

CRIMINALIZACIÓN EN EL NEGOCIO MARÍTIMO DE LA
RESPONSABILIDAD DEL NAVIERO,
OPERADORES Y AGENTES DE NAVES.
NUEVAS TENDENCIAS DEL DERECHO PENAL

Juan Carlos Manríquez R.
Profesor de Derecho Penal UNAB, UMAR, UST, Academia Judicial de Chile.
Director del ICC UMAR.
Miembro del Foro Penal para la redacción del Ante Proyecto del Nuevo Código
Penal Chileno;
Abogado de Manríquez, Benavides, Mackay y Cía.
jcmanriquez@mbmack.cl

Resumen

Se abordan en el trabajo los conceptos sobre la expansión del Derecho Penal “Moderno”, y por tanto, del Derecho Penal Económico “Moderno”, enfocando el análisis en la detección de un nuevo espacio que principia a ocupar la Ley Penal, por medio de la “Criminalización” (*Criminalisation*) de ciertos aspectos vinculados a la explotación comercial de las naves, tales como el régimen de las descargas maliciosas de contaminantes en el mar, de los derrames o vertimientos por negligencia grave, incluso los provocados por “accidentes”; ciertas cuestiones relativas a las cargas y al transporte, a las nuevas manifestaciones de la piratería, entre otros casos de afectaciones a intereses “socio-económicos” que configuran “neo valores” de la sociedad post industrial del mundo globalizado. Se atisba también a la política criminal de “Nuevo Cuño”, sin dejar pasar el debate y la percepción que los actores de la actividad marítima manifiestan sobre el proceso descrito, destacando los rasgos comunes de acción entre los principios rectores del Derecho Penal Euro-Hispano-Latinoamericano de raíz continental y el Derecho Criminal Anglo-Sajón para enfrentar este nuevo fenómeno. Por último, se analiza también la situación del Derecho Positivo Chileno vigente sobre las cuestiones planteadas, algunas

recepciones en la legislación interna de los preceptos del *“Derecho Penal del Riesgo”* en otras áreas, como el mercado bancario y financiero, el tránsito público de rodados, etc., y cómo se ha previsto el tratamiento en especial de los *“Delitos de grave contaminación”* en el Ante Proyecto de Nuevo Código Penal Chileno encargado redactar al Foro Penalⁱ.

I.- **Notas previas necesarias:**

1.- *Situación actual del Derecho Penal de raíz continental europeaⁱⁱ, de su área de influjo, y particularmente, del Derecho Penal Económico “Moderno”:*

Como es sabido, los primeros postulados de regulación penal vinculada a los ilícitos “no convencionales” para distinguirlos de la criminalidad común o violenta, que genéricamente ofende bienes jurídicos individuales (muy particularmente la vida, la salud, la integridad corporal o la propiedad mueble individual; a saber, el homicidio, lesiones, la violación, los abusos sexuales, el hurto o el robo, etc.), han surgido sólo recientemente a consecuencia de los influjos de los estudios criminológicos liderados por Edwin Sutherland, desde su legendaria conferencia del año 1939, luego resumida en su texto a *White Collar Criminality*, del año 1949.

En lo fundamental, Sutherland estableció de la mano del estudio empírico –recurriendo a la revisión de expedientes criminales y administrativos, sentencias, entrevistas y relaciones directas con los operadores de ciertas actividades, que algunas infracciones legales atribuidas a Corporaciones daban lugar a una caracterización criminógena diferente, que se denominó *“delincuencia de la clase alta”*, tipificada por tratarse principalmente de una comisión altamente ingeniosa, vinculada a las actividades normales de aquellas personas, dotadas de un gran apoyo técnico, ejecutada normalmente por personas *“más allá de toda duda”* y bien por último, por tratarse de hechos que excluían las acciones de propia mano causantes de delitos de sangreⁱⁱⁱ.

La gran novedad de Sutherland fue tratar de explicar la teoría criminológica general del delito alejándose del anclaje previsible en el factor pobreza (la Teoría de las asociaciones diferenciales) como

determinante principal de la causación de hechos delictivos, cuestión que llevó a la doctrina italiana a plantear la noción de *"condiciones cosmo-telúricas del delito"*, para referirse a todas esas circunstancias de historia, tiempo, lugar y génesis que influyen necesariamente en la realización de prácticas ilícitas^{iv}.

Sin embargo lo más relevante de su aporte fue explicar no sólo la diferencia con la delincuencia común, sino que también **el diferente trato** que recibe la delincuencia no convencional de parte del sistema penal. En efecto, la percepción pública de este tipo de infracciones (o sea, la sensación sobre el nivel de injusto o daño que conlleva) es notoriamente diferente que la que se tiene respecto de la delincuencia común de apoderamiento, incluso la bagatelaria, a la cual se cree y presenta como altamente más gravosa o perjudicial, en circunstancias que técnicamente y por constatación empírica no lo es^{v-vi}.

Tan cierto es esto que hoy en día la Criminología ya no llama a este tipo de delincuencia no convencional *"White collar criminality"*, si no que luego de desarrollar conceptos tales como los *"kavalier delickts"* en la doctrina alemana; delitos de caballeros o *"gentleman felonies"* en el derecho criminal anglo-sajón para diferenciarlos de los *"blue collar criminality"* o delitos de cuello azul, que serían aquellos de los obreros cometidos contra los procesos industriales, particularmente los sabotajes; hoy los denomina *"occupational crimes"* (crímenes ocupacionales) por estar cercanos al "ámbito normal de acción" de sus autores (verdaderos miembros de una *"Empresa Perversa"* propias de las organizaciones criminales, no es un hecho desconocido que por regla general, en la percepción pública, se tratan como "circunstancias" que las gentes asumen al nivel de *"oportunidades de mercado"* o *"altas dosis de ingenio"* (bajo el lamento *"porqué no se me ocurrió a mi primero"*) como queda de manifiesto por ejemplo con la percepción de la ilicitud respecto del injusto tributario o del contrabando^{vii}.

Pues bien, probablemente por estas razones y alejándose de la crítica de que estas constataciones podrían ser instrumentalizadas a objeto de fundar la imputación penal meramente en un alegato de supuesta manifestación flagrante o escandalosa de una desigualdad ante la ley, instituyendo una verdadera "justicia de clase"^{viii} sino que ante todo por la

necesidad de constatar e internalizar los efectivos y enormes perjuicios sociales que este tipo de conducta desviada acarrea y a su turno constatar también las imposibilidades del sistema garantístico o excesivamente formal del derecho penal nuclear o clásico (el viejo, noble y decente derecho penal liberal, en palabras de Lüddersen)^x de contrarrestarla eficazmente, es que ante el fenómeno globalizador y la aparición de la “criminalidad trasnacional” y la “criminalidad organizada”^x, algunos han querido ver una verdadera crisis en el Derecho Penal Clásico o “Derecho Penal Nuclear”^{xi}.

En efecto, a partir del enriquecimiento obtenido de esos estudios criminológicos y constataciones empíricas, se instaló la necesidad de darle a los nuevos fenómenos delictivos (crimen organizado, tráfico de personas, de armas y de drogas, terrorismo, delincuencia transnacional, lavado de dinero, etc.) un tratamiento penal propio, entendiéndolos especialmente lesivos a los nuevos intereses socio-económicos, diferentes de aquellos bienes jurídicos tutelados por el derecho nuclear o clásico, y esencialmente “*supra individuales*” o “*transversales*” al orden jurídico mundial, o incluso, prescindiendo de la noción de “*bien jurídico*” para instalar la “*supremacía de la vigencia normativa*”^{xii} propia del “*normativismo radical*” o “*funcionalismo sistémico*” de Jakobs y sus seguidores. Es así por ejemplo, como la doctrina alemana hubo de elaborar años más tarde el concepto de “*unidad social funcional*”^{xiii} por ejemplo para referirse a estos nuevos intereses que están muy cercanos también al “*principio de adecuación al cambio tecnológico constante*”, y por ello se ha optado también moderna-mente por denominarlos “*intereses socio-dinámicos*” o bien “*bienes jurídicos dinámicos*”^{xiv}.

El criterio por tanto no es el de tratar de legitimar una regulación penal para estos nuevos comportamientos no convencionales que de paso a la sospecha o abierta imputación de parcialidad ideológica. Por el contrario de lo que se trata es de reconocer las enormes pérdidas económicas globales y el daño supra-individual, más allá de la importante “*cifra negra*”, que pueden acarrear conductas indebidas o desviadas en el ámbito de la actividad empresarial. En general se tiende a coincidir que la magnitud económica de la delincuencia no convencional supera con creces a la del conjunto de la delincuencia convencional contra la propiedad y el patrimonio^{xv}.

Lo que se pretende es evitar el *"efecto de arrastre o contagio"* (en expresión de Tiedemann) que puede aparecer en las prácticas mercantiles o comerciales cuando algunos actores del mercado se sienten *"más allá de toda duda"* o bien *"fuera de toda posibilidad de ser tocados"* por el sistema penal, auto-generando y justificando la psicológica disposición a la impunidad y por ende objetivamente una grave situación de desventaja para los competidores honrados que cumplen con la ley o bien intentan no incurrir en situaciones injustas o ilícitas que pudieran resultar de su acción, lo que no puede ser amparado por el sistema de justicia criminal^{xvi}.

Entonces, en noticia de estas cuestiones, el desarrollo larvario del Derecho Penal Económico, sobre todo en Latinoamérica, aunque con esperanzadoras proyecciones^{xvii} dentro del cual hasta el día de hoy es muy discutible si es o no factible incluir la *"criminalidad ecológica"*^{xviii} como una nueva necesidad de protección penal, por considerarlo así la sociedad actual, o sea, porque el *"medio ambiente"* o el *"ecosistema"* (y en particular *"el ambiente marino"*) son dignos de la mayor respuesta posible a un Estado Social y Democrático de Derecho, cual es el uso de la norma penal para darle tutela bajo la amenaza de duras sanciones, no acalla la crítica de no saberse con exactitud *"qué se está protegiendo"* sin caer eventualmente en un exceso de constructivismo imposible de aplicar, y por último, la advertencia de no incurrir en el problema de entrar a definir *"tipos penales inasibles"* o *"bienes jurídicos absolutamente indeterminados"* y no incardinados en el mundo real en el cual han de obtener esa protección^{xix}.

Como quiera que sea, es posible constatar que en los países europeos el fenómeno de aparición de leyes penales de la actividad económica coincidió con la I Guerra, destinado precisamente a tomar el control de la economía para dirigirla al esfuerzo bélico, aunque finalmente es con la depresión mundial iniciada a fines de los años 20 que se instala como una constante característica de los ordenamientos económicos contemporáneos, nutriéndose fuertemente desde una perspectiva extra penal^{xx}.

Su desarrollo consensuado se mantuvo hasta fines de los 80, pero la aparición del *"Derecho Penal del Riesgo"* y del actual *"Derecho Penal del*

Enemigo”, como hemos dado cuenta en notas anteriores, también ha repercutido innegablemente en el estado actual del Derecho Penal Económico “Moderno”, uno de cuyos fenómenos curiosamente coincidentes en el mundo anglo-sajón y el europeo-continental, es el de la expansión criminalizadora en “*áreas raras*”, o hasta hace poco *extravagantes* para la ley penal, y una de ellas es –sin lugar a dudas– la actividad comercial marítima y el régimen de responsabilidad por el vertimiento de contaminantes, dolosa o imprudentemente, al *ecosistema marino*.

2.- En primer lugar, la expansión del Derecho Penal de hoy y “de las futuras generaciones”. En segundo lugar, la “modernización” del mismo^{xxi}.

La expansión del Derecho penal y su eventual modernización, se pueden resumir sucintamente en la constatación que el Derecho Penal Nuclear o Clásico aparece como insuficiente para poder adecuarse de manera eficaz a las formas de neo criminalidad, a los nuevos delitos y, por tanto, incapaz de tratar debidamente a los nuevos delincuentes: los criminales organizados en una empresa perversa, los delitos medio-ambientales, los atentados a la sociedad de la información, etc., pues ante todo el proceso globalizador y la globalización imponen nuevos retos que el sistema punitivo tradicional está imposibilitado para superar de una manera conveniente.

Las causas de este fenómeno, se dicen, son múltiples. Por ejemplo, los autores citados Silva Sánchez, Hassemer, el mismo Roxin, y luego Jakobs dan cuenta, más o menos, de las siguientes cuestiones:

- 1.- Aparición de nuevos riesgos de procedencia humana. Para algunos en verdad no se trata de nuevos riesgos sino de la constatación de riesgos ya conocidos, pero que hoy en día se entienden más lesivos, como ocurriría particularmente con la contaminación marina^{xxii}, como expresión de daño al medio ambiente en general.
- 2.- También la institucionalización de la inseguridad creciente, ya sea por complejidad mayor de la vida moderna, por interdependencia, por crisis del estado de bienestar, etc.

- 3.- El aumento de la inseguridad subjetiva, la configuración una sociedad de sujetos pasivos, una mayor identificación de la mayoría social con la víctima del delito.
- 4.- El descrédito de las instancias de protección, el discurso antidelincuencia.
- 5.- También como señala el mismo Silva, cierta actitud “gerencialista” o sea un desprecio por las formas frente al delito, y todas ellas sufriendo en paralelo profundas transformaciones en la sociedad post industrial.

El cuadro total así visto configuraría una sociedad de riesgos, caracterizada en un contexto social por el cambio en el potencial de los peligros actuales, en comparación con los de otras épocas, por la complejidad organizativa de la relaciones de responsabilidad. Así, el tráfico de vehículos rodados por las vías públicas, la generación y transmisión de energías, la construcción de inmuebles y obras públicas, la faenas marítimo-portuarias y la actividad bancaria y financiera^{xxiii}, serían formas de empresas u organizaciones riesgosas, cercanas a una alta rentabilidad en contra prestación. Por ello, existiría un mayor deber de prevención y de control en la evitación de la creación de riesgos indeseables o un mayor deber de administrar competentemente el riesgo tolerado, para no superar el límite permitido para los operadores de esas organizaciones, de tal suerte que si incumplen su deber de no generar riesgos o de administrarlos competentemente, podrán ser imputados penalmente. La sola creación de riesgos indeseables o extremación de los permitidos, es el fundamento de la “*imputación por incompetencia*”.

Se conciben, entonces, estos nuevos ilícitos como una expresión de “*infracción de deber*” (normalmente de carácter extrapenal) y de “*responsabilidad por la organización*”^{xxiv} si se enmarcan en una actividad industrial (como la naviera); habrán de tipificarse bajo la técnica de “*leyes penales en blanco*”, normalmente sobre la estructura de definiciones de “*peligro abstracto*”, y en razón de criterios de *Imputación Objetiva*^{xxv}, o de categorías de “*delitos de resultado cortado*”^{xxvi}. Se abre gran campo a los “*delitos imprudentes*” (antiguos cuasidelitos) y se adelanta la punición a la tentativa en los delitos dolosos, relajando las

garantías procesales, compen-sando esta posible laxitud con criterios de “causalidad estadística” que justifican un sistema imputativo *Top-down*, que permite iniciar la persecución penal de “arriba hacia abajo”, ampliando el concepto de “responsable” criminal no sólo al encargado de *Jure* de una obra, faena o empresa riesgosa, si no que también al encargado de *Facto*, aunque sea inaparente en la primera línea y se trate de un verdadero “hombre detrás del hombre”, “autor detrás del autor”, “autor de escritorio” o “autor mediato”, o sea, el también llamado por Roxin “*el hombre de atrás*”^{xxvii} con tal que sea el “*dueño de la acción*”.

Cuando esos postulados se extreman, desde el Derecho Penal Político (la guerra contra el terrorismo internacional) y se intrapolan en los ordenamientos internos a la delincuencia común y a la no convencional o económica, también castigable severamente sin garantías y con altas penas privativas de libertad, estamos hablando de “*Derecho Penal de tercera velocidad*” o “*Derecho Penal del Enemigo*”. En el caso de los delitos económicos, se hablará por tanto de “Enemigos Económicos” o bien “Enemigos Ecológicos”, y especialmente en el caso de la contami-nación del mar, de “individuos malignos” que actúan contra el ambiente marino, dentro de la ocupación lucrativa, empresarial y riesgosa de sus actividades normales, vale decir, se justificará de esa forma la imposición de un “Derecho Penal Light” o “Derecho Penal Soft” en cuanto a garantías se refiere, a los infractores de la prohibición de no contaminar, que expresa el deber superior de actuar como “guardador” o “garante” de la pureza o sanidad del ecosistema marino.

Los delitos ecológicos, dentro de los cuales podemos situar ya a la contaminación del mar, a los vertimientos, a los derrames ilegales maliciosos (*mens rea*) o imprudentemente causados, incluso por accidentes en la navegación, convierten en esta lógica a los navieros, a sus agentes y operadores, de facto o de jure, en posibles “enemigos” de la vigencia del orden normativo, y por tanto, de susceptibles imputados criminales por acciones que históricamente han percibido como “accidentes” o “prácticas” propias de la navegación.

Como este es un fenómeno que ya ocurre en el mundo anglo-sajón, el que se advertirá, por vías paralelas reconoce similar fundamento, objetivo de política criminal y desarrollo que las ideas del Derecho Penal continental económico de “nuevo cuño” sobre la protección medio ambiental, cabe analizar al menos someramente el fenómeno de

“*criminalisation*” para intentar saber si se trata de una manifestación de “expansión recomendable y menos ofensiva” del Derecho Penal Clásico a “bolsones tradicionales de impunidad” o de otra expresión consciente o inconsciente del Derecho Penal del Enemigo^{xxviii}.

II.- Expansión del Derecho Penal a la actividad marítima: “*Criminalisatio*”.

A nuestro entender, un análisis puramente dogmático y de política criminal, y porqué no, de connotaciones criminológicas, constata que el proceso de criminalización anglosajón cercano a la explotación comercial de las naves, tiene notorias coincidencias con el proceso expansivo del Derecho Penal Económico Moderno o “de nuevo cuño”, de raíz continental.

Por tanto, entre el Derecho Penal Continental europeo y el *Criminal Common Law*, tanto en U.K. como en Estados Unidos existen parámetros comunes: En ambos Sistemas, primero, se perciben los riesgos de grave contaminación, si bien no nuevos, como excesivamente lesivos, que hay que mantener a raya; y segundo que por tanto se ha de ser excesivamente competente en la administración o mantención de ellos, por lo que toda generación de peligro de daño, y más aún el daño efectivo, que se puedan ocasionar al medio ambiente marino como consecuencia de esa grave “imprevisión” o bien “culpa por incompetencia” –aunque se alegue no haber querido causarla o no haber podido preverla, bastando sólo el incumplimiento de la norma técnica reguladora- debe ser severamente castigada, incluso con penas penales por ser estas los únicos elementos “disuasivos” efectivos que al respecto pueden aplicarse con eficiencia^{xxix}.

1.- Situación general del problema: Razones y justificaciones de la Directiva del PE.

La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones, incluso de carácter penal, para los delitos de contaminación, Bruselas 05.03.2003 COM (2003) 92 final, 2003/0037 (COD), tiene en su exposición de motivos el Apartado 2.2 : **Justificación de la aplicación de sanciones, incluso de carácter penal a los infractores**, páginas 5 y ss.

Reconoce que el régimen actual “disuade poco las conductas negligentes y, por tanto, resulta limitado como instrumento de prevención de accidentes...”.

También hace mención expresa en sus fundamentos a las consecuencias ocasionadas por las conocidas COMUNICACIÓN ERIKA II (COM (2000) 802 final) y la COMUNICACIÓN PRESTIGE (COM (2002) 681 final – 03.12.2002), que no fueron las más deseables a un fin protector del medio ambiente y/o de las víctimas de los desastres por contaminación marina. En efecto, se lee que la propuesta del llamado “Fondo COPE”, que formaba parte del segundo paquete Erika, ya contenía un artículo sobre sanciones financieras (art. 10), pero dado que el Reglamento en su totalidad no ha sido discutido de manera detallada por el Consejo “...no se ha avanzado en esta cuestión”.

Así las cosas, reconociendo bases reales empíricas, el contenido de la propuesta incluye sanciones penales en el Apartado 4.6, las que resultarán aplicables a la “contaminación causada por cualquier buque, se trate o no de petroleros, la cual se aplicará no sólo a la contaminación por hidrocarburos si no también a las descargas ilegales de sustancias nocivas líquidas...”.

Una primera lectura de los Motivos y Justificaciones, advierte un “fin pedagógico” o “moralizador” en la propuesta de sanciones penales. Veamos:

“Velar por la seguridad del transporte marítimo y proteger las aguas comunitarias de la contaminación procedente de los buques constituye indiscutiblemente un objetivo de la Comunidad... La Comunidad no goza expresamente de competencias en el ámbito penal. Sin embargo... si el Derecho Penal es el único medio de garantizar la aplicación efectiva de la legislación comunitaria, se puede obligar a los Estados miembros a que dispongan medidas sancionadoras de carácter penal... De acuerdo con su política sobre el delito ecológico, la Comisión considera que sólo las sanciones penales son suficientemente efectivas para asegurar que las normas sobre contaminación procedente de buques surten los efectos deseados. Una medida de tipo penal supondrá la

aplicación a escala comunitaria de una sanción disuasoria que pueda aplicarse a quienes transportan mercancías contaminantes por mar... Sólo se obtendrá un efecto suficientemente disuasor cuando se establezca que las descargas ilegales constituyen un delito penal, lo cual pone de manifiesto una desaprobación social de carácter cualitativamente diferente de los mecanismos de indemnización propios del Derecho Civil o las medidas administrativas. Por tanto, constituye una advertencia seria a los posibles infractores, con un mayor efecto disuasorio... los regímenes internacionales de responsabilidad civil por contaminación causada por accidentes marítimos (son) muy insuficientes en cuanto a efectos disuasorios..."

En esta misma línea, de hacer sentir los totales efectos económicos de la pena, también se acordó y aprobó disponer en el art. 6.6 que las multas y sanciones civiles reguladas por la Directiva 2003/0037 (COD) **no serán asegurables** por ningún ente, ni del mercado asegurador común, ni del mutual de los P & I Clubs (Clubes de Protección e Indemnización).

2.- Delitos y sanciones penales (artículo 6):

Los mandatos de criminalización que contiene la Directiva y el deber de incorporarlos como tipicidades en los ordenamientos internos de los Estados miembros^{xxx}, son los siguientes:

- 1.- Los Estados miembros garantizarán que se considere delito penal la descarga ilegal de sustancias contaminantes, así como la participación en la misma o su instigación, si tales actuaciones se realizan de forma deliberada o por negligencia grave.
- 2.- Será acreedora de sanción, incluso de carácter penal, si procede, toda persona, (es decir, no sólo el armador, sino también el propietario de la carga, la sociedad de clasificación o cualquier otra persona involucrada) a la que un tribunal declare responsable en el sentido del apartado 1 del presente artículo.
- 3.- Las sanciones prescritas en el apartado 2 serán eficaces, proporcionadas y disuasorias.

- 4.- Por lo que respecta a las personas físicas, se establecerán sanciones penales, incluidas penas de privación de libertad para los casos más graves, vista la legislación internacional aplicable.
- 5.- Por lo que respecta a las personas jurídicas, los Estados miembros establecerán, entre otras, las siguientes sanciones:
 - a).- Multa
 - b).- Comiso de las ganancias procedentes del delito tipificado en el apartado 1.
También podrán establecer las sanciones siguientes, si procede:
 - (c).- Inhabilitación temporal o permanente para desempeñar actividades comerciales.
 - (d).- Intervención judicial,
 - (e).- Liquidación judicial,
 - (f).- Inhabilitación para recibir ayudas y subvenciones públicas.
- 6.- Las multas reguladas por el presente artículo no serán asegurables.
- 3.- **Las reacciones y el debate^{xxxi}:**

a).-El ámbito científico: Cadwallader 7 y 8, The London Shipping Law Centre:

La 7ª Conferencia anual Cadwallader se tituló “Criminalisation in shipping: Human pawns in legal and political games”, destacándose ya al inicio que en la actualidad uno de los más serios retos que enfrenta la industria marítima es la legislación propuesta para lograr la criminalización por accidentes de contaminación por hidrocarburos.

El Director del Centro, Dr. Aleka Mandaraka Sheppard, al final de su invocación, recordando la 27 Frances Mann Memorial Lecture, cuando éste se refirió a Guantánamo Bay como “the legal black hole” y como “a monstrous failure of justice”, expresa no tener dudas que Lord Steyn,

acerca de la detención del Capitán Mangouras del Prestige, y de la tripulación del Tasman Spirit, habría realizado respecto de estos casos igual comparación que la anterior, por tratarse más que de delitos, de accidentes graves y propios de la navegación, que también afectan a los marinos y a los hombres de mar, cuestión que sin hacerlos desconocer la necesidad de enfrentar la realidad de mantener incólume el ambiente marino, debe ser también tenida en cuenta por sus múltiples efectos, si no se desea romper con la estructura tradicional del sistema de responsabilidad legal vigente en estas materias.

Luego del debate, en ambas convenciones anuales, los concurrentes concordaron hacer presente sus observaciones a los organismos comunitarios pertinentes, a fin de evitar excesos del todo indeseables.

b).- El ámbito empresarial :

Los navieros, operadores, capitanes, oficiales, ingenieros y marinos, no dudan en calificar el proceso de criminalización que enfrentan como una verdadera “pesadilla” y se preguntan: “El día después: ¿es la muralla de una celda de prisión el mejor panorama para el mañana de los marineros de alta mar?, e, igual de malo para la industria naviera, con este proceso de criminalización en crecimiento, cuántos navieros importantes se atreverán en mar abierto?”^{xxxii}

Las principales críticas al proceso de Criminalización elevadas por la industria marítima son:

- a).- Inseguridad jurídica por la fuente de responsabilidad.
¿Qué se entiende por negligencia grave?, y ¿cómo se entiende la negligencia grave en una descarga por colisión o accidente en el mar?
- b).- Exceso intolerable, por penalización criminal de accidentes
Los capitanes mercantes de alta mar están reacios a asumir gobernar buques tanque en tráficos difíciles, con riesgo de accidente, ya que los ejemplos actuales de encarcelamiento de otros oficiales, los disuaden si tienen que eventualmente responder con su patrimonio personal a falta de seguros por lo que consideran hechos propios y tolerados desde siempre en la actividad marítima como sujetos a responsabilidad civil únicamente.

- c).- Falta de trato equitativo entre “buenos” y “malos”.
Los navieros no admiten un trato razonable, si se equipara a quien opera buques *High Standar* (que suponen gastar millones de dólares en astilleros, tripulación, seguros y mantención), con aquellos que operan naves *Sub-Standar* o que actúan como *outsiders*.
- d).- Inseguridad personal de los probables responsables.
El concepto amplio de responsable del art. 6.2 de la Directiva (“...cualquier otra persona involucrada...”), desincentiva a los marinos y afecta la operatividad normal de la industria.
- e).- Efectos colaterales indeseables:
A los riesgos propios de la navegación, falta de seguros o P & I, se suman aumentos de costes insostenibles de operación. También la situación actual de la piratería en el mar de China, que concentra hoy en poco espacio el tráfico de casi el 60% de la flota mundial de última generación, y que en el caso de los buques tanqueros (lentos, con poca tripulación, no armados, con cargas valiosas) son presa fácil de una industria criminal que según Lloyd’s provocó perjuicios por más de US\$ 1.600M el último año, incluyendo el secuestro y desguace o cambio de registros de las naves sustraídas.

Se incluye en estos análisis el suicidio cometido por el Ingeniero Jefe del Enzian, ocurrido en USA, en julio 2005, tras una inspección hostil de la USCG, que incluyó llamar al FBI por un incidente con el equipo separador de aceites y aguas, en la bahía de New London, Conecticut.

4.- Principales argumentos de apoyo a la Criminalización :

Tanto en USA, UK, como en la UE, además de las justificaciones antes enunciadas, los argumentos a favor del proceso son:

- a).- Mejoría sustancial de las técnicas de control y evitación de daños mayores. Entre ellas, se desarrollan aquellas que permitan incluir un “ADN” químico en los petróleos transportados por mar, para detectar fácilmente la fuente emisora, previo registro de aquel código.

- b).- Mejoría sustancial de los procesos internos de los operadores del transporte marítimo. Hoy, si una aeronave de última generación debe realizar 10 check list antes de despegar, una nave debe realizar 15. Si se cumple la regla técnica extra penal, la absolución por delito de contaminación estará a la mano

III.- Palabras finales: Conclusiones y proposiciones^{xxxiii}.

Entendemos que un proceso criminalizador y de adopción de tipicidades internas tan poco sencillo como el que nos ocupa no puede abandonar, en el ámbito del Derecho de influencia continental europea, y por cierto también en Latinoamérica, un apego cercano a los principios del Derecho Penal Nuclear o Clásico, evitando así todo exceso indeseable o un tránsito inadecuado a la responsabilidad penal objetiva.

Pensamos, en consecuencia, que el proceso de "*Criminalisation*" descrito sucintamente en este trabajo no responde a la lógica del Derecho Penal del Enemigo, aunque sí podría llegar a eso, si no se está atento. Más bien, el proceso está cercano a los últimos postulados del Derecho Penal del Riesgo, que en su totalidad permite algunas "*expansiones comprensibles, tolerables y aparentemente necesarias*".

En esta línea, el mandato criminalizador debe provocar la dictación interna de tipos penales que reconozcan la ductilidad garantística compatible con el "*principio de adecuación permanente al cambio tecnológico constante*", utilizando como técnicas lícitas la ley penal en blanco, la causalidad estadística, la imputación objetiva en la imprudencia y una estructura de "*arriba hacia abajo*", para facilitar la pesquisa y la exoneración rápida y justa del imputado diligente. A su vez, el mandato normativo preferentemente deberá ser aquel contenido en la regla técnica extrapenal, con mayor razón, aquellas sobre "*seguridad de procesos*", evitación de riesgos o impedición de superar los límites permitidos y adecuados a la actividad, operación y características de la industria marítima, en general.

En tal sentido, concluimos modestamente que el esfuerzo del Ante Proyecto de Código Penal Chileno elaborado por el Foro Penal, va por el camino correcto.

NOTAS Y BIBLIOGRAFÍA

- ⁱ Ideas generales sobre este fenómeno se presentaron en la actividad del 04.08.05, Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso, Chile, en Honor del Profesor Dr. Juan Bustos Ramírez. También notas recientes y referencias, en Manríquez, Juan Carlos “Caen los Dogmas en la Reforma Procesal Penal Chilena”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad de Valparaíso, XXVI, 2005, Semestre I, pp. 407-419 (p. 413, con Nota 20). En lo particular, el tema fue expuesto por el autor en el Seminario “Temas de actualidad en la industria marítima y el comercio exterior”, organizado por la Asociación Chilena de Derecho Marítimo, Viña del Mar, Chile, 18.10.2005.
- ⁱⁱ De antemano conviene esclarecer que en esta área hoy no sólo se incluye la Europa continental, especialmente la Europa Central y España, sino que curiosamente también a Japón y Korea, países orientales que han adoptado los principios del área de influjo europea después de la II Guerra, por sobre todo, del Derecho Penal alemán. Por ejemplo, Korea ha traducido el StB y los textos de los autores germanos más destacados, en el idioma local, tales como Roxin, Jakobs, Tiedemann, Hassemer, Schunemann, y otros más modernos, son consulta obligada en los cursos de pre grado de las Escuelas de Derecho, y también citas frecuentes en las resoluciones judiciales.
- ⁱⁱⁱ Sobre el particular, con detalle y erudición Hernández, Héctor en Persona y Sociedad, XIX N° 1/2005, pp. 101-124, UAH. También Abanto Vásquez, Manuel en “El Derecho Penal en una Economía de Mercado. Influencia de la integración económica y la globalización”, Seminario Internacional, UNAB Viña del Mar, 2005, en prensa; él mismo en “Derecho Penal Económico. Consideraciones...” p.194 y ss; Tiedemann, Klaus “Poder Económico y Delito”, p. 22; García Caveró, Percy, “Derecho Penal Económico Peruano”, p. 126 y ss, Terradillos Basoco, Juan “Sistema Penal y Delitos contra el Orden Socio-Económico”. Consideraciones introductorias”, AA.VV., Mendoza, Argentina 2003, p. 53 y ss; y una visión general en Chile, Manríquez, Juan Carlos. “Situación actual de los delitos económicos: Orden público económico y delito económico”, XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Penal, UV, 2003, Libro de Ponencias, p. 425 y ss. Una visión criminológica en “Criminalidad Económica. Interrelación de factores que explican su génesis y su persistencia”, diagrama N° 18, en que asocia comúnmente a este ámbito de ilicitud con “abuso de poder económico o político” en “Criminalidad Económica. El delito como negocio”, González B., Marco Aurelio, EJ Conosur, Santiago, 1989.
- ^{iv} Vid. Fvr al respecto en sentido diferente al expresado por Sutherland, la expresión sociológica de Luhmann, desde la perspectiva de la teoría social

de sistemas, *Das Recht der Gesellschaft*, 2ª edición, 1997, pp. 582 y ss; formulando la propuesta que la diferenciación moderna entre "Inclusión y exclusión es estructuralmente más profunda que la diferenciación en clases sociales...". También Young, *La sociedad "excluyente". Exclusión social, delito y diferencia en la modernidad tardía*, 2003 (... "La imputación de criminalidad sobre el otro desviado es parte necesaria de la exclusión..."); Bergalli "El nuevo paradigma criminológico de la exclusión", estos citados por Cancio Meliá, Manuel en "La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal (art. 89 Código Penal), p. 187, con Nota 21, en *Homenaje al Profesor Dr. González Rodríguez Mourullo*, Thomson, Civitas, España 2005. En otra senda de la criminología norteamericana; Oxley, Shaw y Mackay y la Escuela de Chicago, "Distribución geográfica de la delincuencia juvenil masculina en Chicago 1900-1933", y en Chile González Berendique, Marco Aurelio, "Criminología", II, p. 965 y ss, *EJCh* 1998.

- v Basta sólo ver lo que ha ocurrido en Chile últimamente con la discusión sobre la seguridad ciudadana vinculada a los delitos bagatelarios como el "hurto-hormiga", o hurto-falta, y todo el debate técnico político – jurídico que ha dado lugar a las sucesivas modificaciones introducidas por las leyes adecuatorias de la Reforma Procesal Penal, en los arts. 7, 9, 50, 51 y 494 bis del Código Penal, mediante la ley N° 19.950 de 05.06.2004 sobre la materia, y los efectos jurisprudenciales contradictorios posteriores, que llevaron a la E. Corte Suprema a declarar como "ley penal en blanco" a la norma que tipificaba el hurto-falta frustrado y tentado, ya que no establecía la pena aplicable a dicha infracción, toda vez que el Código Penal sólo contempla la punición de los grados imperfectos de comisión para los "crímenes y simples delitos". Ya a poco andar la ley, en 2004, Carnevali Rodríguez, Raúl en "¿Es el Derecho Penal que viene? A propósito de la ley 19.950 que modifica el delito de hurto", *Semana Jurídica* 192, Lexis-Nexis, 12.07.2004, p. 14 y ss, reclamaba que estas disposiciones "...alteran principios básicos que constituyen el basamento garantístico del sistema punitivo, como lo es, por ejemplo, el principio de lesividad concreta...". Sobre la urgente necesidad de tratar las disfunciones criminológicas y dogmáticas que se advierten en Chile sobre los delitos de hurto y robo, Vid. Fvr Künsemüller, Carlos "Delitos de hurto y robo: Una reforma inaplazable en el Código Penal Chileno". *El penalista liberal, homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba*, Hammurabi, Buenos Aires 2004, p. 457 y ss
- vi Tanto es así, que hoy se tiende a convenir en que la magnitud económica de la delincuencia no convencional supera con mucho al todo de la delincuencia convencional contra la propiedad y el patrimonio. Vid fvr. Tiedemann, AT p. 20 y ss, Dannecker, Janovisky, en Alemania; en el ámbito anglo-sajón Nelken, Strader, y en España Terradillos Basoco, todos citados por Hernández, op. cit ut supra, p. 103, con Nota 8 y para otros efectos, pero

sobre igual constatación expansiva del poder dañoso de la delincuencia económica, Kuhlen, Portilla Contreras, Silva Sánchez, y otros citados por Abanto en “El Derecho Penal en una Economía de mercado...” op cit, p. 5-6, con Notas 15 y ss. En el ámbito del derecho penal-tributario chileno, y la disposición psicológica frente al impuesto (sub cultura de la evasión-elusión), Manríquez, Juan Carlos en “El fraude tributario. Uso malicioso de débito/crédito IVA. Análisis penal en el Derecho chileno”, UV, Memoria, 1991, p. 21-31, con Notas 37 a 54. En la línea de reclamar garantías procesales efectivas para los imputados por delito tributario, Ugalde Prieto, Rodrigo y Rodríguez Oro, Sergio, en “Delito tributario y Reforma Procesal Penal” Lexis-Nexis, 2002.

- vii Interesante mirar los gráficos, cuestionario y respuestas al “público” elaborados por las investigaciones de Serrano Gómez en España y Strumpel en Alemania, entre 1968 y 1985, incluidos todos en Manríquez, “El fraude tributario...”, op. cit.
- viii Al respecto Schünemann, Achenbach, Martínez Buján, Corcoy Bidasolo, Abanto Vásquez, este último, El Derecho Penal. Op.cit., p. 5, Nota 13, y Hernández, en op.cit., p. 103.
- ix Sobre el punto, vid.fvr. Künsemüller, Carlos “¿Tiene un futuro el bueno, viejo y decente Derecho Penal Liberal?”, Nuevas tendencias del Derecho, Facultad UCh, Lexis-Nexis, 2004.
- x Tiedemann, Klaus, Criminalidad Transnacional y Derecho Penal, 1980, sobre las dificultades de abordar la actividad criminal de empresas transnacionales por los medios tradicionales del Derecho Penal, citado por Hernández, op.cit., p. 115 con Nota 42, y más recientemente Schünemann, Bernd “Del derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta.” Un cambio de paradigma como imperativo moral?, y también él mismo en temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio, Tecnos, Madrid 2002, p. 49
- xi Un punto obligado de referencia es atender a la pugna entre los seguidores de la Escuela de Frankfurt, vinculada a los Profesores del Instituto de Estudios Criminales de dicha Universidad, como Hassemer Luderssen, Nauke, Albrech Herzog y Prittwitz, que propugna un irrestricto apego a los principios del Derecho Penal ilustrado, garantista y culpabilístico (Derecho Penal Nuclear); las posiciones intermedias del “Derecho Penal de la intervención” a medio camino, de Hassemer, que propugnan una “Co-habitación” del núcleo duro con las formas expansivas adecuadas a la “Neocriminalidad”; las prevenciones de Roxin en Problemas Actuales de Dogmática Penal, Ara 2004, traducción de Abanto, p. 20, 45 y 46; y todo ello

versus la arremetida del “Derecho Penal Moderno” o “Derecho Penal del Riesgo”, concepto introducido por el sociólogo Ulrich Beck, en su texto “La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad”, Frankfurt 1986; y de ahí la difusión hecha en lengua hispana de Silva Sánchez, Jesús María “La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política penal en las sociedades post-industriales”, Civitas, Madrid, 1999, 2001, quien ha propugnado la categoría de “Derecho Penal de primera velocidad” para el Derecho Penal Clásico, y de “Derecho Penal de segunda velocidad” para el Derecho Penal Moderno o Extendido, que supone ampliarlo también a la delincuencia económica, con menos garantías procesales y mayor intervención con tipos de peligro y adelantamiento de la punición a la tentativa, pero a cambio ofreciendo “casi nula aplicación de la privación de libertad”. Estos postulados han sido objeto de muchas críticas, bien expuestas y recogidas por Hernández y Abanto, en op.cit. ut supra.

Hoy el asunto está en el “Derecho Penal de tercera velocidad” o “Derecho Penal del Enemigo”, según expresión acuñada por el Profesor alemán Günther Jakobs en “Derecho Penal del Enemigo”, traducción, Civitas, Madrid 2003, en conjunto con Cancio Meliá, Manuel, quien se muestra contrario a dicho postulado, por entender que ofende la igualdad ante la ley. Vid.fvr, al respecto “La expulsión de ciudadanos...”, Cancio, cit. ut supra p. 206 y ss, p. 214, 215, Notas 131-135. En igual sentido crítico Mir Puig, Santiago en “Límites del Normativismo en Derecho Penal”, Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez, Madrid 2005, p. 676, Nota 32, ya que la distinción de Jakobs entre “persona” e “individuo”, señalizando como “und-personen” (no persona) a quien no comunica el mensaje que la norma en sí conlleva, afecta la vigencia de ésta, y por tanto, el funcionamiento del orden jurídico-social todo (y por eso ha de ser considerado “el enemigo” o “el maligno” como sinónimo del Diablo, en buena comparación de Cancio) sobre el cual se debe dejar caer con todo su peso la “tercera velocidad”, se relativiza en definitiva los derechos humanos. En el Chile de hoy la “Guerra antidelincuencia común” y el paroxismo cuasi histérico infundido en la población por “mayor seguridad ciudadana” son expresiones no develadas de la política de “guerra contra la delincuencia y los delincuentes”, por sobre todo, los comunes, manifestando acciones imperceptibles para la mayoría de intervención del Derecho Penal del Enemigo. Para una explicación particular sobre el origen del Derecho Penal del Enemigo, justificada en “...la crisis del Estado asistencial... (que)...obedece a razones económicas, a una reacomodación del mundo en que nos encontramos y en que aparecen fenómenos nuevos como el terrorismo, la emigración masiva de los países pobres a los países ricos, y el ascenso imparable del crimen organizado- lavado de dinero, narcotráfico, etc., -. Este es un mundo muy complejo, con una nueva readecuación del poder y de los centros del poder mundial.” Vid.fvr Serrano Piedecabras, José Ramón, “Derecho Penal del

Enemigo. La expansión en la respuesta penal”, Semana Jurídica N° 256, p. 4 y ss, Lexis-Nexis, 03.09.2005.

- xii En una explicación general sobre esta posición, Jakobs, en “La ciencia del Derecho Penal ante las exigencias del presente”, UE Colombia, N° 24, 2000, p. 9 y ss, traducción de Manso Porto, Teresa.
- xiii Al respecto, Abanto, Manuel “Derecho Penal Económico. Parte Especial. Idemsa, Lima, 1999, p. 22 y ss, con Nota 2.
- xiv En este sentido Stratenwerth en Alemania; siguiéndolo, Corcoy Bidasolo. En Perú, García Caveró, y en un sentido diferente para hacer distinciones entre “bien jurídico” y objeto de protección, Abanto, Vásquez, todos citados en Abanto “Derecho Penal...” op.cit. p. 5, 7, 9, con Notas 11, 20, 31 y 32.
- xv Vid. Fvr. Notas 5 y 6.
- xvi La idea de “ventaja mediante infracción” también ha sido desarrollada particularmente por la dogmática alemana a propósito de la competencia desleal, el caso específico de la prohibición genérica es el párrafo 1.- de la ley alemana sobre competencia desleal.
- xvii Vid. Fvr. “Diez años de Derecho Penal Económico Peruano: Un balance”, Abanto, RPCP, N° 11-2002, y él mismo en “El Derecho Penal en una Economía de mercado...” p. 11 y 12, UNAB, 2005. García Caveró, Percy “Derecho Penal Económico Peruano”, Ara, 2003-2004. En Chile, los aportes de Avilés Hernández, Víctor, “Orden Público Económico y Derecho Penal”, Conosur, 1998, y especialmente Hernández Basualto, op. cit. P. 119 y ss, y él mismo en sus referencias, en el marco de sus serias investigaciones en la Universidad Alberto Hurtado, en Santiago, y en el Magister sobre Derecho Penal Económico de esa Casa de Estudios, dan cuenta del avance progresivo en estas materias.
- xviii Al respecto, Hernández, op. cit. p. 112 al decir: “Las tipificaciones que pretenden hacerse cargo de nuevos riesgos tecnológicos, ámbito en el cual los *delitos ambientales* son el icono indiscutido...”. También Silva Sánchez, La Expansión..., p. 67. En Chile, por la queja de una “llamativa inexistencia de una genuina legislación penal ambiental” Vid.fvr un diagnóstico en Matus, Jean Pierre “Derecho Penal Ambiental”, Jurídica, Santiago 2004. Y un estudio acabado sobre el régimen jurídico de la Contaminación Marina en Chile, con referencia pormenorizada a su evolución y situación, con notas al aparente régimen de responsabilidad penal hoy vigente en el art. 136 de la Ley General de Pesca, en desmedro de su propia aplicación efectiva y de las

reglas generales sobre contaminación o envenenamiento de aguas interiores de los arts. 289 y ss del Código Penal “párrafo 9. Delitos relativos a la salud animal y vegetal” y arts. 315 y 317 del Código Penal sobre envenenamiento o infección de aguas, en términos de poder provocar la muerte o grave daño para la salud, Vid.fvr. Tomasello Hart, Leslie “Régimen Jurídico de la Contaminación Marina” Librotecnia, 2004, p. 110 y ss.

- xix Al respecto las Advertencias de Klaus Roxin en Problemas actuales..., Op.cit., p. 20, 45 y 46, y la anterior de Trapman, PM, Derecho Penal holandés, 36, p. 80, cit. por Politoff, DP I, Conosur, Prólogo, XI, al recomendar un espíritu moderado, práctico por excelencia, que contraste con el “ingenio constructivista” viendo el sistema como medio auxiliar, la práctica como pauta, es más aconsejable que la doctrina que por encima y fuera de la realidad “atribuye la significación primaria al sistema”.
- xx Como claramente lo deja establecido Abanto, en sus textos citados. En verdad, la mayor cantidad de las normativizaciones de la actividad económica y empresarial, como la Banca, el mercado de valores, el cambio internacional, etc., provienen primeramente por vía reglamentaria, desde las autoridades administrativas reguladoras, llámense oficinas centrales, superintendencias, jefaturas nacionales, etc.
- xxi Sobre la modernización y la expansión, Silva Sánchez, Hassemer, Muñoz Conde, y otros cit. ut supra. Sobre el Derecho Penal de las “futuras generaciones” y la ampliación **moderada** del ámbito de regulación penal más allá de la protección subsidiaria de bienes jurídicos, Vid. Fvr Roxin, Problemas actuales..., p. 44, 45, 46, cuando escribe en la conclusión: *“Entonces, si bien no se obtienen panaceas para el problema de la legitimación de los tipos penales, sí surgen pautas de argumentación bastante concretas que pueden ayudar a impedir una extensión exagerada, contraria al estado de derecho, de las potestades punitivas interventoras. Sin embargo, debe reconocerse que el ámbito de la protección penal hoy en día ya no puede limitarse a los bienes de las personas en vida, si no que se tiene que incluir a las personas en formación, la naturaleza en general y también a las bases de vida de las futuras generaciones...”*
- xxii Sobre este punto, Kuhlen, p. 347 y ss, citado por Abanto en El Derecho Penal en una Economía de mercado..., p. 5 con Nota 14.
- xxiii Un ejemplo de cómo se han recibido en Chile los postulados del Derecho Penal del Riesgo en el mercado de valores, el sistema bancario y el tratamiento preventivo y penal del lavado de dinero, hay en la Ley N° 19.664, que creó la Unidad de Análisis Financiero (UAF) y amplió el ámbito de los delitos-origen del lavado de dinero, creando un deber de salvaguarda

para un número bastante importante de sujetos cualificados, de raíz extra penal, cual es el deber de detectar “operaciones sospechosas” (art. 3° de la Ley). Vid.fvr al respecto Manríquez, Juan Carlos, “Delitos de Blanqueo y Lavado de Activos, en el marco de operaciones sospechosas. Notas sobre la Ley N° 19.913 que crea la Unidad de Análisis Financiero (UAF)”, publicado en la Revista Escuela Derecho Universidad del Mar, año 2005, págs. 107 a la 125. También, el análisis penal del tipo imprudente contenido en el art. 19-4 de la misma Ley, que se lee en Manríquez, Juan Carlos, “Omisión propia y posición de garantía por cualificación en el rol del sujeto activo. Lavado o blanqueo culposo de bienes o activos de origen ilícito en la Ley N° 19.913”, XVI Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología, Lima, Perú, publicado en el Libro de Ponencias, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, págs. 123 y ss, año 2004.

^{xdiv} Al respecto, Roxin, Claus, Strafrecht AT2, p. 252, Nota 51; y él mismo ya en 1963 “Autoría y dominio del hecho”, citado por Abanto en “Autoría y participación y la Teoría de los delitos de infracción del deber”, Revista Penal N° 14, p. 3 y ss, julio 2004. Jakobs en “La ciencia del Derecho Penal ante las exigencias del presente”, traducción de Manso, UEC, 2000, p. 24 y ss, reclama como necesario para ordenar una “sociedad de explotación” en que el sistema “economía” se impone en caso de dudas frente a todo lo demás, que los *“estándares de respeto, por ejemplo hacia los llamados bienes colectivos –de manera distinta al desarrollo, pongamos por caso, de los estándares denominados “reglas de la técnica”- no puede dejarse en manos del propio mercado... los estándares deben dictársele al mercado desde fuera, lo cual no puede tener lugar a través de cláusulas generales... los estándares deben más bien determinarse inelásticamente, bien como permisos individuales exactamente delimitados, o bien como valores-límites precisos de validez general...”*

^{xxv} Sobre el estado más o menos actual de la teoría de la imputación objetiva, desde la óptica de reflexionar en base a “avances reales en seguridad jurídica y sobre el contexto sistemático de esta teoría, ya que no hay una teoría de la imputación objetiva, si no más bien varias aproximaciones que usan esa terminología, pero no siempre coinciden en lo material...”, Vid.fvr Cancio Meliá, Manuel “Aproximación a la teoría de la imputación objetiva”, XVI Congreso Latinoamericano de Derecho Penal, Lima, Perú, 2004, Libro de Ponencias y Apartado; y Clase Magistral en la Clausura del Seminario Internacional de Derecho Penal, UNAB, Viña del Mar, Chile, Agosto 2005. Sobre la utilidad y límites de la imputación objetiva en el Derecho Chileno, en el ámbito de las faenas riesgosas (generación y transportación de energías; transporte marítimo; la construcción de edificios y la actividad médica), Vid.fvr. Manríquez, Juan Carlos, “Delito Culposo: Utilidad y

límites de la imputación objetiva”, XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano de Derecho Penal, Córdoba, Argentina, Libro de Ponencias, T.1, p. 163 y ss, 2003.

- ^{xxvi} Que es la opción del Foro Penal, encargado de la discusión y redacción del ante proyecto del Nuevo Código Penal Chileno, al proponer castigar la alteración del genotipo, la clonación y la fecundación artificial no consentida, en el Libro II, Título 7°. Delitos de peligro común, párrafo 3°, “de los delitos relativos a la manipulación genética, art. 154 APCPCh. Esta técnica posibilita el castigo anticipado de conductas cuya materialización puede llevar a enormes paradojas, “...*pricipiando por el establecimiento del status del ser alterado genéticamente, clonado o creado para un fin distinto de la fecundación artificial...*”. Vid.fvr, Unidad 4, parte especial, delitos de peligro común A. Fundamentos.
- ^{xxvii} En el APCCh del Foro Penal citado más arriba, algunas de estas cuestiones fueron francamente recogidas en la tipicidad propuesta para los *delitos contra el medio ambiente*, teniendo muy en cuenta el *cómo* de la regulación penal más que el *si* de la misma. En este sentido, fue acuerdo del Foro permanecer cercanos a un “sistema de Derecho Penal heredero en cierta medida del espíritu de la ilustración liberal”, a pesar de la evidente falta de una regulación adecuada. Por ello se acordó “*excluir del ámbito de lo punible la contaminación de bagatela, producto de la actividad diaria de todos y cada uno de los habitantes de la República...*”, dejándola para los casos de *más grave contaminación o de peligro de contaminación*. Vid.fvr, Unidad 4, parte especial, Delitos de peligro común, citado en nota anterior, y la tipicidad propuesta en los arts. 130 y 131.
- “Artículo 130.- El responsable o administrador de una fuente emisora que produzca una grave pérdida, disminución, detrimento o menoscabo al medio ambiente o a uno o más de sus componentes, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado medio y multa de 2.000 a 3.000 Unidades Tributarias Mensuales...”. Las penas personales y multas se elevan si el grave daño ambiental puso en serio peligro la vida o la salud de personas determinadas, y más aún si del peligro creado han resultado lesiones o muerte.
- “Artículo 131.- El responsable o administrador de una fuente emisora que por imprudencia o incumplimiento de las disposiciones legales o reglamentarias cause un grave daño ambiental en los términos del artículo anterior, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo y multa de 2.000 a 4.000 Unidades Tributarias Mensuales...”. Las penas también se aumentan si del riesgo creado se siguen lesiones o muerte.
- ^{xxviii} Después de los verdaderos desastres ecológicos ocurridos con el “*Prestige*” y también con el “*Erika*”, la Unión Europea incentivó una Directiva del PE y

del Consejo, para tratar la contaminación procedente de buques, la que contiene el mandato de criminalizar los vertimientos y derrames ilegales maliciosos, imprudentes y en algunos casos, accidentales, pero estragantes para el medio ambiente marino, mediante la imposición de sanciones ***incluso penales***.

En efecto, la D 05.03.2003; 2003/0037, 92, de Bruselas, y la Decisión Marco sobre responsabilidad penal por la contaminación procedente de buques, el Dictamen del Comité Económico Social Europeo arts. 29, 31, 34.2, b), y la aprobación del TUE, marcaron un antes y un después en estas materias, dando lugar hasta hoy a un intenso debate académico, jurídico, industrial, operativo y de "sensibilidad" de los distintos actores de la industria marítima mundial, sobre todo en el ámbito anglo-sajón (UK, USA) quienes ven con un alto grado de preocupación la imposición de altísimas penas penales y de cuantiosas multas, luego de encarcelamientos preventivos hasta hace poco impensados, en hechos considerados normalmente "accidentes de mar" o "riesgos propios, tolerados o permitidos, necesarios en la actividad marítima". Vid.fvr, al respecto, Fairplay Magazine, diciembre 02.2004 y 04.04.2005, sobre el caso del Presidente de la Sabine Maritime Transportation., quien por un derrame ilegal en el mar del Sur de China, en que participó el BT Juneau (1974) en 1999, fue condenado, junto a otros cuatro empleados seniors de la empresa a 33 meses en prisión y al pago de US\$60.000., más US\$2.000.000.- La base de la sentencia fue "...*illegal dumping of oil contaminated grain in to the South China Sea and obstruction of justice*".

Schunemann, en Alemania en "Acercamiento crítico sobre la ciencia penal en Alemania", GA 1995, 201, y Marinucci/Dolcini en Italia, RD (UCN) 8 (2001), 231 (244) ambos citados por Hernández, en Perspectivas..., op.cit. p. 107 con Notas 22 y 23, habían puesto el acento sobre reacciones detectadas en sus países cuando la pena privativa de libertad y el problema de la cárcel, empezaron a estar más cerca de la delincuencia no convencional, al escribir el primero: "Y no es quizás casual que se haya iniciado una campaña de opinión -que de por sí merece consideración- en contra de la pena privativa de libertad, en el momento en que se ha perfilado el riesgo de que las puertas de la cárcel podrían abrirse no sólo para las clases más débiles, si no que inesperadamente, ***también para los exponentes del mundo de la economía y de las finanzas***" (el destacado es nuestro).

También sobre este particular, en Chile, Miguel Soto Piñeiro, ha comentado que a su juicio estas manifestaciones de nuevos mandatos de criminalización constituirían ejemplos de ampliación o expansión del Derecho Penal a "bolsones tradicionales de impunidad", pero que no pueden desconocer la vigencia ante todo de los presupuestos garantísticos de toda tipificación interna ajustada al Derecho Penal Clásico. Me quedo con esta conclusión luego de oír su opinión en la Jornada del 04.08.2005, en Honor a Bustos ya

indicada, y en una conversación en la que le pedí autorización para citarlo, de hace pocos días.

- ^{xxix} Vid.fvr desde una perspectiva del Análisis Económico del Derecho Penal y de las sanciones penales en USA, Keith N. Hylton, "The Theory of penalties and the Economics of Criminal Law", Boston University School of Law, Review of Law & Economics, 2005, y también al incluir el análisis de Philbrick "In the heart of the sea: The tragedy of the Whaleship Essex", New York, Penguin Group (USA) Inc. 2000, cuando plantea su tesis y dice: *This paper presents a model of penalties that reconciles the conflicting account of optimal punishment by Becker who argued penalties shoot internalize social costs, and Posner, who suggested that penalties shoot completely deter offenses... I use the model to generated a positive account of the function and scoup of criminal law doctrines, such and intent, necessity, and rules governing the distinction between torts and crimes. The model is also consistent with the history of criminal penalties set out by Adam Smith*"
- ^{xxx} El art. 297 StB, contiene en el Derecho Alemán, la norma de Derecho interno que sanciona las actuaciones dolosas o imprudentes del Capitán de una nave, que con ello causa daño a ésta, a los intereses del Armador, o a terceros. Por su supuesta inutilidad o insuficiencia, ha generado críticas como las expuestas por el Profesor de Göttingen, Ralf Krack, en Wistra 21, 15.03.2002 (colaboración de Abanto, en su visita a Viña del Mar, agosto de 2005).
- ^{xxxi} Un grupo de casos, exposiciones prácticas y argumentos de defensa y justificación de los operadores no jurídicos, en USA y U.K., puede seguirse en Fairplay Magazine, (news@fairplay.co.uk) desde abril 2004 hasta octubre 2005
- ^{xxxi} Hooper, David, Special Report, en Fairplay Magazine, 34, 06.10.2005.
- ^{xxdiii} Otras manifestaciones curiosas de posible "Criminalización" a la moderna en el Derecho Penal Chileno vigente, sobre las cargas y el transporte de ellas, son el tratamiento en el ámbito Latinoamericano de las figuras de apropiación indebida y hurto calificado del Capitán, de los arts. 470-1; 470 N° 2, 447 N° 4 del Código Penal Chileno, ya que si la carga no llega a puerto o no es entregada, se han visto casos en que se han ejercido acciones penales conjuntamente con medidas cautelares (como el arraigo de la nave) y la rendición de prueba anticipada del Capitán u oficial extranjero, lo que ciertamente ha determinado una salida alternativa más rápida que el reclamo de carga, a través de un acuerdo reparatorio del art. 241 del CPP, encerrando verdaderas "gold giddens actions" o "acciones encubiertas

JUAN CARLOS MANRÍQUEZ R.

destinadas a conseguir dinero". También se sabe de casos similares en la costa Oeste Norteamericana, Ecuador y Perú.