

Facultad de Derecho.

Departamento de Derecho Administrativo, Financiero y Procesal.
Programa de doctorado en Estado de Derecho y Gobernanza Global.



El sistema punitivo aplicable a personas jurídicas
por delitos ambientales.

Tesis Doctoral.

Autora: Adriana Gabriela Ibañez
Directora: Dra. Nuria Matellanes Rodríguez

Salamanca 2019

Agradecimientos.

A mi familia que me banca en la distancia,

A la nonna Pili y al nonno Boni, que siempre fueron mi inspiración,

A mi directora por su paciencia infinita,

A la USAL y al proyecto de Erasmus Mundus convenio ARTESS por la oportunidad.

RESUMEN: En el contexto actual la protección y gestión racional del medio ambiente hace, dada su fundamental importancia para la vida, necesaria la intervención del Estado mediante políticas de gobernanza que compatibilicen las necesidades conservacionistas con el progresivo desarrollo económico, pues ambos intereses son irrenunciables dentro del sistema socioeconómico vigente. En este contexto, se plantea desde un estudio de las penas por delitos contra el medio ambiente aplicadas a personas jurídicas, haciendo un análisis cualitativo descriptivo de lo que ello conlleva en relación a las construcciones dogmáticas del sistema punitivo español. Todo ello con el foco puesto en la prevención del daño al ambiente como orientación político criminal del sub sistema penal.

PALABRAS CLAVE: responsabilidad penal de las personas jurídicas, compliance, delitos contra el medio ambiente, legitimación de la pena, derecho penal de autor.

Índice.

Abreviaturas.	9
Introducción	11
Primera parte: Cuestiones introductorias a la protección penal del medioambiente desde la responsabilidad de las personas jurídicas.....	15
I. Contexto dentro del que se plantea la Tesis.....	16
II. Breves aspectos descriptivos del sistema de imputación de las personas jurídicas.....	29
2.1. ¿Quiénes?.....	31
2.2. ¿En qué casos?.....	36
2.3. ¿Cómo se imputa?.....	38
2.3.1. Hecho de conexión.....	39
2.3.2. Comprobación del modelo de prevención de delitos.....	47
2.4. El Defecto de Organización como base de la pena.....	49
III. Aspectos definitorios del bien jurídico medioambiente.....	55
3.1. Fundamento constitucional.....	57
3.2. Caracteres definitorios del medio ambiente como bien jurídico.....	63
3.3. El medio ambiente como bien jurídico en el Código Penal.....	71
IV. Delimitación del ámbito de estudio: tipos penales que protegen al medioambiente y que pueden ser cometidos por personas jurídicas.....	85
Segunda Parte: Personas jurídicas y Medio ambiente.....	97
I. ¿Es el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas una forma de Derecho penal de autor?.....	98
1.1. ¿Reciclaje teórico o antecedentes históricos?: breve referencia al Derecho Penal de autor.....	102
1.2. Responsabilidad penal de las personas jurídicas como manifestación del Derecho Penal de autor...109	
1.2.1. Porque el autor es una ficción jurídica asociativa.....	109
1.2.2. Porque el Código Penal ya tiene otros casos en que hay elementos de Derecho Penal de autor individual:.....	116
1.2.3. Porque el Derecho Penal autor societario es compatible con la Constitución Española.....	121
1.3. Derecho Penal autor societario como corolario de la autorresponsabilidad de las personas jurídicas.....	124
1.4. Modelo de reproche penal fundado en la identidad organizativa inadecuada a las expectativas de responsabilidad social corporativa.....	126
II. Desafíos dogmáticos para el sistema de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas.....	128
2.1. Principio de personalidad de las Penas frente a la imputación a Personas Jurídicas.....	129
2.1.1. Acción normativa de las personas jurídicas. Elementos.....	137
2.1.1.1. El hecho de conexión como materialización del peligro de la personalidad defectuosamente organizada.....	138
2.1.1.2. Comisión por omisión: la lógica detrás del hecho del fallo en la supervisión.....	141
2.1.2. Responsabilidad penal en estructuras jerárquicas.....	145
2.1.2.1. Delitos intra empresa vs. delitos desde la empresa.....	145
2.1.2.2. Autoría y participación intra estructuras empresariales.....	146
2.1.2.2.1. Posición de garante del superior jerárquico.....	147
2.1.2.2.2. Aplicabilidad del principio de confianza a la división funcional de tareas dentro de la persona jurídica.....	151
2.1.2.2.3. Autoría mediata.....	157
2.2. Responsabilidad penal por el actuar de otro.....	159
III. Nociones generales de compliance y su marco normativo en medio ambiente.....	162
3.1. Algunas formas de autorregulación: delimitación y utilidad.....	162
3.1.1. Buen gobierno corporativo.....	168
3.1.2. Responsabilidad Social Corporativa.....	170
3.1.3. Ética empresarial.....	171
3.2. Riesgo legal y cumplimiento normativo.....	173
3.2.1. Organización funcional autónoma.....	177
3.2.2. Mapa de riesgos legales.....	180
3.2.3. Transformación cíclica: verificación periódica.....	182

3.2.4. Documentación fehaciente de todas las actuaciones y publicidad.....	183
3.2.5. Inclusión de directrices de comportamiento.....	184
3.2.6. Canales de comunicación interna de incidencias y denuncia.....	185
3.2.7. Función de policía interna.....	186
3.3. Cumplimiento normativo en el Código Penal.....	188
3.4. Desafíos para la autorregulación desde el Derecho Penal medioambiental.....	194
3.4.1. Bien jurídico sistémico.....	194
3.4.2. Técnica del tipo penal en blanco.....	195
3.4.3. Adelanto de la punibilidad.....	199
3.5. Normas de protección ambiental en el ordenamiento jurídico español: proyección.....	203
3.5.1. Evaluación de impacto ambiental.....	206
3.5.2. Ley de Responsabilidad por daño ambiental.....	207
3.6. Mecanismos normalizados de autorregulación ambiental (propuestas de adecuación preventiva del riesgo medio ambiental).....	210
3.6.1. ISO 14001: sistemas de gestión medioambiental.....	213
3.6.2. Reglamenteo EMAS.....	216
3.6.3. Valoración sobre la integración de la autorregulación medio ambiental en relación al cumplimiento normativo.....	218
Tercera Parte: Sistema de sanciones para personas jurídicas en delitos medioambientales.....	225
I. Fundamentos de la pena a personas jurídicas.....	226
1.1. Penas: nociones generales.....	226
1.2. Función de las penas en personas jurídicas.....	231
1.2.1. Teorías de la Pena. Principales corrientes históricas.....	231
1.2.1.1. Teorías Absolutas.....	232
1.2.1.2. Teorías Relativas.....	241
a) Prevención general negativa.....	242
b) Prevención general positiva.....	247
c) Prevención especial positiva.....	257
d) Prevención especial negativa.....	262
e) Teorías Mixtas o de la Unión.....	264
1.2.1.3. Recapitulación.....	268
1.2.2. Teorías de la pena aplicadas a personas jurídicas. Principales problemas.....	273
1.2.2.1. Legitimación de la pena a personas jurídicas: por qué se pena.....	274
1.2.2.2. Finalidad de la pena a personas jurídicas.....	277
II. Penas para el delito medioambiental de las personas jurídicas.....	288
2.1. Multa penal.....	289
2.1.1. Legitimación y funcionalidad en personas jurídicas.....	289
2.1.2. Desarrollo normativo de la pena de multa en personas jurídicas.....	293
2.1.2.1. Detersión de delito y aseguramiento de la supervivencia de la empresa.....	298
2.1.2.2. Sistema de días multa.....	302
2.1.2.3. Sistema proporcional.....	305
2.1.3. Determinación de las agravantes aplicadas al delito medioambiental de la persona jurídica.....	308
2.1.3.1. Sistemas de incorporación de las agravantes del 327 a la prisión de referencia para determinar el cálculo de la escala de la multa a la persona jurídica.....	311
2.1.3.1.1. Aplicación de la agravante sobre la prisión como pena de referencia.....	313
2.1.3.1.2. Aplicación de la agravante sobre la graduación de la multa de la persona jurídica.....	316
2.1.3.1.3. Posición personal.....	317
2.1.3.2. Breve referencia a los tipos cualificados.....	318
2.1.4. Análisis de las atenuantes aplicadas al delito medioambiental de la persona jurídica.....	319
2.1.5. Reglas de determinación de la multa.....	328
2.1.6. El problema de la insolvencia y el riesgo de la disolución como consecuencia de la pena de multa.....	334
2.2. Disolución de la persona jurídica.....	335
2.2.1. Condiciones de procedencia.....	337
2.2.2. Consecuencias.....	342
2.2.3. Funcionalidad de la pena de disolución.....	344
III. Penas de perfil preventivo-especial.....	346
3.1. Suspensión de sus actividades (c).....	349
3.2. Clausura temporal de locales y establecimientos (d).....	350
3.3. Prohibición de realizar en el futuro actividades en cuyo ejercicio se haya cometido el delito (e).....	353

3.4. Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público, y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social (f).....	353
3.5. Intervención judicial de la persona jurídica (g).....	355
3.6. Reglas de determinación para las penas c) a g).....	357
Excurso: Consecuencias del principio de non bis in ídem aplicadas al objeto de estudio.....	361
1. Doble sanción consecuencia de un procedimiento administrativo y un proceso penal.....	366
2. Multa administrativa computada sobre la multa penal: observaciones en relación con su naturaleza jurídica.....	373
3. Doble sanción individuo-persona jurídica.....	378
4. Sujeción especial como límite al non bis in ídem.....	382
IV. Las consecuencias accesorias del delito de las personas jurídicas.....	386
4.1. Decomiso de los instrumentos del delito.....	389
4.1.1. Utilidad y planteamientos generales.....	389
4.1.2. Decomiso de productos de la actividad societaria contaminante.....	396
4.1.3. Decomiso por delito continuado contra el medio ambiente de una persona jurídica.....	400
4.1.4. Otros supuestos de procedencia del decomiso.....	404
4.2. El 129 CPE: Intervención de empresas, sociedades y otras agrupaciones sin personalidad jurídica.....	407
4.2.1. Consideraciones sobre el criterio de delimitación entre el sistema de RPPJ y las consecuencias del 129 CPE.....	407
4.2.2. Características del sistema.....	412
Conclusiones.....	418
Bibliografía.....	427

Introducción

1. Justificación e hipótesis de trabajo

La responsabilidad penal de las personas jurídicas es en el Derecho Penal actual una materia ampliamente trabajada, sobre todo, a partir de su introducción en España con la reforma 5/2010 del Código Penal. En este sentido, la bibliografía es extensa, variada y en aumento, y sin embargo, la progresión de los cambios legislativos y las dificultades dogmáticas frente a los institutos del Derecho Penal clásico, hacen que queden aún muchos campos por explorar, sobre todo, desde que todavía no puede predicarse abundancia en su implementación en los tribunales de justicia.

En este contexto es que planteo la presente tesis, en la que se pretende explorar el cambio de paradigma que el *societas delinquere potest* implica en relación a la protección penal del medio ambiente, exigiendo consecuentemente la adaptación de institutos del Derecho Penal clásico al normativismo utilitario que el actual sistema de responsabilidad penal para personas jurídicas plantea.

La criminalización de las empresas, asociaciones y otras formas jurídicas es la respuesta político criminal que se ha elegido para afrontar jurídicamente la problemática desarrollo vs. ecología. El sentido que cobra la inclusión de tipos penales protectores del medio ambiente se orienta al truncamiento de las vías de evasión de responsabilidad por hechos intolerables dentro de la agenda medioambiental nacional e internacional, aún cuando no sea posible individualizar víctimas, y sobre todo cuando no es posible identificar autores individuales. Después de todo, los grandes desastres ecológicos resultan de grandes riesgos medioambientales, materializados en actividades de alto coste operativo que suelen ser ajenas al ciudadano de a pie.

Con esto no se quiere restar importancia al daño o peligro “agregado” que resulta de la sumatoria de actividades cotidianas contaminantes, pero que carecen de relevancia penal, e incluso escapan de la regulación administrativa. Las soluciones a estas conductas de la que la mayoría somos responsables en algún momento, dependen de la educación y conciencia medioambiental del individuo que puede ser

moldeada mediante políticas preventivas no penales. De lo que se trata en todo caso, es de enfocar el trabajo en la evitación jurídica de la irresponsabilidad organizada en materia medio ambiental.

En este sentido, gracias a la configuración actual del sistema de responsabilidad penal para personas jurídicas, es que se puede plantear como hipótesis de trabajo el incremento de la aptitud preventiva de perjuicios al medio ambiente, derivado del uso de la pena sobre estos sujetos y, simultáneamente, de la transformación interna que se promueve desde la norma penal con los programas de cumplimiento normativo.

2. Objetivos

- Plantear la visión preventiva del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en delitos que tienen por objeto de protección el medio ambiente;
- Describir a partir de las construcciones clásicas de la teoría de la pena el cambio de paradigma derivado de la punición de personas jurídicas, para lo cual se revisarán críticamente los elementos necesarios para una aplicación de penas coherentemente al subsistema penal vigente;
- Identificar el camino introducido por el cumplimiento normativo al sistema penal en relación a su proyección formal medioambiental desde una perspectiva político criminal;
- Plantear la necesidad de adaptación del subsistema penal a conceptos de criminalidad empresarial de cara al logro de una mejor interpretación de las posibilidades del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas;
- Revisar el recorrido de la teoría de la pena en su camino hacia la legitimación de la sanción criminal, y plasmar las adaptaciones a que se ve sometida frente a la categoría de autor jurídico societario;
- Analizar la finalidad y utilidad de la pena a personas jurídicas en concreta confrontación con los delitos que protegen el medio ambiente de los que pueden ser responsables las personas jurídicas.

3. Metodología

En la presente tesis doctoral se utiliza el método de análisis cualitativo descriptivo del objeto de estudio planteado en el punto anterior. Para ello, he recurrido inicialmente a la recopilación, lectura y clasificación de material bibliográfico – literatura científica- sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas (primero), y luego, referentes equivalentes y necesarios sobre delitos medioambientales 325-330, 343, y 348 CPE, en función de que son los que admiten la autoría de personas jurídicas. En la medida de lo necesario, se ha consultado materia referente a la teoría general del Derecho Penal, -especialmente teoría de la pena y material criminológico vinculado-. Asimismo, se han consultado artículos e informes de especialistas en *compliance*, reputación social, y responsabilidad social corporativa, del área empresarial. Se ha aprovechado también, la limitada jurisprudencia disponible en aplicación del art. 31 *bis* CPE para contrastar las inferencias realizadas en base al material antes descrito, así como la complementación con las dos circulares de la Fiscalía General del Estado.

El análisis del material descrito, se organiza en tres partes: la primera parte: “cuestiones introductorias a la protección penal del medioambiente desde la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. Esta primer parte, sirve como punto de partida para la relación de los dos siguientes. Dado que en ella se delimita el objeto de estudio de la presente investigación, planteando la vinculación entre el medio ambiente como objeto del Derecho Penal y una síntesis del mecanismo imputativo de responsabilidad penal para personas jurídicas. Esta relación, por obvia que pueda parecer, se plantea aquí partiendo de un análisis centrado en la justificación de las necesidades preventivas que, por un lado este bien jurídico demanda, y por el otro, el creciente expansionismo del Derecho Penal plantea con la RPPJ¹.

Una vez establecido el eje introductorio que funciona como nexo sobre el que se construyen el resto de los epígrafes, la segunda parte: “Personas jurídicas y medio ambiente”, agrupa en tres números con clara orientación temática. Se parte de la noción del Derecho Penal de autor societario (o modelo de responsabilidad por identidad organizativa), explicando porqué es aceptable este acercamiento

¹ En adelante se aludirá al conjunto de reglas que componen el subsistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas con las siglas RPPJ.

interpretativo hacia el Derecho Penal de autor para las personas jurídicas. En el número II, se avanza sobre cuestiones dogmáticas fundamentales para explicar la procedencia de verdaderas penas a personas jurídicas. Con este objetivo en mira, es que se exponen las nociones de acción y autoría aplicados a personas jurídicas, así como también se expresan con ánimo expositivo otros aspectos de responsabilidad penal vinculados a estos institutos –y otros que podrían aparecer problemáticos-. Finalmente, esta segunda parte se cierra con una introducción a institutos de Derecho empresarial, como RSC², ética empresarial, y cumplimiento normativo. Estas nociones básicas, se desarrollan enfocadas en dos puntos fundamentales: 1) su proyección dentro del ámbito penal como herramientas que pueden constituir el “modelo preventivo de delitos”, indicado en el art. 31 *bis.2* CPE, y 2) como otra herramienta de gestión del riesgo medioambiental planteado por las empresas, con claros efectos penales.

Por último, la tercera parte de esta tesis: “sistema de sanciones para personas jurídicas en medio ambiente”, se centra en el planteo y desarrollo de la penas de los tipos medioambientales aplicadas a personas jurídicas. Se parte primero, de una exposición de las principales corrientes legitimadoras de la pena, con el fin de plantear un punto de partida apropiado políticamente que permite legitimar el sistema de RPPJ como ruta de autorresponsabilidad para personas jurídicas. El que pueda justificarse sistémicamente la utilidad de la pena (en general) a personas jurídicas, permite luego avanzar sobre el análisis de las penas del art. 33.7 en concreto, siempre manteniendo el foco en problemas de legitimación y funcionalidad concretos a estos sujetos, y tomando como medida las escalas y características propias de los delitos contra el medio ambiente. Por último, si bien no son penas propiamente dichas, se ha añadido una breve exposición sobre las consecuencias accesorias aplicadas al objeto de estudio, en primer lugar porque contribuyen al sistema preventivo del Derecho Penal económico, y en segundo lugar porque el art. 129 es una suerte de comodín que se reserva el Código para vedar la impunidad delictiva vinculada causal y funcionalmente con organizaciones que carecen de personalidad jurídica, pero presentan similar potencialidad dañina para los bienes jurídicos.

² Siglas indicativas de la responsabilidad social corporativa.

I. Contexto dentro del que se plantea la Tesis

La protección del medioambiente es una problemática constante en el diseño de las políticas de Estado que supera los intereses exclusivamente locales, a pesar de que su gestión requiere de la anuencia regional para ser medianamente efectiva. El interés que existe en la administración y uso sostenible de los recursos naturales, y en el cuidado del entorno como sistema complejo que sustenta la vida, no es únicamente un interés derivado de la titularidad de recursos sometidos a la soberanía estatal, sino que es una cuestión que trasciende las fronteras y excede los intereses económicos territoriales, erigiéndose como valor fundamental de la existencia misma³.

Por exagerado que parezca, la experiencia nacional e internacional ha puesto de manifiesto el peligro contenido en las actividades humanas realizadas irresponsablemente, sobre todo, luego del advenimiento de la industrialización del s. XIX, que ha visto materializarse en catástrofes medioambientales los riesgos provenientes de la economía⁴. A modo ilustrativo se pueden recordar los accidentes nucleares de Chernóbil en 1986 y el de Fukushima I en 2011, y en España, el derrame tóxico de Aznacóllar en 1998 que hizo llegar un alud de aguas ácidas y desechos tóxicos al río Guadimar y al espacio natural de Doñana; o el hundimiento del Prestige en las costas gallegas que en el año 2002 provocó un derrame de crudo que se extendió entre Galicia y Portugal poniendo en jaque la salud de sus costas. Pero el peligro para el medio ambiente no se expresa únicamente en las grandes catástrofes - que son las que más atención pública reciben-, sino que se manifiesta en el agregado de “pequeños daños” derivados de actividades más cotidianas, menos escandalosas, pero en conjunto igualmente alarmantes para el equilibrio del sistema vital.

La preocupación por la protección del medio ambiente como condicionante del modelo económico basado en el progreso tecnológico, tuvo por primera vez cabida dentro de la agenda política internacional, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio humano, celebrada en Estocolmo (1972). Le siguieron progresivamente, reuniones, acuerdos, consorcios y convenios internacionales que se

³ Cfr. PRADEL, J., “Delitos contra el medio ambiente”, en TIEDEMANN, K. (Dir.)/NIETO MARTÍN, A. (Coord.) VVAA, *Eurodelitos. EL Derecho Penal económica en la Unión Europea*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2004, p. 93 y ss.

⁴ Cfr. DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “Hacia un Derecho Penal internacional medioambiental: catástrofes ambientales y «ecocidio»”, en DEMETRIO CRESPO, E., /NIETO MARTÍN, A. (Dir.), VVAA, *Derecho penal económico y Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 245 y ss.

ocuparon de la elaboración de los principios de la protección medio ambiental internacional, y de regular responsabilidades en materias específicas como la navegación, los espacios protegidos, las emisiones, etc. En todo caso, la importancia de la gestión de los recursos naturales, y con ellos, del conjunto sistémico "medio ambiente", puede ser considerado a la fecha una materia cuyo peso es reflejado en la ingente cantidad de trabajos académicos que desarrollan la problemática desde ramas especializadas del conocimiento humano (biología, ecología, sociología, economía, derecho, etc.)⁵. Probablemente, todo argumento que pueda sostener aquí, relacionado con la importancia del medio ambiente para el ser humano y para la vida en general, ya ha sido desarrollado con detalle, al punto de que la legitimación interventora en la protección del mismo, está incorporada en la sapiencia colectiva de forma natural –y como resultado de la incorporación legislativa de la educación ambiental en currículos formales e informales-. Lo que justifica la adhesión al paradigma de la necesidad de protección (y gestión) del medio ambiente, y por consiguiente a la necesidad de la intervención estatal que garantice la salud del mismo.

Ante estos precedentes, el sistema legal construido alrededor de la premisa "protección del medio ambiente", se compone de varios conciertos internacionales⁶ y

⁵ Una exposición evolutiva de la protección (y visión) legislativa del medio ambiente es la realizada en JORDANO FRAGA, J., *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Bosch, Barcelona, 1995, pp. 15-53

⁶ Los principales acuerdos internacionales sobre materias concernientes a las líneas de política medio ambiental son:

- Convenio de Aarhus, sobre participación ambiental del 25 de junio de 1998, en vigor a partir del 31 de octubre de 2001. En España, ratificado en 2004, y en vigor a partir del 29 de marzo del 2005. Luego, la materia es contenida en la Ley 27/2006, Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE).

- Para la protección de la naturaleza, el paisaje y la biodiversidad destacan el Tratado del Antártico (1959) y Protocolo de Madrid (1991), Convenio de Ramsar sobre Humedales de Importancia Internacional (1971), Convención de la UNESCO para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural (1972), Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES) de 1973, Convenio sobre la Conservación de Especies Migratorias de Animales Silvestres (1979), Convenio sobre la Diversidad Biológica (1992), Tratado Internacional de la FAO sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura (2001), Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los países afectados por sequía grave o desertificación (1994), Convenio Europeo del Paisaje (2000), Plataforma intergubernamental científico-normativa sobre diversidad biológica y servicios de los ecosistemas (IPBES, por sus siglas en inglés).

- Protección del medio marino: La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 (UNCLOS), Convenio para Prevenir la Contaminación por los Buques (MARPOL 1973/78), Convenio de Barcelona sobre zonas especialmente protegidas y diversidad biológica en el Mediterráneo (Junio 1995), Convenio relativo a la Protección del Medio Marino del Nordeste Atlántico (OSPAR), Convenios para la conservación de hábitats y especies marinas amenazadas, el Acuerdo ACCOBAMS (Acuerdo para la Conservación de los Cetáceos del Mar Negro, el Mar Mediterráneo y la Zona Atlántica Contigua).

supranacionales⁷ que sientan los cimientos de la protección medioambiental en el

- Calidad del Aire: Convenio sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia de 1979 (LRTAP), Protocolo de Montreal de septiembre de 1987, parte integrante del Convenio de Viena (OZONO).

- Cambio climático: Acuerdo de París como parte de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático que establece medidas para la reducción de las emisiones de Gases de Efecto Invernadero (GEI), aplicable cuando finalice en el año 2020, cuando finaliza la vigencia del Protocolo de Kioto.

- Sustancias peligrosas: Convenio de Basilea sobre el control de movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación de 1989; Convenio de Rotterdam sobre el procedimiento de consentimiento fundamentado previo aplicado a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional de 1998, y Convenio de Estocolmo sobre contaminantes orgánicos persistentes de 2001.

Compilación trabajada en su extensión, y con indicación del seguimiento en LAGO CANDEIRA, A., "El avance del Protocolo de Montreal hacia la mitigación del cambio climático (Enmienda de Kigali)", en LÓPEZ RAMÓN, F. (Coord.) VVAA, *Observatorio de políticas ambientales 2017*, Ciemat, 1^{ra} edición, España, 2017, pp. 25-42.

⁷ Los primeros instrumentos legalmente vinculantes en materia medioambiental europeos, fueron adoptados en 1975, basados en el art. 94 EC y art. 308 EC (ahora arts. 115 y 352 TFEU). Las medidas allí previstas, resultaron del programa de acción medioambiental y de la necesidad de elegir áreas que no caían en el campo de responsabilidad de los mercados internos o de los servicios agrícolas de la Comisión, que fue el caso particular de las medidas tomadas en agua y desechos. Tras años de negociación, el Tratado de Maastricht (1993) introdujo decisiones en materia ambiental en el art. 192, aunque algunas cuestiones permanecieron sujetas a decisiones unánimes. Esto se mantuvo durante los Tratados de Ámsterdam (1999), que introdujo el sistema de toma de decisiones conjuntas en materia ambiental, y el Tratado de Niza (2003) tampoco alteró dramáticamente la situación. Por su parte, la única novedad en medio ambiente introducida en el Tratado de Lisboa, fue la introducción de provisiones para la lucha contra el cambio climático. *Cfr.* KRÄMER, L., *EU environmental law*, Sweet&Maxwell, 7^{ma} edición, UK, 2012, parr. 1-05 y 1-06.

En este contexto organizativo, la labor de la Unión ha sido ardua para alcanzar el desarrollo de la política europea medio ambiental, elaborando instrumentos de variada naturaleza y variada especialidad. Reglamentos y Directivas, adoptadas por el Parlamento Europeo y el Consejo de Europa conjunta o separadamente, constituyen la principal fuente normativa común dentro del espacio europeo. En cualquier caso, en la materia medioambiental, la principal fuente son las directivas, y más escaso el uso de reglamentos, en tanto los segundos son de aplicación general, vinculantes en su totalidad y de directa aplicación. Los reglamentos pueden ser agrupados en: aquellos que preparan una estructura administrativa específica, como es el caso de la Agencia Medioambiental Europea, el instrumento financiero LIFE, o el fondo de cohesión –aquí se encuentran la provisión de la agricultura orgánica, los procedimientos para el etiquetado ecológico, los requerimientos de datos para fabricantes e importadores, y las eco-auditorías-; en el segundo grupo de reglamentos se encuentran los que trasponen obligaciones resultantes de convenciones internacionales de protección/gestión medioambiental, sirviendo principalmente para organizar el comercio internacional de productos, residuos, fauna y flora, etc. –ejemplo es el reglamento 1005/2009 sobre sustancias que agotan la capa de ozono, el reglamento 1013/2006 de transporte de residuos, y el reglamento de comercio de especies protegidos 338/97, etc.-.

Las directivas por su parte, son más detalladas en tanto apuntan a la obtención de objetivos concretos, como se aprecia en la abundancia de estos documentos destinada a armonizar los vehículos a motor. Sin embargo, el detalle manifestado en la regulación de la producción e incluso de las prácticas agrícolas, no es igual en todas las materias vinculadas a la protección del medio ambiente, al punto que la gran mayoría se limita a establecer en marco mínimo (vinculante para los Estados pero no directamente extrapolable por sí solo a las personas jurídicas y otras formas de organización no estatal), lo que explica la diferencia regulatoria que se aprecia entre los Estados miembros. La obligatoriedad normativa del contenido de las directivas, depende de que los Estados miembros satisfagan su obligación de trasponer su contenido en la legislación local –trasposición que sí vincula a *todos* los sujetos que actúan en el territorio nacional-.

Las decisiones relativas a la gestión medioambiental también son abundantes en la política medioambiental europea, las más frecuentes establecen algún organismo o cuerpo que pueda ofrecer asistencia financiera para el desarrollo de proyectos ambientales dentro del Fondo de Cohesión o el

mundo, e indirectamente por operatividad o por imposición, integran escalonadamente las normas gestoras estatales y luego locales.

El Tratado de la Unión Europea de 1992, es el punto de partida perfecto para apreciar el camino trazado hasta ahora, y sobre todo, a qué se apunta en cuanto a política medio ambiental regional. En este sentido se lee en el preámbulo:

*"(...) DECIDIDOS a promover el progreso social y económico de sus pueblos, teniendo en cuenta el principio de desarrollo sostenible, dentro de la realización del mercado interior y del fortalecimiento de la cohesión y de la protección del medio ambiente, y a desarrollar políticas que garanticen que los avances en la integración económica vayan acompañados de progresos paralelos en otros ámbitos, (...)"*⁸

Declaración de intenciones, que expresa el camino para resolver la clásica -y aparente⁹- tensión entre el desarrollo económico y la protección del medio natural, y sobre el que se construyen mecanismos limitadores de las actividades industriales y

instrumento financiero LIFE; regulando la incorporación al mercado de los instrumentos medioambientales para garantizar la libre competencia (arts. 101, 102, 107 y 108 TFUE). También existen Recomendaciones, Comunicaciones, Programas de acción, Resoluciones, Acuerdos Medioambientales, y acuerdos tripartitos entre Estados, que sirven para conformar las fuentes europeas de regulación normativa del uso sostenible del medio ambiente. *Cfr. KRÄMER, L., EU environmental law (...), Op. Cit., para. 2-31 -2-48.*

En la actualidad, la UE cuenta con una vastísima lista de resoluciones, acuerdos, y directivas especializadas en la gestión económica del medio ambiente, organizada por materias: lucha contra el cambio climático; disposiciones generales; desarrollo sostenible; gestión de los residuos; contaminación atmosférica; protección y gestión de las aguas; protección de la naturaleza y la biodiversidad; protección del suelo; protección civil; molestias sonoras; medio ambiente: cooperación con terceros países; entre otras. Consultado el 10 de noviembre 2018 en <https://eur-lex.europa.eu>

⁸ UNIÓN EUROPEA, Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, *Diario Oficial de la Unión Europea* C 83/15, 29 de julio de 1992, pp. 15 y 16.

⁹ Digo "aparente" en relación con la dicotomía desarrollo vs conservación del medio ambiente natural, porque el planteo enfrentado de las dos aspiraciones no es necesariamente correcto. La ambigüedad del rechazo, está relacionada, primero con la causalidad entre calidad/salud medioambiental y la existencia de los recursos naturales indispensables para la explotación económica (perspectiva global). Es decir, si no se gestiona razonablemente el recurso, no sólo conservándolo sino también promoviendo su mejora, el agotamiento sería inevitable, y por consiguiente, la extinción de la actividad económica sería el destino final. Luego, la dependencia a nivel existencial para la continuación de las actividades industriales, que en teoría desmonta la opción medioambiente o desarrollo, no obsta a que en la micro escala de los particulares (productores, pequeñas y medianas empresas, autónomos, etc.) sí aparezcan casos de conflicto inmediato. En ocasiones, la diferencia en rentabilidad de la actividad, o en crecimiento del volumen transaccional de una empresa, la marcará la normativa regulatoria con orientación protectora del ambiente y/o de los recursos naturales. Al menos, mientras la valoración sea desagregada. Es en la existencia de estos dos planos de análisis en apariencia contradictorios, donde radica la relatividad o apariencia de la polémica medio ambiente vs desarrollo.

Tiene sentido, entonces que la UE organice en conjunto las materias "medio ambiente" y "economía". Resultado del paradigma del desarrollo sostenible, la presencia de la economía ambiental cuyos lineamientos se orientan en el análisis del funcionamiento de la economía a partir de las relaciones entre producción, distribución y consumo condicionados por el medio ambiente como factor fundamental en su rol de proveedor. *Cfr. VILLA ORREGO, H., Derecho internacional ambiental: un análisis a partir de las relaciones entre economía, derecho y medioambiente, Astrea, Bogotá, 2013, p. 53.*

económicas dentro de la UE. Este marco, ha favorecido la formulación de los principios rectores del Derecho (más bien de la política) medio ambiental de la UE - que tienen fuente indirecta el derecho internacional antes mencionado- y en el artículo 191.2 del Tratado de Funcionamiento de la UE¹⁰:

- a) Nivel de protección elevado: originario del tratado de Maastricht, según el cual queda explícita la aspiración del sistema europeo a constituirse como un sistema de "presupuestos mínimos" elevado de protección medioambiental, que puede -y debe- ser mejorado en las legislaciones nacionales y locales¹¹.
- b) Acción preventiva y de cautela: aunque sean mencionados en conjunto por la fuente, la cautela y la prevención, son dos principios relacionados pero diferentes que tienen en común su proyección a futuro y la evitación del daño como partida. En este sentido, queda clara la necesidad de adoptar medidas que reduzcan el riesgo de deterioro con consecuencias negativas para el medio ambiente, antes de que se materialice una lesión, y la eventual responsabilidad de los Estados en su rol de veedor de los acontecimientos permitidos y ocurridos en su territorio¹². La predicción probabilística de dicho peligro, se fundamenta en la constatación científica de la existencia de un riesgo real de deterioro ambiental. Las particularidades de la materia, determinan que no se puede esgrimir en su contra los principios de subsidiariedad y proporcionalidad genéricos del Derecho de la UE, bajo condición de que se constate la existencia del riesgo real y la contribución de la medida para

¹⁰ Cfr. UNIÓN EUROPEA, Tratados Consolidados. Carta de los derechos fundamentales, *Oficina de publicaciones de la Unión Europea*, Luxemburgo, 2010, p. 132.

¹¹ Cfr. LOZANO CUTANDA, B., *Derecho Ambiental Administrativo*, Dykinson, 8^{va} edición, Madrid, 2007, p. 176.

¹² El principio preventivo tiene un origen anterior al Tratado de la Unión Europea, incluido por primera vez como principio 21 de la Declaración de las Naciones Unidas de Estocolmo de 1972 y en el principio 2 de la Declaración de Río de 1992. Ambas ocasiones en que se deja claramente establecida la responsabilidad de los Estados por daños medioambientales transfronterizos, derivada del derecho a explotar sus recursos naturales. La obligación de prevenir el daño medioambiental transfronterizo está sujeta a una variedad de interpretaciones sobre qué acciones preventivas son requeridas de los Estados, así como también qué cantidad de daño es el que debe ser prevenido. La obligación de los Estados no se trata de un aseguramiento absoluto de resultado, sino más bien de una debida diligencia para prevenir dicho perjuicio. La traducción es que, la obligación preventiva del perjuicio medioambiental transfronterizo, es la obligación de implementar fronteras adentro una política medioambiental ajustada al marco internacional suscrito por dicho Estado, y preferiblemente, ajustada al conocimiento científico que permite prever las consecuencias no deseadas de la continuación de determinadas prácticas productivas, el uso de ciertas tecnologías, etc., siempre acorde a la realidad económico social interna. Cfr. DE SADELEER, N., *Environmental principles. From political slogans to legal rules*, Oxford, UK, 2002, p. 63.

evitarlo¹³.

El principio de *cautela* invita a excluir la necesidad de que exista plena certeza científica sobre el riesgo que supone para el medioambiente un determinado fenómeno, actividad o producto y por tanto, sobre la efectividad de las medidas adoptadas para actuar en aras de la reducción de los posibles riesgos¹⁴. Esto importa la incorporación al sistema normativo, la aceptación probabilística de la vinculación entre un perjuicio y su origen, aún cuando no es posible determinar con certeza absoluta la causalidad que une ambos puntos¹⁵. Pero la falta de certeza, no obsta a la *razonabilidad*, en el sentido de que la precaución exige coherencia lógica -al menos- entre el posible riesgo y la actividad con el que se lo vincula¹⁶.

Por su parte, el principio *preventivo*, se construye con la lógica de que las medidas de evitación del perjuicio al medio se anticipan al daño, pero aún cuando éste ocurre, intentan asegurar que no se siga extendiendo, dejando más que clara la visión práctica del futuro que la importancia de este interés jurídico requiere¹⁷. El principio preventivo, se concreta sobre todo, sobre las consecuencias perjudiciales conocidas de las actividades humanas, y las medidas tendientes a evitar esos peligros cuasi certeros. Su mejor tradición legislativa, es la declaración de impacto ambiental que estudia las externalidades de un proyecto para evaluar si es sostenible desde la perspectiva medioambiental, criterio del que depende el desarrollo posterior de la actividad. Y es dentro de la lógica constructivista de este principio, dónde cabe encuadrar la mayoría de las medidas administrativas (autorizaciones, permisos, licencias), así como las medidas restrictivas, y en lo que interesa al presente trabajo: los instrumentos sancionatorios¹⁸.

- c) Corrección de los daños en la fuente misma: significa dar prioridad a las reparaciones a un estado lo más cercano posible, a la calidad medio ambiental anterior a la afectación. La prioridad, es atajar con medidas pertinentes, el daño antes de que se extienda aún más, sobrepasando la zona o foco afectado.

¹³ *Ibid.*, p. 176.

¹⁴ Cfr. LOZANO CUTANDA, B., *Derecho Ambiental Administrativo*, La Ley, 11ª edición, Madrid, 2010, p. 259.

¹⁵ Cfr. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *El principio de precaución y su proyección en el Derecho administrativo español*, Manuales de formación continuada, nº 26, Madrid, 2005, p. 27.

¹⁶ Cfr. LOPERENA ROTA, D., *Los principios del derecho ambiental*, Civitas, Madrid, 1998, p. 93.

¹⁷ Cfr. DE SADELEER, N., *Environmental principles (...)*, *Op. Cit.*, p. 61.

¹⁸ Cfr. LOPERENA ROTA, D., *Los principios del derecho ambiental (...)*, *Op. Cit.*, pp. 94 y 95.

El sentido es que, mientras más alejadas las medidas correctivas de la fuente, más chances de que se desborde el daño propagándose progresivamente (argumentado en la lógica de la afección como contaminación), y del aumento de la complejidad de la restauración. De todos modos no en todos los casos serán necesarias acciones reparadoras, puesto que dependiendo de su naturaleza y extensión, puede que la propia capacidad autorreparadora de la biósfera, absorba el perjuicio¹⁹.

- d) Quien contamina paga: el objetivo es que los costes derivados de la preparación (corrección), sean afrontados por el responsable causal y jurídico de la afección. Esto significa que la persona física o jurídica, que no supo adecuarse a los altos estándares de protección de la regulación, y con ello, afectó negativamente al medio ambiente, tenga la obligación de eliminar, neutralizar o en su defecto, reducir el perjuicio hasta un nivel aceptable o posible. Se busca evitar que por defecto sea el Estado quién se haga cargo de la reparación, puesto que ello significa que al final pagan *todos* los contribuyentes. La lógica detrás de este principio, proviene de la teoría económica de las externalidades del mercado, que exige en la búsqueda del equilibrio y, que los *freeloaders* internalicen las consecuencias de su actividad fuera de las reglas de la competencia justa²⁰. Sus principales manifestaciones se aprecian con los impuestos ambientales, estándares de calidad y refuerzo sancionatorio (Normativa europea Directiva 2004/35/CE que en derecho español es Ley 26/2007)²¹.

De entre los principios indicados, es el principio preventivo el que cobra mayor relevancia a la hora de interactuar con la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ello en una doble convergencia: por un lado, el subsistema penal es por sí mismo, una de las herramientas en las que se manifiesta la prevención como principio medioambiental y como función natural de la pena²². Por otro lado, el contexto

¹⁹ *Ibid.* p. 97.

²⁰ Cfr. SANTAMARÍA ARINAS, R.J., *Curso básico de derecho ambiental general*, Ivap, Bilbao, 2015, p. 46.

²¹ Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental, *Boletín Oficial del Estado*, n° 255 de 24 de octubre 2007, pp. 43229-43250.

²² Cuando las reparaciones civiles no son suficientes, y el Derecho Administrativo fracasa en prevenir suficientemente los atentados al medio ambiente, sumado al reconocimiento y consecuente consenso social de la insuficiencia legislativa, es cuando se reconoce la necesidad de recurrir al Derecho Penal para comunicar el rechazo comunitario al “*progresivo e irreversible proceso de deterioro del medio*

normativo europeo, conectado a las normas reguladoras, o más bien, gestoras de los riesgos contra el medio ambiente, deja ver más allá de la conexión lógica, que uno de los mecanismos disponibles para completar (y garantizar) la protección del entorno natural es el recurso al Derecho Penal. Lo que permite plantear un doble punto de conexión: de una parte, la protección del medio ambiente demanda, por su importancia y por operación formal normativa, una respuesta penal. Y por otra, tenemos el desarrollo reciente en España, de un sistema de imputación a las personas jurídicas, que apunta a responder situaciones donde se apreció legislativamente una potencialidad peligrosa mayor para el bien jurídico.

En este sentido, la *prevención* es el modelo con el que responde la política y el derecho moderno para afrontar los desafíos de la sociedad de riesgo²³, en que las empresas son algunos de los medios y mecanismos utilizados y en muchos caso las principales generadoras de peligro para el ambiente²⁴, y de bienestar para la sociedad. Aún hoy, con la tecnología disponible -y como consecuencia de ella- no es posible saber con certeza cuáles van a ser las consecuencias a mediano y largo plazo de las actividades emprendidas por el hombre, lo que pone de manifiesto la inminente

ambiente". Cfr. DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Hacia un Derecho Penal internacional medioambiental (...)*, Op. Cit., p. 251.

La prevención mediante el sistema penal, es una de las tantos campos en los que se extiende el principio de prevención medioambiental de la literatura internacional y supranacional, desde que la inclusión de tipos penales que observan la protección del medio ambiente como bien jurídico, se satisface la retórica disuasoria de las sanciones específicamente adaptadas a la delincuencia medioambiental. "*Sanciones reparadoras cumplen un importante rol en la política criminal relativa al medioambiente, en tanto conforman la unión entre el concepto retributivo del castigo orientado al pasado y la aproximación preventiva de la pena orientada más al futuro. Además, la potestad que tienen los tribunales de ordenar que las áreas contaminadas sean devueltas a una mejor condición no sólo previene la perpetuación de la violación, sino que también sirven para disuadir de comportamientos que buscan perpetuar los beneficios de actividades contrarias a la ley*" (traducción propia). Cfr. DE SADELEER, N., *Environmental principles (...)*, Op. Cit., p. 73.

²³ Noción originalmente acuñada por ULRICH BECK en 1986, se identifica desde el análisis sociológico de la era postindustrial caracterizada por la abundancia, que la producción social de riqueza es sistemáticamente acompañada de la producción social de riesgos, derivando en ello en que los principales problemas y conflictos a los que se enfrenta la sociedad son la distribución de la riqueza ante la escasez, sumado a los problemas derivados de la producción, distribución y definición de riesgos propios de la tecnología y la ciencia. Cfr. VARA, A. M., "A un año de la muerte de Ulrich Beck. De la Sociedad del riesgo a la metamorfosis del mundo", *Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología y Sociedad*, Vol. XI, nº 32, 2016, p. 220.

²⁴ El papel de las multinacionales y las corporaciones no estatales en la economía global, ha puesto de manifiesto no sólo su poder económico y su potencial peligroso en la explotación desmesurada de los recursos naturales, o en la generación de externalidades negativas, sino, y sobre todo, su potencialidad -con los incentivos pertinentes- en contribuir a un modelo de desarrollo más verde. Cfr. IGLESIAS MÁRQUEZ, D., "Empresas multinacionales y medio ambiente: el reto de la protección ambiental en la globalización económica", en SANZ LARRUGA, J. (Dir.) VVAA, *Derecho ambiental en tiempo de crisis. Comunicaciones presentadas al Congreso de la Red ECOVER (A Coruña, 19 y 20 de noviembre de 2015)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p. 131.

necesidad de tomar una actitud proactiva sobre las certezas a fin de poner freno al creciente deterioro del entorno. Así, el Estado español ha tomado las riendas de la situación, no sólo a través de las normas regulatorias específicas de cada actividad riesgosa -principalmente administrativas-, sino mediante la herramienta más potente con la que cuenta: la intervención penal en perfecta armonía con el paradigma de seguridad y control vertical vigente²⁵. Lo cual no quiere decir, que aquí se esté abogando por la legitimación de un Derecho Penal de *prima ratio*, después de todo, la respuesta penal como sistema preventivo, es mucho más limitada que cualquier política sectorial que de verdad transponga los objetivos europeos y globales de calidad medioambiental. La utilidad de la intervención penal para proteger el medio ambiente, se centra en una prevención de delitos adecuada a los límites intra sistema penal, que es una cuestión que surgirá una y otra vez durante el desarrollo de la tesis.

Volviendo al *quid* de la cuestión, el Código Penal en el Título XVI “*de los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente*”, aglutina varios capítulos que sancionan conductas y agresiones contra el medio ambiente en sentido amplio²⁶. Es cierto, cada uno de esos capítulos en lo que a materia penal concierne protege, bienes jurídicos propios, particulares de cada uno de los tipos, pero que contribuyen en la sumatoria al resultado final: la protección del entorno del humano. Y de hecho, como se verá más adelante, el medio ambiente como bien jurídico merecedor de tutela penal, es mencionado en forma dispersa en otros capítulos del CPE, bien como medio de afección a otro bien jurídico que determina la especialidad del tipo, bien como objeto de protección simultánea junto a otros intereses tutelados. Esta circunstancia, hace de la delimitación del bien jurídico “medio ambiente”, una cuestión que requiere atención, sobre todo a la hora de delimitar el objeto de estudio en la tarea investigadora. La indeterminación del bien jurídico medio ambiente, es resultado de la

²⁵ Continuando con BECK, es interesante tener en cuenta sus reflexiones relativas a la denuncia de la incapacidad del sistema tradicional de control ante la definición social de riesgo (que se componen en parte por hechos o conocimientos con sustento fáctico que alimenta su cuota de “real” y de la percepción de los mismos que contribuye a la construcción de “incertidumbres manufacturadas”), contribuyendo al desborde del riesgo que no puede ser colonizado, pues, a mayor indagación sobre determinados peligros, también se incrementa la brecha del desconocimiento. Cfr. BECK, U., “Retorno a la teoría de la Sociedad del Riesgo”, Boletín de la A.G.E., nº 30, 2000, p. 13. Consultado el 10/08/2018 en <http://boletin.age-geografia.es/articulos/30/01.pdf>

²⁶ En el apartado referente al desarrollo del medio ambiente como bien jurídico, se harán precisiones en relación a la amplitud o estrechez más apropiadas para encarar el análisis en los casos de autoría de personas jurídicas, que no coincide necesariamente con esta primera aproximación, de carácter más general.

propia naturaleza extra penal del mismo, que presenta tal amplitud dentro de su interpretación jurídica, que el sistema legal no siempre es capaz de hacer suya la complejidad sistémica del mismo²⁷.

La protección jurídica del medio ambiente, encarada desde el refuerzo coercitivo del sistema, y la identificación de conductas intrínsecamente reprochables, se encuentra con una doble imposición sancionatoria repartida entre el Derecho Administrativo sancionador y el Derecho Penal. Las complejas relaciones entre ambos, y sus cuestionables diferencias prácticas derivadas de la progresiva administrativización del Derecho Penal²⁸, resultan en que este último, además de funcionar como refuerzo material del sistema sancionador administrativo - consecuencia indirecta no necesariamente deseable de la configuración de muchos de sus tipos penales con reenvío-, y como respuesta a los abundantes casos de daño ocasionado por empresas y corporaciones, recurre a otro camino para robustecer, o más bien completar el alcance de la norma penal: la responsabilidad penal de las

²⁷ La indeterminación del concepto jurídico “medio ambiente” implica que en realidad, esta noción puede ser “extraída” del Ordenamiento jurídico, siendo el sistema legal –primero- y el sistema penal – luego-, los que intentan captar la realidad, definiéndola, para poder actuar sobre la misma moldeando normas de conducta y objetivos políticos deseados. Este ejercicio de adecuación de un fenómeno “real” o “extra-jurídico”, se hace prácticamente para todos los bienes jurídicos, con poca complejidad - por ejemplo, el inicio y el fin de la vida para el sistema legal presentó y sigue siendo materia de debate en tanto las ciencias naturales no son del todo capaces de identificar los caracteres humanos definitorios que marcan un antes y un después-. Pues bien, con relación a la definición jurídica de medio ambiente, sucede lo mismo –es un objeto jurídico indeterminado- pero con el inconveniente añadido de la dispersión de su definición en las diversas fuentes del derecho. Cfr. JORDANO FRAGA, J., *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Bosch, Barcelona, 1995, p. 76 y ss.

²⁸ La administrativización del Derecho Penal identifica el fenómeno del creciente formalismo normativo en la descripción de la conducta típica, que lo asemeja progresivamente en contenido y/o en forma al Derecho Administrativo. Por esta vía, el resultado es que cada vez con más frecuencia, sobre todo el Derecho Penal económico, se aprecia la tipificación de hechos delictivos construida sobre la inobservancia formal a normas jurídicas de referencia que se encuentran fuera del subsistema penal. Esta relación de complementariedad del Derecho Penal, hacia el Derecho Administrativo no es azarosa, sino la consecuencia de la complejidad técnica existente en ciertas materias –como el medio ambiente o el Derecho societario-, que determina en la función reguladora de la Administración, la “*contención de los riesgos, cuantificar los límites de los mismos, o simplemente regular instancias procedimentales obligatorias*”; y en el recurso a las técnicas de tipificación abiertas, en blanco o mediante reenvío del Derecho Penal, la amplitud suficiente para enfrentar el “problema”, con la taxatividad exigida por el sistema de garantías penales. Cfr. ZÚNIGA RODRÍGUEZ, L., “Relaciones entre Derecho Penal y derecho administrativo sancionador ¿hacia una “administrativización” del Derecho Penal o una “penalización” del derecho administrativo sancionador?”, en ARROYO ZAPATERO, L./ GÓMEZ DE LA TORRE, B., (Coords.) VVAA, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: “in memoriam”*, Vol. I, Universidad de Castilla-La Mancha/Universidad de Salamanca, España, 2001, p. 1422.

Por otro lado, también se produce el proceso inverso: se van extendiendo garantías y principios penales hacia el orden Administrativo Sancionador, por ser éste también una expresión de fuerza estatal (basado en la concepción unitaria del *Ius Puniendi*). El resultado es una frontera cada vez más difusa, que dificulta la diferenciación material entre ambos sub-sistemas. Cfr. RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, J.M., *Imputación de responsabilidad penal para la empresa*, IbdeF, Buenos Aires, 2015, p. 88.

personas jurídicas.

La doctrina disponible acerca de este tema es amplia y rica, así como vastísimas las aristas que su estudio demanda²⁹. Sin embargo, no pretendo hacer aquí una relación exhaustiva de las variables a tener en cuenta en este tema, cuyo trabajo en profundidad exigiría adentrarme en las posibilidades del derecho europeo y el comparado. En cambio, como el título de este apartado lo indica, quiero plasmar una visión globalizadora con la prevención como baremo, acerca de cómo se puede interpretar el sistema vigente en tanto herramienta de política criminal, aprovechando las posibilidades jurídicas que el ordenamiento complementario ofrece.

Entiendo que el Derecho Ambiental y el Derecho Penal son eminentemente preventivos, en tanto tienen el objeto común de frustrar en la mayor medida posible las alteraciones al “estado ideal de las cosas” -sea en el medioambiente como tal o en la convivencia social en general- y ambos se valen de herramientas un tanto similares para lograr sus prospectos. En el primero de los casos, la Administración se encarga de hacer uso de su poder de policía y determina de ese modo, el marco mínimo dentro del cual deben ejercerse las actividades generadoras de riesgo³⁰, normas que son

²⁹ Por mencionar solo algunos trabajos que tratan sobre la delimitación del bien jurídico medio ambiente: VALLE MUÑIZ, J. (Coord.) VVAA, *La protección jurídica del medio ambiente*, Aranzadi, Pamplona, 1997; JORDANO FRAGA, J., *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Bosch, Barcelona, 1995; CORCOY BIDASOLO, M., “Protección penal del medio ambiente: legitimidad y alcance. Competencia penal y administrativa”, en MIR PUIG, S./MODELELL GONZÁLEZ, J./GALLEGOS SOLER, J./ BELLO RENGIFO, C. (Coords.), VVAA, *Estudios de Derecho Penal Económico*, Livrosca, Caracas, 2002, pp. 611-626; DE LA MATA BARRANCO, N., “El ambiente, como objeto de tutela penal específico y sistemáticamente autónomo, desde una concepción moderadamente antropocéntrica”, en MIR PUIG, S./MODELELL GONZÁLEZ, J./GALLEGOS SOLER, J./ BELLO RENGIFO, C. (Coords.), VVAA, *Estudios de Derecho Penal Económico*, Livrosca, Caracas, 2002, pp. 569-590; MATELLANES RODRÍGUEZ, N., *Derecho penal del ambiente*, (1ra edición), Iustel, Madrid, 2008; MATELLANES RODRÍGUEZ, N., *Medio ambiente y funcionarios públicos*, Bosch, Barcelona, 2000; ROPERÓ CARRASCO, J., “el «medio ambiente» como bien jurídico susceptible de protección jurídico penal”, *Letras jurídicas: revista de los investigadores del instituto de relaciones jurídicas UV*, n^o 13, 2006; CUESTA AGUADO, P., “Algunas consideraciones acerca de la necesidad de protección del medio ambiente como bien jurídico”, *Anales de la Universidad de Cádiz*, n^o 11, 1996; BUSTOS RAMÍREZ, J., “Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente”, *Pena y Estado: (función simbólica de la pena)*, n^o 1, 1991, pp. 101-109; entre otros.

³⁰ Los mecanismos por los que la Administración hace frente al mandato constitucional de veedora de la implementación del condicionante “medio ambiente sano” al desarrollo económico y a la convivencia social, es afrontado, -según el momento y el objetivo inmediato- mediante distintas técnicas de gestión. En este sentido, existen técnicas horizontales de protección del medio ambiente: a) como ser la participación inclusiva de ciudadanos y ONGs en su protección mediante el derecho de acceso a la información, la regulación de mecanismos de participación política excepcionales (referéndums, consultas populares, e iniciativa legislativa popular); b) el sistema de prevención y restauración de daños ambientales de la Ley 26/2007 de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, *Boletín Oficial del Estado*, 24 de octubre 2007, n^o 255, pp. 43229 – 43250.

respaldadas por el propio Derecho Administrativo sancionador³¹.

Mientras que el ataque más incisivo del Derecho Penal, a través de la selección de las conductas más graves, le asigna consecuencias jurídicas de mayor calado a los delitos, como las penas, las medidas de seguridad y las consecuencias accesorias. Dependerá -como siempre en el mundo jurídico- de la interpretación de las leyes y de la práctica judicial adoptando una orientación u otra, pero en general es correcto afirmar la relación de “grados” –o accesoriedad intermedia- de un sistema a otro, siendo el sistema criminal el último escalafón en la intromisión legítima que el Estado

Las otras técnicas, esta vez verticales, de protección medioambiental administrativa son las “ordenación, limitación y control”: que naturalmente incluye la restricción legislativa de libertades vinculadas a derechos patrimoniales . Restricciones a la propiedad privada y a la libertad de empresa); ordenamiento de actividades previamente a su ejercicio (autorizaciones, registros, inscripciones, etc.), durante el ejercicio de la actividad privada restringida (inspecciones, verificaciones, impartición de órdenes o instrucciones, etc.), y actuaciones administrativas posteriores en caso de incumplimientos e infracciones (técnicas de coacción o sanción), Cfr. LOZANO CUTANDA, B., “Las técnicas horizontales de protección del medio ambiente” y “las técnicas de ordenación, limitación y control en materia ambiental”, en CANO CAMPOS, T. (Coord.) VVAA, *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo. Tomo VI: ordenación del territorio, urbanismo y medio ambiente*, Iustel, Madrid, 2009, Lecciones 12 y 13 respectivamente.

Por último, y no menos relevante, existen técnicas de fomento que aprovechan la iniciativa privada (de los administrados) para promover mediante programas políticos con objetivos específicos, la implementación por iniciativa propia de mejoras medioambientalmente más adecuadas en la propia actividad económica. Es un ejemplo de ello la constitución del “fondo para el Patrimonio natural y la biodiversidad” por operación de la Ley 42/2007, las ayudas a ONGs e incentivos a las externalidades positivas en el ámbito de los espacios protegidos o el fomento de productos sostenibles. Cfr. BERMEJO LATRE, J., “Las técnicas de fomento en materia ambiental”, en CANO CAMPOS, T. (Coord.) VVAA, *Lecciones y materiales (...), Op. Cit.*, pp. 393-401. En esta última categoría, existen abiertas convocatorias del Instituto para la Diversificación y Ahorro de Energía (IDAE) dirigidas al sector empresarial a fin de promover mediante préstamos y/o subvenciones, la inversión en mejoras medioambientales. Estas convocatorias pueden ser consultadas en la web oficial del organismo público: <http://www.idae.es>.

³¹ Las relaciones posibles entre las dos manifestaciones del *Ius Puniendi*, que se aprecian en los tipos penales de protección medioambiental, puede calificarse como un modelo de accesoriedad limitada en estas figuras delictivas y respecto del Derecho Administrativo. Esta subordinación práctica –no procesal ni formal- de la intervención penal respecto de las definiciones elaboradas en sede administrativa que sirven de “fuente” a la satisfacción de elementos del tipo objetivo en los delitos penales en blanco, no escapa indemne el análisis crítico. Los principales problemas que se le achacan son sintetizados en: 1) dificultad en conocer la materia de la prohibición; 2) quiebra en la división de poderes al otorgar a la Administración (Poder Ejecutivo), la capacidad de modificar las fuentes de delimitación de lo legal; y 3) riesgo de vaciamiento del contenido del bien jurídico al preferir el formalismo administrativo en la definición de la conducta ilícita más que la afección material al mismo. Sin embargo, la relatividad de la accesoriedad, permite también observar la relatividad de las críticas enunciadas, en tanto el Derecho Penal se ve limitado por los principios de *ultima ratio* y lesividad a la hora de extenderse –con su necesaria rigidez definitoria exigida por la legalidad penal- en la “mera regulación de aspectos menores de la vida social”. Cfr. BRANDARIZ GARCÍA, J., “Relaciones entre el Derecho Penal y el derecho administrativo”, en FARALDO CABANA, P. (Dir.) VVAA, *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código Penal y la legislación especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 91-105.

puede hacer en la vida de los ciudadanos³².

Aún así, dentro del mismo sistema, juegan entre ellos algunos institutos que permiten responder del modo más adecuado posible a cada caso en concreto, y ahora, gracias a la reforma 5/2010 el campo de acción del juez en lo criminal se ha ampliado considerablemente, abordando y sobreponiéndose al Derecho Administrativo sancionador, que ya contaba con experiencia en la fiscalización y persecución de infracciones a los parámetros reguladores de actividad empresariales potencialmente peligrosas.

Pues bien, entre las posibilidades que el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas otorga, las consecuencias previstas por el Código abren el horizonte de intervención a nivel criminal, dibujando con un marcado tinte preventivo un sistema de imputación que se apropia de mecanismos externos -y de derecho privado- para determinar la medida en que deben responder estos sujetos de derecho. Va de suyo, que el análisis de los sistemas de *compliance*, de buen ciudadano corporativo, o de cultura empresarial respetuosa del derecho y la asunción de uno de ellos como parámetro de atribuibilidad dependerá de la opción intelectual que se asuma en la interpretación del 31 *bis* y ss. del CPE. Pero sin duda, estos presupuestos de punibilidad aportan un plus preventivo a las sanciones del art. 33.7 C.P.E.

Es más que probable, que sea en este nivel de discusión dónde pueda encontrarse camuflado el principio de *ultima ratio* de la intervención penal, que últimamente parece quedar olvidado entre las disposiciones de la norma penal. ¿En qué forma? Pues en la medida que se logre delimitar apropiadamente los límites de la culpabilidad de las personas jurídicas, de modo que pueda hacerse una imputación sistemática y satisfactoria para la legalidad penal, entonces, será posible cumplimentar los lineamientos constitucionales en este punto sin que se difumine excesivamente el límite penal a favor del utilitarismo propio de la internalización de la regulación empresarial privada dentro de la imputación a personas jurídicas.

³² Los niveles de relación que se plantean entre el Derecho Administrativo y el Derecho Penal en el control social del riesgo son mucho más complejos que lo aquí se expresa. La generalización enunciada es más bien el resultado de una apreciación con fines discursivos simplificadores de los diversos niveles de relación que se pueden plantear entre tipos abiertos, tipos en blanco y reenvío mediante elementos normativos del tipo penal. En todo caso, esta aparente interacción “en grados” entre el Derecho Administrativo y el Derecho Penal, es relativa a cada caso y es una cuestión que se trabaja tangencialmente en el análisis del *non bis in ídem* en el excurso, dentro de la tercera parte de trabajo.

Así, muchas de las contribuciones que la doctrina española ha venido haciendo desde hace varios años -incluso antes mismo de la reforma del 2010-, ponen un límite claro a la responsabilidad de las personas jurídicas. Estos límites fundados principalmente en el corazón dinámico de las empresas, es decir, su organización, reconocen con astucia el carácter cambiante de las asociaciones y proponen que el ordenamiento penal actúe del mismo modo: dinámicamente, adaptándose. Vincular la imputación de responsabilidad penal (frenándola) a los *compliance programs* u otros estándares de medición de una organización adecuada para dificultar que los componentes humanos de las empresas delincan, hizo claros aportes a la construcción de un sistema de imputación propio que permite salir del debate sobre la responsabilidad por transferencia. Claramente inadmisibles dentro del esquema constitucional vigente, que a la vez, pone límites más precisos sobre qué es lo que se sanciona cuando se pena a una persona jurídica.

Con la asimilación de estos conceptos como elementos de atribubilidad se logra satisfacer la taxatividad legal y limitar el alcance de la norma a casos en los que la empresa como tal, tiene poco o nulo control sobre el curso causal del hecho. De modo, que restaría la vía de la responsabilidad individual del sujeto -si es que fue posible identificarlo-. Así, no se sacrifican garantías constitucionales en pos de la eficacia, dicotomía que se plantea cada vez con mayor frecuencia en el Derecho Penal económico.

En definitiva, en esta tesis se manejarán dos niveles de *prevención* vinculados pero de diversa interpretación jurídica: la prevención como principio jurídico general que permite avanzar y conectar el recurso al Derecho Privado, y la influencia de la visión medioambiental plasmada en la Constitución; y luego, su descarga a nivel subsistema penal, dónde toma forma en la utilidad de las penas para detener los potenciales perjuicios al medio ambiente en los tipos penales que lo erigen como objeto de protección.

Esta prevención como principio general del Derecho, aplicada al orden penal, requiere que se tengan en cuenta tres variables en este primer capítulo -que son las condicionantes del resto del contenido del trabajo-: a) el sistema general de responsabilidad de las personas jurídicas para sentar las bases en el desarrollo posterior de la influencia de la prevención de daño al ambiente mediante la pena; b) la

delimitación del medio ambiente como bien jurídico penal, a fin de identificar el objeto material de protección y hacer con ello alusión al papel penal de las personas jurídicas como autoras de los mismos; y c) las efectivas posibilidades comisivas que tienen las asociaciones dentro del sistema normativo penal en relación con los tipos penales que protegen el medio ambiente delimitado en el n b).

Conclusiones

a) General

A modo de conclusión general, y refiriéndome principalmente a la hipótesis de trabajo, me atrevo a aseverar que es posible valorar el incremento preventivo que la punición de personas jurídicas aporta en relación a la defensa del medio ambiente como interés jurídicamente protegido. Esta conclusión puede parecer una inferencia lógica a la que llegar en el mero ejercicio de lectura de los motivos de la propia reforma al CPE con la LO 05/2010, de 22 de junio. Sin embargo, como se puede apreciar en el recorrido realizado en este estudio, supone el cuestionamiento de la gran mayoría de los institutos tradicionales del Derecho Penal, que además deben ser valorados con una visión adaptada a la realidad económica de los destinatarios asociativos de la pena.

Es posible amparar en una visión preventiva, a caballo entre la concepción preventiva de los fines de la pena y el principio de prevención del Derecho medioambiental, la extensión indirecta de la frontera penal hacia el fomento del cumplimiento normativo. Este avance sobre las vías del Derecho privado, incorporando en la valoración del hecho delictivo de empresa la utilización de instrumentos de diseño organizativo interno del propio imputado, puede plantear dudas en cuanto a la indeterminación legal y a la aparente delegación de la taxatividad disponible a la información que quiera/pueda facilitar la propia imputada para contribuir en su responsabilización. Entiendo que esta orientación, que saca provecho de los recursos empresariales para lograr una mayor proyección de los fines penales dentro de las empresas y sobre los mercados, proyecta la intervención de la pena fuera de los límites formales del sistema penal, influyendo directamente en las estrategias de management empresarial a la hora de enfrentarse a los riesgos legales derivados de su actividad corriente.

Una de las mayores dificultades que el sistema plantea es la compatibilización de las estructuras dogmáticas individuales con la imputación normativa de responsabilidad penal a las personas jurídicas, sobre todo en la categoría de la acción penal y los límites de la responsabilidad penal en estructuras organizadas legales. En todo caso, si bien esta cuestión ha sido abordada someramente y con el objeto de sostener un sistema de autorresponsabilidad de las empresas como única vía aceptable

para la legitimación de la pena, lo cierto, es que por ahora la experiencia en los tribunales no permite sino plasmar una aproximación basada en el juicio lógico propio.

También se han mencionado, a medida que surgieron, observaciones relativas a aspectos prácticos derivados de la eventual valoración de la pena ante delitos contra el medio ambiente, como es el caso de la autoinculpación –o por el contrario, manipulación de la información interna- que se fomenta desde las atenuantes y la eximente, y que resultan fundamentales en la propia imputación. Aspectos como éstos, de naturaleza procesal, son especialmente interesantes y entiendo merecen un eventual estudio propio específicamente orientado a las implicancias que la confrontación con las garantías procesales –perfectamente extensibles a las personas jurídicas- conlleva.