento tenía por efecto el traslado de la carga de la prueba hacia la defensa, y que, de ser probado, serviría de base a una sentencia absolutoria.

El punto más debatido en el ámbito de *mens rea* es el grado de conocimiento exigido en las violaciones de los términos o condiciones de los permisos. Este tema guarda estrecha relación con los fines de la sanción criminal, ya que la industria que opera con permiso usualmente destinará mayores recursos y esfuerzos a cumplir con la legislación ambiental. Por consiguiente, en los EUA parte de la doctrina cuestiona la política de sujetar a la industria que opera con permiso a los mismos estándares que la industria que opera al margen del régimen administrativo. De acuerdo a esta posición, los fines de prevención general se ven mejor servidos si el programa criminal ambiental se enfoca y persigue a los contaminadores que operan fuera del sistema.

En el ámbito del conocimiento de los términos de los permisos, las Cortes han establecido una forma de responsabilidad estricta, exigiendo conocimiento solo de los hechos. Así por ejemplo en *United States v. Weitzenhoff*, los administradores de una planta de tratamiento de residuos domiciliarios fueron condenados por descargas al mar, en violación a los límites establecidos en el permiso. La descarga de estos materiales era ilegal solo porque excedió en 6% en 14 meses las cantidades permitidas. Un Panel del Noveno Circuito confirmó los fallos condenatorios, señalando que los delitos consagrados en el FWPCA eran delitos contra el bienestar público. La Corte además señaló que el término a sabiendas (*knowingly violates*) solamente requiere evidencia acerca de si el agente sabía que estaba descargando contaminantes, mas no requiere evidencia acerca de si el agente sabía que sus actos violaban el permiso⁴⁷. Otro caso de importancia en este ámbito es *United States v. Hopkins*, en el cual se condenó al actor por violar las condiciones impuestas a descargas de zinc. El Segundo Circuito indicó que de acuerdo a la historia y propósito del FWPCA, no era necesario que el agente tuviera conocimiento sobre el carácter ilícito de sus actos.

En este ámbito un caso reciente elabora la línea jurisprudencial sugerida por *International Minerals & Chemical Corp.* y por *Hayes International* en cuanto a la virtud exculpante del error de hecho. En *United States v. Ahmad*⁴⁸ el actor fue acusado de desacargar gasolina en cursos de agua y de colocar a otros en peligro de muerte o de lesiones graves. El acusado en su defensa adujo su convicción de estar descargando agua y no gasolina; y que por lo tanto la descarga no había sido a sabiendas. El tribunal de instrucción desestimó este argumento, pero la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito sostuvo que "*mens rea* del conocimiento se aplica a cada uno de los elementos del delito, con excepción de elementos puramente jurisdiccionales". Sobre esta base, la Corte distinguió *Ahmad* de los precedentes ofrecidos por

⁴³ 741 F.2d 662, 14 ELR 20634 (3d Cir. 1984), *cert. denied sub nom. Angel v. United States*, 469 U.S. 1208 (1985).

⁴⁴ 968 F.2d 795f, 22 ELR 21498 (9th Cir. 1992).

⁴⁵ 10 F.3d 961, 24 ELR 20221 (2d Cir. 1993), *cert. denied sub nom. Goldman v. United States*, 114 S. Ct. 1649 (1994).

⁴⁶ 29 F.3d 264, 24 ELR 21353 (9th Cir. 1994).

⁴⁷ 35 F.3d en 1283-4, 24 ELR en 21506.

⁴⁸ 101 F.3d 386 (5th Cir. 1996).

Weitzenhoff y Hopkins, en atención a que estos últimos guardaban relación con el error de derecho, mas no con el error de hecho.

Con todo, las Cortes han mostrado cautela frente a las defensas fundadas en el error de hecho, por lo que *Ahmad* no ha tenido gran impacto en la línea jurisprudencial⁴⁹. El caso que mejor ejemplifica las dificultades que enfrenta la defensa fundada en el error de hecho es el de *United States v. Kelly*⁵⁰, donde el actor fue acusado de transportar residuos peligrosos en infracción de RCRA. El actor alegó que tenía conocimiento acerca de la naturaleza de la carga, ya que de buena fe no consideró que la gasolina en los tambores fuere un "residuo" en el contexto de RCRA. El Séptimo Circuito afirmó la condena, opinando que no era necesario que el jurado determinara que Kelly conocía la definición de RCRA sobre la naturaleza peligrosa del material que transportaba, sino solamente que tuviera una idea general de las características peligrosas de la sustancia.

iii. Doctrina del ejecutivo responsable

El origen de la doctrina del ejecutivo responsable⁵¹ se encuentra fuera del ámbito ambiental, en dos casos decididos por la Corte Suprema bajo el *Federal Food, Drug, and Cosmetic Act* (FFDCA)⁵². En *United States v. Dotterweich*⁵³, la Corte sostuvo que el presidente de una compañía podía ser condenado por los actos de sus subordinados, quienes distribuyeron drogas adulteradas. La Corte sostuvo que la FFDCA era un estatuto de bienestar público, y por consiguiente, no era necesario contar con evidencia sobre la posición subjetiva del agente para establecer culpabilidad. En contraste, la opinión disidente de tres jueces sostuvo que era impropio imponer responsabilidad criminal sobre un ejecutivo que no había participado en el hecho punible y que ni siquiera tenía conocimiento del delito.

En *United States v. Park*⁵⁴, el gerente general (*chief executive officer CEO*) de una distribuidora de alimentos fue condenado por repartir comida infectada con raticida, descubierta en una bodega de la compañía. El CEO alegó que se le había negado el debido proceso, ya que él no había participado en el hecho punible. La Corte señaló que el acusado tenía, por razón de su posición en la empresa, tanto la responsabilidad como la autoridad para prevenir la infracción o para corregirla con prontitud. En contraste, tres jueces disidentes señalaron que los importantes objetivos sociales del FFDCA no podían servir para justificar una condena tan alejada de principios fundamentales del derecho penal.

Las Cortes han mostrado cierta cautela al momento de aplicar la doctrina del ejecutivo responsable al ámbito ambiental. Por una parte, las leyes especiales ambientales han sido caracterizadas como de bienestar público, con las consecuencias que ello acarrea para los elementos volitivos del delito. Luego, el CAA y el FWPCA expresamente incluyen el término "ejecutivo responsable" (*responsible corporate officer*) en el listado de personas que pueden ser responsables de delitos. Por otra parte, las leyes ambientales exigen un mínimo conocimiento del trasfondo fáctico por parte del agente del hecho punible. Desde ahí que hayan surgido dos doctrinas corolarias que elaboran sobre la manera de probar la responsabilidad de los ejecutivos.

Una de ellas es la doctrina de la ceguera deliberada (*will-full blindness*), la cual ha adquirido cierto predominio en doctrina. De acuerdo a sus términos es posible imputarle conocimiento a un ejecutivo que deliberadamente establece una estructura interna de comunicaciones tal que

⁴⁹ Ver *United States v. Sinskey*, 119 F.3d 712 (8th Cir. 1997) y *United States v. Wilson*, 1997 WL 785530 (4th Cir. 1997).

⁵⁰ 167 F.3d 1176 (7th Cir. 1999).

⁵¹ Ver S. Wolf, *Journal of Land Use & Environmental Law* Fall, 1993 *Finding An Environmental Felon Under The Corporate Veil: The Responsible Corporate Officer Doctrine And RCRA*, 9 J. Land Use & Envtl. L. 1, 1993; B. Hartman y C. De Monaco, *The Present Use Of The Responsible Corporate Officer Doctrine In The Criminal Enforcement Of Environmental Laws*, 23 ELR 10145, 1993.

⁵² 21 U.S.C. §§ 301-392.

⁵³ 320 U.S. 277 (1943).

⁵⁴ 421 U.S. 658 (1975).

le impide entrar en contacto con información ambiental relevante. Otra doctrina importante es la del indiferente temerario (*reckless indifference*), la cual permite imputarle conocimiento a un ejecutivo que deliberadamente ha preferido ignorar los informes y comunicaciones con información ambiental de sus subalternos. Estas doctrinas derivan en que el ejecutivo responsable se encuentra en la obligación de obtener información ambiental y, en base a ella, en la obligación de tomar las decisiones que permitan cumplir con las normas ambientales.

Las Cortes han establecido ciertos límites a la aplicación de la doctrina del ejecutivo responsable a través de sucesivos fallos. Entre estos se encuentra *United States v. Britain*⁵⁵, en el cual el acusado era director de servicios públicos de una ciudad, con responsabilidad sobre la operación de la planta de tratamientos de residuos. La evidencia indicaba que el personal le había informado al director que ciertos contaminantes estaban siendo derramados en un estero del lugar, en violación a los permisos. La evidencia también indicaba que el director personalmente había observado las descargas, pero había instruido al supervisor de la planta no informar a la EPA, en violación al permiso. El Décimo Circuito sostuvo que,

*“Pensamos que el Congreso consideró que este objetivo [el de restaurar la integridad de las aguas de la nación] es más importante que las dificultades que pueden sufrir los ejecutivos responsables condenados a pesar de su falta de conciencia de la ilicitud. Bajo esta interpretación, un ejecutivo responsable no necesariamente debe causar, a sabiendas o por negligencia, la violación del permiso. Más bien, la voluntariedad o negligencia del agente se le imputa en virtud de su posición de responsabilidad”*⁵⁶.

Otro caso importante es el de *United States v. MacDonald & Watson Waste Oil Co.*⁵⁷, en el cual una empresa y su presidente fueron condenados por transportar residuos peligrosos a una planta que no tenía permiso. La evidencia indicaba que el presidente había participado en la administración del día-a-día, y que había sido informado acerca de envíos ilegales previos de desechos peligrosos. Con todo, no existía evidencia directa sobre el conocimiento del presidente en el caso específico en juicio. En este caso, el Primer Circuito revocó la condena del tribunal *a quo* por haber instruido al jurado de manera incorrecta. El Primer Circuito sostuvo que la doctrina del ejecutivo responsable no podía ser usada para sustituir los elementos volitivos del delito establecido en RCRA. Por consiguiente, la falta de prueba sobre el conocimiento del presidente en relación a los embarques específicos contenidos en la acusación invalidaba la condena.

Para algunos, *MacDonald & Watson Waste Oil Co.*, junto a otros casos que han seguido su línea, como *United States v. White*⁵⁸ y *United States v. Baytanks (Houston) Inc.*⁵⁹, restringe la utilización de la doctrina del ejecutivo responsable, sugiriendo que más que una base autónoma de responsabilidad, la doctrina cumple su rol en el conjunto de evidencia circunstancial⁶⁰. Para otros, casos recientes como *United States v. Iverson*⁶¹, *United States v. Hansen*⁶², y *United States v. Ming Hong*⁶³, demuestran que la doctrina del ejecutivo responsable no ha sido restringida, sino todo lo contrario. En *Iverson* por ejemplo, el Noveno Circuito sostuvo que “si la persona tiene autoridad para ejercer control sobre las actividades de la empresa que causan las descargas”, entonces puede contraer responsabilidad penal como ejecutivo responsable. Esta amplia formulación fue subrayada por la Corte al rechazar los argumentos del actor en cuanto a

⁵⁵ 931 F.2d 1413, 21 ELR 21092 (10th Cir. 1991).

⁵⁶ *Id.* en 1419.

⁵⁷ 933 F.2d 35 (1st Cir. 1991).

⁵⁸ 766 F. Supp. 873 (E.D. Wash. 1991).

⁵⁹ 934 F.2d 599 (5th Cir. 1991).

⁶⁰ Para crítica al gobierno ver K. Onsdorff y J. Mesnard, *The Responsible Corporate Officer Doctrine in RCRA Criminal Enforcement: What You Know Can't Hurt You*, 22 ELR 10099.

⁶¹ 162 F.3d 1015 (9th Cir. 1998).

⁶² N^o 99-11638 (11th Cir. Oct. 1, 1999).

⁶³ 242 F.3d 528 (4th Cir. 2001).

que él no había, en los hechos, ejercido autoridad o vigilancia sobre las descargas. Incluso más, en *Hansen* tres ejecutivos fueron condenados por infracciones al CWA y RCRA surgidas después que la empresa entrara en quiebra, a pesar de sus argumentos sobre su incapacidad para controlar las decisiones de la empresa tras la declaración de quiebra.

Aunque los márgenes jurisprudenciales de la doctrina del ejecutivo responsable aparecen algo borrosos, esta, sin embargo, desempeña un rol importante en la relación entre los fiscales y la comunidad regulada. La potencial responsabilidad de los ejecutivos le entrega a los fiscales y a la administración una herramienta poderosa, particularmente en aquellos casos de violaciones recurrentes que no son enfrentados apropiadamente.

4. Consecuencias de la sanción penal

Una eventual condena en un proceso criminal ambiental conlleva una serie de consecuencias anexas a la sanción penal, entre las cuales cabe destacar las obligaciones de reparar los componentes ambientales, los efectos en litigación civil, los efectos tributarios, los efectos en contratos gubernamentales, entre otras consecuencias colaterales.

El punto de partida es el siguiente: una entidad que ha sido condenada por un delito ambiental se encontrará en la obligación de limpiar toda contaminación resultante de su infracción, además de todas las indemnizaciones de carácter civil a las cuales sea condenada en litigación subsiguiente. Los montos involucrados en la reparación ambiental usualmente superan significativamente las multas penales.

Estas características del sistema se encuentran en la base de las negociaciones que mantienen los fiscales con las entidades bajo investigación (*negotiated pleas*). Es así como una entidad se puede comprometer a un nivel de reparación mayor al exigido por la ley, a cambio de que el fiscal no persiga la responsabilidad penal en juicio o reduzca los cargos. La entidad puede considerar que la flexibilidad de un acuerdo de reparación, incluyendo las líneas de tiempo y las técnicas de reparación, le permite enfrentar de mejor manera los costos asociados. Este tipo de acuerdos se ve influido por una serie de factores, como son la calidad del diálogo entre el fiscal y la entidad durante la investigación, el historial de la entidad, la posición del administrador (EPA), entre otros. La discrecionalidad del fiscal, sin embargo, no es absoluta, y requiere del concurso de otras autoridades federales y estatales en la determinación de los niveles de reparación.

En el sistema del *common law*, en virtud de la doctrina del estoppel colateral (*collateral stoppel*), una parte no puede entrar a litigar un punto controvertido (*issue*) que ha sido decidido por un fallo en un proceso previo⁶⁴. Esto es, una condena en el ámbito penal produce el efecto de cosa juzgada en el ámbito civil, en virtud del cual una parte se encuentra impedida de cuestionar la veracidad de los hechos que han servido de base a la condena penal. Como las leyes ambientales especiales en los EUA le otorgan a los ciudadanos la posibilidad de ejercer acciones civiles, en la práctica la doctrina del estoppel colateral se traduce en que una entidad condenada en un proceso penal ambiental se verá enfrentada a un gran número de procesos civiles, con pocas alternativas de defensa. Los montos de las indemnizaciones civiles suelen superar con creces las multas penales.

Otra consecuencia colateral de la condena es el ingreso en la lista negra (*blacklisting*), de acuerdo a las disposiciones del FWPCA y el CAA. En efecto, una entidad en la lista negra se encuentra impedida de recibir subsidios o asistencia gubernamental y de entrar en contratos de abastecimientos o servicios con las agencias del gobierno federal. Para una entidad cuyo giro comercial depende de este tipo de contratos o subsidios, su ingreso a la lista negra puede significarle su cesación de actividades. Una entidad solo puede ser sacada de la lista cuando la *EPA Assistant Administrator for Compliance* certifica que la entidad ha tomado las acciones necesarias para corregir las condiciones que dieron lugar a la infracción. De acuerdo a la

⁶⁴ Ver *Montana v. United States*, 440 U.S. 147, 153 (1979); D. Buente *et al.*, *The Civil Implications of Environmental Crimes*, en A.L.I.-A.B.A., *Criminal Enforcement of Environmental Laws* 395 (1994).

EPA, estas acciones necesarias incluyen la existencia de procedimientos internos de monitoreo, de prevención y de corrección inmediata de problemas ambientales futuros, apoyados con mecanismos disciplinarios.

La condena también tiene efectos tributarios en el ámbito federal, ya que los montos pagados al gobierno por compensación (*compensatory damages*) pueden ser descontados de la base imponible del impuesto a la renta⁶⁵. La posibilidad de descontar los montos no se extiende a las multas penales, lo que ha generado jurisprudencia contradictoria en torno a si los montos se consideran punitivos o compensatorios. Así por ejemplo en *Stephens v. Commissioner*, el Segundo Circuito decidió que si la restitución se imponía además de la multa, entonces su objeto era compensatorio⁶⁶. El Sexto Circuito adoptó otro enfoque en *Kraft v. United States*, decidiendo que los montos habían sido contemplados en un proceso criminal y eran por lo tanto punitivos⁶⁷. La Corte Tributaria (*Tax Court*) decidió en *Allied-Signal, Inc. v. Commissioner*⁶⁸ que montos pagados antes de la sentencia no eran compensatorios, pues se efectuaban con la expectativa de una condena menor. Esta incertidumbre ha llevado a que los *plea bargains* entren en altos niveles de detalle, acerca de si los pagos son voluntarios o si buscan compensar o castigar.

Otro efecto de la condena dice relación con la información que las empresas transadas en la bolsa de valores deben liberar al público, de acuerdo principalmente con las obligaciones de informes periódicos y las disposiciones general antifraudes. Las regulaciones de la SEC⁶⁹ exigen que las empresas le proporcionen información al público acerca de su giro, incluyendo los efectos materiales que produce el cumplimiento de las normas ambientales sobre su capital, ingresos y posición competitiva⁷⁰. Estos reglamentos también exigen información acerca de si la empresa, sus subsidiarias o su propiedad enfrentan procedimientos judiciales que puedan derivar en condenas monetarias o sean materiales a su posición financiera⁷¹. Incluso más, las leyes generales antifraude prohíben la representación inexacta del rendimiento ambiental de una empresa, dando lugar a juicios iniciados por accionistas, como por ejemplo en *United Paper Workers International Union v. International Paper Co.*⁷². En definitiva, una empresa que se ve envuelta en una investigación o proceso criminal ambiental usualmente tendrá que informar estas circunstancias a sus accionistas y al público.

c) Desafíos del sistema

La administración del programa de protección penal al medio ambiente ha debido enfrentar múltiples obstáculos de índole normativo, social e institucional. Las dificultades en la puesta en marcha y posterior operación del programa penal ambiental permiten extraer importantes lecciones de la experiencia comparada. Sin ánimo de agotar la discusión, esta sección solo busca resaltar ciertos temas aún abiertos.

i. Desafíos institucionales

La necesidad de fortalecer la capacidad de los órganos del Estado encargados en la persecución de estos delitos aparece como fundamental. Esta capacidad se plantea en varios planos, primero está el diálogo institucional entre los distintos órganos con responsabilidades en el programa, y segundo está la capacidad material que habilitan a estos órganos para cumplir su función. La experiencia de los EUA está marcada por la dualidad que existe entre la EPA y el DOJ analizada *supra* y por la coexistencia de competencias locales, estatales y

⁶⁵ 26 U.S.C. §162(a), (f); Treas. Reg. §1.162-21(b)(1)(i).

⁶⁶ 905 F.2d 667 (2d Cir. 1990) en 673.

⁶⁷ 991 F.2d. 292 (6th Cir. 1993) en 298-9.

⁶⁸ 63 T.C.M. (CCH) 2672 (1992), *aff'd*, 54 F.3d 767 (3d Cir. 1995).

⁶⁹ Equivalente a la Superintendencia de Valores.

⁷⁰ 17 C.F.R. §229.101.

⁷¹ *Id.* en §229.103.

⁷² 985 F.2d 1190 (2d Cir. 1993).

federales. El DOJ creó una unidad especializada y la EPA creó un laboratorio forense ambiental, lo que facilitó la implementación del programa penal ambiental, pero aumentó las posibilidades de conflictos institucionales.

En este ámbito, la experiencia de los EUA demuestra la necesidad de contar con unidades y personal especializado en materia penal ambiental. Estas unidades deben conocer el derecho ambiental, de suyo en extremo complejo, deben estar capacitadas para reunir evidencia y deben estar descentralizadas en las diferentes regiones. Aparte de la necesaria motivación individual, estas unidades especializadas deben tener buen diálogo con la policía, con los órganos que actúan ante los Tribunales de Justicia, y con la comunidad regulada.

ii. Desafíos sociales

La experiencia de los EUA revela la necesidad de reflejar el desvalor social de la contaminación y del daño ambiental en el esquema de protección penal al medio ambiente. A este respecto cabe resaltar los siguientes dos puntos: equidad y neutralidad política de los órganos administrativos y diálogo entre los órganos del Estado y la sociedad.

La equidad se manifiesta en varios planos, entre los cuales se encuentra que casos similares sean objeto de un tratamiento similar por parte de los órganos encargados de la investigación y del ejercicio de la acción penal. A su vez, es imprescindible que los intereses de índole político se encuentren al margen de las decisiones de los órganos administrativos, particularmente en la determinación de cuando cabe la negociación, el ejercicio de la acción penal u otras alternativas procesales.

Por su parte, el diálogo entre la comunidad regulada y las agencias encargadas de la fiscalización ambiental surge como una de las claves en la aceptación social del programa de protección ambiental penal. A diferencia de otros tipos de ilícitos penales, el delito ambiental le impone límites particularmente intensos a la actividad económica de la pequeña y mediana empresa. Los ejecutivos de la industria regulada deben conocer las bases del programa penal ambiental, a la vez que requieren garantías de un debido proceso administrativo y judicial.

iii. Desafíos normativos

En el orden normativo, los principales problemas que ha debido enfrentar el programa penal ambiental en los EUA son la elusiva diferenciación del ilícito penal del civil o administrativo, la gran complejidad de las normas ambientales y la definición del rol de los elementos volitivos en la incriminación de ejecutivos responsables.

La falta de claridad acerca de la relación entre los ilícitos civil, penal y administrativo introduce serios riesgos de arbitrariedad y falta de garantías de un debido proceso. Desde la perspectiva de la equidad o la justicia (*fairness*), la equiparación del ilícito administrativo/civil con el ilícito penal conduce a resultados poco satisfactorios, particularmente en aquellos casos en los cuales el contenido de la norma es oscuro o sujeto a diversas interpretaciones o es simplemente imposible de cumplir.

En efecto, la regulación ambiental en los EUA es en extremo compleja, por lo que el incumplimiento sistemático de las normas es una característica del sistema. Además, los EUA han experimentado con leyes que se orientan a forzar la tecnología, y que por consiguiente pueden ser imposibles de cumplir, como son por ejemplo las reformas al CAA en los 70 sobre reducciones a las emisiones de las fuentes móviles. En estos casos, si el estado de la tecnología no permite cumplir con la norma o si la articulación y contenido de las normas son ininteligibles, incluso para la EPA, el sistema ambiental penal se acerca a una encrucijada que pone en cuestión su finalidad.

V. CONCLUSIÓN

Las experiencias de los EUA y del Reino Unido permiten extraer lecciones en varios planos, por ejemplo en la constatación de la importancia valórica e instrumental del derecho penal ambiental, en el diseño de la política criminal y en la elaboración de normas sustantivas y adjetivas. En el plano operativo, la experiencia comparada refleja la compleja y costosa logística que requiere un programa criminal ambiental exitoso. Esto es particularmente evidente en el ámbito de la investigación y el análisis de evidencia, donde la capacidad instalada en personal y laboratorios especializados es imprescindible para la prueba del hecho punible.

En el plano normativo, la experiencia comparada deja en evidencia los tremendos vacíos existentes en la regulación ambiental chilena, particularmente en el ámbito de los sitios contaminados y del manejo y transporte de sustancias peligrosas. Gran parte de los casos que han llegado a los tribunales en los EUA dicen relación con químicos y con desechos peligrosos. En este ámbito, la existencia de legislación y reglamentos rigurosos reflejan la importancia de prevenir el daño ambiental por contaminación química, ya que los costos de limpieza son prohibitivos.

También en el plano normativo se hacen ostensibles falencias regulatorias de la legislación chilena en torno a la potencial responsabilidad de las personas jurídicas o de las personas que las administran. En este punto la experiencia comparada ilustra los fines del sistema penal ambiental orientado a prevenir la lesión de aquellos Estados sociales que hacen posible el diálogo comunitario, como son el derecho a vivir en un medio ambiente sano y libre de contaminación. También en el plano normativo se aprecia la necesidad de contar con un esquema civil que incorpore la posibilidad de perjuicios punitivos (*punitive damages*) y la admisibilidad de acciones civiles de clase (*class actions*) que implementen el principio de la economía procesal en casos con múltiples víctimas o de afectación de intereses difusos.

Por último, en la experiencia comparada del *common law* se advierte el importante rol que ha desempeñado el derecho penal como última barrera de protección ambiental. El derecho ambiental busca encauzar la actividad económica dentro de márgenes tecnológicos y funcionales que permitan manejar y reducir los impactos ambientales. El incumplimiento de la legislación ambiental usualmente persigue el lucro y la adquisición de ventajas comparativas, ya que los agentes económicos evitan los costos involucrados en la adquisición de equipos de monitoreo y control, de tecnologías limpias y de sistemas de gestión ambiental. El derecho penal impide que aquellos agentes que infringen las reglas básicas del orden social puedan derivar ganancias económicas de su ilícito, y de esta manera protege los derechos de los trabajadores, de los accionistas y del consumidor, la libre competencia, la salud de las personas, y el medio ambiente. El derecho penal ambiental opera así como complemento insustituible de los esquemas regulatorios administrativos y civiles, reflejando el desvalor social de la contaminación y la degradación ambiental.