



## ¿El surgimiento de un Derecho Penal Internacional del Medioambiente? (\*)

**Byung-Sun Cho**

*Profesor de Derecho Penal, Proceso Penal  
y Medioambiente  
Facultad de Derecho. Universidad de Chongju.  
Corea*

### I. Introducción

Las conexiones ecológicas transnacionales y la nueva entidad de las amenazas globales han llevado a una gran actividad en el plano internacional. Aunque en el Derecho Convencional del medioambiente existen sobrados ejemplos de previsiones penales, la Comunidad Internacional confía más en las instituciones locales que en las internacionales para su aplicación. Por ello, las convenciones dirigidas a la protección del medioambiente global pretenden llamar a los Estados Parte para que adopten una legislación que penalice las conductas prescritas, y los acuerdos referentes a la polución del mar descansan para su aplicación sobre países portuarios, costeros o del pabellón. No obstante, estas Convenciones dan al Estado una gran discrecionalidad respecto la legislación penal nacional. Además, un Derecho penal medioambiental vinculante para todos los ciudadanos del mundo no existe, ni tampoco puede garantizarse una organización con tal poder legislativo. En el presente, el procesamiento por delitos medioambientales que han introducido las convenciones internacionales sólo es posible ante los Tribunales nacionales. Por tanto, la *internacionalización* del Derecho penal medioambiental, incluyendo su estandarización y transnacionalización, girará en torno a dos temas centrales en este artículo.

Este artículo se estructura como sigue. Después de haber esbozado algunas disposiciones penales de Convenciones internacionales sobre el medioambiente (ver II), se discutirá una detallada armonización de la legislación penal nacional con-

forme a las Convenciones (ver III). Tras esta primera parte, que se centra principalmente en disposiciones penales de normas internacionales medioambientales, el trabajo se centrará en recientes esfuerzos para establecer un órgano de control supranacional con poder para penalizar los delitos medioambientales a fin de proteger los bienes comunes de la tierra y preservar el ecosistema (ver IV). Finalmente, se formularán algunas conclusiones en relación con la idea de un futuro desarrollo del Derecho Penal Internacional del Medio Ambiente.

### II. Normas penales en convenciones internacionales medioambientales

#### 1. Razones para la criminalización de conductas perjudiciales para el medioambiente

Una razón importante para criminalizar las conductas perjudiciales en Tratados Internacionales medioambientales es prevenir conductas que son particularmente dañinas para el medioambiente compartido en los niveles nacional e internacional. Es probable que el medioambiente compartido a nivel internacional sea menos protegido por las autoridades nacionales que el medioambiente nacional. Por ello, el argumento para una protección a través de sanciones penales parecería más convincente, incluso, que el aplicable a nivel nacional. Más aún, algún elemento del medioambiente compartido a nivel internacional –como la

(\*) Traducción realizada por Manuela Mora Ruiz, Profesora Ayudante de Derecho Administrativo, Universidad de Huelva. El autor quisiera destacar que las ideas básicas de este Artículo fueron preparadas mientras estuvo trabajando en 1996 en el Instituto Max-Planck de Derecho Penal Internacional y extranjero bajo el patrocinio de una Beca de la Fundación Alexander von Humboldt y de la Fundación para la Investigación de Corea.

flora y la fauna, o "el sistema de apoyo de la vida del planeta en su conjunto"<sup>1</sup>— puede resultar extinguido completamente a causa del efecto "común", que puede ser más acusado cuando los bienes comunes en cuestión se sobreponen a jurisdicciones o están más allá de los límites de la jurisdicción nacional: en el sentido de que (a) las leyes nacionales no abarcan la conducta en cuestión, y (b) no estando gobernada dicha conducta por un régimen internacional relevante, operará libre de cualquier régimen nacional u otra limitación en la regulación pública<sup>2</sup>. El desarrollo del Derecho medioambiental internacional está sujeto al condicionante elemental de que funciona principalmente dentro de un sistema interestatal. Es difícil para un sistema basado en las relaciones interestatales regular impactos y efectos que no son específicamente de Estado a Estado.

Aunque este artículo no pretende examinar las razones de la aplicación de los delitos medioambientales en general, una breve panorámica del propósito de la aplicación penal asistirá al lector en la comprensión del Derecho medioambiental internacional. El debate sobre el papel del Derecho Penal ante la normativa medioambiental es

demasiado amplio para ser tratado en este artículo, ya que el eje de dicho debate es el propósito del Derecho Penal. A pesar de que se han enunciado varias teorías económicas y legales para explicar la necesidad de un reforzamiento penal del Derecho medioambiental, así como la finalidad de las sanciones penales, se pueden identificar tres posibles razones para la persecución penal de los delitos medioambientales. Una de las posibles razones tiene su origen en el fracaso del Derecho civil y administrativo para prevenir adecuadamente dichas violaciones<sup>3</sup>. Otra posibilidad es que la sociedad prefiera calificar ciertas acciones de "criminales" para expresar su ultraje moral y prohibir la acción incondicionadamente<sup>4</sup>. La tercera es un tipo de análisis económico del crimen y el castigo al modo del "modelo de pena opcional" de Gary S. Becker<sup>5</sup>. En general, una norma penal aplicada efectivamente incrementa el coste de ciertos tipos de conductas y por ello fomenta la obediencia de leyes y normas que, de otra manera, serían bastante ignoradas. Desde este punto de vista, un número creciente de Estados ha adoptado una legislación previendo el castigo de delitos relativos al medioambiente<sup>6</sup>. Además, un número de Estados

1. Este término fue popularizado por su uso en la "Carta Mundial para la Naturaleza"- Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 7 (XXXVII), 28 octubre 1982.

2. Ver S.C. McCAFFREY, *Crimes Against the environment* en 1 *International Criminal Law* (M.C. Bassiouni de.1986) 541.

3. Ver e.g. Consejo de Europa, *The contribution of Criminal Law to the protection of the environment* 14 (1978); J. DiMento, *Environmental Law and American Business, Dilemmas of compliance* (1986). El Profesor DiMento explora la definición de conformidad y las explicaciones para la no-conformidad con las reglas medioambientales. Él examina las respectivas ventajas y desventajas de las sanciones penales, civiles y administrativas; negociaciones; e incentivos económicos como herramientas para promover dicha conformidad. Él recomienda múltiples estrategias para conseguir esa conformidad, incluyendo sanciones seleccionadas y ajustadas para adecuarse a las características económicas, de reputación y organización de cada comportamiento.

4. Ver e.g. K.G. DAU-SCHMIDT, *An Economic Analysis of the Criminal Law As a Preference - Shaping Policy*, 1990 DUKE L.J. 1, 26-27. Él critica las teorías puras económicas del crimen y el castigo, por no tener en cuenta los criterios de distribución y de otra justicia. Su nueva solución del problema es que las sanciones penales deben ser usadas para moldear las preferencias de la gente en cuanto a un comportamiento particular, de tal manera que las preferencias de un individuo son compatibles con las preferencias de la sociedad y no se imponen externalidades (*Id.*, en 14-15). Él explica que la amenaza de un castigo corporal, en el que la persona experimenta dolor, o similarmente, la encarcelación, en la que la persona experimenta aislamiento, es una más costosa pero eficaz forma de moldear las preferencias frente a la amenaza de penas pecuniarias (*Id.*, en 16). En suma, cree que el Derecho penal es una útil herramienta para persuadir a la gente para evitar imponer externalidades sobre la sociedad. Sin embargo, a causa de su gran costo, él cree que acciones que creen esas externalidades sólo pueden etiquetarse como delitos cuando hay una grave disparidad en los respectivos valores que la sociedad asigna a la utilidad derivada de dos preferencias incompatibles (*Id.*, en 38).

5. G.S. BECKER, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, 76 J.POL.ECON.169 (1968). Él asume que los criminales eran económicamente racionales y discute que ellos valoran los costos y probabilidades de ser capturados frente a la probabilidad y beneficios de tener éxito. Bastante doctrina ha tratado de usar las herramientas económicas para explicar el derecho penal. Sobre teorías económicas del crimen y del castigo ver R.A. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 207-09 (3rd ed. 1986); R.A. POSNER, *An Economic Theory of the Criminal Law*, 85 COLUM. L.REV.1193 (1985). El autor indica que las multas penales son un remedio barato y efectivo en tanto en cuanto la multa excede los costos que la sociedad quiere imponer por la infracción y que la encarcelación es un castigo útil para infractores sin ganancias porque ello implica unos costes pecuniarios sobre éste al reducirle sus ingresos mientras se encuentra confinado así como su capacidad de ganar dinero después de su liberación.

6. Ver G. HEINE & V. MEINBERG, *Environmental Criminal Law in Europe in Crime and Criminal Policy in Europe*, in *Crime and Criminal Policy in Europe* (G. Kaiser & H.-J. Albrecht eds., 1990), at 4; Preparatory Colloquium Section I: *Crimes Against the Environment General Part*, in 65 *International Review of Penal Law* 633-1208 (1994); *Environmental Protection - Potentials and Limits of Criminal Justice* (G. HEINE, M. PRABHU & A.A. DEFRATE eds., 1997).

ha adoptado una legislación para proteger recursos fuera de sus fronteras. La forma más frecuente de estas medidas es la diseñada para proteger al océano de la contaminación<sup>7</sup>. Esta tendencia ha dado un significativo valor al Derecho Penal Internacional Medioambiental, ya que el Derecho Penal Internacional tiene como principal razón de ser la protección de ciertos valores compartidos que la Comunidad Internacional ha venido a reconocer como de tal importancia que deben ser impuestas sanciones penales a aquellos que los amenazan o dañen.

## 2. Clases y características de normas penales

A nivel de acuerdos internacionales, la obligación del Estado Parte de cara a la legislación penal es importante no sólo en el tradicional y fundamental ámbito de la polución del Alta Mar. En relación con problemas globales específicos como la contaminación transfronteriza, la destrucción de la capa de ozono, el calentamiento del planeta, la lluvia ácida y la pérdida de biodiversidad, las disposiciones penales de los Tratados Internacionales aparecen como una aproximación para resolver estos problemas. En estos momentos, muchos Tratados medioambientales contienen disposiciones penales.

Bastantes Tratados Internacionales exigen a los Estados Parte que desarrollen adecuadamente la

legislación nacional para castigar los actos prohibidos. El primer tipo requiere a las Partes contratantes a que adopten "las medidas apropiadas para asegurar la aplicación del (acuerdo en cuestión) y el castigo de las infracciones contrarias a (aquellas) previsiones". Por ejemplo, la Convención de Basilea sobre el Control del Transporte Transfronterizo de Residuos Peligrosos impone a las partes de la Convención considerar el tráfico ilegal de residuos peligrosos y otros residuos como hecho criminal. También establece: "Cada Parte introducirá la apropiada legislación nacional para evitar y castigar el tráfico ilegal". Estas fórmulas, o similares aproximaciones, son empleadas en bastantes Convenciones<sup>8</sup>. El segundo tipo de previsiones requiere a las partes a "adoptar y aplicar tanta legislación como sea necesaria para hacer efectivas las previsiones (del Convenio) con las penas apropiadas para el infractor de las mismas"<sup>9</sup>. El tercer tipo se refiere a que las conductas "serán una infracción sancionable bajo el derecho del territorio en el que la embarcación está registrada"<sup>10</sup> o "será considerada una infracción sancionable por cada Estado Parte bajo su derecho nacional"<sup>11</sup>. El cuarto tipo establece que las Partes "adoptarán y aplicarán tanta legislación y otras medidas como pueda ser necesario con el propósito de otorgar efecto (al acuerdo)", y tal acuerdo incluye varias prohibiciones. Tales previsiones están basadas en unos quince acuerdos multilaterales relativos al me-

### 7. Ver *infra* III 4.

8. La Convención para la Regulación de la caza de ballenas, hecha en Ginebra, 24 Sept. 1931, 155 L.N.T.S. 349, 3 Bevens 26, T.S. No. 880 (entró en vigor 16, Enero 1935), art. 1; Acuerdo Internacional para la Regulación de la caza de ballenas, hecho en Londres, 8 Junio 1937, 190 L.N.T.S. 79, 32 U.N.T.S. 404, 52 Stat. 1460, T.S. No. 933 (entró en vigor provisionalmente 1 Julio 1937, definitivamente 7 Mayo 1938), arts. 1 y 3 (este acuerdo fue efectivamente reubicado por el siguiente acuerdo); el Acuerdo Internacional para la Regulación de la caza de ballenas de 1946, hecho en Washington, 2 Dic. 1946, 161 U.N.T.S. 72, T.I.A.S. 1849, 62 Stat.(2) 1716, 4 Bevens 248 (entró en vigor 10 Nov. 1948), art. 9; La Convención para la Regulación Mallas de pesca y tamaño límite de la Pesca, hecho 5 Abril 1946, 231 U.N.T.S. 199 (entró en vigor 5 Abril 1953) art. 11; La Convención para la Prevención de la Contaminación Marina por Vertidos Barcos y Aeronaves, hecha en Oslo, 15 Feb. 1972, U.K.T.S. 119(1975), reimprimido en 11 I.L.M. 262, 2 International Protection of Environment (B. Rüster, B. Simma & M. Bock comp. & ed. 1979) [después citado como Rüster & Simma] en 530, art. 15(3); La Convención para la Prevención de la Contaminación Marina por Vertidos de residuos y otros, hecho en Washington, Londres, Ciudad México y Moscú, 29 Dic. 1972 (entró en vigor para los Estados Unidos, 30 Agos. 1975), 26 U.S.T. 2403, T.I.A.S. No. 8165, arts. 4 y 7; La Convención sobre Comercio Internacional en Especies en peligro de extinción de Flora salvaje y Fauna, con Apéndices, hecho en Washington, 3 Mar. 1973, 993 U.N.T.S. 243, 27 U.S.T. 1087, T.I.A.S. No. 8243 (entró en vigor 1 Julio 1975), art. 8; La Convención para la Prevención de la Contaminación Marina de origen terrestre, hecho en París, 4 Jun. 1974, U.K.T.S. 64(1978), reimprimida en 13 I.L.M. 352, art. 12.

9. La Convención para la Preservación de las Focas Visón en el Pacífico Norte, hecha en Washington, 7 Julio 1911, 5 Martens Nouveau Recueil 3d 720, 37 Stat. 1542, T.S. 564 (entró en vigor 15 Dic. 1911), arts. 1 y 6; La Convención Relativa a la Preservación de la Fauna y Flora en su Estado Natural, hecha en Londres, 8 Nov. 1933, 172 L.N.T.S. 241 (entró en vigor 14 Ene. 1936), art. 9(2); La Convención sobre Protección Natural y Preservación de la vida salvaje en Hemisferio Oeste, hecha en la Unión Panamericana, Washington, 12 Oct. 1940, 161 U.N.T.S. 193, 56 Stat. 1354, T.S. No. 981 (entró en vigor 30 Abril 1942), arts. 5, 7 y 9.

10. Convención Internacional para la Prevención de la Contaminación del Mar por Aceite, hecha en Londres, 12 de mayo 1954, 327 U.N.T.S.3, 12 U.S.T. 2989, T.I.A.S. No 4900 (entró en vigor el 26 de julio 1958), arts.3 y 6.

11. Convención Internacional sobre la Protección Física de Materiales Nucleares, hecha en Nueva York, Marzo 1980, arts. 7, 8, 9, 10, 11, 12 y 13.

dioambiente<sup>12</sup>. Algunos acuerdos reconocen expresamente su función disuasoria en sus normas con el efecto de que "las penas especificadas en el Derecho de la Parte serán apropiadas en severidad para desmotivar violaciones de la presente Convención...". Por ejemplo, la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (UNCLOS)<sup>13</sup> establece: "Las Penas previstas por las leyes y reglamentos de los Estados para los buques ostentando su bandera deberán ser adecuadas en severidad para desmotivar violaciones cualquiera que sea el lugar en el que ocurran". También la Convención de Bamako sobre la Prohibición de importación en África y Control de Mercancías Transnacionales y Gestión de residuos peligrosos dentro de África<sup>14</sup> dispone: "Cada Estado introducirá la legislación nacional adecuada para imponer sanciones penales sobre todas las personas que hayan planeado, transportado o colaborado en tales importaciones ilegales. Estas penas serán lo suficientemente elevadas como para castigar y detener tal conducta". Algunas Convenciones de las arriba mencionadas contienen lo que puede calificarse como "disposiciones de policía", que permiten a las Partes tomar medidas necesarias para la aplicación de las reglas del acuerdo. Esto ocurre, por ejemplo, en la Convención de 1911 para la Preservación de las Focas en el Pacífico Norte, que dispone en el artículo 1 que las Personas infractoras de la prohibición de la Convención contra la caza de focas pelágicas "pueden ser arrestados" por las autoridades del territorio en el que la violación ha ocurrido. La misma Convención, en el artículo 7, señala que cada Parte "mantendrá un guarda o patrulla en las aguas frecuentadas por el grupo de focas en cuya protección está especialmente interesada, en la medida en que sea necesario para la aplicación de la (Convención)". De manera similar, el Acuerdo Internacional de 1937 para la Regula-

ción de la Pesca de Ballenas dispone en su artículo 1 que las Partes "mantendrán al menos un inspector de la Pesca de Ballenas en cada barco-factoría que esté bajo su jurisdicción". La Convención Provisional sobre la Conservación de las Focas del Pacífico Norte de 1957 va más lejos, permitiendo a un "oficial autorizado en el momento oportuno de cualquiera de las Partes" abordar e investigar "cualquier buque... sujeto a la jurisdicción de cualquiera de las Partes" sobre el cual él "tenga una causa razonable para creer que está contraviniendo la prohibición de cazar fauna pelágica...". La Convención dispone también que si, después de la investigación de la embarcación, el oficial "continúa teniendo una causa razonable para creer que la embarcación o cualquier persona a bordo va contra la prohibición, puede arrestar o prender a tal persona o embarcación". De hecho, lo que puede considerarse como una "disposición de auto-policía" está fundada en el Acuerdo entre Canadá y los Estados Unidos sobre la Calidad del Gran Lago de 1978. Un Anexo al acuerdo reza como sigue: "Tan pronto como cualquier persona responsable (de un buque) tenga conocimiento de descargas dañinas de cantidades de aceite o sustancias peligrosamente contaminantes, debe darse noticia inmediata de tal descarga a la agencia apropiada en la jurisdicción en la que la descarga ocurre; el incumplimiento de la obligación de dar noticia será objeto de las penas correspondientes".

En general, la gran mayoría de las Convenciones internacionales sobre el medioambiente contienen principalmente el reconocimiento implícito de la naturaleza penal del acto por la vía de establecer una tarea de prohibir, prevenir, perseguir, castigar o similares. Hablando estrictamente, las Convenciones son generalmente sólo una fuente de obligación, pero no una fuente de Derecho. Estas Convenciones, como norma, no contie-

12. El Acuerdo para la Conservación de los Osos Polares, aprobado en Oslo, 15 Nov. 1973, 27 U.S.T.3918, T.I.A.S. No. 8409 (entró en vigor el 26 de mayo 1976), art. 6 (1); La Convención Provisional sobre la Conservación de las Focas del Pacífico Norte, aprobada en Washington, 9 Feb. 1957, 314 U.N.T.S. 105, 8 U.S.T.2283, T.I.A.S. No 3948 (entró en vigor el 14 de octubre 1958), art. 6(3); "las autoridades de la Parte a la que (una) persona o buque (sospechoso de infringir la prohibición de cazar focas pelágicas tal y como dispone el Artículo III) pertenece sólo tendrán jurisdicción para intentar llevar cada asunto subsumible en el Artículo III y este Artículo e imponer penas en relación con ello"; la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, hecha en la Bahía de Montego, 10 Dic. 1982, U.N. Doc. A/CONF.62/122 y concordantes 3 y 8 (7 Oct. 1982), reeditada en 21 I.L.M. 1261(1982), Art. 218(1) dispone que un puerto estatal "puede responsabilizarse de investigaciones y, cuando las evidencias sean tan justificadas, instituir los procedimientos relativos a cualquier descarga de buque exterior (su jurisdicción)". La Convención en su Art. 219 estableciendo que los "Estados que hayan descubierto que un buque amenaza con daños el medioambiente marino, tomarán, en la medida en que sea practicable, las medidas administrativas para evitar la navegación del buque..."

13. Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, abierta para la firma Dic. 10, 1982, U.N. Doc. A/CONF.62/L2 (1982), reimprimida en 21 I.L.M. 1261 (1982); El derecho del mar, U.N. Sales No. E. 83. V.5 (1983) (entró en vigor Nov. 16 1994), art. 217 (8).

14. La Convención de Bamako sobre la Prohibición de la Importación en África y el Control Intercambios Transfronterizos y Gestión de Residuos Peligrosos dentro de África, hecha en Bamako, Mali, Enero 29, 1991, art. 9 (2).

nen normalmente medidas concretas fijadas para tratar las infracciones. La principal razón para ello puede ser que hay considerables diferencias nacionales en la importancia, función y tipo de salvaguardias represivas y aplicar este planteamiento a una decisión político-criminal es difícilmente "ratificable".

### III. La aplicación nacional de las disposiciones penales de las Convenciones Internacionales medioambientales

Examinando la adopción nacional de las Disposiciones Penales de un Tratado Internacional sobre el Medioambiente, puede considerarse el rol del Estado en tres niveles:

(i) Firma y ratificación por el Estado del Tratado correspondiente. La firma de un Tratado no vincula a un Estado, pero indica que está considerando la ratificación del mismo. Sólo el posterior acto de ratificación es el que lleva al Estado a estar legalmente obligado por el tratado. Normalmente, los tratados multilaterales requieren un número específico de ratificaciones antes de entrar en vigor. Una vez en vigor, sólo son obligatorios para aquellos Estados que los hayan ratificado.

(ii) Incorporación formal, a través de la legislación u otros medios distintos, del tratado una vez que éste ha sido ratificado. Para los llamados países dualistas (que ven el Derecho Internacional y el Derecho Nacional como dos sistemas de derecho separados), los tratados, aun cuando hayan sido ratificados, no tienen un status en el Derecho nacional: los mismos sólo se convierten en parte de este Derecho cuando hayan sido incorporados por la legislación. Por ello, un tratado que esté orientado a afectar cuestiones en el nivel doméstico debe ser incorporado por la legislación si va a tener tal efecto. En los llamados países monistas (en los que el Derecho Internacional y el Derecho Nacional son los dos partes de un sistema singular de Derecho) tal interiorización no se requiere normalmente: una vez que el tratado ha entrado en vigor éste es parte automáticamente del Derecho del país.

(iii) La forma en que los métodos formales de incorporación operan actualmente en la práctica. No es infrecuente que un tratado formalmente incorporado por la legislación no sea aplicado en la práctica en el

Estado de que se trate, a causa de defectos en la legislación que procede a la incorporación o a causa de que esta legislación no está propiamente otorgada para tal efecto.

#### 1. Proceso de Ratificación

Antes de la ratificación, una nación que ha firmado una convención medioambiental acepta obligaciones no positivas. Al menos, de acuerdo con el Artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, firmar un tratado supone el acuerdo de abstenerse de actos que anularían su objeto y propósito<sup>15</sup>. La ratificación es la formal confirmación y aprobación de un acuerdo internacional. Este procedimiento tiene ambos efectos internacional y nacional. Mediante el procedimiento de ratificación, una nación firmante se convierte en un Estado Parte y por ello asume obligaciones de Derecho internacional para cumplir con los términos de la convención. El instrumento de ratificación es establecido por el Derecho constitucional nacional. Por ello, el instrumento de ratificación depende enteramente de cada Derecho nacional. Cada Estado Parte que ratifica está obligado internacionalmente al tratado y debe llevar a cabo sus obligaciones de buena fe<sup>16</sup>. El principio *pacta sunt servanda* (los contratos (los tratados son para ser cumplidos) es la piedra angular del Derecho Internacional.

#### 2. Posición del Tratado en la legislación penal nacional

Normalmente hay ahora dos formas en las que los individuos pueden ser enjuiciados bajo el Derecho Penal Internacional del Medioambiente: bien directamente por la aplicación del Derecho Internacional, bien por el Derecho nacional. En este último caso, los Tratados internacionales obligan normalmente a los Estados Parte a criminalizar ciertos actos. Para examinar la aplicación del Derecho Penal Internacional desde el punto de vista del Derecho nacional, debe prestarse atención a la relación entre los tratados internacionales y el Derecho nacional.

La relación entre el Tratado Internacional Medioambiental y el Derecho nacional dependerá a

---

15. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 Mayo 1969, art. 18,8 I.L.M. 679, U.N.Doc. A/CHEF. 39/27. La Convención de Viena codifica esencialmente el derecho consuetudinario internacional de los Tratados.

16. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 26. "Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe".

menudo de si la nación se encuentra adscrita a un sistema legal monista o dualista. El monismo ve el Derecho nacional e internacional como un sistema legal único, el uno es parte del otro en un orden legal unificado. En consecuencia, no son necesarias medidas diferenciadas de incorporación para hacer entrar en vigor el Derecho medioambiental Convencional en el ámbito nacional. Si hay un conflicto entre el Tratado y el Derecho constitucional nacional u obligaciones estatutarias, la respuesta se encuentra en la jerarquía de las normas legales. La doctrina del dualismo mantiene que el Derecho Internacional es distinto del Derecho nacional y que el anterior regula sólo las conductas entre los Estados. Los Estados dualistas están legalmente obligados ante el Tratado a través de la ratificación como una cuestión de Derecho Internacional. Incluso, un tratado no es parte del ordenamiento nacional y no tiene efectos internos hasta su incorporación a través del paso a la legislación nacional. La incorporación puede adoptar tres formas elementales: (1) la legislación nacional puede ser enmendada o ampliada para tener en cuenta las obligaciones de los tratados; (2) el tratado puede ser re-escrito y su texto formalmente incorporado al ordenamiento nacional; o (3) el tratado puede ser formalmente incorporado, invariable y como un todo, en la legislación nacional. En este sentido, no existe una relación de jerarquía entre el Derecho Internacional y el Derecho Nacional. De hecho, operan en esferas legales paralelas. Si hay conflictos, un juez nacional no estará vinculado por el Derecho Internacional y aplicará sólo el Derecho nacional. Por ello, en los Estados dualistas, los legisladores nacionales enfrentados con un conflicto serán requeridos a adoptar pasos afirmativos para armonizar cualquier diferencia.

Una clave tanto para los sistemas monistas como para los dualistas está en el lugar que los tratados ocupan en la jerarquía del Derecho Nacional. Tradicionalmente, la posición del tratado en relación con las normas nacionales está especificada como un asunto de Derecho nacional. En ninguna nación un tratado internacional puede superponerse a las disposiciones constitucionales. En muchas naciones, los tratados ocupan un status intermedio entre las disposiciones constitucionales y las leyes o son co-equivalentes a las leyes.

En pocas naciones, los tratados son inferiores a las leyes nacionales o incluso a la Jurisprudencia.

Por ejemplo, el artículo 6(2) de la Constitución de Corea establece: " Los Tratados concluidos por Corea estableciendo normas de Derecho Internacional tienen tanta validez como las normas nacionales". Muchos estudiosos opinan que el Derecho Internacional tiene fuerza vinculante en Corea en virtud de esta previsión<sup>17</sup>. El Gobierno y los Tribunales también son de esta opinión. Desde que el tratado ha sido oportunamente ratificado y publicado en Corea, no hay duda de su validez -fuerza de Derecho- en el Derecho coreano. La cuestión de si un tratado puede ser directamente aplicado en el Ordenamiento nacional (la cuestión de la aplicabilidad directa) debe ser diferenciada de la cuestión de si un tratado tiene fuerza de derecho en el Derecho nacional (la cuestión de la validez). En orden a que el tratado vaya a ser aplicado directamente, éste debe tener fuerza vinculante en el orden legal interno. Por otro lado, incluso si los tratados tienen validez en el Derecho interno, no todos los tratados son directamente aplicables. La aplicabilidad directa de las disposiciones de una convención internacional depende del contexto en que se invoque. La aplicación directa de la convención internacional no está excluida si contiene disposiciones de carácter suficientemente preciso<sup>18</sup>.

### 3. Armonización en la legislación penal nacional

#### A) *La estandarización del comportamiento sancionable*

Es posible que existan diferencias entre las legislaciones penales de los Estados Parte. Tales diferencias pueden ser eliminadas, en los últimos tiempos, sólo a través de su armonización. En el proceso de recepción de las convenciones internacionales medioambientales en la legislación penal nacional, la armonización es generalmente deseable pero es incierto qué clase de "actividades prohibidas" deben constituir una obligación para adoptar legislación penal. Más aún, el tratado por sí mismo no define el significado de la palabra penal<sup>19</sup>. En suma, una visión más profunda de las

17. Para mayor detalle en relación con el Artículo 6(2) de la Constitución coreana ver Y.HUH, *Korean Constitutional Law* (19ª edición revisada, 1998; en Coreano) en 177.

18. Ver las resoluciones del XV Congreso Internacional de Derecho Penal, reimprimidas en *International Review of Penal Law* 48 (1994).

19. Sobre el concepto de "penal", ver B.S.CHO, *Administrative Penal Law and Its Theory in Korea and Japan from a Comparative Point of View*, 2 *Tilburg Foreign Law Review* 261 (1993).

convenciones y sus respectivos objetos revela que las convenciones a menudo dejan los detalles de la adopción de la legislación penal a la discreción de los Estados individuales. Por ello, en la adopción de la legislación penal, los Estados Parte pueden elegir, primero, aplicar sanciones penales, administrativas u otras sanciones ante las violaciones de la convención, segundo, qué tipo de forma y sustancia es adecuado para el cumplimiento de su obligación de adoptar la legislación penal correspondiente. La armonización de normas medioambientales nacionales, como frecuentemente han puesto de manifiesto diversas organizaciones internacionales y regionales, requiere un enfoque integrado para la estandarización del comportamiento sancionable.

En la formulación de infracciones medioambientales, el eje central ha estado en la posibilidad de intervenir antes del perjuicio o daños al medioambiente. Una investigación comparativa ha mostrado que la formulación de las infracciones medioambientales evidencia problemas de prueba<sup>20</sup>. Los daños al medioambiente son causados muy a menudo simplemente por los efectos de acumulación, adicción y sinérgicos de acciones peligrosas. Por ello, en relación con los perjuicios a ciertos medios del ambiente, por ejemplo, agua, suelo o aire, surgen dificultades en cuanto a la prueba de la causalidad<sup>21</sup>. Tres modelos representan la relación entre la forma en que un delito medioambiental es definido por la legislación y las condiciones de prueba que deben ser establecidas para proveer la evidencia del delito<sup>22</sup>: modelo de peligro abstracto (Modelo A), modelo de peligro concreto (Modelo B) y modelo de seria contaminación medioambiental (Modelo C). La demostración de la contaminación medioambiental dependerá inevitablemente de la protección estatutaria que se haya elegido. Sin embargo, una división entre los tres modelos nunca puede ser tan exacta que cada disposición pueda ser clasificada bajo uno de ellos. Iniciar la potestad de sancionar en un estadio anticipado de prueba de aparición de la infracción exigiendo sólo una puesta en peligro (en lugar de un daño concreto) podría resolver los problemas.

Pero ¿qué tipo de conducta que parezca estar poniendo en peligro el medioambiente será a la vez adecuada para su enjuiciamiento penal? y ¿puede, a este respecto, hacerse una evaluación del riesgo? E, incluso si, en este sentido, se alcanzara un consenso y todas las exigencias de exactitud de las disposiciones legales fueran satisfechas, ¿no conllevaría, principalmente, la iniciación de la acción penal para castigar en un estadio anticipado una criminalización de pequeñas infracciones que son relativamente fáciles de evitar? ¿afectaría esto, entonces, a la validez conductual de la norma, si infracciones mucho más serias permanecieran sin sancionar debido a estar legitimadas por las autoridades administrativas? Después de todo, grandes áreas medioambientales están controladas por programas reguladores de autoridades administrativas medioambientales. De acuerdo con esto, la cuestión es plantear si el Derecho Penal depende de estándares administrativos, o, aún más lejos, si son ambos independientes. Tal posición administrativa accesoria en un campo socio-político propenso al desacuerdo crea conflictos de principios: ¿es el Derecho Penal sólo importante en tanto que un medio que respalda y por ello depende de una decisión administrativa (justificada o no)? o ¿debe el juez penal ser capaz de controlar la legalidad de la decisión administrativa y de este acto al modo de un supervisor?

Desde una perspectiva histórica parece también que ha habido una evolución desde el Modelo A al Modelo B o C<sup>23</sup>. Originalmente, la protección penal del medioambiente empezó con disposiciones penales que eran meros anexos a las normas medioambientales de naturaleza principalmente administrativa (Modelo A). Las disposiciones que se encuadran en el Modelo A son normalmente y en extremo precisas, pero no proporcionan una adecuada protección al medioambiente como tal, ya que la credibilidad del Derecho Penal resulta afectada no sólo por el alto procesamiento selectivo de agencias administrativas medioambientales, sino también por las sanciones penales relativamente bajas<sup>24</sup>. Desde que el Modelo A fue criticado por no otorgar protección directa de los valores ecoló-

20. Ver B.S. CHO, "Cuestiones de causalidad y autoría en el Derecho Penal del medioambiente coreano y japonés desde la perspectiva del Derecho Comparado", 4 *Revista Penal* 42 (1999).

21. Ver B.S. CHO, *Umweltdeliktgesetze in Korea und Japan - Die normativen und domatischen Grundlagen und die Praxis*, 3 *The Global Journal on Crime and Criminal Law* 35 (1996).

22. En esta dirección detallada ver M. FAURE & M. VISSER, "How to Punish Environmental Pollution? Some Reflections on Various Models of Criminalization of Environmental Harm", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 316 (1995).

23. Ver para la cuestión del desarrollo de estos modelos en el caso de Korea, B.S. CHO, *Research on Criminal Environmental Programs with regard to a Comparison of Foreign Environmental Criminal Law*, *Chongju Journal of Legal Studies* 259 (1994); *Die Entwicklung des Umweltstrafrechts in Korea*, 106 *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft* 235 (1994).

24. Ver G. RICHARDSON, A. OGDEN, & P. BURROWS, *POLICING POLLUTION: A Study of Regulation and Enforcement* (1982).

gicos, la evolución legislativa en los ochenta, como consecuencia del incremento de la conciencia medioambiental, se dirigió hacia la criminalización de concretos perjuicios de los valores ecológicos (Modelo B). No obstante, a pesar de que en el Modelo B los valores ecológicos están directamente protegidos, esta protección se frustra en la medida en que las normas administrativas sean respetadas<sup>25</sup>. Ello lleva a la doctrina legal y a la legislación a castigar algunos casos de seria contaminación medioambiental, a pesar del hecho de que las condiciones de una licencia se observaron (Modelo C). No obstante, la protección de valores ecológicos bajo este modelo sólo se realiza en tanto que la salud humana o la vida están en peligro. Por ello este modelo tiene una impronta antropocéntrica. Se puede advertir que las disposiciones que ingresen dentro del Modelo C tienen la desventaja de ser bastante vagas y, de otro lado, que el requisito de una puesta en peligro concreto de la salud o la vida humana es difícil de probar en la práctica<sup>26</sup>.

1. Normalmente, el Convenio medioambiental exige que la legislación penal se adopte en relación con cualquier "actividad prohibida" para un Estado Parte, pero es muy común que el término "actividad prohibida" no esté definido en la Convención. Los Estados Parte pueden desear penalizar actividades que minen la aplicación de la Convención. En este sentido, se encuentra frecuentemente al final de una norma administrativa una disposición estableciendo que cualquiera que viole las disposiciones del acto o regulaciones adoptadas sobre la base del acto será castigado con una sanción especificada. Por ello, el ámbito de la responsabilidad penal por contaminación medioambiental depende considerablemente de cuestiones de Derecho Administrativo. En algunos casos se establece específicamente que cualquiera que opere sin licencia o viole las condiciones de la licencia es penalmente responsable bajo la disposición específica. En este modelo, el Derecho Penal es una adición al sistema existente de decisiones administrativas sobre el nivel y calidad de las emisiones al medioambien-

te. Ha habido cierto debate sobre si este modelo es o no directo en la protección de valores medioambientales. En cierto sentido, se puede argumentar, de hecho, que el único valor protegido por tales disposiciones, es el interés de la Administración en la adecuada aplicación del Derecho medioambiental. A este respecto, la cuestión plantea si la disposición penal concreta aspira a otorgar protección contra el daño. Esto se relaciona con las teorías del crimen argumentando que el Derecho Penal debe, en primer lugar, ser una reacción ante el daño. En este modelo, la concurrencia del daño no es un prerequisite para la responsabilidad penal. Sin embargo, ahora está más ampliamente aceptado que tales normas administrativas, especialmente si establecen valores límites de emisión, están también dirigidas a la protección del medioambiente. En otras palabras, desde que la "puesta en peligro abstracto" del medioambiente puede acarrear responsabilidad penal, la sanción debe tener lugar incluso si no se produce el daño. En este modelo, el problema de la prueba es relativamente pequeño. Todo lo que el Fiscal tiene que hacer es demostrar que el vertido de agua tenía de hecho un pH de 3. No hay necesidad de probar que fue hecho ilegalmente, con conocimiento o intencionadamente, ni que la emisión llevó a una reducción de la calidad de las aguas superficiales. Por ello, el problema está limitado en el sentido de que normalmente no aparecen problemas de interpretación; el problema puede llegar obviamente en cómo probar que el vertido de agua tenía de hecho un pH de 3. Ello muestra que, desde el punto de vista probatorio, este modelo es relativamente claro y simple<sup>27</sup>.

Examinando el concepto de puesta en peligro abstracto a la luz del principio de legalidad, éste puede ser criticado porque en algunos casos el legislador formal sólo determina ampliamente las condiciones para la responsabilidad penal, pero deja todo el poder para concretar las condiciones detalladas al ejecutivo y sus agencias administrativas. En tanto que el legislador defina ampliamente el marco en el que el ejecutivo ha de operar no debe haber ningún problema. Sin embargo, pa-

25. Ver H.-U. PÄFFGEN, *Overlapping Tensions Between Criminal and Administrative Law: The Experience of West German Environmental Law*, 3 *Journal of Environmental Law* 247 (1991).

26. Para detalles en relación con Japón, R. HIRANO, *Penal Protection of Natural Environment in Japan*, 47 *Revue Internationale de Droit Pénal* 185 (1979); K. ITOH, *Japon: Criminal Protection of the Environment and the General Part of Criminal Law in Japan*, 65 *International Review of Penal Law* 1037 (1994). En relación con Corea, B.S. CHO, *Research on Criminal Environmental Programs with regard to a Comparison of Foreign Environmental Criminal Law*, *Chongju Journal of Legal Studies* 259 (1994); *Die Entwicklung des Umweltstrafrechts in Korea*, 106 *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft* 235 (1994).

27. M. FAURE & M. VISSER, *How to Punish Environmental Pollution? Some Reflections on Various Models of Criminalization of Environmental Harm*, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 316 (1995); G. HEINE, *Elaboration of Norms and the Protection of the Environment*, 2 *Duke Environmental Law & Policy Forum* 106 (1992).

rece problemático que en algunos casos el legislador deje todos los poderes para determinar las condiciones de la responsabilidad penal al ejecutivo. Esto lleva al problema de que el Parlamento sólo determina una sanción, sin tener idea a qué actividades se extenderá esta responsabilidad penal. En tal caso, el legislador otorga un cheque en blanco a las autoridades administrativas. El problema del "cheque en blanco" lleva a la discusión sobre la constitucionalidad de este tipo de disposiciones<sup>28</sup>, ya que todas las infracciones deben ser legales y no hay sitio para el derecho consuetudinario ni para el derecho "hecho por el juez". Cualquier delito y cualquier condición general para sancionar tiene que regularse de forma no ambigua y por escrito con carácter previo al procesamiento posterior (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia et scripta*). La construcción de una disposición legal no puede ensanchar la responsabilidad penal más allá de la letra de la ley ni llevar a una analogía en detrimento del acusado, sin importar cómo de culpable pueda parecer dicho comportamiento. En relación con la efectividad de este modelo parece fácil ver si un límite de emisión ha sido violado. Pero, de otro lado, este modelo puede ser "inefectivo" en el sentido de que en tanto no haya ninguna norma administrativa violada, ninguna pena se aplicará incluso si concurre un daño sustancial para el medioambiente.

2. En los ochenta los responsables de políticas se encontraron insatisfechos de manera creciente con "la dependencia administrativa" del Derecho Penal Medioambiental. Por ello, muchos legisladores apuntaron vías para castigar la contaminación medioambiental directamente y esto ha tenido consecuencias en el modo en el que los delitos medioambientales son probados<sup>29</sup>. En este modelo se esperarían sanciones más severas que en el Modelo A, porque aquí hay un vínculo claro entre la responsabilidad penal y la amenaza de daño ("puesta en peligro concreto" del medioambiente) y por ello las disposiciones apuntan más directamente a la protección del medioambiente. En lugar de una puesta en peligro abstracto de los medios ambientales, o un abstracto riesgo para la

salud humana, una concreta puesta en peligro de los medios medioambientales (verdadero efecto dañoso para el medioambiente) es suficiente para la responsabilidad penal. Por ello, la expansión de la responsabilidad penal se relaciona con la interpretación de los medios ambientales: ¿cuándo el agua o la tierra suficientemente contaminadas acarrean responsabilidad penal? La acusación penal bajo este modelo contiene usualmente dos condiciones: Primero, se referirá normalmente a una emisión o contaminación que el acusado supuestamente ha causado. Segundo, la referencia se hará al hecho de que haya sido producido de manera ilegal, ilícita o no autorizada. Esta noción de "ilegalidad" es normalmente interpretada como violación de obligaciones legales o administrativas o la condición de una licencia<sup>30</sup>. La responsabilidad penal es por ello dependiente de un complejo juego de disposiciones reguladoras y la posesión de permisos o licencias puede proveer una defensa a los industriales u otros contaminadores. Aunque se puede criticar esta visión limitada del concepto de ilegalidad, ésta ilustra una vez más acerca de que las autoridades administrativas tienen un papel crucial en determinar el ámbito de la responsabilidad penal, también dentro de este modelo. El nuevo Parágrafo 330d (5) del Código Penal Alemán<sup>31</sup> también sostiene que si una licencia ha sido obtenida por medio de corrupción o connivencia, se considerará que el acto se ha cometido "ilegalmente (unbefugt)". La efectividad de las disposiciones bajo este modelo dependerá inevitablemente de la noción de ilegalidad, ya que las emisiones o contaminación sólo acarrearán responsabilidad penal si fueron cometidas ilegalmente<sup>32</sup>. Una posible manera de incrementar la efectividad es reforzar el control judicial de la licencia. La ilegalidad no debe ser limitada a la violación de las condiciones de la previa licencia pero puede e.g. también consistir en la violación de otras reglas administrativas o principios generales del Derecho Medioambiental como BATNEEC (Best Available Technology Not Entailing Excessive Cost: mejor tecnología disponible sin implicar un coste excesivo) o ALARA (As Low As Reason-

28. Para el debate en la constitucionalidad de tal tipo de disposición en el Derecho Medioambiental coreano, ver la Sentencia de la Corte Constitucional de Corea de 30 de octubre, 1997, 95 HôNBA 7.

29. Ver generalmente G. HEINE, *Elaboration of Norms and the Protection of the Environment*, 2 Duke Environmental Law & Policy Forum 106 (1992).

30. Conforme a la definición (art.1) de la Convención del Consejo de Europa sobre la protección del medioambiente a través del Derecho Penal (ETS No.172 de 4 de Nov. 1998), "ilícito" significa infringiendo una ley, una regulación administrativa o una decisión tomada por una autoridad competente, procurando la protección del medioambiente.

31. En la versión de la oficial promulgación de 27 de junio, 1994 (BGBl I, 1440).

32. Ver H.-U. PAEFFGEN, *Overlapping Tensions Between Criminal and Administrative Law: The Experience of West German Environmental Law*, 3 Journal of Environmental Law 247 (1991).

nably Achievable: Tan bajo como razonablemente se consiga). En orden a reforzar el control judicial de la licencia, es deseable, por ello, definir obligaciones incluyendo principios generales bajo el Derecho Administrativo más claramente.

3. El concepto de "seria contaminación" se refiere al hecho de que las disposiciones de este modelo intentan proveer protección frente a los casos de muy seria contaminación. Aunque estas disposiciones son consideradas bajo el título de "seria contaminación", la forma en que estas disposiciones particulares son estructuradas evidencian que protegen principalmente intereses humanos. Como castigar simplemente la "seria contaminación" sería demasiado vago y violaría el principio de *lex certa*, la opción elegida fue centrarse en la emisión que constituye una concreta puesta en peligro de la vida humana y salud. En este caso, las autoridades administrativas no juegan un rol definitivo, desde que los delitos que se incluyen en este modelo son sancionables incluso si las condiciones de la licencia son cumplidas. No obstante, establecer nexos causales entre actos de contaminación y una concreta puesta en peligro de la vida humana y la salud es todavía extremadamente difícil. Para superar este problema, los legisladores coreano y japonés han introducido una presunción de causación legalmente obligatoria, conforme a la cual se presume que una sustancia ha causado un daño si las sustancias del mismo tipo causarían normalmente ese daño si se liberaran de una manera peligrosa<sup>33</sup>. El legislador coreano ha ido un paso más lejos y ha introducido disposiciones penales especiales relativas a la causación de un amplio, duradero y severo daño al medioambiente natural como tal<sup>34</sup>.

### B) Responsabilidad penal de las empresas

Cada Estado Parte se responsabiliza de imponer sanciones penales a las personas que participen en actos ilegales cometidos por o en nombre de entidades corporativas. La posibilidad de que las entidades corporativas puedan ser castigadas, civil o criminalmente, varía entre las naciones. En muchas naciones las empresas podrían ser penaliza-

das por comprometerse en delitos medioambientales. Esta premisa plantea la cuestión de si una sociedad puede ser penalizada por las actividades de su personal o agentes, a pesar de la ausencia de un acto evidente en nombre de la sociedad. Como mínimo, en casi todas las naciones, las acciones del director, oficial o agente deben estar dentro del ámbito de su trabajo. Más aún, debe existir normalmente una evidencia de que las acciones ilícitas fueron dirigidas por o con el consentimiento de un mando superior de la corporación y que la dirección o consentimiento fueron dados dentro del ámbito de autoridad del oficial<sup>35</sup>. En este caso, la responsabilidad penal de las empresas será considerada primeramente en relación con la responsabilidad penal de los directores individuales o empleados y en segundo lugar en el contexto de la empresa, como sigue:

1. Las actividades en empresas son típicamente el resultado de decisiones entrelazadas, con una tendencia a ensanchar la delegación de responsabilidades. Como resultado, donde hay un "delito organizacional", un sistema criminal basado en el error personal tiene dificultades en identificar y procesar exitosamente a las personas individuales responsables<sup>36</sup>. Esto puede llevar a una "irresponsabilidad organizada"<sup>37</sup> de los individuos contratados. Por ello, considerando la opinión de los autores, ambos, el legislador y la Jurisprudencia se encuentran en el proceso de ampliar la responsabilidad individual, especialmente en el área de la actividad empresarial. ¿Cuál es la base teórica de la responsabilidad penal de los directores de empresa que, de hecho son considerados como "persona responsable"? En este caso, la responsabilidad penal vicarial de un director, representante o gerente es difícil de aceptar, ya que la doctrina de la responsabilidad penal en estos días está muy acentuada. Serán castigados, sólo cuando ellos mismos cometan un supuesto delito. En general, hay tres aproximaciones: (a) La base de la responsabilidad de directivos puede ser un acto criminal corporativo de ellos dentro de su conocimiento y control incluso si el individuo no lleva a cabo el acto ilícito, al menos cuando tal individuo ordenó o autorizó la actividad. (b) Una más amplia base para la responsabilidad puede aplicarse a situa-

33. Ver en la cuestión de la presunción de causalidad en el caso de Corea y Japón, B.S. CHO, *Umweltstrafrecht in Korea und Japan* (1993); B.S. CHO, *Die Entwicklung des Umweltstrafrechts in Korea*, 106 *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft* 235 (1994).

34. Ver para la nueva disposición de la causalidad presunta en Corea B.S. CHO *Umweltdeliktgesetze in Korea und Japan - Die normativen und domatischen Grundlagen und die Praxis*, 3 *The Global Journal on Crime and Criminal Law* 35 (1996) en 55.

35. Ver B.S. CHO, *Umweltstrafrecht in Korea und Japan* (1993).

36. Ver B. SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht* (1979) en 38 et seq.

37. Más detalles para el concepto ver U. BECK, *Risikogesellschaft - Die Organisierte Unverantwortlichkeit* (1989).

ciones en las que el directivo sabe de una actividad subordinada ilícita y no hace nada para impedirlo. Si el directivo se mantiene en una posición de responsabilidad sobre el acto en cuestión, la responsabilidad puede predicarse del fracaso del directivo en supervisar adecuadamente a los subordinados. (c) Una base aún mayor de responsabilidad es equiparable a la responsabilidad objetiva: el directivo puede ser responsable incluso sin evidencia de la directa participación del mando o aquiescencia en un comportamiento ilícito de un subordinado si el directivo mantiene una posición responsable. Sólo un directivo que ejerza un alto grado de cuidado en intentar prevenir la actividad ilegal no será responsable<sup>38</sup>. La aproximación (a) puede ser alcanzada por la tradicional teoría de cooperadores y cómplices, sin embargo la aproximación (b) o (c) están más allá del alcance de esta tradicional teoría. La tendencia internacional es reducir los requisitos para una conducta internacional en relación con autores industriales, para crear la presunción de intención o cambiar la carga de la prueba [aproximación (b) o (c)]<sup>39</sup>. Teniendo en cuenta las arriba mencionadas dificultades del "delito organizacional" o "irresponsabilidad organizada", no es sorprendente que, en muchos países, la adhesión al tradicional principio de que la responsabilidad penal exige culpa personal [aproximación (a)] está siendo sacrificada en un esfuerzo por asegurar una protección medioambiental más amplia.

2. Cuando una conducta empresarial ha sido considerada como constitutiva de un delito, este acto hace posible sancionar no sólo al autor individual sino también a la propia empresa. Existen varias

formas de castigar a la propia empresa. En los Estados Unidos, por ejemplo, las sanciones permiten poner a la corporación bajo la custodia de un Interventor, exigiéndole reformas de operaciones, forzando servicios comunitarios por la empresa e individuos, multando, imponiendo una restitución sustancial y ofreciendo información a las víctimas<sup>40</sup>. Puede admitirse su acumulación. En caso de multas, la estimación de las ganancias ilegales no está admitida con carácter general, pero en algunos países hay especiales reglamentos en los que tal estimación se considera necesaria. Por ejemplo, en el caso de sobrecarga en la Ley Japonesa antimonopolio, la norma admite fijar las ganancias ilegales para ser despojadas a través de calcular un cierto porcentaje de la producción de la empresa con una clara fórmula numérica<sup>41</sup>. Si el Derecho Nacional no admite la culpabilidad empresarial, entonces la legislación debe reflejar esta limitación. Sin embargo, hemos visto que la tendencia mundial es atribuir responsabilidad sobre una base impersonal. Incluso, en Estados que se han adherido tradicionalmente al principio de *societas delinquere non potest* (las empresas no pueden delinquir) hay una creciente tendencia hacia la imposición de responsabilidad criminal sobre las empresas<sup>42</sup>. Otros países se adhieren formalmente al principio de que una empresa no puede delinquir, pero buscan caminos para imponer sanciones no penales a estas empresas<sup>43</sup>.

3. Sin embargo, en ya mencionado segundo estadio para castigar a la empresa en sí misma, en algunos países como Corea o Japón, la dificultad no está en imponer sanciones penales contra la empresa en sí misma, sino más aún, en determinar la culpa personal<sup>44</sup>. Por ejemplo el Legislativo

38. Ver e.g., B. KELLMAN & E.A. TANZMAN, *Manual for National Implementation of the Chemical Weapons Convention* (2ª ED. 1998), EN 54.

39. Comparar G. HEINE, *Criminal Liability of Enterprises and New Risks. International Developments – National Consequences*, 2 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 107 (1995) en 108-9.

40. Para los Estados Unidos, ver United States Sentencing Commission, *Guideline Manual* 357 (1991); W.S. Lofquist, *Legislating Organizational Probation: State Capacity, Business Power, and Corporate Crime Control*, 27 *L. & Soc'y REV.* 741 (1993); J.F. DIMENTO & F. BERTOLINI, *Green Management and the Regulatory Process: For Mother Earth, Market Share and Modern Rules*, 9 *Trans'n'l Law.* 121 (1996) en 143.

41. N. KYOTO, *Criminal Liability of Corporations*, *Criminal Liability of Corporation* 275 (H. de Doelder & K. Tiedemann eds., 1996).

42. Por ejemplo, en Finlandia, el Derecho civil del país, en 1995, después de 20 años de debate, introdujo la responsabilidad penal de una corporación en el Código Penal. El Capítulo 9 del revisado Código Penal de Finlandia está dedicado a la responsabilidad penal corporativa (21 Abril 1995/743). Para detalles ver M. RIIHILÄRVI, *Criminal liability of Corporations-Finland*, *Criminal Liability of Corporation* 203 (H. de Doelder & K. Tiedemann eds., 1996). La UE está planeando introducir la responsabilidad penal de una organización en relación con las disposiciones penales para el propósito de los intereses financieros de la Unión Europea. Ver *Corpus Juris* (M. Delmas-Marty ed. 1997).

43. Por ejemplo, en Alemania, una multa administrativa no penal (*Geldbusse*) puede ser impuesta por el art. 30 de la Ley sobre Regulación de Infracción (*Ordnungswidrigkeitengesetz*) contra personas jurídicas o asociaciones si una persona natural, que sea un representante legal de la empresa, comete un delito o una violación administrativa, en virtud de la cual la asociación fue, o ha debido ser, enriquecida, o se han violado sus obligaciones legales. Para detalles, ver G. HEINE, *Allemagne: Crime against the environment*, 65 *International Review of Penal Law* 731 (1994).

44. B.S. CHO, "Cuestiones de causalidad y autoría en el Derecho penal del medioambiente coreano y japonés desde la perspectiva del derecho comparado", 4 *Revista Penal* 42 (1999).

coreano, así como el Legislativo japonés, estipula que una entidad corporativa es acusada de ser responsable si su representante o agente comete un delito bajo la legislación aplicable. De acuerdo con esta disposición, sin embargo, se puede probar quién violó de hecho la supuesta regulación, ya que esta disposición sólo requiere que un sujeto autor se comporte ilegalmente para sancionar a una empresa<sup>45</sup>. Por ello, para probar la conducta ilegal de un autor individual es una condición necesaria sancionar a una empresa. Ocurre a menudo que es difícil que el autor individual sea identificado, especialmente en el caso en que la empresa posea una gran organización. Después de individualizar al autor individual, debe probarse que la conducta de la empresa es de algún modo negligente. Esto es; la empresa no cuidó que el empleado no cometiera un delito. Esta omisión constituye un delito de la empresa. En orden a superar las dificultades de prueba, el sistema judicial coreano ha adoptado la llamada teoría de la *culpabilidad-presunción* que admite la presunción de que una tarea de supervisión ha sido infringida dentro de un cierto círculo de personas. Esta idea refleja la situación actual de dificultad para castigar a una empresa con una gran y complicada organización, pero ha encontrado una fuerte crítica por violar el principio de culpabilidad ("*Schuldprinzip*") reconocido por la Constitución Coreana. Como Heins señala<sup>46</sup>, "culpabilidad", como la específica responsabilidad de la empresa, debe ser entendida en el sentido de que la material disposición de la firma le impidió realizar una coordinación legal y decisiones de organización y permitió prevalecer a una dirección de riesgo deficiente con serios efectos socialmente perjudiciales. Las decisiones erróneas con el tiempo reemplazan a la culpabilidad individual.

#### 4. Transnacionalización en la legislación penal

Numerosas teorías relativas a la cuestión de la jurisdicción transnacional (p.ej. teoría de la personalidad pasiva y teoría de la jurisdicción universal) están muy poco consolidadas. Pero incluso los fortalecidos principios de nacionalidad y territorialidad plantean la posibilidad de que más de un Derecho pudiera aplicarse a la misma transacción o disputa. Incluso si se acepta que dichos principios de nacionalidad y territorialidad han

alcanzado el status de Derecho consuetudinario, no existe un tratado general ni reglas de Derecho consuetudinario, entre los principios del "Derecho de conflictos", que permitan resolver tales conflictos. El status incierto de ciertos principios extraterritoriales bajo el Derecho Internacional y la falta de prioridad entre los potencialmente conflictivos principios de autoridad representan obstáculos significativos para resolver los problemas legales creados por las crecientes actividades transfronterizas. Para superar tales obstáculos, las naciones deben desarrollar una nueva interpretación de las reglas de la extraterritorialidad.

Como mínimo, un Estado Parte tiene jurisdicción sobre la conducta que tenga lugar o cuyos efectos peligrosos se produzcan dentro de sus fronteras territoriales, incluidas las aguas costeras relevantes y las áreas del fondo del mar (la llamada "teoría territorial" de la jurisdicción). Para hacer aplicable las infracciones nacionales a los casos de naturaleza transnacional o transfronteriza, el alcance de la teoría de la territorialidad debe ser sustancialmente expandida a través de la determinación del lugar de la comisión. Conforme a la llamada teoría de la ubicuidad, el lugar de comisión es tanto el lugar en el que el acto u omisión se produjo como aquel en el que el daño reconocido legalmente aparece. Esto significa la extensión del principio de ubicuidad en relación con el principio de territorialidad. Más aún, la autoridad legal puede extenderse a cualquier acto emprendido por una persona natural que es ciudadano de un Estado Parte, sin tener en cuenta dónde es ejecutado (la llamada "teoría de la nacionalidad y personalidad activa" de la jurisdicción). A mayor abundamiento, algunos Estados pueden suscribir teorías más amplias de jurisdicción. La "teoría de la personalidad pasiva" de la jurisdicción extiende la jurisdicción allí donde la víctima de la infracción es nacional del Estado acusador. La "teoría proteccionista" de la jurisdicción extiende la jurisdicción sobre aquellas infracciones, cometidas incluso completamente al margen del territorio de un país, que pueden amenazar importantes intereses nacionales como la seguridad, integridad y soberanía o función gubernamental. La "teoría de la jurisdicción universal" permite la jurisdicción sobre crímenes particularmente atroces o nocivos para la humanidad (por ej. piratería, comercio de esclavos, crímenes de guerra, secuestro, sabotaje

45. Ver para la cuestión de la responsabilidad corporativa en Corea y Japón B.S. CHO, *Umweltstrafrecht in Korea und Japan* (1993); B.S. CHO, *Die Entwicklung des Umweltstrafrechts in Korea*, 106 *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 235 (1994).

46. G. HEINS, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen* (1996) en 271 et seq.

de la tripulación civil de naves aéreas, genocidio y terrorismo) si el Foro del Estado tiene *in personam* jurisdicción sobre el autor. Comúnmente, el concepto de jurisdicción universal se aplica sólo si la conducta está criminalizada por una Convención internacional bajo la cual el Estado está obligado a procesar a los delincuentes.

Por virtud de las arriba mencionadas restricciones del delito-inminente, pueden plantearse límites a la responsabilidad penal en el Derecho Penal del Medio Ambiente donde el autor o el acto tenga conexiones con un país extranjero, pero los elementos de hecho del delito en cuestión no incluyen la adherencia a requisitos administrativos extranjeros. Por ejemplo, el Derecho Alemán no castiga a alguien que establezca una fábrica en un país extranjero sin permiso. Conforme al principio de ubicuidad, en delitos a larga distancia en los que el lugar de la acción es diferente al del resultado dañoso, ambos se califican como lugar de comisión. Sin embargo esta jurisdicción ampliada sólo se aplica cuando el daño real en relación con una concreta puesta en peligro es un elemento del delito. Éste no es el caso si el delito supone la exposición a un peligro abstracto, tales como violaciones de normas administrativas en las que, conforme a la opinión prevalente, el resultado dañoso no es un elemento del delito.

Sin embargo, en primer lugar, el delito debe concernir inicialmente al país en el que tenga lugar. Tanto Estados Unidos como el Reino Unido solían insistir considerablemente en el principio de territorialidad de la jurisdicción penal, y no admitían que un Estado pudiera sancionar a un extranjero por un incumplimiento de su derecho penal, si la acción fue realizada fuera de su propio territorio<sup>47</sup>. Esto estaba en marcado contraste con la posición de otros Estados que incorporaban también el principio de la personalidad pasiva, la teoría proteccionista y la teoría de la jurisdicción universal. En décadas recientes, sin embargo, los Estados Unidos se han desplazado bastante lejos de su tradicional insistencia en la territorialidad como la única base adecuada de la jurisdicción

penal. Hoy en día, son los Estados Unidos probablemente los que se vinculan con las que otros Estados consideran como reclamaciones jurisdiccionales extravagantes<sup>48</sup>. De acuerdo con esta reciente tendencia, las disposiciones penales medioambientales en los Estados Unidos han sido interpretadas extensamente, y la reciente interpretación judicial de los principios de Derecho Internacional pueden permitir a estas amplias interpretaciones llegar más allá de las fronteras estadounidenses y tener un efecto internacional más extenso. Interpretar las leyes norteamericanas medioambientales de manera extraterritorial expondría también a los directivos corporativos responsables de asuntos medioambientales a responsabilidad penal en los Estados Unidos. Esto sería así sin tener en cuenta si los buques de los que el directivo es responsable ostentan una bandera de los Estados Unidos o una bandera de conveniencia, o si el directivo está físicamente localizado en los Estados Unidos o en ultramar. El argumento a favor de la *Americanización* de la aplicación del Derecho Internacional, que descansa pesadamente sobre la experiencia de la aplicación de la legislación sobre drogas, debe ser aplicado también en el campo del Derecho Internacional del Medio Ambiente, debe examinarse a continuación:

Ciertos Estados ha adoptado una legislación para proteger los recursos fuera de sus fronteras. Quizás la forma más común de estas medidas es la diseñada para proteger al océano de la contaminación. Estas leyes generalmente proscriben la contaminación por un buque o nacional del Estado que adopta tales medidas, o dentro de sus aguas territoriales. Muchas fueron aprobadas para la aplicación de la Convención de Londres de 1954 para la Prevención de Contaminación del Mar por Aceite<sup>49</sup> y la Convención para la Prevención de la Contaminación de los Buques<sup>50</sup>. Otros ejemplos son la Ley Danesa de mejora de las Medidas de Acción contra la Contaminación del Mar por Aceite<sup>51</sup> y la Ley de este país sobre Medidas contra la Contaminación por sustancias distintas del Aceite<sup>52</sup>, la Ley Finlandesa referida a la Pre-

47. J. L. BRIERLY, *The Law of Nations* 69 (6th ed. 1963) en 299.

48. Ver e.g., BLAKESLEY, *United States Jurisdiction over Extraterritorial Crime*, 73 *J. Crim. L. & Criminology* 1109 (1982).

49. La Convención Internacional Para la Prevención de la Contaminación del Mar por Aceite, hecha en Londres, 12 Mayo 1954, 327 U.N.T.S. 3, 12 U.S.T. 2989, T.I.A.S. No. 4900 (entró en vigor 26 Julio 1958).

50. La Convención para la Prevención de la Contaminación de Barcos, con anexos, hecha en Londres, 2. Nov. 1973, I.M.C.O. Doc. MP/CONF/WP.35, 2. Nov. 1973, reimprimida en 12 I.L.M. 1319, entró en vigor por el Protocolo de 1978 a esta Convención, con anexos, hecha en Londres 17 Feb. 1978, reimprimida en 17 I.L.M. 546 (entró en vigor 2 Oct. 1983, excepto el Anexo II, que entró en vigor 2 Oct. 1986). Esta Convención, con su Protocolo de 1978 es también conocida como "MARPOL".

51. Acto No. 289 de 7 Junio, 1972, Enmendando las Medidas de Acción contra la Contaminación del Mar por Aceite y Otros Materiales, secc. 11, texto en 18 *Rüster & Simma* en 1034.

52. Acto No. 290 de 7 Junio, 1972, Sobre Medidas contra la Contaminación del Mar por Otras Sustancias distintas del Aceite, secc. 12, texto en 3 *Rüster & Simma* en 1035, 37 (1975).

vención de la Contaminación del Mar de 1965<sup>53</sup> y la Ley de este país de 1972 para la Prevención del Daño por Aceite causado por Buques<sup>54</sup>, la Ley Japonesa de Prevención de la Contaminación Marina de 1970<sup>55</sup> y la Ley de Singapur de Prevención de la Contaminación del Mar de 1971<sup>56</sup>. Cuando el Congreso de Estados Unidos aprobó la Ley de Contaminación por Aceite de 1990<sup>57</sup>, se estaba respondiendo al desastre medioambiental causado por el Vertido del *Exxon Valdez*<sup>58</sup>. La Ley de Contaminación por Aceite de 1990 dio poder al Presidente para enjuiciar criminalmente a aquellos que fueran responsables de desastres marinos. Tan importante como la extensión y severidad de las disposiciones sobre responsabilidad de la Ley de Contaminación por Aceite es la cuestión de si sus disposiciones penales pueden aplicarse a nacionales extranjeros más allá del territorio de los Estados Unidos. Su aplicación a nacionales extranjeros le requeriría, sin embargo, que adoptara una nueva interpretación del derecho del mar. En la aplicación de las disposiciones penales de la Ley de Contaminación por Aceite más allá de su mar territorial o dentro del mar territorial para vertidos que no alcanzan el nivel de serios y deliberados, los Estados Unidos estarían ejerciendo un poder mayor del asignado a los países costeros bajo la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (UNCLOS)<sup>59</sup>. Aun cuando muchas disposiciones de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar han sido aceptadas como declarativas de un Derecho Internacio-

nal consuetudinario<sup>60</sup> y por ello la Convención se ha convertido en un punto de referencia para las discusiones acerca de la jurisdicción<sup>61</sup> del medioambiente marino, la Convención no ha sido firmada por los Estados Unidos. Como el Congreso ha expresado su impaciencia con el ritmo de los progresos en el área del Derecho Internacional del Medio Ambiente, y como el Derecho del Mar es una de las áreas más dinámica y maleable del Derecho, tanto a nivel nacional como internacional, un Tribunal norteamericano debe dar preferencia a la Ley de Contaminación por Aceite sobre la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. La completa Convención MARPOL y la legislación de los Estados Unidos que la aplica hacen prevalecer la necesidad de controlar y reducir la contaminación de las operaciones rutinarias del tráfico de buques<sup>62</sup>. Es más, el concepto de Derecho Internacional Consuetudinario deja algún espacio para la modificación en respuesta a circunstancias cambiantes. La inadecuación del Derecho del Mar para adaptarse al rápido ritmo de los progresos en la vida moderna está perfectamente reconocida, y, sin embargo, el riesgo de una acción unilateral fuera de las fronteras del Derecho que conlleve a un conflicto internacional se ha visto como inevitable<sup>63</sup>. Algunos autores ven el Derecho Internacional consuetudinario como un concepto que crece lentamente y sólo después de asegurar el mutuo consentimiento antes de la acción<sup>64</sup>. El uso de sanciones penales para proteger el medioambiente marino reconoce el para-

53. Ley No 146 En relación con la Prevención de la Contaminación del Mar, 5 Marzo, 1965, *passim*, texto en 3 Rüter & Simma en 1041, (1975).

54. Acto No. 668 de 22 Sept. 1972 para la Prevención de Daño de Aceite Causado por Barcos, arts.1,2 y 25, texto en 3 Rüter & Simma en 1043 (1975).

55. Ley de Prevención de la Contaminación Marina de 1970 (Ley No. 136), efectiva 24 de Junio 1971, especialmente arts. 55-58, texto en 3 Rüter & Simma en 1074 (1975).

56. Ley de Prevención de la Contaminación del Mar, 1971, efectiva 25 Enero, 1971, especialmente Parte 2, "Responsabilidad Penal por Contaminar el Mar", texto en 3 Rüter & Simma en 1131 (1975).

57. Pub. L. No. 101-380, 104 Stat 484 (considerada como enmienda en 33 U.S.C. §§ 2701-2761(1991) y en varias secciones a través de los títulos 16, 26, 43, y 46 Código de Estados Unidos).

58. Ver B.H. GRUMBLES, *The Oil Pollution Act of 1990: Mixing Oil, Water, and Hazardous Waste*, 4 *Geo. Int'l Envtl. I. Rev.* 151 (1991) (describiendo la respuesta del Congreso al vertido del Exxon Valdez de 1989).

59. Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, abierto para la firma 10 Dic. 1982, U.N. Doc. A/CONF.62/L2 (1982), reimprimido 21 I.L.M. 1261 (1982); *The Law of the Sea*, U.N. Sales No. E. 83. V.5 (1983) (entró en vigor Nov. 16 1994).

60. L.B. SOHN & K. GUSTAFSON, *The Law of the Sea in a Nutshell* xvii (1984).

61. D. BODANSKY, *Protecting the Marine Environment from Vessel-Source Pollution: UNCLOS III and Beyond*, 18 *ECOLOGY L.Q.* 719 (1991).

62. Ver H.R. Rep. No. 1224, 96 Cong., 2ª Ses. (1980), reimprimido en 1980 U.S.C.C.A.N. 4849.

63. A. PARDO, *An Opportunity Lost*, in *Law of the Sea: U.S. Policy Dilemma* 13, 25 (B.H. Oxmann et al. eds., 1983). "Estas palabras son tan verdaderas ahora como lo fueron (en 1970). La presente (1982) Convención no es el fin, más el principio de un largo proceso que debe llevar eventualmente uso más racional y eficiente de nuestro medioambiente orden mundial más equitativo (citando *U.S. Policy for the Seabed*, U.S. Dep't St. Bull. 737 (1970)).

64. Ver e.g., L.B. SOHN, *The Law of the Sea: Customary International Law Developments*, 34 *AM. U. L. Rev.* 271, 279 (1985).

digma medioambiental que ha emergido para gobernar nuestra sociedad desde que en 1982 fuera negociada la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar<sup>65</sup>. Cuando la Convención de las Naciones Unidas de 1982 fue terminada, se dirigió a las cuestiones de contaminación con un detalle un poco mayor, pero mantenía una estructura que delega en el buque del Estado de pabellón para la certificación de obediencia y acciones de aplicación. Este esquema legal refuerza la situación de "tragedia de los comunes", llevando a los actores a tomar cualesquiera medidas que mejor sirvan a sus intereses hasta que, finalmente, el recurso está agotado. Esta situación ha llevado a los países en vías de desarrollo a ofrecer "banderas de conveniencia". Los buques bajo su control están generalmente sujetos a una regulación medioambiental menos severa<sup>66</sup>. Así hay un cambio frecuente en el registro de buques desde naciones como los Estados Unidos, con unas estrictas normas medioambientales, a otros Estados de conveniencia. La preocupación medioambiental sobre el océano se constata desde las teorías de GROTIUS<sup>67</sup> hasta las Convenciones como MARPOL y UNCLOS, poniendo en marcha su complicado sistema de aplicación del Estado pabellón. UNCLOS, MARPOL y los comentaristas<sup>68</sup> parecen haber adoptado la perspectiva de que los mares deben ser gobernados por lo que parece un concepto absoluto que ellos denominan "la libertad de los mares". Este absolutismo no es el fin para lo que GROTIUS argumentaba, ni es sostenido por su razonamiento<sup>69</sup>. Además, las obligaciones de las Convenciones están anticuadas desde el momento en que han entrado en vigor, especialmente en los campos medioambientales en los que la investigación científica y conocimiento avanza rápidamente. Han transcurrido cerca de catorce años para que la UNCLOS recibiera las sesenta ratificaciones requeridas para su entrada en vigor. Para evitar que se continúen destruyendo los océanos mientras se tributa fidelidad a las palabras de la UNCLOS, que

no reflejan ni las necesidades del mundo de hoy, ni los principios que fueron destacados para formarla, debe aceptarse la jurisdicción extraterritorial en caso de contaminación de las operaciones rutinarias del tráfico de buques como un Derecho Penal Internacional del Medioambiente, en el amplio sentido de reglas concernientes a la mutua acomodación en la supresión de los delitos medioambientales.

#### IV. Derecho penal medioambiental supranacional

##### 1. ¿Hay un Derecho penal medioambiental supranacional?

En 1992 la Cumbre de la Tierra en Río y la consiguiente controversia sobre la leve naturaleza de varias resoluciones aprobadas pusieron de manifiesto lo típico de los problemas de aplicación en el área de la regulación internacional medioambiental<sup>70</sup>. Hay distintas disposiciones penales, como una de las medidas de aplicación encontradas en las Convenciones Internacionales Medioambientales, que pudiera ser considerado como de naturaleza penal, o ser de tal carácter como para ser parte del campo del Derecho Penal Internacional. Actualmente se está discutiendo sobre un Derecho Penal Internacional general, sin embargo la protección medioambiental a través del Derecho Penal a un nivel supranacional encuentra todavía reservas. Hablando de cuestiones que han sido planteadas acerca de la existencia y coherencia de un Derecho Penal Medioambiental supranacional, se debe considerar primeramente que hay en la actualidad una comunidad internacional toscamente comparable a las comunidades nacionales en las que un sistema doméstico de Derecho Penal opera. Sin tal comunidad internacional, el "Derecho de los delitos internacionales medioambientales" sólo puede ser un simulacro del Derecho Pe-

65. S.J. DARMODY, *The Oil Pollution Act's Criminal Penalties: On a Collision Course with the Law of the Sea*, 21 B.C. Env'tl Aff's L. Rev. 89, 143 (1993).

66. M.L. BOOS, *The Oil Pollution Act of 1990, Striking the Flags of Convenience*?, 2 Colo. J. Int'l Env'tl. L. & Pol'y 407 (1991).

67. H. GROTIUS, *The Freedom of the Sea* vii (1608) (R.V.D. Magoffin trans. & J.B. Scott ed., 1916).

68. D.M. DZIDZORNU & B.M. TSAMENYI, *Enhancing International Control of Vessel-Source Oil Pollution Under the Law of the Sea Convention, 1982: A Reassessment*, 10 U. Tasmania L. Rev. 269, 270 (1991).

69. Ver e.g., S.J. DARMODY, *The Oil Pollution Act's Criminal Penalties: On a Collision Course with the Law of the Sea*, 21 B.C. Env'tl Aff's L. Rev. 89, 139 (1993).

70. E.g., *Esquema de la Convención sobre el Cambio Climático*, hecha 9 Mayo 1992, U.N. Doc. A/AC.237/18(pt. II)/Add.1 (1992), reimprimido en 31 I.L.M. 849; ver R. ABRAMSON, *Bush Sees Role on Environment as Political Plus*, L.A. Times, Junio 14, 1992, en A1; W.K. STEVENS, *U.N. Chief Chants Defense of Nature*, N.Y. Times, Junio 4, 1992, en A10; T.L.H. MCCORMACK & G.J. SIMPSON, *The International Law Commission's Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind: An Appeal of the Substantive Provisions*, 5 Criminal Law Forum 1 (1994), en 39.

nal, careciendo de la requerida base social. Las dudas sobre la realidad de un Derecho Penal Internacional "en el sentido material de la palabra"<sup>71</sup> descansan últimamente en el escepticismo sobre la realidad de una genuina comunidad internacional<sup>72</sup>. En otras palabras, no hay un superpoder legislativo internacional para establecer leyes penales internacionales sobre el medioambiente y tampoco un efectivo mecanismo internacional con autoridad para su aplicación. Con la excepción de los juicios por crímenes de guerra que requieren una consideración separada, la práctica de las Cortes y Tribunales internacionales no puede aducirse como prueba del reconocimiento en el Derecho Internacional Consuetudinario de algo que parezca incluso débilmente el fenómeno de los crímenes internacionales o una norma internacional penal *stricto sensu*<sup>73</sup>. Suponiendo que tomamos la fotografía de una "sociedad de Estados" -mejor que la de una "comunidad internacional"- para representar más rigurosamente cómo son generalmente las relaciones internacionales. En tal sociedad, puede haber un Derecho Penal Internacional del Medioambiente en el amplio sentido de reglas referentes a *mutua acomodación y cooperación* en la supresión del delito medioambiental, pero probablemente no un Derecho Penal Internacional del Medioambiente *stricto sensu*<sup>74</sup>.

## 2. Cooperación regional: ¿diferentes estándares para diferentes países?

De manera más significativa, la diferencia entre las legislaciones nacionales plantea un difícil pro-

blema cuando se intenta lograr uniformidad de aplicación de la Convención. Como la actividad transfronteriza aumenta, y en instancias en las que las doctrinas del "Derecho de conflictos" son consideradas inadecuadas, las naciones persiguen crear reglas internacionales uniformes. El progreso en la internacionalización de las reglas afecta también a la regulación medioambiental. Las estrategias para crear reglas uniformes toman (1) la aceptación nacional de las reglas uniformes, a menudo impulsadas por la crítica internacional, y sanciones, o (2) como condición para cualquier asistencia internacional o pertenencia a uniones comunes. México, por ejemplo, estuvo de acuerdo en reforzar sus normas internas medioambientales en orden a fortalecer el apoyo estadounidense al Acuerdo Norteamericano para el Libre Comercio (NAFTA<sup>75</sup>)<sup>76</sup>. La Unión Europea también ha puesto condiciones a los países solicitantes de su incorporación<sup>77</sup>. El Acuerdo NAFTA en el aspecto Medioambiental concierne al establecimiento, mantenimiento, y aplicación del Derecho Medioambiental Nacional. Esto incrementa la participación pública en el proceso de elaboración y aplicación del Derecho, proporciona a la discusión de gobierno a gobierno un acuerdo sobre comportamientos de incumplimiento para aplicar efectivamente el Derecho Medioambiental Nacional, y crea mecanismos para la colaboración entre las Partes del Tratado. Bajo el Acuerdo, cualquier persona u organización residiendo o establecida en el territorio de un Estado NAFTA puede enviar una queja a una Secretaría independiente trilateral alegando que una Parte está fallando en la aplicación efectiva de su Derecho Medioambiental. Si la demanda cumple con ciertos criterios

71. SCHWARZENBERGER utiliza la expresión "Derecho Penal Internacional en el sentido material del término" para referirse a la posición de que existe un "Derecho Penal Internacional en un sentido comparable al Derecho Penal Local". G. SCHWARZENBERGER, *The Problem of an International Criminal Law*, 3 *Current Legal Problems* 263 (1950), reimprimido en *International Criminal Law and Procedure* 263 (J. Dugard & C. van den Wyngaert eds., 1996).

72. Ver, e.g., VAN BEMMELEN, *Reflections and Observations on International Criminal Law*, en *A Treaties on International Criminal Law* (M.C. Bassioni & V. Nanda eds., 1973) en 77, 78; SCHWARZENBERGER *supra* nota, en 14-33; GREEN, *Is There An International Criminal Law?*, 21 *Alberta Law Review* 251, 261 (1983); E.M. WEIS, *Terrorism and the Problems of an International Criminal Law*, 19 *Conn. L. Rev.* 799 (1987) en 818.

73. Ver e.g., G. SCHWARZENBERGER, *The Problem of an International Criminal Law*, 3 *Current Legal Problems* 263 (1950), reimprimido en *International Criminal Law and Procedure* 263 (J. Dugard & C. van den Wyngaert eds., 1996) en 279-280; *Resolutions of the XIVth International Congress on Criminal Law in Vienna 1989*, 61 *Revue Internationale de Droit Penal* 131 (1990), en 132. Conforme a las resoluciones del XIV Congreso de Derecho Penal en Viena 1989, los crímenes internacionales deben ser divididos en dos categorías, crímenes internacionales *stricto sensu* y *lago sensu*. Los crímenes internacionales *stricto sensu* deben ser limitados a las violaciones de los valores más altos de la Comunidad Internacional.

74. E.M. WEIS, *Terrorism and the Problems of an International Criminal Law*, 19 *Conn. L. Rev.* 799 (1987) en 821.

75. Acuerdo Norteamericano sobre el Libre Comercio, Dic. 17, 1992, 32 *I.L.M.* 605 (1993).

76. Ver D. FRASER, *Mexico Ponders Price it Must Pay for NAFTA-Side Accords Demanded by the U.S. Raise Some Thorny Issues*, *Financial Times*, Mar. 23, 1993, en 9 (informando que a pesar de los problemas de soberanía, México esperaba estar de acuerdo con las nuevas regulaciones medioambientales para acceder a NAFTA)

77. Ver R. MAUTHNER, *No Quick Entry, but the Log Jam is Broken*, *Financial Times*, May 19, 1986, en 3.

(e.g., provee suficiente información en relación con la alegación, está dirigido a la aplicación y no al hostigamiento, etc.), la Secretaría puede determinar que merece una respuesta de la Parte (que tiene, al menos, 60 días para responder). Donde haya evidencia de una persistente pauta de incumplimiento de una Parte en la aplicación de su Derecho Medioambiental, otra Parte puede requerir que se invoque el proceso de establecimiento de una disputa formal recogido en la Parte Quinta del Acuerdo. Donde un grupo de discusión encuentre que existe una pauta persistente de incumplimiento en la aplicación, será establecido un plan de acción para remediar la situación. Los negocios afectados querrán asegurar que sus intereses sean tenidos en cuenta en el diseño y aplicación de tales planes. Si la Parte protesta contra los incumplimientos por aplicar un plan de acción, el jurado puede imponer un gravamen monetario. Si el gravamen no es pagado, en el caso de los Estados Unidos y México, se pueden imponer sanciones comerciales. Al imponer sanciones comerciales, la parte que protesta está obligada primero a procurar no obtener beneficios en el mismo sector en el que ha habido una persistente pauta de incumplimiento en la aplicación. En el caso de Canadá la Comisión establecida bajo el Acuerdo podía pedir a una Corte que ordenara aplicar el gravamen.

Otro ejemplo de aplicación regional es el Acta Única Europea (1986) que provee clara autoridad a la Comunidad Europea sobre las materias de recursos medioambientales y naturales<sup>78</sup>. La Comunidad ha publicado Directivas y Reglamentos dirigidos a controlar la contaminación y proteger el medioambiente, y se están considerando otros más. La Corte

Europea de Justicia ha asumido un papel importante en asegurar que las medidas adoptadas por las naciones individuales sean conformes con las Directivas. Bajo el Derecho Comunitario Europeo, la responsabilidad para la supervisión y aplicación de las obligaciones medioambientales Comunitarias ha sido en gran medida alejada de la arena interestatal y situada sobre la Comisión Europea y la Corte Europea de Justicia<sup>79</sup>. El Tratado de Maastrich de 1992 introduce, por vez primera, las sanciones financieras para los Estados Miembros que incumplan el Derecho Comunitario<sup>80</sup>. A pesar de la importancia otorgada a la llamada doctrina de la *subsidiariedad*<sup>81</sup> bajo los arreglos post-Maastrich, no parece claro que la Comunidad retenga poderes considerables en el campo medioambiental. De hecho, el desarrollo y aplicación del Derecho Comunitario medioambiental es visto como una de las actividades más populares de la Unión entre los ciudadanos de Europa<sup>82</sup>. El Consejo de Europa (CE) es, en el ámbito penal, más conocido por sus 21 Convenciones y unas 70 recomendaciones. El CE es una Organización Europea que fue establecida en 1949<sup>83</sup>. Debido a los cambios en la Europa del Este tiene ahora más de 30 miembros por toda Europa. El CE pronto mostró un específico interés en cuestiones medioambientales, especialmente delitos contra el medio ambiente. Basada en las Conclusiones de la séptima Conferencia de Ministros Europeos de Justicia en Basilea en 1972, el CE adoptó en 1977 su "Resolución (77)28 sobre la Contribución del Derecho Penal a la Protección del Medioambiente". La decimoséptima Conferencia de Ministros Europeos de Justicia en Estambul de 1990 concluyó la "Resolución No.1 sobre la Protección del Medioambiente a través del

78. Ver generalmente M.S. FEELEY & P.M. GILHULY, *Green Law-Making: A Primer on the European Community's Environmental Legislative Process*, 24 VAND. J. OF TRANSNAT'L L. 653 (1991); D.W. SIMCOX, *The Future of Europe Lies in Waste: The Importance of the Proposed Directive on Civil Liability for Damage Caused by Waste to the European Community and Its Environmental Policy*, 28 VAND. J. OF TRANSNAT'L L. 543 (1995); Sevenster, *Criminal Law and EC Law*, 29 COMMON MKT. L. REV. 29 (1992).

79. Bajo el procedimiento establecido por el Artículo 169 CEE, ver D. FREESTONE, *European Community Environmental Law and Policy*, 18 JOURNAL OF LAW AND SOCIETY 135 (1991), en 140.

80. Artículo 171(2) del Enmendado Tratado CE.

81. El Artículo 3b del Tratado CE ahora establece expresamente que "Cualquier acción por la Comunidad no irá más allá de lo que sea necesario para conseguir los objetivos de este Tratado". En el área de competencia compartida, la Comunidad actuará "sólo si y en la medida en que los objetivos de la acción propuesta no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados Miembros".

82. Ver e.g., D. WILKINSON, *Maastricht and the Environment: the Implications for the EC's Environment Policy of the Treaty of European Union*, 4 JOURNAL OF ENVIRONMENTAL LAW 221 (1992).

83. Los órganos del Consejo de Europa son la Asamblea Parlamentaria y el Comité de Ministros con un Secretario General, la Comisión Europea y la Corte Europea de Derechos Humanos que se encuentran o están localizados en Estrasburgo, Francia. El CE es competente para tratar con un amplio ámbito de cuestiones y problemas excepto los asuntos de defensa. Ni el Comité de Ministros ni la Asamblea Parlamentaria tiene competencia legislativa o medidas de aplicación como la Comunidad Europea (ahora Unión Europea). El Comité de Ministros considera las acciones para ser tomadas, en forma de convenciones o acuerdos, promulgación de recomendaciones o resoluciones, afirmaciones sobre política común, o la publicación de informes de expertos.

Derecho Penal". Las resoluciones enumeran una serie de medidas que los gobiernos de los Estados miembros podrían tomar para conseguir los objetivos. Los compromisos más recientes en el campo del delito medioambiental del CE incluyen la Convención sobre la Protección del Medioambiente a través del Derecho Penal de 4 de Nov. 1988<sup>84</sup>. La nueva Convención contiene elementos de armonización del Derecho Penal sustantivo y es un moderno instrumento para la cooperación internacional en el área de los delitos medioambientales transfronterizos.

Por otro lado, incluso si se adoptan regulaciones vinculantes a nivel supranacional, las excepciones nacionales son muy frecuentes. Tales excepciones probablemente mantendrán la regla por tiempo suficiente para que los países de la Europa de Este, con su terrible situación medioambiental, se asocien a la Comunidad Europea. Como resultado, puede esperarse que la interpretación y aplicación de instrumentos internacionales permanecerá inconsistente, al menos por el momento. Al elegir entre un medioambiente más limpio y menos pobreza, muchas naciones pobres eligen más contaminación en la creencia de que ellos disfrutarán de un crecimiento económico mayor. A este respecto, en los países en vías de desarrollo la crítica que, a menudo, se hace es en el sentido de que aparentemente el Oeste podría permitirse desarrollar sus industrias sin ninguna implicación para el medioambiente durante dos siglos, mientras que no se espera que el tercer mundo desarrolle su industria en completo respeto de las normas medioambientales. Para estos países tiene más sentido convencerlos de que adopten precauciones razonables contra la contaminación que alcanzar controles de contaminación equivalentes a los de las naciones industrializadas. Además, incluso dos países con el mismo nivel de desarrollo establecen un valor social diferente sobre el control de la contaminación, debido a las diferencias en el medioambiente de las dos naciones y en la necesidad percibida de controlar la contaminación. Por ello, no es sencillo responder a la pregunta de si diferentes estándares medioambientales deben aplicarse a diferentes países. Aplicando los principios generales del Derecho Internacional Medioambiental a la situación en los países en vías de desarrollo, en muchos casos nos quedaremos con una visión bastante pesimista. Incluso a pesar de

que el concepto de "desarrollo sostenible", que reconoce que las dos metas gemelas de protección medioambiental y desarrollo económico se apoyan mutuamente y son interdependientes, más que contradictorias<sup>85</sup>, ha incrementado la cooperación medioambiental, la soberanía nacional permanece como una formidable barrera a la cooperación en tanto que los Estados demandan fuertemente el derecho de "explotar sus propios recursos conforme a sus propias políticas medioambientales y de desarrollo". El argumento de la soberanía está basado en el principio de que cada nación tiene una perspectiva diferente de los costes sociales y beneficios que van con la contaminación. Sin embargo, la barrera de la soberanía ha sido debilitada hasta el punto de que las naciones ahora se dan cuenta, como resultado del desarrollo sostenible, que el nacionalismo puede ocasionalmente ceder para proteger los recursos globales *compartidos* del mundo.

### 3. Los esfuerzos por reconocer y codificar los delitos internacionales medioambientales

#### A) *El Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado de la Comisión de derecho INTERNACIONAL (ILC)*

Como esbozamos precedentemente, parece haber poco derecho convencional o consuetudinario detrás de la idea de que el daño medioambiental global puede soportar un procesamiento penal supranacional. Sin embargo, esta situación puede cambiar en un futuro cercano, particularmente si una distinción hecha por la Comisión de Derecho Internacional (ILC) en su borrador de *Artículos sobre la Responsabilidad del Estado* llega a ser generalmente aceptada por la comunidad internacional<sup>86</sup>. La reciente preocupación mundial sobre asuntos medioambientales globales hacen esto argumentable, si la infracción de una obligación de un tratado internacional es un acto ilegítimo internacionalmente que ocasiona la responsabilidad del Estado. El artículo 19(3) de aquel instrumento enumera cuatro categorías de ilícitos internacionales que pueden dar lugar a responsabilidad penal internacional, incluyendo "una seria infracción de una obligación internacional de importan-

84. Series de Tratado Europeo (ETS) No.172.

85. Ver e.g., L.K. CALDWELL, *International Environmental Policy: Emergence and Dimensions* (2d. ed. 1990), en 208.

86. [1976] 2 Y.B. Int'l L. Comm'n 239-53, U.N. Doc. A/CN.4/SER.A/1976; *The International Law Commission's Draft Articles on State Responsibility* (S. Rosenne ed., 1991). See T.L.H. McCORMACK & G.J. SIMPSON, *The International Law Commission's Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind: An Appraisal of the Substantive Provisions*, 5 CRIM. L. F. 1 (1994), en 39-40.

cia esencial para la salvaguarda y preservación del medioambiente humano". El proyecto del Artículo 19(3) refleja con precisión un creciente consenso sobre el Derecho del daño medioambiental.

Sin embargo, todavía no está clara cuánta fuerza normativa reúne el Proyecto de Artículos sobre la responsabilidad del Estado en el presente y cuál es el significado de criminalidad propuesto actualmente en ellos. La base de la ILC establecida para distinguir entre "delitos" internacionales y "crímenes" fue, en esencia, que "el Derecho Internacional General diferencia ahora varios tipos de actos internacionalmente ilícitos y, consecuentemente, entre diferentes regímenes de responsabilidad del Estado"<sup>87</sup>. Aquellos actos internacionalmente ilícitos que (a) son particularmente serios y (b) violan una obligación esencial para la salvaguarda de intereses fundamentales de la Comunidad internacional, contemplada como un todo, son denominados "crímenes internacionales" por el artículo 19. El borrador de este artículo ha sido considerado como una proposición mixta por los Estados, comentaristas, y los miembros presentes de la ILC. Las dudas que se han expresado acerca de la noción de la responsabilidad "criminal" del Estado parecen estar dirigidas en gran medida al hecho de que la naturaleza del "régimen" de tal forma de responsabilidad no está, en la actualidad, del todo clara. En particular, se ha expresado la preocupación sobre qué clase de consecuencias se seguirían de un "crimen internacional" para el Estado actuante, el Estado "víctima" (si hay alguno en particular) y terceros Estados. Por ejemplo, han surgido cuestiones como la validez de la idea de que un Estado, como opuesto a un líder individual de un Estado, sea capaz de cometer un crimen. De manera similar, se ha preguntado si una población entera de una nación debe ser tratada como criminales internacionales a causa de las acciones de sus líderes. Dudas más fuertes se han expresado también acerca de si hay alguna sólida evidencia de que el concepto de responsabilidad criminal internacional esté en la actualidad reconocido en la práctica de los Estados. Esto sería presumiblemente necesario en aclaración de la definición del concepto de un "crimen internacional" del artículo

19(2), que requiere que "la Comunidad Internacional como un todo" reconozca el acto o práctica en cuestión como un crimen. Según el comentario al artículo 19, éste significa que "un acto internacionalmente ilícito será reconocido como un 'crimen internacional', no sólo por un grupo particular de Estados, incluso si constituye la mayoría, sino también por todos los componentes esenciales de la Comunidad internacional"<sup>88</sup>. El informe que se llevó a cabo en la 50 sesión de la ILC en 1998, hizo una serie de recomendaciones para racionalizar la Primera Parte, Origen de la responsabilidad internacional, capítulos I (Principios Generales) y II (los Actos del Estado bajo el Derecho Internacional), y anular la noción de crimen del artículo 19<sup>89</sup>. Conforme al plan de la ILC, se va decidir en la sesión 51 de la ILC, si retener, anular o reponer el artículo 19<sup>90</sup>.

Se podría considerar si "todos los componentes esenciales de la Comunidad Internacional" podrían alguna vez acordar que un tipo de acto dañoso ambientalmente constituiría un "crimen internacional". El hecho de que la noción de responsabilidad criminal del Estado es controvertida, sin embargo, no disminuye la fuerza de la siguiente afirmación en el comentario del artículo 19:

"El asombroso progreso de la ciencia moderna, aunque ha producido y sigue produciendo logros maravillosos de gran beneficio para la humanidad, no obstante da una capacidad para causar clases de daños que serían verdaderamente destructivos no sólo del potencial del hombre para el desarrollo económico y social, sino también de su salud y de la gran posibilidad de sobrevivir para las generaciones presentes y futuras"<sup>91</sup>.

Este lenguaje está impregnado de la idea de que la ILC estaba particularmente preocupada acerca del daño medioambiental causado por las explosiones nucleares. De hecho, un número de convenciones relativas al tema de las armas nucleares posee características penales, como la prohibición de la conducta en cuestión por partes privadas. Por ejemplo, el artículo 1 del Tratado que prohíbe las Pruebas de Armas Nucleares en la Atmósfera, en el Espacio exterior y bajo el Agua<sup>92</sup> dispone que

87. [1976] 2 Y.B. Int'l L. Comm'n, en 118.

88. [1976] 2 Y.B. Int'l L. Comm'n, en 118.

89. Ver Primer Informe del nuevo reportero especial, Profesor JAMES CRAWFORD, sobre la Responsabilidad del Estado UN Doc. A/CN.4/490 y Add. 1-6 (1998); Informe de la ILC sobre el trabajo de su 50 sesión UN GAOR, 53d Sess., Supp. No. 10, para. 546, UN Doc. A/53/10 and Corr. 1 (1998).

90. Ver R. ROSENSTOCK, *The Fiftieth Session of the International Law Commission*, 93 AJIL 236 (1999) en 240.

91. [1976] 2 Y.B. Int'l L. Comm'n, en 108.

92. Hecho en Moscú, 5. Ago. 1963, 480 U.N.T.S. 43, 14 U.S.T. 1313, T.I.A.S. No. 5433, reimprimido en 2 I.L.M. 889 (1963).

las partes se obligan a "prohibir, prevenir y no llevar a cabo ninguna explosión de prueba de arma nuclear, cualquier explosión nuclear, en ningún lugar bajo su jurisdicción o control" en las áreas cubiertas por la Convención. La muerte de toda la vida sobre la tierra puede ser considerada como el último delito medioambiental.

### *B) El Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de la ILC*

El Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de la Comisión de Derecho Internacional (Proyecto de Código)<sup>93</sup> es el producto de 10 años de discusión y análisis por la ILC y marca el segundo gran hito de las Naciones Unidas en los pasados cuarenta años para introducir un marco normativo universal y comprensivo para la regulación penal internacional. Los componentes centrales de tal régimen son una Corte Penal Internacional y un código de crímenes internacionales. El 17 de julio de 1998, la Conferencia Diplomática de Naciones Unidas de Plenipotenciarios sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional (Conferencia de Roma) adoptó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ICC)<sup>94</sup>. El Proyecto de Código de la ILC es un intento de codificar crímenes que suponen una seria amenaza a la paz y seguridad de la humanidad. Observadores y activistas ambientales han lamentado durante mucho la ausencia de fuerza normativa detrás de los instrumentos internacionales diseñados para proteger el medioambiente. El artículo 26 del Proyecto de Código de "causar intencionadamente u ordenar causar un daño severo, duradero en el tiempo y extenso del medioambiente natural" anticipa apropiadamente futuros intentos de salvaguardar el medioambiente<sup>95</sup>. Es en este contexto en el que debemos considerar la criminalización de la destrucción intencional del medioambiente, en

virtud del cual se han identificado cinco características del delito medioambiental que lo califican como un crimen internacional incluyendo:

- (1) Amenaza indirecta pero importante de la paz y seguridad mundial;
- (2) Una conducta que afecte significativamente a más de un Estado;
- (3) Medios o métodos que trascienden de las fronteras nacionales;
- (4) La cooperación de Estados es esencial para la aplicación; y
- (5) Una conducta que afecte potencialmente a ciudadanos de más de un Estado.

### V. Conclusiones

El Derecho Penal Internacional del Medio Ambiente es un campo emergente del Derecho Internacional Medioambiental. Lo que en este trabajo se ha pretendido argumentar es que la estandarización y transnacionalización del Derecho Penal del Medio Ambiente producían un número de resultados positivos. En otras palabras, ha emergido un sistema de Derecho Penal Internacional del Medioambiente, más que simplemente unos principios de Derecho Penal Internacional sobre el medioambiente. La Convención del Consejo de Europa sobre la protección del medioambiente a través del Derecho Penal es un buen ejemplo<sup>96</sup>. Este proceso está sólo en el principio. Este trabajo se imagina el futuro proceso como sigue:

En el campo de la protección internacional de los Derechos Humanos, los Tratados regionales e internacionales permiten derechos individuales de petición a instituciones internacionales. Las Convenciones sobre Derechos Humanos también requieren informes regulares de los Estados miembros de su estadística de aplicación y los representantes estatales son preguntados acerca de esto. Los mecanismos legales del Derecho internacional de Derechos Humanos permiten una mayor protección que aquél del Derecho Internacional Medioambiental. Esta mayor protección

93. El Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, en *Report of the International Law Commission on Its Forty-third Session*, U.N. GAOR, 46th Sess., Supp. No. 10, en 198, U.N. Doc. A/46/10 (1991). Las perspectivas del Proyecto son discutidas en extenso en T.L.H. McCORMACK & G.J. SIMPSON, *The International Law Commission's Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind: An Appeal of the Substantive Provisions*, 5 *Crim. L. F.* 1 (1994).

94. El Estatuto de Roma de la Corte Internacional, Julio 17, 1998, U.N. Doc. A/CONF.183/9 está disponible [www.un.org/icc](http://www.un.org/icc) reimprimido en 37 *I.L.M.* 999 (1998). La Conferencia de Roma concluyó con la adopción del Estatuto de Roma de la ICC, por un no-registrado voto de 120 en favor, 7 en contra y 21 abstenciones. Los Estados Unidos eligieron indicar públicamente que habían votado en contra del Estatuto.

95. T.L.H. McCORMACK & G.J. SIMPSON, *The International Law Commission's Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind: An Appeal of the Substantive Provisions*, 5 *Crim. L. F.* 1 (1994), en 39-40.

96. Ver *supra* IV 2.

deriva de la habilidad de las normas de Derechos Humanos para evitar la soberanía de los Estados a fin de proteger a los individuos, mientras que las normas medioambientales generalmente cedían a estos intereses. Un sistema medioambiental internacional verdaderamente efectivo necesitará ser moldeado sobre similares tipos de dispositivos. En otras palabras, el derecho de los Derechos Humanos debe ser un modelo posible para el Derecho Penal Internacional del Medioambiente que trata con daños y amenazas de daños que afectan significativamente la balanza ecológica, así como rechazar la posibilidad de una auto-purificación. Aunque los dos campos comparten intereses comunes<sup>97</sup>, ninguno de los

campos encaja cómodamente dentro del esquema del otro, y cualquier intento de forzar todas las cuestiones medioambientales dentro de la rúbrica de los Derechos Humanos distorsionará fundamentalmente el concepto de Derechos Humanos<sup>98</sup>. Sin embargo, un derecho fundamental a un medioambiente sano<sup>99</sup> debe ser reconocido cuando la protección del medioambiente es omitida por un Estado hasta tal extremo que los individuos que viven en la región afectada están seriamente oprimidos. Consecuente con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la política, el Derecho Penal Internacional del Medioambiente protege a los individuos de una soberanía estatal incontrolada. ●

97. El Derecho de los Derechos Humanos está implicado en la protección de los individuos, mientras que el Derecho Medioambiental lo está en la protección de la naturaleza para el último beneficio de la humanidad. Ver generalmente A. KISS & D. SHETON, *International Environmental Law* 17-18 (1991).

98. Los activistas de los Derechos Humanos rechazan conocer una conexión entre los derechos humanos y la protección medioambiental sobre todo en relación con la preocupación de que un nuevo derecho humano al medioambiente devaluaría los derechos Humanos reconocidos previamente. Ver I. HODKOVA, *Is there a Right to a Healthy Environment in the International Legal Order?*, 7 Conn. J. Int'l L. 65 (1991) en 71.

99. La superposición de intereses da las bases para una limitada unificación del derecho de los Derechos Humanos y el Derecho Medioambiental para crear un "derecho humano a un medioambiente saludable". El vínculo entre el derecho humano medioambiental está siendo crecientemente reconocido por la doctrina. Ver e.g., D. SHETON, *Human Rights, Environmental Rights, and the Right to Environment*, 28 Stan. J. Int'l L. 103 (1991), at 107; J. SYMONIDES, *The Human Right to a Clean, Balanced and Protected Environment*, 20 Int'l J. Legal Info. 24 (1992), at 26; W.A. SCHUTKIN, Note, *International Human Rights Law and the Earth: The Protection of Indigenous Peoples and the Environment*, 31 Va. J. Int'l L. 479 (1991), at 485-86; P. TAYLOR, *An Ecological Approach to International Law* (1998), at 196-257; K. BOSSELMANN, *Ökologische Grundrechte* (1998), at 11-22, 234-331; K. BOSSELMANN, *Im Namen der Natur* (1992).