

EL DERECHO AL AMBIENTE: SU PROTECCIÓN POR EL DERECHO PENAL

By José Luis de la Cuesta*

1. Introducción: protección ambiental y derechos humanos

Las conexiones entre la protección ambiental y los derechos humanos son múltiples y se subrayan desde las más diversas instancias. Presupuesto fundamental de la vida en el planeta, la tutela del ambiente se presenta como un elemento decisivo de cara a la salvaguarda de no pocos derechos individuales, con relevantes repercusiones tanto en un plano sustantivo como en el orden procesal. Además, la destrucción de elementos ambientales decisivos, derivada de catástrofes ambientales o por la propia mano del ser humano, acaba muchas veces en aplastamiento de los derechos de los pueblos indígenas o en movimientos forzosos de población, con su negativa incidencia en la vida y derechos fundamentales de las poblaciones afectadas.¹ Y todo ello, sin olvidar las graves violaciones de los derechos humanos (y tantos asesinatos impunes)² de quienes, por su compromiso ecologista o en defensa de sus intereses legítimos, se oponen a las políticas de destrucción del ambiente...

2. ¿Un derecho humano al medio ambiente adecuado?

Mayor controversia suscita la cuestión del derecho al ambiente adecuado,³ y, en particular, su condición de derecho humano internacionalmente reconocido.

Ciertamente, desde que en 1972, la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano (Estocolmo) estableciera que el ser humano “tiene derecho fundamental a la libertad, igualdad y disfrute de condiciones de vida satisfactorias en un ambiente cuya calidad le permita vivir con dignidad y bienestar”, tanto las Conferencias sucesivas como otras instancias internacionales han insistido en esa dirección, recomendando o reclamando -como hicieron ya en 1990 las Asociaciones de Derecho

* Presidente honorario de la Asociación Internacional de Derecho Penal; Catedrático de Derecho Penal; Director del Instituto Vasco de Criminología (Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea). (GICCAS IT-585-13 y UFI 11/05 UPV/EHU).

¹ E.C. Viano, “Il furto e la maledizione delle risorse naturali: possono esistere giustizia, equità e diritti umani nella condivisione delle risorse naturali?”, en E.C. Viano / M. Monzani, *Madre Terra è stanca! Il saccheggio della natura per arricchire pochi e impoverire molti*, Limena PD, 2014, 91 y ss.

² Greenpeace España, *El precio del activismo*, Madrid, 2017 (https://secured-static.greenpeace.org/espana/Global/espana/2017/documentos/El_precio_del_activismo.pdf descargado el 24.5.2017)

³ D. Loperena Rota, *El derecho al medio ambiente adecuado*, Madrid, 1996.

ambiental reunidas en Limoges (Francia)-⁴ el reconocimiento del “derecho humano al medio ambiente (...) a nivel nacional e internacional de una manera explícita y clara” y la consiguiente obligación de los Estados “de garantizarlo”.

En la misma línea, y teniendo en cuenta la necesidad de asegurar un medio ambiente adecuado a las personas, proclamada por la Resolución 45/94 de la 68ª Asamblea de las Naciones Unidas (14.12.1990), para que todas las personas puedan disfrutar en plenitud de sus derechos humanos, el artículo 1 del Proyecto de Carta de los Derechos Ambientales y Obligaciones de las Personas, Grupos y Organizaciones (Ginebra, 1991) declaró que “todos los seres humanos tienen el derecho fundamental a un ambiente adecuado para su salud y bienestar y la responsabilidad de proteger el ambiente en beneficio de las generaciones presentes y futuras”.

También lo hace la Declaración Universal de los Derechos Humanos Emergentes (DUDHE)⁵, cuyo artículo 3 identifica el derecho al ambiente como “el derecho de todo ser humano y de los pueblos en que se integran a vivir en un medio ambiente sano, equilibrado y seguro, a disfrutar de la biodiversidad presente en el mundo y a defender el sustento y continuidad de su entorno para las futuras generaciones”.

Estamos, con todo, ante textos no vinculantes (*soft law*), que buscan avanzar en la declaración de derechos humanos universales, por considerar que la Declaración de 1948 - que por razones obvias no se refirió al ambiente- merece ya una actualización; el esfuerzo se centra especialmente en los llamados derechos humanos de la tercera generación, basados principalmente en la solidaridad, entre los que se encontraría el derecho al ambiente.

En realidad, en muy pocos instrumentos internacionales vinculantes puede hallarse algo similar.⁶ En el plano universal, el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966 afirma que todos los pueblos deben poder “disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales (artículo 1.2); y el Pacto sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales alude al derecho de todos “a una mejora continua de las condiciones de existencia” y “al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, incluyendo entre las medidas a adoptar por los Estados para garantizarlo: “el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente” (art. 12.2 b). Al margen de lo anterior -y de las referencias entre los crímenes de guerra a ataques que causen graves daños al ambiente natural-, sólo encontramos alguna referencia directa al ambiente en la Convención de derechos del niño (en relación con el derecho a la salud: art. 24.2 c) y en el art. 4 del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales (1989), donde se establece el deber de

⁴ D. Loperena Rota, *Los derechos al Medio Ambiente adecuado y a su protección* <http://huespedes.cica.es/gimadus/loperena.html> (descargado el 24.5.2017)

⁵ Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes, Institut de Drets Humans de Catalunya, Barcelona, 2009 <http://www.unitedexplanations.org/2015/02/04/declaracion-universal-de-derechos-humanos-emergentes/> (página web visitada el 24.5.2017)

⁶ Para un completo repaso, ver el interesante informe, *UNEP Compendium on Human Rights and the Environment. Selected international legal materials and cases*, Nairobi, 2014.

adopción de “las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados”.

Mayores apoyos ofrece el plano regional.⁷ El Protocolo de San Salvador (Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de derechos económicos, sociales y culturales, 1988), proclama expresamente en su art. 11.1: “Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos”. Por su parte, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000) se ocupa de la protección del ambiente en el art. 37, estableciendo que “las políticas de la Unión integrarán y garantizarán con arreglo al principio de desarrollo sostenible un alto nivel de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad”. La Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (1981) expresamente declara en su art.24: “Todos los pueblos tendrán derecho a un entorno general satisfactorio favorable a su desarrollo”.

La falta de mención expresa y efectiva al derecho a un ambiente adecuado por parte de los más importantes instrumentos internacionales y/o regionales vinculantes en materia de derechos humanos, no ha impedido que su reconocimiento vaya abriéndose camino por vía indirecta (o “de rebote”),⁸ en cuanto presupuesto o condición elemental para el posible disfrute de otros derechos explícitamente declarados, como ponen de manifiesto la práctica y la jurisprudencia de los más destacados órganos internacionales y regionales dedicados a la defensa y garantía de los derechos humanos.⁹

También en el marco de las Naciones Unidas se han producido desarrollos en esta línea.¹⁰ Destaca entre ellos la creación en 2012 por parte del Consejo de Derechos Humanos (Resolución 19/10, 19º periodo de sesiones) de un mandato específico (por un período de 3 años, prorrogado en 2015: Resolución 28/11): el de Experto Independiente sobre los derechos humanos y el medio ambiente para ocuparse de la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible.

⁷ Sobre la contribución de los sistemas regionales a la penalización de los ataques al ambiente, K. Martin-Chenut, “La contribution des systèmes régionaux de protection des droits de l’homme à la pénalisation des atteintes à l’environnement”, en L. Neyret (dir.), *Des écocrimes à l’écocide. Le droit pénal au secours de l’environnement*, Paris, 2015, pp. 39 y ss.

⁸ “Protection by ricochet”, M. Duțu / A. Duțu, “Environmental crime in the EU: is there a need for further harmonisation or for new enforcement tools?”, en *Protection of the Environment through Criminal Law (AIDP World Conference, Bucharest, Romania, 18th-20th May 2016)*, (J.L. de la Cuesta / L. Quackelbeen / N. Persak / G. Vermeulen, eds.), *Revue Internationale de Droit Pénal*, 87(1), 2016, pp.125 y s.

⁹ *UNEP Compendium...*, cit., pp. 47 y ss. Y, en particular para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Environment and the European Convention on Human Rights* (2016 http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Environment_ENG.pdf) (descargado el 19.5.2017).

¹⁰ A. Boyle, “Human Rights and the Environment: Where Next?”, *The European Journal of International Law*, 23(3), pp.617 y ss.

Aun cuando en su Informe de 2015, el Relator considerara que “no es el momento oportuno para que las Naciones Unidas inicien la elaboración de un nuevo tratado sobre este tema”, calificando incluso de “probablemente prematura” la actividad dirigida a la adopción de una declaración,¹¹ lo cierto es que no son pocas las razones que lo apoyarían con el fin de asegurar la integración y la función (clave) de contrapeso del ambiente en el marco del desarrollo sostenible y de la economía política.¹² Un estupendo punto de partida a tal fin, sería la adopción del Proyecto de Pacto internacional relativo al derecho de los seres humanos al ambiente,¹³ publicado por el *Centre International de Droit Comparé de l'Environnement* (fundado en 1982 en Limoges, Francia). En sus 36 artículos este importante texto de referencia se ocupa de aspectos centrales de la cuestión, declarando como derechos: el derecho a un ambiente sano (art. 1), a un nivel elevado de protección y a la no regresión (art. 2), a la precaución (art. 3), a la prevención (art. 4), a la evaluación ambiental (art. 5), a la reparación de los daños causados al ambiente (art. 6), a la educación (art. 7), a la libertad de opinión y expresión (art.8), a la información (art. 9), a la participación (art. 10), a los recursos (art. 11), al agua (art. 12), a la alimentación (art. 13), así como los derechos de los pueblos indígenas y locales (art. 14), de las personas en casos de catástrofes (art. 15), de los desplazados ambientales (art. 16); son igualmente objeto de regulación los principios de equidad y solidaridad (art. 17), no discriminación (art. 18) y protección perenne (art. 19), añadiendo un conjunto de medidas de cooperación internacional (arts. 20-24) y de control de la aplicación del pacto (art. 25-30).

3. El ambiente como objeto de tutela penal

Si bien el Derecho penal hace tiempo que superó el estadio en el que su protección debía centrarse en los derechos subjetivos, la proclamación del derecho humano al ambiente reforzaría en no pocos lugares el debate en torno a la necesidad y alcance de su tutela por parte del Derecho penal.

La problemática no es exclusiva del ambiente. Afecta también a esos “nuevos” derechos (a la información, al consumo, al ambiente...), nacidos en la línea de los Estados de bienestar, con una titularidad, más que individual, colectiva y difusa (o, mejor, “difundida”)¹⁴ y cuya tutela penal se reclama no tanto al modo clásico, centrado en la destrucción o lesión del bien jurídico, sino con una intensa vocación de adelantamiento de las barreras de protección.¹⁵

¹¹ Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible (A/HRC/31/53, 29.12.2015), p.4/19.

¹² A. Boyle, “Human Rights...”, *cit.*, p.629.

¹³ <https://cidce.org/wp-content/uploads/2017/01/Proyecto-de-Pacto-internacional-relativo-al-derecho-de-los-seres-humanos-al-ambiente-16.II-2017-ES.pdf> (descargado el 24.5.2017).

¹⁴ F. Sgubbi, “Tutela penale di ‘interessi diffusi’”, *La Questione Criminale*, 1975, pp. 439 y ss.

¹⁵ J.L. de la Cuesta, “Ecología y Derecho Penal, en A. Beristain / J.L. de la Cuesta (Comps.), *Las drogas en la sociedad actual y Nuevos horizontes en Criminología*, San Sebastián, 1985, págs. 277 y ss.

Múltiples son las cuestiones que se suscitan a la hora de instrumentar una adecuada protección de estos bienes jurídicos: en primer lugar, la extensión del bien cuya protección se reclama y su merecimiento, necesidad y susceptibilidad de protección por la vía penal.

En efecto, la diversidad de propuestas doctrinales sobre la integración conceptual del ambiente, demanda, en el plano penal, un primer esfuerzo de delimitación de este bien jurídico. En este sentido, frente a las posiciones que asimilan el ambiente con el entorno en general, parece más oportuno optar por las líneas restrictivas,¹⁶ que, centradas en el medio ambiente natural, consideran elementos nucleares del ambiente los recursos naturales – tierra, agua, aire y fuego- en cuanto fundamentos de la existencia animal y vegetal, dejando operar en la corona del concepto a la fauna y la flora.

En cuanto a su admisión como bien jurídico penal,¹⁷ su condición de presupuesto de la convivencia deriva de la dependencia de la existencia del ser humano y de la vida en general de una adecuada configuración ambiental. Estamos ante un elemento al que se encuentra además ligada la satisfacción de no pocas necesidades existenciales y humanas, y cuya necesidad de protección al máximo nivel queda probada por las graves amenazas a las que se ve sometido, a pesar de la intensa regulación administrativa en vigor. Por lo demás, son muchas las instancias internacionales que, a partir de la pionera intervención del Consejo de Europa,¹⁸ han reafirmado la posibilidad real e importancia de la contribución del Derecho penal a la protección del ambiente, reclamada igualmente por algunos textos constitucionales.¹⁹

4. Modelo de protección

Que el ambiente sea un bien jurídico digno, necesitado y susceptible de la tutela penal, no resuelve otra cuestión fundamental: el modelo de protección a seguir de cara a instrumentar esa protección penal.

Tres alternativas básicas ofrece el Derecho penal comparado: su inserción en el *Código penal* o su tratamiento por la vía de la legislación penal especial, bien a través de una *ley general del ambiente* con disposiciones penales o por medio de la adición de normas penales *en cada ley sectorial* (de la atmósfera, del agua, del suelo, de residuos...).²⁰

Tanto la vía del Código penal como la de la ley general del ambiente con disposiciones penales permiten un abordaje unitario de la protección penal del ambiente y se presentan,

¹⁶ Por todos, R. Martín Mateo, “El delito ambiental. Reflexiones desde el Derecho Administrativo”, en *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, San Sebastián, 1989, p.812 y s.

¹⁷ J.L. de la Cuesta Arzamendi, “Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente”, *Documentación Jurídica*, 37/40 (2), pp.882 y ss.

¹⁸ Conseil de l’Europe, *La contribution du Droit Pénal à la protection de l’environnement*, Strasbourg, 1978.

¹⁹ Como el artículo 24.1 de la Constitución griega de 1975 (reformada en 2008), o el artículo 45.3 de la Constitución española de 1978.

²⁰ J.L. de la Cuesta Arzamendi, “Protección penal...”, *cit.*, pp.886 y ss.

en este sentido, como opciones preferibles a la introducción de disposiciones penales en cada una de las leyes sectoriales, con el consiguiente riesgo de fragmentariedad, lagunas y desigualdad a la hora del tratamiento de los diferentes elementos ambientales.

Personalmente, y frente a las ventajas que la cercanía física de las normas penales y administrativas puede ofrecer en una ley general, mi preferencia se dirige a la inclusión de los delitos contra el ambiente en el Código penal, por razones de visibilidad y para subrayar su importancia y gravedad. Esto obliga a esforzarse por la construcción de unos tipos penales lo más autónomos posibles, en los que se vean reducidos al mínimo los aspectos “en blanco” y la inevitable accesoriadad administrativa. En el seno del Código penal me parece acertada su inserción, como en el Código penal español de 1995, en un título específico, separado de las figuras contrarias a la seguridad colectiva, y al lado de los delitos contra la ordenación del territorio y los relativos a la fauna y la flora.

5. Algunas cuestiones dogmáticas y de política penal

El modelo de protección es sólo una de las cuestiones que se presentan a la hora de instrumentar la protección penal ambiente. A su lado, y prácticamente en relación con todas las categorías de la teoría del delito y la sanción, se suscitan otros puntos problemáticos de no fácil resolución.²¹

5.1. Como en el caso de otros bienes jurídicos colectivos, a la hora de la protección del ambiente los tipos penales básicos suelen caracterizarse por su condición de tipos de peligro, lo que permite adelantar la intervención penal y eludir las frecuentes dificultades de verificación de los cursos causales:²² al menos en parte, pues los delitos de peligro concreto no dejan de reclamar esa necesaria conexión de causalidad e imputación objetiva entre el comportamiento y el peligro típicamente descrito. El Derecho comparado pone de manifiesto la extendida tentación del legislador de optar por figuras de peligro abstracto (a pesar de la insatisfacción que generan desde el prisma doctrinal por su presunción *iuris et de iure* de la antijuridicidad material); sin embargo, son los delitos de peligro hipotético²³ - con su exigencia combinada de aptitud de la conducta para la puesta en peligro del ambiente (*desvalor real de acción*) y potencialidad de producción de un resultado de peligro (*desvalor potencial de resultado*)- los que constituyen la vía más apropiada para asegurar, en los tipos básicos, el respeto del principio de ofensividad que debe observar cualquier intervención penal.

Aún más, si se quiere proteger adecuadamente el bien jurídico ambiental, sin caer en un antropocentrismo inapropiado, esa peligrosidad ha de referirse al propio ambiente, o lo que es lo mismo, a los elementos que lo integran, contemplados no tanto individualmente

²¹ J.L. de la Cuesta Arzamendi, “Cuestiones dogmáticas relativas al delito de contaminación ambiental”, *Revista Penal*, 4, 1999, pp. 30 y ss.

²² A. Torío López, “Cursos causales no verificables en Derecho penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1983, pp. 825 y ss.

²³ A. Torío López, “Los delitos del peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1981, pp. 825 y ss.

cuanto como un sistema en equilibrio, y dejando para los supuestos cualificados la concurrencia de riesgos concretos (o daños) para el ambiente o para otros bienes jurídicos (entre ellos, la vida y salud de las personas).

5.2. También en el marco de la tipicidad, los delitos contra el ambiente suelen construirse como leyes penales en blanco, al requerir usualmente la contravención de la correspondiente reglamentación administrativa reguladora de los comportamientos típicos ordinarios (emisiones, vertidos, residuos...). Ahora bien, el respeto del principio de taxatividad obliga a mirar con desconfianza el empleo de esta técnica, tan susceptible de abuso, requiriendo²⁴ que su aplicación se limite a elementos típicos complementarios y no al núcleo de la prohibición.

En todo caso, no es ésta la única manifestación de la accesoriedad administrativa característica de estos tipos penales, que es frecuentemente una accesoriedad de acto, al erigirse la falta de licencia o autorización administrativa en requisito esencial de cara a la efectiva realización del tipo objetivo. Frente a ello, y por su mejor adecuación a los principios que han de inspirar la intervención penal,²⁵ hay que decir que la inevitable accesoriedad de estos tipos penales debería encauzarse por la vía de la accesoriedad de norma o de derecho: esta vincula el tipo penal con la infracción de la regulación administrativa protectora del ambiente y no lo deja simplemente dependiente de la mera concurrencia de un acto o decisión de la administración, remitiendo a la antijuridicidad o culpabilidad (error de prohibición) el tratamiento de los supuestos de autorizaciones viciadas o de la eventual tolerancia administrativa.

5.3. Por lo que respecta a la autoría y participación, destaca en este ámbito la importancia de la intervención de las personas jurídicas, en el seno de cuyos establecimientos o actividades tienen lugar los supuestos más dañinos de agresiones ambientales. El recurso a conceptos extensivos de autor, que convierten cualquier contribución en realización del tipo objetivo, sirve aquí al legislador penal para tratar de llegar más allá de los ejecutores inmediatos en el seno de estas estructuras plurales y complejas; por su parte, la doctrina busca herramientas conceptuales para hacer responder como autores mediatos o coautores (y no como partícipes) a quienes efectivamente dominan la realización del tipo penal a través de la estructura organizada de poder, con dominio funcional...

Las dificultades que presentan los mecanismos anteriores hacen que se reclame, al mismo tiempo, la aplicación de sanciones efectivas a las entidades mismas, bien por la vía administrativa o del derecho penal-administrativo, o mediante la ruptura con el principio tradicional *societas delinquere non potest* y el reconocimiento, por tanto, de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En esta línea se inscribe el Derecho

²⁴ Como desde hace tiempo exige el Tribunal Constitucional español (ver Sentencia 27/1990 y 62/1994).

²⁵ N. de la Mata Barranco, *Protección Penal del Ambiente y Accesoriedad Administrativa. Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita*, Barcelona, 1996, p.79.

español a partir de la reforma operada en 2010²⁶ (revisada en 2015),²⁷ que instaura un régimen de responsabilidad en *numerus clausus* (no todas las personas jurídicas pueden ser penalmente responsables, ni por todos los delitos) en todo caso aplicable a los delitos contra el ambiente (art. 328).

5.4. En el plano de la justificación/exculpación se suscita, por su parte, el efecto que ha de otorgarse a la incidencia de las crisis económicas que ponen en riesgo la viabilidad de la empresa. Se pregunta en particular: ¿si para evitar incurrir en los costes adicionales exigidos por la legislación administrativa (y salvar así los puestos de trabajo) se incurre en un delito contra el ambiente, podría eximirse (de forma completa o incompleta) la responsabilidad por estado de necesidad?²⁸ La cuestión es compleja y no parece fácil una respuesta positiva,²⁹ pues resulta cuanto menos dudoso que la continuidad de la empresa o la defensa de los puestos de trabajo puedan equipararse al respeto de las exigencias de la tutela del ambiente. Además, la concurrencia de un estado de necesidad demanda que ese conflicto se plantee en la situación concreta de un modo absoluto: la realización del comportamiento típico debe ser el único medio de garantizar la viabilidad de esa empresa o de esos puestos de trabajo, al haber quedado cerrado el acceso a cualquier otro recurso jurídico o posible salida, ayuda institucional etc. Probado este requisito esencial, lo que será muy excepcional, la exención completa o incompleta dependería de la concurrencia de las demás exigencias propias del estado de necesidad: ponderación de los males, no provocación intencionada de la situación, ausencia de deber de sacrificarse (que no se aceptará, en el caso de un empresario, por el hecho de la pérdida de beneficios).

5.5. Los anteriores son algunos ejemplos de los problemas que suscita la adecuada instrumentación de la protección penal del ambiente y entre los que cabe igualmente incluir, junto a cuestiones técnicas, otras más de política penal: como el tratamiento de la participación funcional en estos hechos, la sanción o no de los hechos imprudentes y las consecuencias penales más apropiadas.

En relación con las penas es frecuente defender las penas cortas de privación de libertad, así como que las multas y demás penas pecuniarias se computen de modo que no puedan acabar en puros costes de producción.

²⁶ J.L. de la Cuesta, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español", *Revue électronique de l'AIDP / Electronic Review of the IAPL / Revista electrónica de la AIDP*, 2011, A-05:1 y ss.

²⁷ M. Bajo Fernández / B. Feijóo Sánchez / C. Gómez-Jara Díez, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Cizur Menor, 2016; B. Goena Vives, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Madrid, 2017; C. Gómez-Jara Díez, *El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Cizur Menor, 2017.

²⁸ J.L. de la Cuesta / I. Blanco Cordero, "Justificación en Derecho penal económico", en *Diccionario de Derecho penal económico*, Madrid, 2008, pp.601 y ss.

²⁹ J.C. Carbonell Mateu, "Medio ambiente: crisis económica y justificación", en J.L. de la Cuesta / C. Fernández Casadevante (eds.), *Protección internacional del medio ambiente y Derecho ecológico*, Bilbao, 1987, pp.189 ss.; K. Tiedemann, "¿Conservación del puesto de trabajo como causa de justificación en el Derecho Penal del ambiente?", *ibidem*, pp. 197 ss.

También se propone la aplicación de otras consecuencias (como la publicación de la condena en los medios de comunicación más importantes) o, en el caso de las personas jurídicas, de las llamadas “multas en efectivo”,³⁰ que obligan a la entidad a la emisión de acciones que, al quedar en poder del Estado, permiten cierta intervención en el funcionamiento de la entidad por parte de la Administración.

Preocupa igualmente, y mucho, la forma de aseguramiento de la reparación de los daños ecológicos³¹ y de unas víctimas³² hasta no hace mucho completamente ignoradas, por considerarse a los delitos ambientales unos “delitos sin víctimas”.³³

6. Directrices internacionales

El convencimiento acerca de la necesidad de protección penal del ambiente y la relevancia de las cuestiones a resolver a tal efecto, dieron lugar hace tiempo a su abordaje internacional, tanto a nivel institucional (muy en particular, en el Consejo de Europa), como en el seno de entidades asociativas de corte académico y/o profesional.

Destaca entre estas últimas la labor de la Asociación Internacional de Derecho Penal que ya en 1989 dedicó la Sección 2ª de su XII Congreso quinquenal (Hamburgo,1979)³⁴ a “la protección penal del medio natural”, preparando sus trabajos a través de un Coloquio celebrado en Jablonna (Polonia) en 1978.³⁵ El tema de la protección penal del ambiente fue analizado también, esta vez desde la perspectiva de la Parte general, por la Sección 1ª del XV Congreso Internacional de Derecho Penal celebrado en Río de Janeiro,³⁶ que se apoyó las labores preparatorias del Coloquio celebrado en Ottawa en 1992,³⁷ y en las

³⁰ J.C.Jr. Coffee, “No Soul to Damn: Nobody to Kick. An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment”, *Michigan Law Review*, 79(3), 1981, pp. 386 y ss.

³¹ A. Nieto Martín, “Justice restaurative et sanctions pour un droit pénal international de l’environnement”, en L. Neyret (dir.), *Des écocrimes à l’écocide*, cit., pp. 196 y ss.

³² Que “muy a menudo no son conscientes del daño”, M. Monzani, “L’umanità vittima dei crimini ambientali”, en E.C. Viano / M. Monzani, *Madre Terra è stanca!*, cit., p. 29.

³³ M. Monzani, *ibidem*, p.36.

³⁴ H.H. Jescheck (ed.), *Association Internationale de Droit Pénal, XIIe Congrès International de Droit Pénal. Hambourg 16-22 Septembre 1979. Actes du Congrès*, Baden Baden, 1980, pp.151 y ss. Para los textos en español de las resoluciones de la Sección II del Congreso de Hamburgo, J.L. de la Cuesta / I. Blanco Cordero (Comps.), *Résolutions des Congrès de l’Association Internationale de Droit Pénal (1926-2014) / Resolutions of the Congresses of the International Association of Penal Law (1926-2014) / Resoluciones de los Congresos de la Asociación Internacional de Derecho Penal (1926 – 2014)*, *Revue Internationale de Droit Pénal/International Review of Penal Law/Revista Internacional de Derecho Penal*, 86(1-2), 2015, pp.539 y ss.

³⁵ *Revue Internationale de Droit Pénal*, 49(4), 1978.

³⁶ *Revue Internationale de Droit Pénal/International Review of Penal Law/Revista Internacional de Derecho Penal*, 66(1-2), 1995, pp. 74 y ss.

³⁷ Para las resoluciones en español de la Sección I del Congreso de Río de Janeiro, ver J.L. de la Cuesta / I. Blanco Cordero (Comps.), *Résolutions... cit.*, pp.585 y ss.

resoluciones y recomendaciones del Consejo de Europa³⁸ y de las Naciones Unidas.³⁹

Con ocasión del Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, en Salvador de Bahía (Brasil, 2010), la AIDP y el Instituto Superior Internacional de Ciencias Criminales de Siracusa (ISISC) presentaron una declaración sobre “La protección del ambiente por el Derecho penal”, con objeto de impulsar el desarrollo de normas penales internacionales.⁴⁰ Por su parte, la “Declaración de Salvador sobre estrategias amplias ante problemas globales: los sistemas de prevención del delito y justicia penal y su desarrollo en un mundo en evolución”, hizo alusión en su punto 14 al “reto que plantean las nuevas formas de delincuencia que tienen importantes repercusiones en el medio ambiente”, alentando “a los Estados Miembros a que refuercen su legislación, sus políticas y sus prácticas nacionales en materia de prevención del delito y justicia penal en esta esfera”, así como a aumentar “la cooperación internacional, la asistencia técnica y el intercambio de las mejores prácticas en esta esfera.” Invitó también “a la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal a que, en coordinación con los órganos pertinentes de las Naciones Unidas, estudie la naturaleza del problema y las maneras de enfrentarlo eficazmente.”

En 2016 la Asociación Internacional de Derecho Penal organizó en Bucarest -en colaboración con la Asociación Rumana de Ciencias Penales, el Instituto de Investigación Jurídica de la Academia Rumana de Ciencias y la Universidad Ecológica de Bucarest- una Conferencia Mundial sobre la Protección del ambiente a través del Derecho Penal (18-20 mayo 2016). La organización de la Conferencia Mundial se justificó por la creciente relevancia de la criminalidad ambiental -la cuarta en el ranking de actividades ilícitas internacionales, tras el tráfico de drogas, la falsificación y la trata de seres *humanos*- y “los importantes desarrollos acaecidos desde los orígenes del derecho penal del ambiente en los años setenta”.⁴¹ También se apoyaba en los últimos esfuerzos internacionales, como el acuerdo de abril de 2013, adoptado por la Comisión de las Naciones Unidas de Prevención

³⁸ Resolución 77(28) del Consejo de Europa sobre la Contribución del Derecho Penal a la Protección del ambiente; Recomendación 88(18) sobre la Responsabilidad de las Empresas por Infracciones; Resolución número 1 de los Ministros de Justicia europeos adoptada en su Conferencia de 1990, en Estambul; y los trabajos entonces en curso del Consejo de Europa para el desarrollo de una Convención europea sobre protección del ambiente a través del Derecho penal.

³⁹ Resolución núm.45/121 de 1990 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que adopta la Resolución sobre la protección del ambiente a través del Derecho penal aprobada por el VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente; las Resoluciones 1993/32 y de junio de 1994 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas y los documentos preparatorios del IX Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, en el punto relativo a la “*Acción contra el crimen organizado y la economía a escala nacional y transnacional y el papel del Derecho penal en la protección del ambiente*”.

⁴⁰ J.A.E. Vervaele, “International cooperation in the investigation and prosecution of environmental crime. Problems and Challenges for the Legislative and Judicial Authorities”, en *Protection of the Environment*, cit., p.251.

⁴¹ J.L. de la Cuesta, “Protection of the Environment trough Criminal Law. Final Recommendations”, en *Protection of the Environment...*, cit., p.343.

del Delito y Justicia Penal, calificando de “crimen grave” el tráfico ilegal de vida silvestre (art.2b). Todos ellos ponen de manifiesto cómo la protección del ambiente va integrándose en el ámbito de protección de los derechos humanos respecto de los que los Estados asumen deberes positivos tanto a nivel interno como internacional, resaltando cómo hay Estados que todavía no han introducido en sus legislaciones internas los elementos y sanciones adecuados y, en general, el importante déficit de aplicación detectado por los estudios criminológicos.

A partir de las resoluciones aprobadas en los Congresos internacionales y de las recomendaciones conclusivas que, como Relator general de la Conferencia Mundial de 2016, formulé al término de la misma,⁴² se resumen a continuación las directrices de la AIDP en cuanto a la protección penal del ambiente.

I. La AIDP entendió ya en 1979 que “el conflicto entre los intereses económicos a corto plazo y los intereses ecológicos a largo plazo se debe resolver a favor de estos últimos” (Hamburgo, 19) y ha expresado repetidamente la preocupación y urgencia por la protección del medio ambiente en el mundo contemporáneo y la necesidad de “adoptar medidas enérgicas para proteger la vida y su calidad frente a quien las amenaza” (Hamburgo, Preámbulo 1). En este orden de cosas, entiende la AIDP que, para hacer frente a “la degradación del ambiente causada especialmente por la comisión de infracciones contra el ambiente en violación del Derecho nacional e internacional” (Río, Preámbulo), resulta imprescindible la “cooperación y una coordinación a escala nacional e internacional” (Hamburgo, Preámbulo), al igual que “la previsión de sanciones adecuadas” y el aseguramiento de “la reparación del daño contra el ambiente” (Río, Preámbulo).

II. La intervención penal debe partir de una adecuada delimitación del concepto de ambiente y de los principios generales que, en este marco, han de inspirar la protección ambiental. Las resoluciones de los Congresos entienden que el término “ambiente” ha de abarcar “todos los componentes del planeta, bióticos y abióticos, e incluye el aire y todas las capas de la atmósfera, el agua, la tierra, incluido el suelo y los recursos minerales, la flora y la fauna y todas las interrelaciones ecológicas entre estos componentes” (Río, 1), defendiéndose el estricto respeto del “principio de desarrollo razonable” (Río, 2) y del “principio de prudencia” (Río, 3) “por todas las personas físicas y jurídicas y por los organismos públicos que desarrollan actividades que pueden suponer un daño potencial para el ambiente” (Río, 4). A tal efecto, y puesto que, en este marco, “las disciplinas no penales desempeñan un papel esencial” (Hamburgo, 3), se considera indispensable, contar con estudios empíricos sobre los delitos contra el ambiente procedentes de las ciencias ambientales y la criminología (verde) y la adopción de un “enfoque escalonado” de intervención (civil/administrativo/penal), ordenando el seguimiento de una u otra vía conforme a la necesidad de adopción de medidas cautelares, la complejidad de los hechos y la necesidad de control judicial, y reservando la vía penal para las infracciones más graves (Bucarest,1).

⁴² J.L. de la Cuesta, *ibidem*, pp.343 y ss.

III.1 Reclamada desde Hamburgo la introducción en la parte especial del Derecho penal de “disposiciones específicas” para la protección del ambiente”, dada la insuficiencia de las “disposiciones tradicionales” (Hamburgo 5), dos son los conjuntos de infracciones que la AIDP entiende necesario tipificar⁴³ y colocar en un lugar “prominente”, tanto si su incriminación se realiza a través en el Código penal (vía preferible para “las infracciones que atentan específicamente contra el ambiente, esto es aquellas que no dependen de otras leyes en cuanto a su contenido; Río, 21), como si se encauza a través de una ley ambiental (Bucarest, 4):

- Las consistentes en la infracción de deberes administrativos peligrosa para los bienes ambientales, subrayándose la necesidad de evitar que las meras desobediencias de las reglas administrativas (que, ya en 1994, se entendió no deberían dar lugar a privación de libertad ni al cierre punitivo de una empresa, Río, 7), acabe transformándose en una infracción penal, a cuyo efecto parece necesaria la exigencia como mínimo, para la intervención penal, de un riesgo potencial o al menos hipotético” (Bucarest, 2a); y
- La producción de resultados dañosos, cuya incriminación no debería necesariamente depender de la infracción de deberes administrativos (Bucarest, 2b).

III.2 En Derecho penal ambiental los ordenamientos jurídicos deben disponer de un conjunto de sanciones efectivas, disuasivas y proporcionales: una “gama amplia de sanciones”, incluidas las de tipo civil y administrativo: no sólo multas, también prohibición temporal de actividades, el cierre de la empresa, la inhabilitación profesional, la publicación de la sentencia... (Hamburgo 8). El rango de sanciones previstas –que deben dar respuesta tanto a los supuestos dolosos (con inclusión del dolo eventual) como a los hechos imprudentes (Río, 9)- ha de garantizar la aplicación de los mecanismos de mutuo auxilio y la extradición en los delitos graves (Río, 26), para los que debería reservarse la privación de libertad (Hamburgo, 8), y completarse con penas accesorias dirigidas a la reparación del daño causado y la prevención de daños futuros (Bucarest, 8-10). La legislación debería modular los efectos (total o parcialmente) eximentes de la presencia de autorizaciones y permisos (o del hecho de haber respetado los niveles o prescripciones normativamente establecidos), muy en particular cuando se actuó u omitió “a sabiendas de que podía crearse un grave daño contra el ambiente y, como consecuencia de ello, ese daño tuvo efectivamente lugar” (Río, 10), pues “cuanto más grave y concreto sea el peligro y el daño contra el ambiente y/o la salud humana derivados del delito contra el ambiente, menor influencia debería tener el derecho administrativo de cara a la responsabilidad penal” (Bucarest, 7). En todo caso, y de acuerdo con “el principio de intervención mínima, las sanciones penales deberían sólo intervenir cuando las sanciones y demás recursos civiles y administrativos sean inapropiados o inefectivos para el tratamiento de determinadas infracciones contra el ambiente” (Río, 11).

⁴³ Siempre con pleno respeto del principio de legalidad y tipicidad (Bucarest, 7) y previendo la ley de forma “clara y precisa” (Río, 6) los elementos esenciales de cada infracción, sin remitirse a su determinación por otras autoridades (Río, 22).

III.3 Además, y con objeto de favorecer la aplicación de esas sanciones y la persecución de los hechos –que “no debería olvidar el aspecto reparador de la respuesta criminal a los actos contra el ambiente” (Bucarest, 20)-, la AIDP propugna la creación de bases de datos sobre la realidad de la aplicación de las normas relativas a los delitos contra el ambiente y número de penas impuestas, potenciando la práctica y fiabilidad de las pruebas periciales (cuyo alto coste puede disuadir de la apertura de procedimientos penales)(Bucarest, 16-17), y la creación de órganos judiciales, y unidades de investigación y persecución, especializadas en la represión de los delitos contra el ambiente (Bucarest, 18). Se sugiere, asimismo, el despliegue de acciones de “concienciación de la opinión pública sobre la importancia de este tipo de delitos”, algo fundamental para su prevención (Hamburgo, 9), y la apertura de espacios a la participación ciudadana a la hora de la investigación y persecución de estas infracciones en el marco de la Constitución y de los principios fundamentales de cada sistema jurídico nacional (Río, 24), haciendo posible la intervención procesal por parte de ciudadanos, grupos ecologistas y ONGs activas en la protección ambiental (Bucarest, 13-15).

III.4 Urge prestar una atención específica a los delitos contra el ambiente cometidos en el marco de la delincuencia organizada, potenciando “el uso de técnicas de investigación específicas”, si bien “la valoración del test de proporcionalidad para autorizar el empleo de técnicas especiales de investigación no debería basarse tan solo en el tipo de sanción legalmente prevista para el crimen ambiental” (Bucarest, 19).

IV. Desde 1979 la AIDP viene reclamando la exigencia de la responsabilidad -penal o bajo la amenaza de sanciones civiles o administrativas- para las “personas jurídicas y empresas privadas públicas o del Estado” involucradas en ataques contra el ambiente prohibidos por la ley (Hamburgo, 6).

IV.1 En Río de Janeiro se profundizó en el régimen de responsabilidad de directivos y gerentes, los cuales “deberían ser considerados penalmente responsables si se produce el daño como consecuencia de su fracaso en el adecuado cumplimiento de su responsabilidad de control” (Río, 14). Ahora bien, “para minimizar el riesgo de injusticia procedente de la inadecuada aplicación de leyes relativas a las infracciones contra el ambiente”, se indicaba que “el Derecho doméstico debería especificar lo más claramente posible los criterios de identificación de los (...) intervinientes en el marco de las personas jurídicas de Derecho público o de Derecho privado potencialmente declaradas responsables de infracciones contra el ambiente” (Río, 15).

IV.2 En cuanto a las personas jurídicas, tanto de derecho privado como de derecho público, se defiende, en línea con lo ya avanzado igualmente en Río de Janeiro (12-20), que las personas jurídicas deben ser susceptibles de persecución penal por los actos (a) de su personal de dirección o gestión; (b) cometidos en el marco de su función; y (c) en beneficio de la corporación. Esta responsabilidad, de carácter “independiente y autónoma”, busca atacar “la cultura corporativa y defectos de organización que dan lugar a las infracciones y asegurar el compromiso de la dirección corporativa en la lucha contra las conductas penales que se producen en el seno de las personas jurídicas”; por todo lo cual, cuando las

entidades denuncien voluntariamente las infracciones y cooperen con la investigación criminal deberían beneficiarse de indulgencia, aunque no se vean completamente exoneradas por los delitos cometidos (Bucarest, 21-23).

V. En materia jurisdiccional, la posición de la AIDP ha sido siempre la defensa de la extensión extraterritorial del ámbito de aplicación de la ley penal, “con base en la teoría del resultado al menos para ciertos delitos contra el ambiente (como por ejemplo la contaminación por buques o la radiación trasfronteriza)” (Bucarest, 24). De otra parte, y puesto que, por su propia naturaleza y características, la protección del ambiente (y muy en particular de algunos de sus espacios, v.gr. altamar o el espacio ultraterrestre) por la vía exclusiva de las legislaciones nacionales es completamente insuficiente (Hamburgo, 10), desde un principio se propugnó el reconocimiento como crímenes internacionales de las agresiones graves e intencionales contra el medio ambiente y su sanción “de manera apropiada” (Hamburgo, 13), en particular si su persecución es competencia de varios Estados o atentan “al ambiente del planeta” (Río, 23)... Se demandaba, en consecuencia, “la elaboración o aplicación de convenciones regionales o universales y de códigos sobre la materia que sirvan de modelos a las leyes nacionales” (Hamburgo, 14), así como para facilitar la persecución de las infracciones penales extraterritoriales y la resolución de los conflictos de jurisdicciones que se puedan suscitar (Hamburgo, 16), proponiéndose el siguiente orden de criterios: “principio del pabellón, principio de nacionalidad, principio de “persecución o extradición” y, en casos de crímenes internacionales generalmente reconocidos, principio de universalidad” (Río, 26).

Asimismo, y con el fin de prevenir la deslocalización hacia regiones con estándares menos exigentes de protección ambiental, se considera que los Estados deben afirmar su competencia “extraterritorial para infracciones contra el ambiente cometidas en beneficio de empresas multinacionales que tengan su sede u oficinas centrales en su territorio (o un establecimiento destacado que contribuya de manera efectiva a los fines globales de la empresa multinacional)” (Bucarest, 25). Aún más, se entiende que “los Estados deberían esperar que las corporaciones bajo su jurisdicción adopten mecanismos transparentes de cumplimiento para la prevención de la comisión de delitos contra el ambiente por parte de los subcontratantes o proveedores de su cadena de producción y suministro, si éstos se encuentran localizados en el extranjero, y deberían declarar y aplicar sobre ellos su competencia jurisdiccional por los delitos contra el ambiente cometidos” (Bucarest, 26), recomendándose “a los Estados que, en cumplimiento de la normativa de la OMC, consideren la introducción de prohibiciones o restricciones a la importación de bienes, productos o suministros producidos fuera de su territorio en violación de los estándares ambientales o normas aplicables en su territorio” (Bucarest, 27).

VI. Naturalmente, la AIDP insiste en importancia de la potenciación de la cooperación judicial internacional en materia penal en relación con la protección del ambiente, a través de las vías existentes o con creación de unidades judiciales especializadas e “involucrando en sus estrategias a la sociedad civil (ONGs especializadas, actores económicos fiables)”; eso sí, con pleno respeto, siempre, de “los derechos de sospechosos y víctimas en los mecanismos de cooperación judicial internacional” (Bucarest, 28).

VII. De otra parte, tras resaltar la conveniencia de proceder a la evaluación de los instrumentos internacionales existentes y de recopilar las legislaciones nacionales para “preparar una legislación modelo que asegure un estándar mínimo de persecución de los actos criminales en este campo y para prevenir la existencia de refugios que impidan la efectiva persecución de los crímenes más graves contra el ambiente” (Bucarest, 29), cuyo enjuiciamiento debería incluirse en el marco competencial de una jurisdicción penal supranacional (Hamburgo, 17; Río, 28), se insiste en reclamar a los Estados y a la comunidad internacional la elaboración de un tratado internacional, “con el fin de asegurar el castigo de los ataques más graves contra el ambiente que deban ser considerados crímenes internacionales” (Bucarest, 30). Se propugna, igualmente, fomentar y favorecer el intercambio de la “información relativa a los atentados contra el medio ambiente que afecten a la Comunidad internacional” (Hamburgo, 15) y el desarrollo de “una política criminal proactiva para incrementar las acciones de inteligencia relativa a las graves violaciones potenciales de los ecosistemas” (Bucarest, 31).

VIII. Por último, aunque no en importancia, la última Conferencia Mundial de Bucarest subrayó la necesidad de “incriminación de los crímenes de guerra ambientales en conflictos armados no internacionales y la introducción de la jurisdicción universal en relación con los crímenes ambientales de guerra” (Bucarest, 32), proponiendo, asimismo, “la persecución de los ecocidios por parte de la Corte Penal Internacional” (Bucarest, 33).

7. La necesidad de una reglamentación penal universal vinculante

Como se acaba de ver, una de las recomendaciones principales de la AIDP es la elaboración de un instrumento internacional vinculante en relación con la protección penal del ambiente. Coincide en este sentido con otras voces académicas e internacionales que se colocan en la misma línea, reclamando, incluso, no uno sino dos convenios internacionales, al entender que por razones múltiples no conviene mezclar la regulación internacional del ecocidio⁴⁴ con la relativa a los delitos contra el ambiente objeto de una convención multilateral.⁴⁵

Un Convenio sobre la protección del ambiente a través del Derecho Penal existe ya, desde 1988, en el marco del Consejo de Europa (ETS nº 72). Partiendo de la consideración del derecho penal como último recurso, el Convenio busca mejorar la prevención de las conductas más dañinas contra el ambiente y armonizar la legislación estatal, mediante la definición de las conductas (dolosas o negligentes) a incriminar como infracciones penales y sancionar con penas de prisión o pecuniarias, en caso de (ser susceptibles de) causar daños al aire, el suelo, el agua, animales o plantas o provocar la muerte o lesiones graves de alguna persona. Los Estados quedan obligados a la adopción de medidas para la declaración de la responsabilidad de las personas físicas (responsabilidad penal) y de las

⁴⁴ Ver la propuesta Convención contra el ecocidio, en L. Neyret (dir.), *Des écocrimmes à l'écocide, cit.*, pp.285 y ss.

⁴⁵ Para la propuesta de Convención contra la criminalidad contra el ambiente (Convención eco-crímenes) en L. Neyret (dir.), *ibidem*, pp.267 y ss.

personas jurídicas (en este caso, penal o administrativa); se propugna la aplicación del decomiso y se contemplan diversas medidas de cooperación internacional.

Firmado por 14 miembros del Consejo de Europa, hasta la fecha el Convenio ha sido ratificado sólo por 3. Este escaso nivel de ratificación probablemente tiene mucho que ver con el recorrido de la Decisión marco 2003/80/JAI del Consejo de la UE, relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho penal. Inspirada en el Convenio del Consejo de Europa, la aprobación de la Decisión marco (cuando la Comisión propugnaba una Directiva) dio lugar al conflicto institucional Comisión contra Consejo (Asunto C-176/03), que se saldó a favor de la postura de la Comisión a través de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de septiembre 2005. La anulación de la Decisión marco⁴⁶ fue seguida por la aprobación de la Directiva 2008/99/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008 sobre la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal, y la Directiva 2009/123/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 21 de octubre de 2009, que reformó la directiva anterior (2005) en materia de contaminación procedente de buques y de introducción de sanciones para las infracciones.⁴⁷

Lo anterior no debería ensombrecer los (en opinión de muchos, entre los que me encuentro) necesarios esfuerzos internacionales dirigidos a la aprobación de uno (o varios) instrumento(s) internacional(es) vinculante(s), de alcance global, sobre la protección penal del ambiente por el Derecho penal.

Ciertamente, existen instrumentos internacionales de carácter bilateral o multilateral, relativos a sectores o elementos ambientales específicos -fauna y flora, capa de ozono, aguas transfronterizas y lagos internacionales... y, muy en particular, contaminación del mar-⁴⁸ cuyas disposiciones recogen⁴⁹ o permiten deducir deberes estatales de penalización de ciertas conductas, de cooperación interestatal o en cuanto a la competencia jurisdiccional para la persecución de estos delitos, llegándose en algún caso a prever la aplicación del principio de justicia supletoria. Ahora bien, como sucede en otras áreas del derecho penal internacional, el enfoque es fragmentario y muy desigual, y resulta en particular decepcionante por su escasa eficacia y nivel de aplicación.⁵⁰

⁴⁶ J.L. de la Cuesta, "Unión Europea, Derecho penal (ambiental) y Derecho comunitario", en G. Quintero Olivares / F. Morales Prats (coords.), *Estudios de Derecho ambiental. Libro homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*, Valencia, 2008, pp. 93 y ss.

⁴⁷ M. Duțu / A. Duțu, "Environmental crime...", *cit.*, pp.111 y ss.

⁴⁸ J.L. de la Cuesta Arzamendi, "La contaminación del mar: crimen internacional", en J.L. de la Cuesta / C. Fernández de Casadevante (eds.), *Protección internacional del medio ambiente y Derecho ecológico*, Bilbao, 1987, pp. 123 y ss.

⁴⁹ A juicio de Vervaele, "muy raramente", "International cooperation in the investigation and prosecution of environmental crime. Problems and Challenges for the Legislative and Judicial Authorities", en *Protection of the Environment...*, *cit.*, p.246.

⁵⁰ L. Bachmaier, "Obstacles to prosecution of environmental crimes and the role of expert evidence. A comparative approach", en *Protection of the environment...*, *cit.*, p.192.

Nadie duda, sin embargo, de la relevancia del equilibrio ambiental y la biodiversidad para las generaciones futuras y para el propio planeta, de aquí que su protección no pueda quedar simplemente remitida a las legislaciones internas de los Estados. De otra parte, no pocos elementos y/o recursos naturales (pensemos en la mar, en la atmósfera o en ciertas especies de flora o fauna) desbordan la fronteras nacionales artificiales y quedan carentes de toda protección si esta no cuenta con una cooperación interestatal articulada desde el plano internacional.

La elaboración en el marco de las Naciones Unidas de un convenio multilateral de alcance global dirigido a asegurar la tutela del ambiente por parte del Derecho penal, como instrumento de *ultima ratio* en el marco de un enfoque combinado de esfuerzos (también civiles y administrativo) escalonados,⁵¹ supondría, por todo ello, un decisivo cambio de perspectiva en la línea de asegurar una mejor protección del ambiente, al permitir rellenar las lagunas que se observan en este campo en los instrumentos internacionales relativos al ambiente y avanzar en la definición y sanción de los delitos contra el ambiente que merecen ser objeto de tratamiento internacional, estableciendo gradualmente un deseable “Derecho común de la protección del ambiente a través del Derecho penal”.⁵²

I. Punto central de la política criminal internacional en este campo habría de ser, en todo caso, la declaración y tipificación como crimen internacional -a través de esa convención multilateral, por medio de un tratado específico o mediante la reforma del Estatuto de la Corte Penal Internacional- de la causación (dolosa o, en su caso, con temeridad manifiesta, y con inclusión de la ignorancia deliberada grave) de daños ecológicos graves, extensos o duraderos, de trascendencia internacional. Esto supone distinguir entre los graves ataques al ambiente (delitos ambientales o ecodelitos), objeto del Derecho penal nacional sin perjuicio de normas internacionales armonizadoras y para facilitar la cooperación penal, y aquellos ataques extraordinarios, constitutivos del crimen de “ecocidio”,⁵³ merecedores de ser incluidos en la lista de crímenes internacionales nucleares, a enjuiciar por una jurisdicción penal internacional.

El tema no es nuevo. El artículo 19 del Proyecto de Declaración de la Comisión de Derecho Internacional sobre responsabilidad internacional de los Estados de la Comisión de Derecho Internacional distinguió (aun cuando no desde una óptica jurídico penal) entre “crímenes” y “delitos internacionales” e incluyó entre los primeros los hechos internacionales constitutivos de “violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguarda y protección del medio humano, como las que

⁵¹ M. Faure, “Limits...”, *cit.*, p.20; D. Uhlmann, “Protection of the environment through criminal law: an American perspective”, en *Protection of the Environment...*, *cit.*, pp.64 y ss.

⁵² L. d’Ambrosio, “Vers un droit pénal commun de l’environnement: critères et techniques d’incrimination”, en L. Neyret (dir.), *Des écocrimes à l’écocide*, *cit.*, pp.87 y ss.

⁵³ M.A. Gray, “The International Crime of Ecocide”, *California Western International Law Journal*, 26(2), 1995, pp. 215 y ss; L. Neyret (dir.), *Des écocrimes à l’écocide*, *cit.* Por su parte, Berat propuso el término “geocidio”, que identificaba con la violación del derecho a un ambiente saludable, a través de la destrucción dolosa de especies. “Defending the Right to a Healthy Environment: Toward a Crime of Geocide in International Law”, *Boston University International Law Journal* 11, 1993, p. 327.

prohíben la contaminación masiva de la atmósfera y de los mares”.⁵⁴ Sin embargo, la Comisión decidió eliminar de la versión final del Proyecto esta distinción entre crímenes y delitos internacionales, optando por la adopción de un régimen de responsabilidad agravada basado en la grave infracción de normas perentorias, sin incluir expresamente ejemplo alguno, ni aludir ya por tanto a la contaminación masiva anteriormente mencionada.⁵⁵

También el Proyecto de Código Penal Internacional de Bassiouni (en su 2ª ed.) tipificó la “depredación ambiental” (art. XVII de la Parte especial), identificándola con la “contaminación significativa por parte de un Estado, con violación de una obligación internacional, del aire, el mar y los ríos que produzca impacto en otros Estados o cause daño o lesión a otro Estado o que afecte de manera significativa a la viabilidad y pureza de estos elementos, o los destruya en todo o en parte o dañe de manera significativa la fauna o la flora del mar y ríos internacionales navegables; así como la destrucción dolosa de especies en peligro o la tolerancia dolosa de su destrucción”.⁵⁶

En la actualidad, el movimiento *End Ecocide* propugna el reconocimiento del ecicidio como crimen internacional,⁵⁷ y ha elaborado, en este sentido, una propuesta de reforma del Estatuto de la Corte Penal Internacional, con el fin de insertar el crimen de ecicidio en el listado de crímenes internacionales del artículo 5. La propuesta recoge una compleja definición del ecicidio parcialmente coincidente con la aportada por el equipo de investigación dirigido por L. Neyret. Este califica de ecicidio (art.2 de su Propuesta de Convención)⁵⁸ una lista de actos comúnmente calificados por las legislaciones internas como delitos contra el ambiente (art. 2.1), cometidos tanto en tiempo de paz como durante un conflicto armado (art. 1,1), “en el marco de una acción generalizada o sistemática” (art.2.1) y de forma atentatoria “contra la seguridad del planeta”, lo que se declara concurre (art. 2.2) cuando se causa “una degradación extensa, duradera y grave del aire o de la atmósfera, de los suelos, las aguas, los medios acuáticos, la fauna o la flora, o de sus funciones ecológicas; o la muerte, invalidez permanente o enfermedades incurables graves en una población o desposee a ésta de sus territorios y recursos”. El Proyecto de

⁵⁴ S.C. McCaffrey, “The work of the International Law Commission relating to the environment”, *Ecology L.Q.*, 1983, pp. 189 y ss.; N. Torres Ugena, “Responsabilidad internacional y contaminación del medio ambiente”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 68, 1983, pp. 109 y ss.

⁵⁵ I. Plakokefalos, “Criminal Liability of States for Environmental Crimes: the perspective of International Law”, en *Protection of the Environment...*, cit., pp.293 y s.

⁵⁶ M.C. Bassiouni, *A Draft International Criminal Code and Draft Statute for an International Criminal Tribunal*, 1987, Dordrecht/Boston/Lancaster, p.170. Además, en el último listado de crímenes internacionales, establecido por el que fuera Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal de 1989 a 2004, se integran como crímenes internacionales contra intereses sociales y culturales mundiales los “actos ilícitos contra ciertos elementos ambientales internacionalmente protegidos”. M.C. Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law: second revised edition*, Leiden/Boston, 2013, p.214.

⁵⁷ <https://www.endecocide.org/wp-content/uploads/2016/10/ICC-Amendments-Ecocide-ENG-Sept-2016.pdf> (descargado el 25.5.2017).

⁵⁸ *Des écocrimes à l'écocide*, cit., pp.285 y ss.

Convención considera punibles estos hechos (imprescriptibles: art. 4) cuando se cometen de modo doloso, entendiendo que concurre dolo si se realizan intencionalmente y a sabiendas del carácter generalizado o sistemático de la acción en la que se inscriben, o bien si el autor “sabía o hubiera debido saber que existía una alta probabilidad de que atentaran contra la seguridad del planeta” (art. 2.3).⁵⁹

II. Al lado de lo anterior, como reclamara ya en 1979, en Hamburgo, el XI Congreso Internacional de Derecho Penal de la AIDP, deberían reconocerse igualmente los aspectos supranacionales de las demás infracciones penales contra el ambiente, definiendo los parámetros elementales de incriminación de las diferentes conductas punibles integradas en este conjunto y la recomendable diversidad de sanciones aplicables.⁶⁰ Resulta, en efecto, esencial para una adecuada protección penal del ambiente facilitar desde el plano internacional la aproximación de legislaciones y asegurar niveles mínimos de protección (y sanción) internacionalmente armonizados, tanto para los hechos cometidos por personas físicas como en el seno de personas jurídicas y para la reparación de los daños ambientales.

Siendo además la aplicación efectiva de la legislación protectora del ambiente, el “mayor desafío”⁶¹ en la actualidad, un instrumento internacional de esta suerte permitiría fomentar la cooperación internacional para el desarrollo de mecanismos eficaces, extender los modelos de cumplimiento voluntario, como vía “más realista”⁶² para avanzar, y las buenas prácticas de coordinación y complementariedad de los sistemas administrativo y penal,⁶³ evitando que “diferentes Estados puedan responder a similares violaciones de las normas ambientales de formas diferente”.⁶⁴ También habría de ocuparse de promover vías de superación de los habituales obstáculos, generales y específicos, a los que se enfrenta la persecución de los delitos contra el ambiente⁶⁵ y, muy en particular, para la cooperación internacional en materia penal, con desarrollo de equipos conjuntos de investigación, entregas vigiladas, medidas para facilitar el embargo y de decomiso de los productos del crimen...,⁶⁶ tomando como ejemplo el contenido de otros instrumentos internacionales ya existentes.

⁵⁹ L. Neyret (dir.), *ibidem*, pp. 286 y s.

⁶⁰ K. Ligeti / A. Marletta, “Smart enforcement strategies to counter environmental crime in the EU”, en *Protection of the environment...*, *cit.*, p.146

⁶¹ M. Faure, “Limits and challenges of the criminal justice system in addressing environmental crime”, en *Protection of the environment...*, *cit.*, p.32.

⁶² G. Vermeulen, “International environmental norms and standards: compliance and enforcement. Promoting extensive territorial jurisdiction, corporate chain responsibility and import restrictions”, en *Protection of the environment...*, *cit.*, p.39.

⁶³ K. Ligeti / A. Marletta, “Smart enforcement strategies...”, *cit.*, p.135 y s.

⁶⁴ M. Luchtman, “Procedural safeguards and the interaction between administrative and penal enforcement”, en *Protection of the environment...*, *cit.*, p. 221.

⁶⁵ L. Bachmaier, “Obstacles...”, *cit.*, pp. 194 y ss.

⁶⁶ Especialmente necesarias dada la cada vez más probada participación de las organizaciones criminales en delitos contra el ambiente. D.P. van Uhm, “A Green criminological perspective on environmental crime:

En un sistema penal internacional caracterizado por la aplicación indirecta, especial atención ha de prestarse a la definición de los criterios jurisdiccionales y de aplicación de la ley penal en el espacio. Plasmación del compromiso internacional en la protección del ambiente y la lucha contra las agresiones más graves al mismo a través del Derecho penal, habría ser, en este orden de cosas, el reconocimiento para estos delitos del principio de jurisdicción universal (o, al menos, de justicia supletoria)⁶⁷ a la hora de su persecución: todos los Estados deberían, en efecto, reconocerse competentes para la persecución de estos hechos, sea cual sea el lugar en el que se produzcan (y, muy en particular, si recaen sobre elementos fuera de la soberanía de otro Estado), o la nacionalidad de sus autores; al menos cuando el Estado o Estados competente(s) por razones de territorialidad o personalidad no puedan o no estén dispuestos a hacerlo de manera efectiva. Todo ello acompañado de las reglas oportunas para resolver los conflictos jurisdiccionales y problemas de *ne bis in idem*.⁶⁸

III. En un instrumento penal internacional ha de suscitarse igualmente el tratamiento de algunos casos de crímenes penales contra el ambiente por parte de una jurisdicción supranacional,⁶⁹ con su correspondiente Fiscalía internacional especializada,⁷⁰ apoyada por un Grupo especializado de investigación,⁷¹ y operando de forma complementaria a las jurisdicciones estatales.

En cuanto a la Corte Penal Internacional, la Fiscalía de la Corte anunció, a comienzos del otoño de 2016, su intención de prestar atención particular “a la persecución de los crímenes del Estatuto de Roma cometidos por medio de o que resultan en, entre otras, la destrucción del ambiente, la explotación ilegal de recursos naturales o la desposesión ilegal de la tierra”.⁷²

En todo caso, cada vez son más y más altas las voces que reclaman, con razón, la asunción de su competencia sobre el crimen internacional de ecocidio.

the antropocentric, ecocentric and biocentric impact of defaunation”, en *Protection of the environment...*, cit., pp.323 y ss.; J.A.E. Vervaele, “International cooperation...”, cit., pp.249 y 255 y s. Ver también, I. Rodopoulos, “Les activités criminelles organisées en matière environnementale: quelques réflexions en vue d’une réponse pénale internationale”, en L. Neyret (dir.), *Des écocrimes à l’écocide*, cit., pp. 165 y ss.

⁶⁷ J.L. de la Cuesta Arzamendi, “La contaminación...”, cit., p.132.

⁶⁸ G. Vermeulen, “International environmental norms... ». cit., pp.45 y ss.; J.A.E. Vervaele, “International cooperation...”, cit., pp. 250 y s.

⁶⁹ H.J. Epp, “How Effective are International and National Legal Regimes at Controlling Environmental Crimes” (paper) *Twelfth Specialization Course in International Criminal Law. Assessing Patterns of Transnational Organized Crime, The International Criminal Responsibility of Non-State Actors, and the Effectiveness of the International Enforcement System*, ISISC, Siracusa, 2012.

⁷⁰ C. Sotis, “Juger des crimes environnementaux internationaux: approche juridictionnelle et institutionnelle”, en L. Neyret (dir.), *Des écocrimes à l’écocide*, cit., pp.220 y s.

⁷¹ C. Sotis, *ibidem*, pp.218 y ss.

⁷² https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Eng.pdf (descargado el 24.5.2017)