

ALBIN ESER

La Nueva Evolución del Derecho Penal Económico

LA NUEVA EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO*

por ALBIN ESER**

SUMARIO: I. Lucha intensiva contra la criminalidad económica y la criminalidad organizada. II. Lucha contra la corrupción. 1. Punto de partida. 2. Innovaciones a través del KBG del 1997. a) Ampliación del mantenimiento del hecho delictivo. b) Nuevos hechos delictivos en protección de la libre competencia. c) Aumento del marco penal. d) Penas patrimoniales y extensión de la decadencia. 3. El punto de discusión actual: el funcionario especializado en el ámbito límite entre el Derecho Público y el Derecho Privado. a) Temor ante funcionarios extranjeros. 4. Vista. III. Derecho Penal ambiental. 1. Punto de partida. 2. Rasgos esenciales del Derecho Penal Ambiental alemán. a) La sistematización y la protección de los bienes perdurables. b) El principio de la accesoria administrativa (el problema de la existencia de normas penales en blanco). c) Las más novedosas actividades del legislador. 3. Punto actual de discusión: ¿existencia del hecho especial para funcionarios? 4. Resumen: agudización de la conciencia del ser del ambiente.

La historia del Derecho Penal es la historia de sus interminables reformas. Esta afirmación, del entonces ministro de justicia Stammberger¹, es válida también para el desarrollo del Derecho Penal en la

* Traducción de Andrea Bartos.

** Le agradezco especialmente al señor Stephan Meyer por su ayuda en la elaboración de esta exposición. Después de su repentina muerte el 17 de noviembre de 1998 quedará esta exposición en su memoria.

¹ W. Stammberger, Die Geschichte der Strafrechtsreform bis zum Strafgesetzentwurf 1962, in: Friedrich-Naumann-Stiftung (Hrsg.), Probleme der Strafrechtsreform, Stuttgart 1963, S. 11-29 (11).

última década del siglo. Después de las amplias reformas de las décadas de los '60 y los '70², de las numerosas modificaciones parciales de los años '80³ y de la unificación del Derecho Penal alemán –a través de la incorporación de la antigua República Democrática Alemana a la República Federal Alemana⁴–, en los últimos años se realizaron grandes reformas en cuestiones vinculadas al Derecho Penal⁵. Mientras que en las reformas de los años '60 y '70 la parte general estaba en primer plano, en las modificaciones subsiguientes se centró la atención en la parte especial experimentando así, en mayor o menor medida, profundos cambios.

I. Lucha intensiva contra la criminalidad económica y la criminalidad⁶ organizada

Al igual que con el cuidado del ambiente, también en el ámbito de la criminalidad económica resultaban insuficientes los clásicos delitos patrimoniales. Por tal motivo se delinearon, a través de la primera WiKG de 1976⁷, especiales formas delictivas, por ejemplo: la estafa

² Näher dazu A. Eser, Hundert Jahre deutscher Strafgesetzgebung, in: A. Kaufmann/E. Mestmäcker/H. Zacher (Hrsg.), Rechtsstaat und Menschenwürde. Festschrift für W. Maihofer zum 70. Geburtstag, Frankfurt/Main 1988, S. 109-134.

³ Näher dazu A. Eser, Strafrechtsreform in Deutschland mit Blick auf die polnischen Reformtendenzen, in: A. Eser/G. Kaiser/E. Weigend (Hrsg.), Viertes deutsch-polnisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie, Baden-Baden 1991, S. 47-86, wobei insbesondere auch die teils humanisierenden, teils entkriminalisierenden Tendenzen herausgearbeitet sind.

⁴ Näher A. Eser, Strafrechtsentwicklung in Deutschland seit der politischen Wende vom 1989, in: A. Eser/G. Kaiser (Hrsg.), Zweites deutsch-ungarisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie, Baden-Baden 1995, S. 13-37.

⁵ Vgl. Den Gesetzgebungsüberblick bei A. Eser, in: A. Schönke/H. Schröder, Strafgesetzbuch, 25. Aufl. München 1997, Einführung S.1 ff. Vgl. Auch die Gesetzgebungsübersicht von A. Haeusermann/J. Watzek, Landesbericht Bundesrepublik Deutschland, in: A. Eser/H. Huber (Hrsg.), Strafrechtsentwicklung in Europa, Bd. 5.1, Freiburg i. Br. 1997, S. 1-156, insbes. S. 7 ff., 60 ff.

⁶ Auch zu diesem Bereich sei auf das eingehende Referat von W. Heinz, in: A. Eser/G. Kaiser (Hrsg.), Zweites deutsch-ungarisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie, Baden-Baden 1995, S. 155-215 verwiesen.

⁷ "1 Gesetz Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität" vom 29.7.1976 (BGBl. I S. 2034).

de subvenciones (art. 264, StGB) y la estafa crediticia (art. 265b, StGB): diferenciándose así los delitos de peligro de los delitos de resultado, que conjuntamente construyen el tipo penal de la estafa (art. 263, StGB), pero en los cuales, esto es en los primeros, es establecida la punibilidad sólo a las falsas indicaciones, sin exigir el daño patrimonial para ser juzgados como delitos dolosos. También estaban previstos para esa reforma los delitos concursales, los que fueron receptados en el StGB (arts. 283-283d), así como también los delitos de usura que se concentran en un uniforme estado de infracción (art. 302a).

Esta reglamentación jurídico-material fue respaldada por medidas accesorias organizativas; de ahí que, a menudo, la prosecución y el juicio de los delitos económicos sea muy compleja. Ejemplos de tales medidas son las denominadas fiscalías especiales para asuntos penales-económicos, o la creación de los llamados “delitos económicos de cámara” (art. 74c, GVG)⁸.

Esta primera reforma fue seguida por otra intermedia. En una segunda WiKG⁹ se incorporaron otras –así como algunos abusos en cheques europeos–: el tránsito de la inversión de los capitales, a los cuales se les puso penas (arts. 152a, 264a, StGB), como también la protección de hecho efectiva de reservas contra lo aportado por la criminalidad en computación (arts. 202a, 263a, StGB).

Es difícil para el legislador cubrir todas las posibles formas delictivas, ya que la fantasía criminal en la explotación de nueva tecnología, le va pisando los talones. Esto es aún más difícil cuando se trata de las llamadas “organizaciones criminales”¹⁰. Para combatir mejor a ese fenómeno en ese ámbito, el legislador actualmente ha optado no sólo

⁸ Zu Einzelheiten dieses 1. WiKG vgl. A. Müller-Emmert/B. Maier, Das Erste Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, NJW 1976, S. 1657-1664.

⁹ “Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität” vom 15. 5. 1986 (BGBl. I S. 721). Zu Einzelheiten vgl. u.a. H. Achenbach, Das Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, NJW 1986, S. 1835-1841, K. Tiedemann, Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität durch den Gesetzgeber, JZ 1986, S. 865-874, ders., Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität durch den deutschen Gesetzgeber. Ein Überblick aus Anlass des Inkrafttretens des 2. WiKG am 1. 8. 1986, in H. J. Hirsch (Hrsg.), Deutsch-Spanisches Strafrechtssymposium 1986, Baden-Baden 1987, S. 223-256.

¹⁰ OrgKG vom 15. 7. 1992 (BGBl. I S. 1302).

por penar los nuevos hechos –donde pone especialmente el acento– sino también las consecuencias jurídicas de ellos. Conforme a la máxima de que la comisión del delito no se debe recompensar, la ley de lucha contra el tráfico ilegal de estupefacientes prevé, dentro de las formas de la criminalidad organizada, medios por los cuales se facilita la eliminación de las ganancias del delito¹¹. Mientras se suponía, según la primera parte del artículo 73, StGB, que la incautación de bienes –que debía tener una relación causal con el hecho ilegal– era suficiente demostrada la infracción contra leyes penales. Además, en el caso de violación al Org KG se daba la llamada “ampliación de la incautación”, según la cual y de acuerdo al artículo 73d, StGB, estaban previstas¹² situaciones en las cuales se daba una relación causal entre el hecho ilegal y la incautación. Una total renuncia a la existencia y prueba de tal relación causal trae finalmente, a través del artículo 43a, StGB la introducción general de la “imposición de la pena patrimonial”¹³. La leve posibilidad de abuso de estas penas globales con negativas repercusiones accesorias para toda la familia¹⁴, ha generado opiniones escépticas respecto de la reforma¹⁵.

Si continuamos con el Org KG y con las nuevas penas previstas para los hechos de “lavado de dinero” (art. 261, StGB) son aplicables,

¹¹ Das Gesetz spricht neuerdings von “etwas”, siehe §73 StGB i.d.F. des “Gesetzes zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, des Strafgesetzbuches und anderer Gesetze” vom 28.2.1992 (BGBl.I S.372).

¹² Beispielsweise über §33 Abs. I BtMG für bestimmte Tatbestände des Betäubungsmittelgesetzes (BtMG).

¹³ Anwendbar z.B. über § 33 Abs. I BtMG für bestimmte Tatbestände des BtMG.

¹⁴ Vgl. Allgemein dazu A. Eser, Die strafrechtlichen Sanktionen gegen das Eigentum, Tübingen 1969, speziell (kritisch) zur Vermögenskonfiskation S. 13 ff., 103 ff.

¹⁵ Kritisch zu diesen Bestrebungen auch J. Meyer, Gewinnabschöpfung durch Vermögensstrafe, ZRP 1990, S. 85-89, sowie M. Köhler/W. Beck, Gerechte Geldstrafe statt konfiskatorischer Vermögenssanktionen, JZ 1991, S. 797-804. Vgl. Zum Ganzen auch das vom Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht erstattete Gutachten von J. Meyer/A. Dessecker/J. R. Smettan (Hrsg.), Gewinnabschöpfung bei Betäubungsmitteldelikten. Rechtsvergleichende und kriminologische Untersuchung, BKA-Forschungsreihe, Sonderband, Wiesbaden 1989, sowie A. Eser, Neue Wege der Gewinnabschöpfung im Kampf gegen die organisierte Kriminalität?, in: W. Küper/J. Welp (Hrsg.), Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für W. Stree und J. Wessels, zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1993, S. 833-853.

además, en caso de agravantes –específicamente en caso de banda y cuando el autor actúe de forma profesional–, las incautaciones previstas en él (art. 73d StGB).

Además, en la lucha contra la criminalidad en banda, a través del Org KG, fueron agravadas diversas prescripciones penales, tanto en el Código Penal como en leyes de narcóticos (así los arts. 260, 284, StGB y el 29, BtMG, extendiéndose a los arts. 244a, 260a, StGB y a los 30a, 30b, BtMG).

En el ámbito del procedimiento penal se amplió la indagatoria instrumentaria a través de la reglamentación de la utilización de la investigación encubierta o de incógnito (arts. 110a-110e, StPO), del uso de medios técnicos de control (arts. 100c, 100d, StPO), de la búsqueda de datos (arts. 98a, 98c, StPO) y de la observación policial (art. 163e, StPO). Además se mejoró (art. 68, párrafo 1.3, StGB) la protección de testigos en particular, manteniendo en secreto la identidad de los que se encontraran en peligro¹⁶.

En conexión funcional con la nueva ley se encuentra “la ley sobre el descubrimiento de los beneficios de los difíciles hechos delictivos” (ley de lavado de dinero)¹⁷, cuya aplicabilidad debería ser facilitada a través del Org KG con la introducción efectiva del hecho delictivo del lavado de dinero, en especial con la introducción de la obligación de inscripción por parte de los bancos, quienes al descubrir beneficios deberán ayudar comunicando las transacciones sospechosas.

II. Lucha contra la corrupción

1. *Punto de partida*

La corrupción es como “un absceso canceroso” en el Estado y en la sociedad, es como “*the enemy within*”, como el “veneno corrosivo” de las democracias constitucionales, es minar la confianza de quienes

¹⁶ Vgl. Dazu P. Hünerfeld (Hrsg.), Zeugenschutz durch Verkürzung oder Vorenthaltung von Angaben zur Person des Zeugen. Ein rechtsvergleichendes Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz, Freiburg 1992.

¹⁷ Vom 25.10.1993 (BGBl I 1770), jetzt i.d.F. des Gesetzes vom 4.5.1998 (BGBl I 845). Einzelheiten hierzu bei H, Tröndle/Th. Fischer, StGB, 49. Aufl. 1999, § 261 Rn. 3 ff. m.w.N.

toman las decisiones tanto en el Estado como en la sociedad, es un exceso de la criminalidad organizada en un marco supraprovincial –y todo esto en la medida de “un negocio cotidiano”–: éstas son sólo algunas de las innumerables categorizaciones con las cuales se consideran siempre a los frecuentes informes sobre corrupción y corruptibilidad del Estado y de la Economía. En vistas de la situación actual mundial, el aumento de los niveles de corrupción y la necesidad de su lucha, no puede por tal motivo la política alemana permanecer inmóvil e inactiva. Estas gestiones fueron completadas en el plano nacional en “la ley de lucha contra la corrupción” (KBG) del 20 de agosto de 1997¹⁸, así como también en el plano europeo respectivamente, en acuerdos internacionales del “EU ley de corrupción” (EU Best G) a través de la “ley de lucha contra la corrupción” (Int Best G), ambas del 10 de septiembre de 1998. Mediante el KBG fueron alteradas una serie de prescripciones del StGB alemán en tanto que otras no. Las siguientes dos leyes regulan especialmente la extensión del hecho corruptivo en el funcionario extranjero. A continuación se detalla la evolución de las modificaciones.

2. Innovaciones a través del KBG de 1997

a) Ampliación del mantenimiento del hecho delictivo

Con el KBG está unida una ampliación general del hecho corruptivo. Ésta es válida sobre todo para el significado de funcionario del artículo 11, párrafo 1, número 2 del StGB, así como para el significado central de la aplicación del hecho corruptivo de los § 331 y siguientes del StGB. Aquel concepto fue extendido más allá, de tal manera que un número mayor de personas pudieran ser tomadas como “funcionarios”; así se han incluido sujetos que cumplen tareas bajo la forma del Derecho Privado o bajo la forma organizativa y de esta manera son trasladados al ámbito público¹⁹.

Además, en el tipo básico de la corrupción (aceptación de preben-

¹⁸ BGBl. 1997 I S. 2038.

¹⁹ Demgegenüber hatte sich der BGH in seiner früheren Rechtsprechung noch nicht zu einer funktionalen Betrachtungsweise entschließen können: vgl. BGHSt 38, S. 199, 203/204 (1993). Vgl. Zu diesem Problemfeld auch unter III.3.

das), tanto pasiva como activa (§ 331, párrafo 1, StGB, y el § 333, párrafo 1 del StGB), en los cuales se incorporó una especie de relajamiento en la dogmática penal alemana, denominado “compatibilización del injusto” que se relaciona con la ventaja y el acto de servicio, la cual, de ahora en más, no exige la prueba de un resultado concreto²⁰.

Por otra parte están las llamadas “ventajas de terceros”, por consiguiente prestaciones que el funcionario permite que se le prometan o que acepta, en los § 331 y siguientes del StGB, pues comprende expresamente lo que se ha llamado por la jurisprudencia un comercio interesado del funcionario²¹.

b) *Nuevos hechos delictivos en protección de la libre competencia*

En protección de la libre competencia, y por tanto en contra del acuerdo de la competencia restringida en cuanto a amortizaciones y corrupción en el tráfico comercial, fue incluido en el StGB el § 26 con el título *Hechos delictivos contra la competencia*. Sin embargo, no se trata únicamente de prescripciones totalmente nuevas. También encontramos casos –como el del llamado “concurso de condiciones estafatorias” (art. 298, StGB)– de recepción de otras leyes, como la ley contra la competencia desleal (UWG), en el núcleo del Derecho Penal, que lleva a una agudeza de la conciencia en cuanto a la posibilidad del significado delictivo. Tanto en la actualidad como en el pasado, el Derecho Penal no presenta ningún hecho delictivo de corrupción general para el ámbito de la administración privada, aunque el artículo 299 StGB comprende numerosos casos.

c) *Aumento del marco penal*

Con el KBG se produjo un leve aumento general del marco penal en el ámbito de los delitos de corrupción, sobre los cuales se habría acrecentado la conciencia del problema. Ejemplo de ello es la modificación del marco penal para la “aceptación provechosa” (art. 331,

²⁰ M. Korte, *Bekämpfung der Korruption und Schutz des freien Wettbewerbs mit den Mitteln des Strafrechts*, NStZ 1997, S. 513-525 (514); W. J. Schaubensteiner, *Das Korruptionsbekämpfungsgesetz*, Kriminalistik 1997, S. 699-704 (700).

²¹ Nachweise bei Tröndle/Fuscger (Fn. 17), § 331 Rn. 11 a.

a) *Temor ante funcionarios extranjeros*

Mediante el artículo 1 EU Best G se pena también la corrupción de funcionarios extranjeros (jueces, etc.) de la EU a través del § 332, 334 hasta el 336, 338 del StGB, con lo cual, de todas maneras, el artículo 2, § 2 restringe dicha punibilidad. Sucede una igual situación con los funcionarios extranjeros y los nacionales (jueces, soldados, etc.) en actos de corrupción según el artículo 1, § 1 Int Best G. En efecto, sólo se ha adecuado para la corrupción activa (art. 334 StGB y según el art. 1, § 2) la punibilidad que corresponde a la corrupción de diputados extranjeros en relación con el tráfico comercial internacional.

4. *Vista*

Después de la más reciente reforma legislativa serán por de pronto estudiadas sus repercusiones prácticas. Una gran cantidad de proyectos de reforma –como por ejemplo el del control telefónico en casos de corrupción (complemento del art. 100a del StPO) y su introducción en la reglamentación en forma similar a la declaración de testigos– no pudieron por largo tiempo encontrar la mayoría doctrinaria, sin embargo seguirán ocupando la discusión como posibilidades accesorias en la lucha contra la corrupción.

III. Derecho Penal Ambiental

1. *Punto de partida*

La evolución del Derecho Penal Ambiental, en los últimos años, ha estado impregnada de una gran tensión. Por un lado existe una creciente toma de conciencia por la protección al ambiente, pues ya no se trata sólo de una cuestión de calidad de vida, sino que se ha advertido que está en juego la existencia biológica del hombre y su ambiente²⁸, cuya reputación en la publicidad alemana deja el sonido

²⁸ A. Eser, Umweltschutz: Eine Herausforderung für das Strafrecht-national und international, in: H. H. Kühne/K. Miyazawa (Hrsg.), Neue Strafrechtsentwicklungen im deutsch-japanischen Vergleich, Köln 1995, S. 97-125 (101) mit weiteren Nachweisen.

de un agudo Derecho Penal Ambiental²⁹. Por el otro lado, existen objeciones económicas y de naturaleza dogmática relativas al Derecho Penal. Así el comprometido “lugar geográfico económico alemán” fue especialmente nombrado y reiterado en el círculo económico³⁰ (Alemania se ve perjudicada por el lugar que ocupa en el centro de Europa, ya que los vientos provenientes del Atlántico contaminan aún más dicha región). En relación con las objeciones dogmáticas se han vuelto a traer delitos contra el ambiente de carácter centralmente penal, en el sentido de que éste sería la *ultima ratio*, argumento que fue colocado en el centro del debate por algunos autores³¹. Además se ha exigido desde hace algunos años la supresión del Derecho Penal Ambiental, con el argumento de que sólo alcanza a “la pequeña contaminación ambiental”, mientras se permite que las grandes empresas sigan contaminando, con lo cual el Derecho actual tiene como consecuencia el carácter de coartada³².

A pesar de estas objeciones, se pudo observar en las últimas décadas un desarrollo continuo del Derecho Penal Ambiental alemán hacia una extensa protección de los bienes legales [que son en algunos casos confusos] y un aumento de las penas. Como hito es a la novela de protección ambiental en 1980³³, cuya aceptación –en parte con notables reformas y extensiones– conformó al núcleo del Derecho. La más reciente y significativa reforma legislativa procede en forma de “segunda ley en la lucha contra la criminalidad ambiental (2. UKG)” del 1º de noviembre de 1994³⁴. En este contexto conviene destacar que, antes de dicha ley, fue modificada la Ley Fundamental (art. 3.20a.) del 27 de octubre de 1994 fue destino con el nuevo artículo 20a GG³⁵ con lo cual se revaloriza su significación³⁶.

²⁹ Nachweise bei A. Schmidt/T. Schöne, Das neue Umweltstrafrecht, NJW 1994, S. 2514-2519 (2514, dort Fn. 9).

³⁰ Schmidt/Schöne (Fn. 29), S.2514; Eser (Fn. 28), S.102

³¹ Schmidt/Schöne (Fn. 29), S. 2515 f. Mit weiteren Nachweisen.

³² Nachweise bei Eser (Fn. 28), S. 119.

³³ Dazu Eser (Fn. 4), S.29.

³⁴ DGBI. 1994 I S.1440.

³⁵ BGBl. 1994 I S.3146.

³⁶ Näher zum verfassungsrechtlichen Hintergrund P.Kunig, Zehn Fragen zur Entwicklung des Umweltrechts, Juristische Ausbildung (Jura) 1996, S. 663-668 (663 f.).

En consecuencia deben ser descriptos los rasgos de este Derecho Penal Ambiental.

2. *Rasgos esenciales del Derecho Penal Ambiental alemán*

a) *La sistematización y la protección de los bienes perdurables*

La Sección 28 del StGB contiene prescripciones para la protección de aguas (art. 324, StGB), suelos (art. 324a, StGB) y aire (art. 325, StGB). Con la nueva introducción del artículo 324a StGB fue el suelo medianamente protegido y puesto bajo el amparo legal³⁷. Que detrás de todo esto no se esté protegiendo al hombre³⁸ aclara lo abstracto de la protección (por ej. art. 325a, párr. 2, StGB) en cuanto a la perdurabilidad del hecho peligroso de los § 325a y siguientes del StGB, que se relacionan con determinados comportamientos de peligro en el ambiente y con la salud. Así establece el artículo 326, StGB penas a la eliminación de desechos que hagan peligrar el ambiente, con lo cual en el párrafo 1, N° 1 y 2 son tenidos en cuenta los peligros relacionados con el hombre. La sección 28 concluye con prescripciones del artículo 330d, StGB que contiene importantes conceptos normativos para manejar prácticamente las prescripciones con el fin de facilitar y llevar el cálculo de los requisitos determinados.

b) *El principio de la accesoriad administrativa (el problema de la existencia de normas penales en blanco)*

Después de la solución del Derecho Penal Ambiental correspondiente al ámbito anexo del Derecho Administrativo y su clasificación en el StGB, a través de la ya nombrada novela en protección al ambiente de 1980 y la reciente reforma del 1° de noviembre de 1994 donde se pone de manifiesto la existencia del hecho ambiental (por ej. en el art. 325, párrs. 1 y 2, *Infracción a las obligaciones legales administrativas*) en parte tácitamente sobre prescripciones administrativas especiales y teniendo referencia de Derecho Penal, se habla de acceso-

³⁷ Schmidt/Schöne (Fn. 29), S. 2517 mit weiteren Nachweisen.

³⁸ Zur grundsätzlichen Frage, ob nicht auch die Natur als solche als Schutzgut der Umweldelikte angesehen werden sollte-im Gegensatz zu einer rein anthropozentrischen Sichtweise-vgl. Eser (Fn. 28), S. 100.

riedad administrativa y se señalan las correspondientes prescripciones como “existencia de normas penales en blanco”³⁹. Así se presentan problemas con relación a la pregunta de si el Derecho Penal siempre debe seguir el valor del Derecho Administrativo. Controvertidamente fue discutida la pregunta, como un material ilegal pero que se volvió vigoroso y en la ejecución del acto administrativo repercute en la duración del hecho, en los cuales se supone la aplicación de pena a las negociaciones administrativas ilegales⁴⁰. En una posición extrema se sostenía una visión formal, la cual ponía en un primer plano al pensamiento de la unidad del orden legal así como también la seguridad legal y por tal motivo quería arrimarse totalmente al Derecho Administrativo. Enfrentado a esto se encuentra la interpretación de la accesoriedad administrativa material, la cual se tomaba sola como determinante por lo correcto del contenido del acto administrativo.

En relación con esto, en la versión del artículo 330d N° 5 StGB, en lo que se da a entender por “obrar sin permiso (jurídico-administrativo)”, el legislador se decidió por una cláusula abusiva, la cual también comprende expresamente un actuar conjunto *kollusivo* entre la administración y la persona privada⁴¹. Al respecto se trajo a colación que en estos casos no se trata totalmente de una visión jurídico-administrativa formal, igualmente no fueron seguidas, aunque el legislador tuvo la posibilidad y oportunidad de hacerlo. También en el futuro el legislador deberá persistir y prever expresamente en la ley discrepancias de la visión jurídico-administrativa teniendo en consideración el principio legal⁴²⁻⁴³ (art. 103, párr. 2, GG) y la libertad de discrepar. El principio es, en consecuencia, mantener el apoyo al Derecho Administrativo.

c) *Las más novedosas actividades del legislador*

El 6 Str. RG conduce en el ámbito del Derecho Penal Ambiental

³⁹ Als Ausnahme sei auf § 330 a StGB verwiesen.

⁴⁰ Zum früheren Streitstand Schmidt/Schöne (Fn. 29), S.2514; P. Cramer, in: Schönlke/Schröder, StGB 24. Aufl. München 1991, Vorbem. §§ 324 ff., Rn. 16 ff.

⁴¹ Die Gesetzesänderung entspricht am ehesten der bis dahin vertretenen sog. Rechtsmißbrauchslehre: Nachweise bei Schmidt/Schöne (Fn. 29), S. 2514.

⁴² Eser (Fn. 28), S.104.

⁴³ So auch Schmidt/Schöne (Fn. 29), S. 2514.

solo a modificaciones de contenido marginales, especialmente en la formulación de hechos singulares. De todos modos los § 330, 330a StGB prevén un leve aumento del marco penal, el cual confirma la descripta tendencia hacia una expansión y agravamiento del Derecho Penal Ambiental. Al respecto, principiando la reforma del año 1994, no se vio manifiestamente la necesidad de argumentación.

3. *Punto actual de discusión: ¿existencia del hecho especial para funcionarios?*

En los nuevos tiempos se plantea la discusión sobre los puntos débiles del Derecho vigente ubicando la falencia, especialmente, en la existencia de hechos penales cometidos por funcionarios⁴⁴, en la medida en que los órganos de gobierno toman decisiones ilegales en perjuicio del ambiente, y detrás de ellos gente y empresas pueden “valerse de toda clase de pretextos”, aumentando las necesidades legales.

No se pudo imponer un proyecto de introducción con propuesta propia del SPD (Partido Social Demócrata alemán) respecto a la punibilidad de funcionarios⁴⁵. La mayoría en la Cámara de Diputados recelaba que una punibilidad propia para funcionarios sólo marcaría una contraproductividad ya que una “mentalidad protectora” de las autoridades ambientales llevaría hacia una penalización de ese cargo administrativo o un éxodo de personal calificado⁴⁶. Justamente porque la policía y la fiscalía necesariamente instruyen con la cooperación de la autoridad ambiental, se prohíbe la introducción de un delito propio de los funcionarios. Al respecto, el Derecho Penal no puede ir a poner remedio ya sea por vicios organizativos, instrumentales o personales. En consecuencia, sigue pensando el legislador alemán, tanto ahora como antes, que puede recurrir a las prescripciones penales generales⁴⁷, especialmente a la punibilidad de la omisión impropia, desde la posición

⁴⁴ Zum folgenden Eser (Fn 28), S 117 f

⁴⁵ Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes- Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität, Bundestags-Drucksache 12/376

⁴⁶ Nachweise bei Schmidt Schöne (Fn 29), S 2515

⁴⁷ Vgl. Bundestags-Drucksache 8 3633, S 20

de garante del funcionario competente (art. 13, párrafo 1, StGB) que tiene una función protectora de los bienes ambientales⁴⁸.

En esta discusión hay que hacer notar que una opinión minoritaria⁴⁹ teme un desborde del límite de la extensión de la punibilidad y, por lo tanto, rechaza una obligación de garantía, que se le atribuye al más alto especialista responsable de la administración ambiental, sin suficiente peso⁵⁰. Al respecto, una criminalización de funcionarios, en la práctica, pondría un cerrojo a la libertad de movimiento administrativo⁵¹. Precisamente por esto la punibilidad sigue siendo, en el fondo, restringida a la conducta específica. Así, evitar el daño ecológico depende de las pertinentes leyes administrativas, situación ésta que, en la práctica, pocas veces puede ser relevante, tal como lo demuestran las experiencias del pasado⁵².

En efecto, se puede hacer responsable directo o indirecto al funcionario de un hecho delictivo ambiental, luego de la decisión del Tribunal Federal alemán⁵³, siempre que haya sido consciente de la falta al otorgar el permiso administrativo.

Para terminar debemos meditar, con la mirada en la experiencia de otros ordenamientos legales, sobre la introducción en el ordenamiento legal de una propia punibilidad para funcionarios en el Derecho Penal Ambiental.

4. *Resumen: agudización de la conciencia del ser del ambiente*

La evolución del Derecho Penal Ambiental tendrá también en el

⁴⁸ Eser (Fn. 28), S. 117/118; Schmidt/Schöne (Fn. 29), S. 2515.

⁴⁹ H. Tröndle, *Verwaltungshandeln und Strafverfolgung-Konkurrierende Instrumente des Umweltrechts?*, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 1989, S. 918-927 (922 f.); B. Immel, *Die Notwendigkeit eines Sondertatbestandes im Umweltstrafrecht-Umweltuntreue*, ZRP 1989, S. 105-110(108); C. Geisler, *Strafbarkiet von Amtsträgern Im Umweltrecht*, NJW 1982, S. 11-15 (13 f.).

⁵⁰ So auch Schmidt/Schöne (Fn. 29), S. 2515.

⁵¹ OLG (Oberlandesgericht) Frankfurt, NJW 1987, S.2757; weitere Nachweise bei Eser (Fn. 28), S. 118.

⁵² Eser (Fn. 28), S. 118.

⁵³ BGHSt 39, 381 (1993); Kritisch dazu R.Michalke, *Die Strafbarkeit von Amtsträgern Wegen Gewässerverunreinigung (§324 StGB) und umweltgefährdenden Abfallbeseitigung (§ 326 StGB) in neuem Licht*, NJW 1994, S. 1693-1698.

futuro objeciones tanto del lado de la economía como de la dogmática penal. Sin perjuicio de ello, el tema debe analizarse sobre la base de una toma de conciencia de la responsabilidad que nos compete frente a futuras generaciones para la recepción del natural fundamento de vida del hombre.

Para una agudización de la toma de conciencia respecto de la protección del ambiente, debe descartarse una corta visión antropocéntrica –que sólo se organiza en provecho del hombre y en seguridad de los recursos naturales⁵⁴–. En consecuencia, hay que diferenciar entre ambientes con capacidad de regeneración (como aire, animales y plantas) y ambientes incapaces de regeneración (como valuación del suelo) y concentrar la protección especialmente en la regeneración de bienes ambientales. El objetivo de la conservación de provisión de materiales heredados, en su necesaria diversidad, fue tenido en cuenta en forma insuficiente, considerando que de la protección de cada especie vegetal y animal deviene la conservación de la diversidad de especies. Para que se dé la seguridad en la cualidad humana reivindicando el pasado del hombre, no tienen que existir diferencias entre la conservación del equilibrio ecológico y la diversidad de especies vegetales y animales.

⁵⁴ Zum folgenden näher Eser (Fn. 28), S. 123.