
LA FUNCION SIMBOLICA DE LOS DELITOS AMBIENTALES EN EL CODIGO PENAL COLOMBIANO

Por: JULIO CESAR RODAS MONSALVE *

Doctor en Derecho. Profesor de la Universidad de los Andes.

LA FUNCION SIMBOLICA DE LOS DELITOS AMBIENTALES EN EL CODIGO PENAL COLOMBIANO.

Por JULIO CESAR RODAS MONSALVE

En materia ambiental, Colombia ha estado a la vanguardia en cuanto a declaraciones y normas formales se refiere. Nuestro país, con el Código de Recursos Naturales de 1.974, fue uno de los primeros que en el panorama internacional consagró derechos sobre el ambiente los que, después, fueron recogidos en el actual texto constitucional. De igual forma, el Código Penal de 1.980 introdujo de manera novedosa en el ámbito jurídico comparado, la regulación de los llamados "delitos contra los recursos naturales" y destinó todo un capítulo a tutelar estos nuevos intereses colectivos.

Aunque la regulación jurídica de la problemática ambiental se ha extendido en Colombia, a través de un piélago normativo amplio y disperso, que ha pretendido desarrollar el Código de Recursos Naturales, el elocuente lenguaje de los hechos nos muestra que la degradación del ambiente continúa avanzando de manera alarmante.

En este ámbito, como en otros, el problema radica no en la ausencia de normas sino en la ausencia de la eficacia de las normas, y por ello en nuestro país el derecho ambiental en general y el derecho penal ambiental en particular, se han mostrado como uno de los derechos

más ineficaces de todo el espectro jurídico nacional.

Esta afirmación se nos muestra en toda su crudeza, si repasamos lo que ha sido la vigencia de las mencionadas normas penales ambientales, que en trece años de vigencia continúan vírgenes de aplicación, a pesar de que se suceden impunemente graves atentados contra valiosos ecosistemas naturales, que en algunos casos, han supuesto un peligro para la vida o la salud de las personas.

Ahora bien, la vigencia meramente simbólica de las normas penales ambientales, muestra la sinceridad del Estado y la falta de conciencia social sobre la necesidad de protección de este bien jurídico y pone en evidencia como el poder punitivo estatal es, frente a ciertos sectores de la criminalidad, un patético "TIGRE DE PAPEL" que sólo busca producir la impresión de que las reivindicaciones o las necesidades sociales previstas por las reglas han sido satisfechas, pero sin que exista en la práctica la voluntad real o los medios para que jueces y fiscales puedan aplicar las normas.

Hay que reconocer, sin embargo, que a la inefectividad de estas normas con-

tribuyen distintos factores, que se presentan tanto en el proceso de proceso de criminalización primario o de definición de la conducta punible en el Código Penal, como en el proceso de criminalización secundario o de aplicación de las normas por los órganos jurisdiccionales competentes.

Podemos afirmar sin temor a equivocarnos que el primer obstáculo reside en la falta de percepción por la sociedad en la nocividad de los atentados al medio ambiente y la falta de una más clara participación comunitaria en la persecución de estos ilícitos, que alienta y encubre a los delincuentes ambientales.

Los ciudadanos son uno de los recursos más importantes para el control del cumplimiento de las leyes y regulaciones ambientales en una nación. De acuerdo con nuestra Constitución en su artículo 103, el Estado debe educar a los ciudadanos y las organizaciones que los representan para que una más efectiva participación en la gestión y tutela de este bien jurídico.

La mayor diferencia entre legislaciones como la colombiana y la norteamericana o sueca en materia de protección ambiental, no radica en su grado de exigencia o en la rigurosidad de las normas sino principalmente en el rol del ciudadano en el proceso del control del cumplimiento, por cuanto cada vez es más importante el papel del público para forzar al gobierno y a los potenciales contaminadores a cumplir con las normas.

Partiendo de esta base los otros aspectos dogmáticos de las normas son relativamente más fáciles de resolver.

La primera dificultad que se observa en la descripción de dichos ilícitos en el Código, es su configuración como normas penales en blanco, dando lugar al fenómeno llamado de la **ACCESORIEDAD DEL DERECHO ADMINISTRATIVO** en la determinación del ámbito de la prohibición.

Lo anterior obedece, a que el legislador en la descripción típica de los arts 242 a 247 utiliza el término "ilícitamente", por lo cual es necesario remitirse a la legislación administrativa extrapenal para completar el supuesto de hecho de la infracción.

Esto genera por tanto, que ante una legislación administrativa ambiental profusa, compleja y en ocasiones contradictoria, el destinatario de las normas no conozca de manera precisa el contenido exacto de la prohibición penal, por lo que el juez penal debe apreciar con mayor frecuencia la concurrencia de errores de tipo o de prohibición, de acuerdo al artículo 40 del Código Penal.

Iguals perplejidades enfrenta el juez al momento de determinar la norma administrativa aplicable. Es preciso entonces una labor de apoyo mutuo de los jueces y fiscales con las autoridades ambientales, y que éstas últimas cooperen en la capacitación de aquéllos. Otra deficiencia de la regulación típica reside en que frente al contaminador

individual, la norma tiene un muy reducido campo de acción ya que es necesario demostrar el dolo, esto es, el conocer y querer del resultado prohibido, y a diferencia de otras legislaciones, el Código no consagra expresamente la sanción de las conductas culposas que, sin lugar a dudas, son las más comunes y peligrosas.

Realmente, probar el dolo en materia ambiental choca con el carácter complejo, sinérgico y acumulativo que tienen los procesos contaminantes, pues el vertimiento de residuos puede no producir los resultados punibles, pero con frecuencia sucede que estos, al estar en contacto con otras sustancias, reaccionan conformando compuestos de una gran nocividad para los ecosistemas.

De otra parte, se presenta un limitado alcance de los preceptos frente a las personas jurídicas: la vigencia en el derecho penal del principio "societas delinquere non potest", es uno de los condicionantes del sistema punitivo en su tarea de enfrentar diversas formas de criminalidad como la económica o la ambiental.

En efecto, ante la constatación de la preponderante incidencia de la actividad contaminadora de las personas jurídicas en la degradación ecológica, los congresos internacionales que se han ocupado de la contribución del

derecho penal a la protección del ambiente, propugnan por una revisión de los tradicionales y restrictivos principios que la excluyen. La Resolución (77) 28 del Consejo de Europa recomienda un "examen de los principios de responsabilidad penal, en particular, con el fin de poder introducir en ciertos casos la responsabilidad de las personas jurídicas, privadas o públicas". También la Resolución del XII Congreso Internacional de Derecho Penal (Hamburgo, Septiembre de 1.979), se recomienda que "debe admitirse la responsabilidad penal de éstas o imponerles el respeto al ambiente mediante sanciones civiles o administrativas".

Las razones criminológicas se fundamentan, como señala el Comité Europeo para los problemas criminales, en que la sanción a miembros individuales de la empresa no es ni mucho menos suficiente para producir un efecto disuasivo frente a la actuación dolosa de las grandes corporaciones.

A estas razones se agregan las dificultades probatorias, pues en ocasiones es imposible rastrear la responsabilidad individual en el complejo entramado organizativo de sociedades industriales de carácter nacional y transnacional, donde la distribución jerarquizada de las responsabilidades brinda un mayor grado de impunidad. (1)

(1) SCHUNEMANN BERND: *Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1988, MALAMUD GOTI, JAIME: *Política criminal de la empresa (cuestiones alternativas)*, Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 1983, así mismo SAAVEDRA ROJAS EDGARD, *La responsabilidad de las personas jurídicas, en el proyecto de Código Penal*, en *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle No. 1*, Edit. Lealon, Medellín

En cuanto al proceso de criminalización secundario, para entender los factores que condicionan la no persecución de estas conductas en nuestro país, debemos acudir a las características de los sujetos activos de estos delitos, generalmente, de cuello blanco. Se aprecian, por tanto factores de carácter social, como el poder social de los destinatarios de las normas, poder que no suele darse en los destinatarios de las normas penales clásicas o que atentan contra bienes jurídicos individuales. Este poder social se multiplica cuando se trata de empresas transnacionales.

Otro factor que contribuye poderosamente a la inaplicación de los preceptos, es la connivencia entre la agencias estatales encargadas de la gestión de los recursos y los sectores económicos privados. En la mayoría de los casos las infracciones no se denuncian, en otros casos, se expiden actos administrativos que favorecen la comisión de agresiones a los ecosistemas, y muchas veces son las mismas empresas del Estado las directamente responsables de graves atentados ambientales.

Igualmente, la comunidad contribuye al proceso de victimización, pues la falta de conciencia ambiental de muchos sectores incide en que no se aprecien los atentados ambientales como verdaderos delitos. Nuestro sistema económico crea lo que se llama la

megacriminalidad ecológica, pues muchos atentados son permitidos y/o estimulados por las políticas económicas o sociales, amparadas en aquella posición ideológica según la cual la destrucción ecológica es el costo inevitable del progreso.

En cuanto a las alternativas que se ofrecen para dotar de verdadera efectividad al sistema sancionatorio ambiental, de manera que contribuya a la protección del bien jurídico, pasan necesariamente por recalcar la premisa de la cual partimos; pues una política penal en relación con un determinado conflicto social debe desarrollarse en el contexto de una política social amplia en relación con ese problema.

El derecho penal debe aparecer sólo cuando sea manifiesta la necesidad de la pena para la solución del conflicto, esto es, como última o extrema ratio.(2) Se trata de rescatar las preciosas garantías jurídicas de limitación del *Ius Puniendi* y de protección del individuo frente al poder punitivo del Estado, así como también propiciar condiciones de posible utilidad y eficacia de la norma penal.

Podemos citar aquí la opinión de BARATTA, con quien coincidimos plenamente: "la organización de una defensa pública eficaz de los intereses de los más débiles significa sobre todo la construcción de formas diferentes

(2) En el mismo sentido HORMAZABAL MALAREE, HERNAN: *El delito ecológico y función simbólica del derecho penal*, en *El delito ecológico*. Edic. J. Terradillos B, Edit. Trotta, Madrid, 1991, pág. 47 y ss.

de defensa que no se caractericen por la ineficacia instrumental y por los costes sociales propios del sistema de la justicia criminal".(3)

Para salvaguardar el carácter de extrema ratio de la norma penal, existen formas de control social diferentes y es por ello que podemos acudir al área del derecho administrativo sancionador, que es en varias legislaciones un importante mecanismo de protección de los recursos naturales, ya que se brinda a los poderes públicos encargados de la gestión ambiental, la posibilidad de imponer multas coercitivas a los contaminadores o, en determinados casos, ordenar la clausura temporal o definitiva de establecimientos que resulten altamente riesgosos para el ambiente o la salud de las personas.

Esta utilización del poder sancionatorio de la administración se considera positivo, pues permite descongestionar el derecho penal de infracciones menores y está en armonía con el carácter subsidiario del derecho penal, constituyendo un mecanismo viable de despenalización.

Pero, en nuestro país, la utilización de dichos medios ha sido insuficiente, no sólo por la desidia oficial en aplicarlos, sino también por la escasa entidad de las sanciones que las convierte en irrisorias. Bástenos señalar el ejemplo de la contaminación de la

Bahía de Cartagena, producida por el derrame de un peligroso pesticida, que produjo una enorme mortandad de peces y que a la compañía multinacional responsable, le acarreó la ridícula multa de mil dólares.

Para dotar de mayor poder intimidatorio a las sanciones administrativas de multa, con el fin de evitar que las mismas resulten integrables en los costos de producción de una empresa, se propone en el derecho comparado el sistema utilizado en la legislación norteamericana llamado "non compliance penalty", según el cual se busca garantizar que el infractor no obtenga ningún beneficio económico con su infracción, de manera que la mínima sanción administrativa aceptable será el equivalente al beneficio obtenido por el contaminador.

En países como Alemania, Suecia o Suiza, se han establecido sanciones pecuniarias administrativas frente a las empresas o sociedades responsables de la contaminación, como también la obligación de pagar solidariamente la multa infringida a sus dirigentes, y en los casos de infracciones graves se puede proceder a la confiscación misma o a la clausura de la empresa.

Como medida complementaria de las sanciones pecuniarias, se ha señalado reiteradamente la importancia de

(3) En MARTINEZ MAURICIO, *Qué pasa en la criminología moderna*, Edit. Temis, Bogotá, 1990, pág. 222

la publicidad de las sanciones impuestas en casos de infracciones graves. Estudios criminológicos han demostrado, que respecto de una persona jurídica, este tipo de medida puede ser más efectivo que la misma multa, en cuanto afecta al prestigio y éxito financiero de la empresa.(4)

Finalmente y en caso de querer acudir a las sanciones penales, en distintos foros internacionales como el IX Congreso Internacional de la AIDP (Asociación Internacional de Derecho Penal), la Resolución 77/28 del Consejo de Europa y últimamente la Resolución de la 17 Conferencia de Ministros Europeos de Justicia de 1.991, insisten en la necesidad de actualizar los medios procesales penales con el objetivo de hacer más efectiva la persecución de la delincuencia ambiental.

En dichos Congresos se mencionan entre otros los siguientes mecanismos:

-Creación de secciones especializadas en los juzgados o tribunales, ocupadas por jueces y fiscales calificados en la materia.

-Se deben conceder los medios jurídicos a las personas individuales y a los grupos, así como el derecho a constituirse en parte civil ante la jurisdicción penal o de intervenir en la acción pública en la defensa de los intereses colectivos.

-La creación con independencia del Registro Central de Antecedentes penales, de un registro especial para los condenados por causa de la contaminación.

-La exclusión de los beneficios de gracia o indultos para los delitos graves contra el ambiente.

En nuestro país existe, al parecer, la intención de superar las deficiencias advertidas en el campo de la investigación de los delitos ambientales, ya que la ley que crea el Ministerio del Ambiente propone la creación del cuerpo especializado de policía ambiental y de los recursos naturales.

En este sentido, el artículo 112 de la Ley 99 de 1.993, ordena que el gobierno nacional debe conformar una Comisión Revisora de la Legislación Ambiental encargada de revisar, actualizar y diseñar los mecanismos para que el sistema sancionatorio ambiental tanto penal como administrativo sea por fin una herramienta importante en la defensa del medio ambiente.

(4) Ver a TIEDEMANN, Klaus: *Poder económico y delito*, Edit. Ariel, Barcelona, 1985, pág. 132.