

¿NUEVAS PERSPECTIVAS PARA EL DELITO ECOLÓGICO EN ESPAÑA? A PROPÓSITO DE LA NUEVA DIRECTIVA RELATIVA A LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE MEDIANTE EL DERECHO PENAL Y POR LA QUE SE SUSTITUYE LA DIRECTIVA 2008/99/CE¹²

NEW PERSPECTIVES FOR ECOLOGICAL CRIME IN SPAIN? ABOUT THE NEW DIRECTIVE ON THE PROTECTION OF THE ENVIRONMENT THROUGH CRIMINAL LAW AND REPLACING DIRECTIVE 2008/99/EC

JOAN BAUCCELLS LLADÓS

Catedrático acreditado

Universitat Autònoma de Barcelona

joan.baucells@uab.cat

Data de recepció: 20 de desembre de 2023 / Data d'acceptació: 19 de febrer de 2024

RESUMEN: Siguiendo el símil de una enfermedad, partimos de los problemas de aplicación del derecho penal ambiental en España y del diagnóstico realizado por los instrumentos de la Unión Europea para centrarnos a analizar si el tratamiento propuesto por la nueva Directiva de protección del medio ambiente mediante el derecho penal puede remediar el problema. La investigación concluye que la clave de la aplicación más eficaz del delito ecológico en Europa no vendrá de las propuestas de armonización de infracciones y sanciones (Law), sino del resto de las propuestas que la Directiva realiza a nivel político criminal (Policy). Fundamentalmente, de una reforma integral del derecho ambiental que -alineado con un concepto de crecimiento económico sostenible- rebaje los niveles de tolerancia legal, administrativa y judicial hacia las actividades contaminantes.

¹ La presente contribución fue presentada como ponencia invitada al Mesa “La propuesta de Directiva europea en materia de medio ambiente” en el Congreso internacional de las secciones española y portuguesa de la Asociación Internacional de Derecho Penal, los días 30 de noviembre y 1 de diciembre de 2023 en la sede de Escuelas Pías de la UNED, Madrid.

² El presente trabajo se enmarca en el proyecto I+D PRECOSPE, prevención de la corrupción en el sector público empresarial, financiado por el Ministerio de Economía, Industria y competitividad del Gobierno de España [PID2020-117562RB-100].

ABSTRACT: Following the simile of a disease, we start from the problems of application of environmental criminal law in Spain and the diagnosis carried out by the instruments of the European Union to focus on analyzing whether the treatment proposed by the new Directive on the protection of the environment through criminal law can remedy the problem. The research concludes that the key to the most effective application of ecological crime in Europe will not come from the proposals for harmonization of infractions and sanctions (Law), but from the rest of the proposals that the Directive makes at the criminal policy level (Policy). Fundamentally, a comprehensive reform of environmental law that - aligned with a concept of sustainable economic growth - lowers the levels of legal, administrative and judicial tolerance towards polluting activities.

RESUM: Seguint el símil d'una malaltia, partim dels problemes d'aplicació del dret penal ambiental a Espanya i del diagnòstic realitzat pels instruments de la Unió Europea per centrar-nos a analitzar si el tractament proposat per la nova Directiva de protecció del medi ambient mitjançant el dret penal pot posar remei al problema. La investigació conclou que la clau de l'aplicació més eficaç del delicte ecològic a Europa no vindrà de les propostes d'harmonització d'infraaccions i sancions (Law), sinó de la resta de propostes que la Directiva realitza a nivell políticocriminal (Policy). Fonamentalment, d'una reforma integral del dret ambiental que -alineat amb un concepte de creixement econòmic sostenible- rebaixi els nivells de tolerància legal, administrativa i judicial cap a les activitats contaminants.

PALABRAS CLAVE: Derecho penal – directiva – Derecho penal europeo - medio ambiente

KEYWORDS: criminal law – directive - European criminal law – environment

PARAULES CLAU: Dret penal – directiva - Dret penal europeu – medi ambient

SUMARIO: I. LA INAPLICACIÓN DEL DELITO ECOLÓGICO EN ESPAÑA COMO DIAGNÓSTICO. II. EL TRATAMIENTO INDICADO POR LA NUEVA PROPUESTA DE DIRECTIVA RELATIVA A LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE MEDIANTE EL DERECHO PENAL. 1. Las medidas de armonización de infracciones y sanciones. La propuesta de Law. 2. Las medidas de armonización de la política criminal ambiental. La propuesta de Policy. III. VALORACIÓN DE LAS PROPUESTAS DE ARMONIZACIÓN DE INFRACCIONES Y SANCIONES REALIZADAS POR LA DIRECTIVA. 1. La valoración de la nueva propuesta de armonización de sanciones (Law). a) Sobre las penas previstas para las personas físicas. b) Sobre las penas previstas para personas jurídicas. c) Especial referencia al restablecimiento del medio ambiente. 2. La valoración de la nueva propuesta de armonización de infracciones (Law). a) El derecho administrativo en el núcleo de la eficacia del derecho penal. b) El fenómeno de la “armonización engañosa”. IV. A MODO DE CONCLUSIÓN. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA INAPLICACIÓN DEL DELITO ECOLÓGICO EN ESPAÑA COMO DIAGNÓSTICO.

Si algo ha venido caracterizando al delito ecológico en España ha sido sus dificultades de aplicación³. Ya con una cierta perspectiva histórica se ha advertido por parte de la doctrina como, pese la amplitud de las conductas previstas en los tipos penales y el avance de las barreras de intervención penal con el recurso a la técnica del peligro, muy pocas han sido las condenas penales, si las comparamos con el incremento incesante de la contaminación ambiental en los últimos lustros⁴. Las razones de esta situación son, fundamentalmente, tres.

Dos de ellas, son cuestiones relativas a la técnica legislativa utilizada en la descripción del tipo penal del art. 325. En primer lugar, el recurso a la accesoriad administrativa. Ya en la primera versión del delito ecológico aprobado a mediados de los años ochenta, éste -en todas sus modalidades- exigía que el acto de contaminación típico se realizara “*contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente*”. Cuando, años más tarde, la Unión Europea decidió por primera vez en 2008 armonizar este delito, también consensuó un modelo de accesoriad considerando como típicas sólo las conductas contaminantes que fueran “*ilícitas*”. Recientemente, tenemos hasta algunos estudios de sentencias por

³ El problema, identificado desde la primera redacción del delito ecológico, ha sido muy bien descrito recientemente por FUENTES OSORIO, 2023.

⁴ Ver el relevante título de COLAS – MORELLE, 2021.

delito ecológico recaídas en España durante los años 2019 y 2020 demostrando que ésta ha sido siendo la tercera causa de absolución por delito ecológico⁵.

Dentro de los problemas de la técnica legislativa utilizada, también debe hacerse referencia a la vaguedad de los términos utilizados. En la primera versión del código penal de 1983 se aludía a que el acto de contaminación prohibido por la normativa ambiental requiriera para su tipicidad que “*podieran perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales*”. La vaguedad lo era de hasta tres conceptos. Para empezar, llama la atención que se eligiera el término “*sistema natural*” completamente desconectado del de “ecosistema” propuesto por las ciencias naturales⁶. En segundo lugar, la referencia a “*equilibrio*” también afectaba a la seguridad jurídica pues dispuso de diferentes acepciones por parte de la doctrina⁷. A ello se le sumaba la incerteza del carácter “grave” de ese peligro al equilibrio de los sistemas naturales. En el mismo estudio de sentencias referenciado en el párrafo anterior ésta fue identificada como la primera causa de absolución, casi en un 72% de las ocasiones⁸. Obsérvese que eran casos donde el acto de contaminación podía haber provocado daños a elementos bióticos (animales o plantas) y/o abióticos (calidad del aire, agua o suelo) en los que, además, podía llegar a existir un peligro para el equilibrio de los ecosistemas, pero al no ser considerado como grave, se procedía a la absolución.

Esta situación intentó ser corregida sin éxito en la reforma penal de 2015. Recuérdese que la Directiva 2008/99/CE no venía exigiendo para la armonización el uso de esta técnica puesto preveía que el núcleo de la infracción se estableciera en que la contaminación “*cause o pueda causar daños*

⁵ Nos referimos al estudio de FUENTES OSORIO– FAJARDO, 2021 sobre 147 sentencias recaídas en 2019 y 2020 entre las que se identificaron 51 resoluciones condenatorias (34,7%) y 96 resoluciones absolutorias (65,3%), representando la tercera causa de absolución la no vulneración de normativa ambiental en el acto de contaminación, presente en 34 casos de los 96 absoluciones, es decir, un 22% de las absoluciones. Dicho sea de paso, parecería que un 34,7% de condenas es un índice razonable, pero debe advertirse que la mayoría de estas han sido por actos de contaminación acústica provocados por bares y discotecas que superaban los límites de decibelios establecidos en la normativa de referencia.

⁶ ARMENTERAS et al., 2016: 88.

⁷ Sobre algunas de estas posiciones doctrinales diversas, ver COLAS–MORELLE, 2021: 18.

⁸ En esta ocasión se identificaron 69 casos sobre 96 absoluciones. Es decir, el 71,8 % de las absoluciones.

sustanciales a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas o a animales o plantas”.

Desde 2015 -aunque podía haberlo hecho desde 2008- con la trasposición de la *Directiva 2009/123/CE relativa a la contaminación procedente de buques* el legislador penal español dejó el acto de contaminación que pudiera poner en peligro grave el equilibrio de los ecosistemas naturales en el tipo agravado (art. 325.2) y centró el injusto del tipo básico en la causación “*daños sustanciales a la calidad del agua, suelo, aire y elementos naturales*” (art. 325.1)⁹. La intención tanto de la Directiva como del legislador español con su trasposición era no basar la relevancia penal en el peligro para las personas ni para el equilibrio de los sistemas naturales, sino avanzar la intervención penal a la mera causación de un daño, en la lesión a los elementos bióticos y abióticos del sistema natural. Ahora bien, atendiendo al principio de intervención penal mínima y la necesaria delimitación entre la infracción penal y la administrativa se estableció que ese daño debería ser “*sustancial*” para merecer el reproche penal. Y esa propuesta tampoco ha funcionado.

Muy pocas sentencias se han pronunciado desde 2015 sobre el concepto “*daño sustancial*”¹⁰. Y en las que lo han hecho, la dificultad para definir y probar este concepto ha conducido a la absolución. Es el ejemplo de la SAP de Valladolid (Sección 2ª) Sentencia núm. 247/2022 de 27 septiembre (JUR 2022\344900) que confirma una sentencia absolutoria del Juzgado Penal núm. 1 de Valladolid afirmando que “*no acreditan por sí mismos el requisito de que esas actuaciones hayan causado o puedan causar un grave (sic) daño a las tierras, aguas, calidad*

⁹ Sobre esta reforma ver HAVA, 2015 o GORRIZ, 2015.

¹⁰ La SAP de Almería (Sección 2ª) núm. 178/2022, de 10 mayo ha sido de las pocas encontradas en las bases de datos jurisprudenciales CENDOJ. Es posible que la razón se deba a la lentitud de la instrucción de estos delitos aunque, como veremos, también es posible que no hubiera sido oportuno referirse al tipo básico puesto que en muchos de los supuestos condenatorios también quedó probada la idoneidad del acto de contaminación para poner en peligro grave el equilibrio de los sistemas naturales. Es un buen ejemplo de cómo la reforma de 2015 puede haber facilitado una condena que con la regulación anterior hubiera quedado impune. De hecho, la “*Sala no considera acreditado el subtipo agravado del art. 325.2. del Código Penal. Dicho tipo penal exige que con la actuación llevada a cabo se perjudique gravemente el equilibrio de los sistemas naturales (...) la perito así lo corroboró en varias ocasiones en el plenario, no ha especificado si la actuación llevada a cabo, produjo o pudo producir, un perjuicio grave para el equilibrio de los sistemas naturales. Sobre este particular tampoco fue debidamente interrogada en el plenario, que si lo fue sobre el carácter irreversible del daño*”

del aire o a los sistemas naturales; requisito sobre el cual la Juzgadora mantiene dudas y, por ende, entiende que no ha quedado suficientemente probado”.

Si se observa, se ha tendido a interpretar el concepto “*sustancial*” como un sinónimo de “*grave*”, es decir, a equiparar daños sustanciales con daños graves. Y para su valoración parece que se hayan recurrido a los criterios que hasta el momento se consideraban para valorar el peligro para los ecosistemas como grave. En efecto, la jurisprudencia venía estableciendo que para valorar la gravedad del peligro “*parece seguro referenciar el criterio de la gravedad del posible perjuicio a la intensidad del acto contaminante, (...) en definitiva, a la magnitud de la lesión en relación con el espacio en el que se desarrolla, la prolongación en el tiempo, la afectación directa o indirecta, la reiteración de la conducta, de los vertidos, emisiones, etc., a la dificultad para el restablecimiento del equilibrio de los sistemas, proximidad de las personas o de elementos de consumo*”¹¹.

Es el caso de la SAP de Almería núm. 178/2022 que condena por el tipo básico del artículo 325.1 atendiendo a elementos de “*magnitud de la lesión en relación con el espacio*” (“han sido afectadas formaciones vegetales de alto valor ambiental y la fauna asociada a éstas”); “*la prolongación en el tiempo*” (“la eliminación de la cubierta forestal que supone un impacto de duración permanente, ya que desaparece la función protectora del suelo ante procesos erosivos”) o “*la intensidad del acto contaminante*” (“debido a la realización de desmontes y taludes de importantes dimensiones, o la realización de vertidos de diferente tipología. Se han llevado a cabo movimientos de tierra consistentes en la extracción de importantes volúmenes de tierra y la consiguiente generación de taludes verticales con escalonamientos muy aparentes que en algunos casos alcanzan hasta los 16 metros de altura”).

Es fácil concluir que si el criterio de “gravedad” del peligro para el equilibrio de los sistemas naturales del art. 325.1 -vigente hasta el 2015- era ambiguo para delimitar la infracción penal de la administrativa, el mismo criterio incierto de

¹¹ Ver STS núm. 521/2015 de 13 octubre (RJ 2015\6160); STS 916/2008, de 30 de diciembre (RJ 2009, 1380)

“gravedad” del daño a los elementos bióticos o abióticos de los mismos¹² -vigente desde 2015- planteó exactamente los mismos problemas. Y, en consecuencia, hace prever que continuará siendo la primera causa de absolución.

Es interesante destacar en este punto -por lo trascendente que será después para valorar la nueva propuesta de Directiva europea- que, aunque se tuviera un concepto más claro para la definición del carácter sustancial del daño, el problema es que exigirá la práctica de una prueba pericial que, por muy cualificados que sean los medios técnicos y la eficacia de estos, en la práctica de la valoración pericial es de suma complejidad y sólo se hace parcialmente. El problema es debido a las dificultades para probar la imputación objetiva de un daño provocado en muchas ocasiones por procesos de sinergia o acumulación en un contexto natural en el que los sistemas naturales son, por definición, dinámicos e interconectados. Pero también por los déficits de recursos técnicos, humanos y presupuestarios con los que cuenta los agentes encargados de las investigaciones¹³. Merece la pena subrayar que en el estudio de sentencias aludido hasta ahora la segunda causa de absolución del delito ecológico es, precisamente, esta falta de pruebas¹⁴.

Decíamos al principio de este epígrafe que, junto a la técnica legislativa que dificultaba las condenas, existía una tercera razón que explicaría la falta de eficacia del delito ecológico en España. Nos referíamos a las vigentes modalidades y niveles de pena.

Las penas previstas para personas físicas en el delito ecológico español han sido poco disuasorias y no proporcionadas a los daños ambientales causados. Los pocos casos de condena nunca han supuesto un ingreso a prisión¹⁵ y se han acabado resolviendo con penas de multa de baja cuantía -con cantidades

¹² Ampliamente se ha pronunciado en este sentido la doctrina española. Ver, por todos, MUÑOZ CONDE et al., 2015: 233; DE LA CUESTA, 2015.

¹³ Destacando las limitaciones de la prueba pericial ambiental en los tribunales españoles ver COLÁS – MORELLE, 2021: 14-15; FUENTES OSORIO, 2023: 19 y más ampliamente ABBAD-GUTIÉRREZ, 2015.

¹⁴ Este motivo se identificó en 63 de las 96 sentencias absolutorias, significando el 65,3% de las absoluciones.

¹⁵ En otro trabajo reciente sobre sentencias recaídas en delito ecológico en España entre 2019 y 2020 ha quedado demostrado que la duración media de las condenas por penas privativas de libertad por el art. 325 CP fue inferior a 24 meses (20,62 meses), pudiendo todas ellas ser objeto de suspensión conforme al art. 80 y ss. CP (FUENTES OSORIO, 2021: 189).

propias de infracciones administrativas leves¹⁶ o inhabilitaciones de escasa severidad¹⁷. A fecha de hoy, no hay ningún interno en los centros penitenciarios españoles cumpliendo una condena por delito ambiental. A las razones propias del perfil del delincuente económico -que facilitarían la suspensión condicional de la pena y el acceso a beneficios penitenciarios (BAUCELLS et al., 2022: 94)-, debe sumarse una característica propia de la delincuencia ambiental: el trato benevolente se explicaría¹⁸ por la identificación de los poderes públicos con el infractor ambiental, la percepción de que el delito ambiental es menos grave y de que los infractores son menos peligrosos (FUENTES OSORIO, 2023: 29) y, fundamentalmente -nos interesa destacar aquí- por la preocupación de las consecuencias de sus decisiones para las economías locales. Eso afectaría absolutamente a todos los poderes públicos, sin excepción. Al poder judicial que, entre otras manifestaciones, al margen de las penas bajas, vendría aplicando de forma exageradamente beneficiosa de la atenuante específica de reparación del daño¹⁹ o la absolución de los supuestos de dolo eventual²⁰. Al poder legislativo y ejecutivo por su “tolerancia” regulatoria o autorizadora. O a este último, por la abundante utilización en España del indulto en los delitos contra el medio ambiente (FUENTES OSORIO, 2023: 30). Todo ello nos conduce a concluir que estamos ante una clara manifestación de lo que algunos autores han denominado “Derecho penal del amigo”²¹.

Para finalizar, por lo que respecta a las penas de las personas jurídicas, la pena prevista e impuesta por excelencia -igual que con las personas físicas- ha sido

¹⁶ En el mismo estudio de sentencias de la nota anterior (FUENTES OSORIO, 2021: 28) se demuestra que la media de las multas impuestas a las personas físicas por el art. 325 CP fue muy baja: 3.943 € (!)

¹⁷ FUENTES OSORIO, 2021: 29 concluye que las penas de inhabilitación siguen esta línea de escasa severidad con inhabilitaciones de 16 meses por el art. 325 CP.

¹⁸ Utilizamos el condicional porque la hipótesis no ha quedado demostrada empíricamente. La doctrina ha reclamado la necesidad de realizarse estudios sobre percepciones de estos poderes públicos (FUENTES OSORIO, 2023: nota 165)

¹⁹ El art. 340 CP prevé un efecto de la reparación del daño ambiental de atenuación de la pena inferior en grado equiparándola en efectos a la atenuante genérica muy cualificada. Pero, además los jueces han venido haciendo una interpretación muy generosa aplicándola a supuestos, por ejemplo, en los que la empresa se limitaba a cesar en los actos de contaminación. Críticamente sobre esta jurisprudencia con varios ejemplos BAUCELLS, 2007: 208.

²⁰ Sorprende que el 14,58% de las resoluciones en los delitos contra los recursos naturales se absuelvan por falta de dolo sin entrar a depurar la responsabilidad imprudente (FUENTES OSORIO-FAJARDO, 2021: 7).

²¹ La expresión ha sido utilizada, entre otros, por QUERALT, 2009 para referirse al trato a la delincuencia económica en general. Más recientemente, la doctrina viene refiriéndose a derecho penal de la plutofilia TERRADILLOS, 2020.

una pena, la de multa, que también ha recibido muchas críticas por no ser proporcionada al daño causado, por no generar el efecto disuasorio, ni de eficacia propuesto por las Directivas²².

En España hemos tenido algún ejemplo esperpéntico del estado de la cuestión acabado de esbozar. Mientras la Audiencia provincial de la Coruña absolvía a todos los imputados del caso Prestige del delito ecológico y sólo condenaba al capitán del Prestige a 9 meses por desobediencia, una pianista de Puigcerdà era acusada por el Ministerio fiscal a una pena de 7 años y medio por contaminación acústica por el ruido provocado mientras ensayaba en su casa (GARCÍA RUIZ, 2014; NAVARRO CARDOSO, 2021)²³.

II. EL TRATAMIENTO INDICADO POR LA NUEVA PROPUESTA DE DIRECTIVA RELATIVA A LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE MEDIANTE EL DERECHO PENAL.

La Unión Europea ha acabado reconociendo esta situación y no sólo en España, sino respecto a todos sus estados miembros. Por un lado, la Comisión evaluó la Directiva 2008/99 entre 2019 y 2020 y publicó sus conclusiones en octubre de 2020²⁴. Pero también en sus informes el Consejo de Europa²⁵ o Eurojust²⁶

²² Volveremos más adelante sobre esta cuestión. Pero en términos generales puede verse el desarrollo de estas críticas en FARALDO, 2013: 77.

²³ El hundimiento el 13 de noviembre de 2002 frente a las costas gallegas del petrolero Prestige provocó un vertido de más de 63.000 toneladas de fuel en la que fue considerada la mayor catástrofe medioambiental ocurrida en España. En la sentencia salieron impunes todos los acusados, salvo el capitán Apostolos Mangouras que, en primera instancia fue condenado a nueve meses de prisión por desobediencia en una “irresponsabilidad organizada” de manual. En casación el TS 865/2015 14 de enero 2016 acabó revisando la condena al capitán a quien acabó condenando a una pena de 2 años de prisión por delito ecológico imprudente. La pianista fue absuelta. Críticamente sobre las actuaciones judiciales en el caso Prestige ver MARTINEZ-BUJAN, 2005.

²⁴ COMISIÓN EUROPEA (2020) *Evaluación de la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal* («Directiva relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal»), SWD(2020) 259 final, de 9 de noviembre. Disponible en <https://commission.europa.eu/system/files/2021-12/environmental_crime_evaluation_report.pdf> [fecha de consulta: 12 de diciembre de 2023].

²⁵ Ver CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA (2019) *Informe de evaluación sobre la octava ronda de evaluaciones mutuas. “Aplicación práctica y funcionamiento de las políticas europeas de prevención y lucha contra la delincuencia medioambiental”*. Disponible en <<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14065-2019-INIT/es/pdf>> [fecha de consulta: 12 diciembre 2023]

²⁶ Ver EU AGENCY FOR CRIMINAL JUSTICE COOPERATION (2021) Report on Eurojust’s Casework on Environmental Crime. Disponible en

coincidían en la rápida extensión de la delincuencia ambiental y las limitaciones de las estrategias punitivas diseñadas hasta el momento para pararla.

Creo que la UE en esta propuesta de Directiva hace un buen diagnóstico del problema y ofrece un conjunto de soluciones alineadas en hasta seis objetivos que recogen medidas centradas, por supuesto y como acabamos de ver, en la necesaria mejora de la armonización legislativa (*Law*). Pero, a diferencia de la Directiva 2008 -que en sus escuetos 9 artículos se centró exclusivamente en la armonización de las infracciones (art. 3 y 4) y en exigir penas suficientemente disuasorias, eficaces y proporcionadas (art. 5, 6 y 7)- la nueva Directiva en sus 29 artículos obliga a los Estados miembros a mejorar aspectos más generales de la política criminal ambiental (*Policy*). En otras palabras, diseña un modelo amplio de política criminal común en materia ambiental que trasciende los primeros intentos de armonización en materia penal limitados exclusivamente a la armonización de infracciones²⁷.

1. Las medidas de armonización de infracciones y sanciones. La propuesta de Law.

Siendo los principales problemas de la falta de aplicación del delito ecológico en España los relativos a la redacción de los tipos penales y las penas previstas, vamos a dedicar nuestra atención exclusivamente a las soluciones que la Directiva ofrece desde la perspectiva de la reforma de los tipos y sanciones penales (*Law*), dejando para las valoraciones finales alguna consideración sobre las propuestas más amplias de Política criminal (*Policy*). Un análisis exhaustivo de todas ellas desbordaría el espacio de este artículo.

En ese sentido, es interesante destacar que la Directiva contempla como objetivo núm. 2 “*Mejorar la eficacia de las investigaciones y el enjuiciamiento de los delitos mediante la aclaración o la eliminación de términos vagos que se utilizan en las definiciones relativas a la delincuencia medioambiental*”. En relación con la aclaración de términos vagos, la nueva Directiva propone elementos de

<<https://www.eurojust.europa.eu/publication/report-eurojusts-casework-environmental-crime> >
[fecha de consulta: 12 diciembre 2023]

²⁷ Un análisis de las limitaciones de los primeros instrumentos penales europeos en materia ambiental diseñados a principios del milenio puede verse en BAUCELLS, 2007. Destacando los avances europeos desde estrategias simplemente legislativas (*Law*) a perspectivas político criminales más amplias (*Policy*), MIETTEN, 2012.

valoración del concepto de “*daños sustanciales*” (art. 3.3), del concepto “*puedan causar daños sustanciales*” (art. 3.4) o de la “*cantidad desdeñable*” (art. 3.5). Con relación a la eliminación de términos vagos, se ha procedido a sustituir en algunas infracciones el tradicional recurso a la técnica del peligro hipotético por la técnica del peligro abstracto, de mucha más fácil aplicación. Nos referimos, por ejemplo, a las nuevas infracciones introducidas en el art. 3.1 letras q) y r) que se construyen sobre la simple desobediencia de Reglamentos sobre sustancias que agotan la capa de ozono o gases de efecto invernadero sin exigirse ningún daño ni peligro hipotético o concreto para el medio ambiente²⁸.

Por otro lado, la nueva Directiva también establece como objetivo 3 “*Garantizar tipos y niveles de sanciones eficaces, disuasorios y proporcionados para la delincuencia medioambiental*”. El principal cambio en este aspecto, respecto a la Directiva de 2008, es que la UE no se limita ahora a dejar en manos de los Estados la elección de las penas que se consideren proporcionadas, eficaces y disuasorias, sino que establece penas de obligada trasposición, así como criterios de duración.

Por último, la nueva Directiva cierra las propuestas legislativas con el objetivo 1: “*Mejorar la eficacia de las investigaciones y el enjuiciamiento de los delitos mediante la actualización del ámbito de aplicación de la Directiva*”. Ahora se pasa de las nueve categorías delictivas previstas en 2008 a ¡más de veinte! Aunque nuestro objeto de estudio se limitará al delito ecológico, todas las conclusiones alcanzadas en esta investigación podrán ser extensibles al resto de las veinte infracciones medioambientales previstas en la nueva Directiva.

2. Las medidas de armonización de la política criminal ambiental. La propuesta de Policy.

²⁸ El art. 3. Q) propone sancionar “*la producción, la comercialización, la importación, la exportación, la utilización, la emisión o la liberación de sustancias que agotan la capa de ozono, tal como se definen en el artículo 3, punto 4, del Reglamento (CE) n.º 1005/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, o de productos y aparatos que contengan dichas sustancias o dependan de ellas*”. En el art. 3. R) “*la producción, la comercialización, la importación, la exportación, la utilización, la emisión o la liberación de gases fluorados de efecto invernadero, tal como se definen en el artículo 2, punto 1, del Reglamento (CE) n.º 517/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, o de productos y aparatos que contengan dichos gases o dependan de ellos*”.

Como acabamos de destacar, la propuesta de Directiva va mucho más allá de la mera armonización de infracciones y sanciones penales y compromete a los Estados miembros en el diseño de otras medidas de política criminal.

El objetivo 6 propone a los Estados *“Mejorar la eficacia operativa de las cadenas nacionales de aplicación de la ley para fomentar las investigaciones y el enjuiciamiento y sanción de los delitos”*. Lejos de la improvisación, este objetivo debe alcanzarse con el diseño de una estrategia nacional -art. 20- que fije objetivos priorizados, responsabilidades claras, mecanismos de coordinación, formación específica y periódica en todos los niveles de la cadena de aplicación -art. 17- y, lo más importante, dotación de recursos presupuestarios necesarios -art. 16-. Todo ello, sin olvidar la perspectiva preventiva adoptando medidas de información, educación y sensibilización para reducir la delincuencia ambiental -art. 15-.

Para conseguir esa eficacia operativa, el objetivo 5 -en primer lugar- obliga los Estados miembros a *“Mejorar el proceso de toma de decisiones bien fundamentadas en materia de delincuencia medioambiental mediante una mejora de la recogida y la difusión de datos estadísticos a través de normas comunes armonizadas”*. Se obliga a los Estados a realizar un seguimiento de la eficacia de su política criminal ambiental a partir de datos estadísticos sobre casos denunciados, investigados, condenados, duración de las instrucciones, ... -art. 21-. Es decir, exige algo a lo que Estados como España no estamos muy acostumbrados y que es imprescindible para su eficacia y eficiencia: diseñar políticas criminales basadas en evidencias (FARRINGTON, 2021). Estos datos serán armonizados en un formato normalizado, de acceso público y fiscalizados por la Comisión -art. 22 y 23-.

En segundo lugar, se define como objetivo 4 *“Fomentar la investigación y el enjuiciamiento transfronterizos de los delitos”*. Para ello, fija un paquete de disposiciones que fomentan directamente la cooperación transfronteriza, como (1) dotarse de personal cualificado suficiente y recursos técnicos suficientes para una investigación eficaz y armonizada -art. 16-, (2) la obligación de cooperar a través de Europol, Eurojust y la OLAF construyendo redes profesionales,

formación conjunta e intercambio de información y buenas praxis -art. 19-, y (3) normas en materia de jurisdicción -art. 12-.

III. VALORACIÓN DE LAS PROPUESTAS DE ARMONIZACIÓN DE INFRACCIONES Y SANCIONES REALIZADAS POR LA DIRECTIVA.

Pese al buen diagnóstico y propuesta de tratamiento que realiza la nueva Directiva, tengo serias dudas de que con su trasposición se pueda alcanzar su propósito. A desarrollar las razones de mi “euro-eco-penal-escepticismo” vamos a dedicar el resto de esta contribución.

1. La valoración de la nueva propuesta de armonización de sanciones (Law)

Pero ante todo debe destacarse que la nueva Directiva toma algunas decisiones acertadas con las penas previstas tanto para las personas físicas como las jurídicas. En efecto, se da un importante paso adelante puesto que en la anterior Directiva de 2008 sólo se hacía referencia genérica a que “*los delitos a los que se hace referencia en los artículos 3 y 4 se castiguen con sanciones penales eficaces, proporcionadas y disuasorias*” (art. 5), mientras que ahora -como ya apuntamos- la UE avanza en la necesaria uniformidad de las penas en los países miembros, proponiendo penas concretas, más duras y con una extensión determinada²⁹.

a) Sobre las penas previstas para las personas físicas

Respecto a las personas físicas elige la pena de prisión como la única realmente disuasoria, eficaz y proporcionada y, además, se apuesta por fijar la armonización de su cuantía recurriendo a la técnica del “zócalo mínimo de la pena máxima de prisión”. En concreto, en relación con el delito ecológico se prevé “*una pena máxima de prisión de al menos diez años si causa o puede causar la muerte o lesiones graves a las personas*” y “*de al menos seis años en el resto de los casos*”. Sin embargo, no se fija un zócalo mínimo lo cual me parece razonable si, como veremos más adelante, el margen de la armonización de las

²⁹ Esta uniformidad era necesaria puesto que los informes previos a la Directiva mostraron importantes diferencias entre las penas máximas de prisión que podían iban desde ninguno a nueve años de prisión o de 0,2 a 250 millones de euros por exactamente el mismo delito (GUDIN, 2023: 12)

infracciones es tan amplio³⁰ y el objetivo final es asegurar la condena por actos de contaminación y, sobre todo, estimular la reparación del daño a través de atenuantes.

Además, la Directiva introduce otra gran novedad al exigir a los estados miembros otras penas “*adicionales*” a la privativa de libertad. La valoración es positiva pues creo que algunas de ellas pueden ser mucho más “*eficaces*” desde un punto de vista de la prevención especial, pero incluso mucho más “*disuasorias*” desde el punto de vista de la prevención general que las penas cortas privativas de libertad que se venían imponiendo hasta ahora en España.

Y no me refiero, por supuesto, a las penas pecuniarias -criticadas por su falta de eficacia preventivo general y especial para este perfil de delincuente³¹- sino a las siguientes inhabilitaciones: “*la exclusión temporal o permanente del acceso a financiación pública incluidos los procedimientos de contratación pública, las subvenciones y las concesiones*” (art. 5.5 c); “*la inhabilitación para dirigir establecimientos del tipo utilizado para cometer el delito*” (art. 5.5 d) y “*la retirada de permisos y autorizaciones para el ejercicio de actividades que hayan dado lugar a la comisión del delito*” (art. 5.5 e). Evidentemente cualquiera de las tres -sobre todo en supuestos de penas de prisión cortas o suspendidas- mejoraría los efectos de prevención especial, al ayudar a que el condenado no vuelva a cometer un delito ecológico.

Por otro lado, la nueva pena de “*publicación nacional o a escala de la Unión de la resolución judicial relativa a la condena o a cualesquiera sanciones o medidas aplicadas*” creemos que podrá desarrollar algún efecto de prevención general negativa a través del daño reputacional que podría llegar a generar esta publicación. Pero como mínimo de prevención general positiva, puesto -en el contexto simbólico-comunicativo en el que, como veremos, está situado el derecho penal ambiental-, se reafirmaría la vigencia del derecho ambiental.

³⁰ Al ser el margen de armonización de las infracciones tan amplio y permitir conductas tan dispares, es razonable que se deje a los Estados miembros margen para poder imponer penas muy cortas de privación de libertad para respetar el principio de proporcionalidad.

³¹ Ya en los años 80, en los primeros estudios empíricos sobre la eficacia de las penas de multa para el delincuente económico quedó evidente que las penas de multa no eran suficientemente eficaces para el perfil del delincuente económico. Entre esos primeros trabajos, ver TIEDEMANN,1978: 362.

b) Sobre las penas previstas para personas jurídicas

Respecto a las personas jurídicas, la Directiva de 2008 ya introdujo la responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de delitos contra el medio ambiente (art. 6 y 7). Sin lugar a duda, esa propuesta fue una de las normas de referencia que empujó al legislador penal español dos años más tarde a superar el histórico aforismo *societas punire non potest*. Este paso fue decisivo para la lucha eficaz contra todas las formas de criminalidad ecológica ya que son las empresas los sujetos más propensos a causar daños ambientales³².

En aquel momento, la Directiva 2008 se limitó a establecer que “*Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas consideradas responsables en virtud del artículo 6 sean castigadas con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias*”.

En la práctica la pena que se ha venido imponiendo a las empresas por el delito ecológico ha sido la pena de multa (FARALDO, 2014:184). Sin embargo, la doctrina le ha esgrimido numerosas críticas, poniendo en tela de juicio su efectividad. La nueva Directiva es muy consciente de esta cuestión y obliga a los Estados a introducir penas de otra naturaleza³³.

³² En la reforma penal de 2010, el antiguo art. 327 al exigir responsabilidad a las personas jurídicas hacía referencia a los dos artículos anteriores, esto es, los artículos 325 y 326 CP, que en aquel momento tipificaban el delito ecológico y sus agravantes. Sin embargo, tras la LO 1/2015, el art. 328 CP indica lo siguiente: «Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de *los delitos recogidos en este Capítulo*, se le impondrán las siguientes penas (...)». Con esto, se incluyen en el elenco de delitos por los que responden penal y directamente las personas jurídicas el delito de gestión ilegal de residuos -art. 326.1 CP-, el delito de traslado de residuos -art. 326.2 CP-, el delito de explotación de instalaciones peligrosas -art. 326 bis CP-, el delito de prevaricación ambiental -art. 329 CP- y el delito de daños a espacios protegidos -art. 330 CP-

³³ En concreto, su art. 7.2 establece que “*Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las sanciones o medidas aplicables a las personas jurídicas responsables en virtud del artículo 6, apartado 1, por los delitos a que se refieren los artículos 3 y 4 comprendan: a) multas de carácter penal o no penal; b) la obligación de restablecer el medio ambiente en un plazo determinado; c) la exclusión del derecho a recibir prestaciones o ayudas públicas; d) la exclusión temporal del acceso a la financiación pública, incluidos los procedimientos de contratación pública, las subvenciones y las concesiones; e) la inhabilitación temporal o permanente para el ejercicio de actividades empresariales; f) la retirada de permisos y autorizaciones para el ejercicio de actividades que hayan dado lugar a la comisión del delito; g) la vigilancia judicial; h) la disolución judicial; i) el cierre temporal o definitivo de los establecimientos utilizados en la comisión del delito; j) la obligación para las empresas de establecer programas de diligencia debida para mejorar el cumplimiento de las normas medioambientales; k) la publicación de la resolución judicial relativa a la condena o a cualesquiera sanciones o medidas aplicadas*”.

1. De un lado, se ha cuestionado que la pena de multa sea suficientemente “eficaz” o “disuasoria” desde un punto de vista preventivo. En efecto, esto presumiría que la persona jurídica es un ser racional, que toma siempre sus decisiones calculando costes y beneficios. En este sentido, la persona jurídica solo delinquiría si el coste asociado al delito fuera menor al beneficio obtenido por el mismo. Sin embargo, pese a que en muchas ocasiones estos parámetros se cumplirán, no es algo que debemos presuponer siempre. Del mismo modo que sucede con las personas físicas, existen comportamientos criminales en el seno de las personas jurídicas que no responden a una elección racional, siendo los supuestos de ignorancia o incapacidad técnica u organizativa para acatar la norma, sólo algunos ejemplos (FARALDO, 2017: 317).

Por ello puede celebrarse la previsión de penas más “eficaces” desde un punto de vista de la prevención especial, como la pena de *“obligación para las empresas de establecer programas de diligencia debida para mejorar el cumplimiento de las normas medioambientales”* o *“la vigilancia judicial”*. Ambas penas son mucho más idóneas que la multa para permitir corregir los problemas organizativos y evitar que en el futuro la empresa pueda volver a cometer un delito ambiental (prevención especial positiva).

Pero, incluso en los casos más graves donde esa reinserción sea difícil o imposible de conseguir, la *“inhabilitación temporal o permanente para el ejercicio de actividades empresariales”*; *“la retirada de permisos y autorizaciones para el ejercicio de actividades que hayan dado lugar a la comisión del delito”* o *“la disolución judicial”* serán más idóneas que la multa para evitar la comisión de delitos futuros (prevención especial negativa). Ahora bien, respecto a éstas últimas preveo que su eficacia será muy relativa. Hasta el momento, estas penas ya están previstas en el ordenamiento jurídico español para el delito ecológico³⁴ y, en la práctica, no se han venido aplicando por lo que tampoco se prevé que tenga aplicación en el futuro. La razón reside en algo que -como veremos- es el “elefante en la habitación” de la inaplicación del derecho penal ambiental: la

³⁴ El art. 340 quater establece que para el delito ecológico se puedan imponer junto a la pena de multa, las penas recogidas en el artículo 33.7, párrafos b) a g). Esto es b) Disolución de la persona jurídica; c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años; d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años; e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.

tensión que siempre existe en el conflicto entre la protección penal del medio ambiente y las consecuencias para la economía³⁵.

2. Por otro lado, las penas de multa tampoco han venido teniendo un efecto “disuasivo” de prevención general suficiente debido a su importe. Desde hace muchos años TIEDEMANN (1978: 362) demostró que las multas de cuantías más pequeñas no tenían incidencia sobre las motivaciones de la delincuencia económica.

Esta ha sido la experiencia en España³⁶ facilitada por un sistema de cálculo que se hacía depender ilógicamente de la duración de la pena privativa de libertad impuesta a la persona física o del doble al cuádruple del perjuicio causado cuando la cantidad resultante fuese más elevada³⁷.

Si bien existe consenso en que las multas han de ser cuantiosas para generar efecto preventivo, se ha observado que una multa muy elevada también puede provocar el efecto contrario al deseado. Se trata de los supuestos denominados como *deterrence trap*, en los que la cuantía de la multa es tan alta que la empresa resulta incapaz de asumir el pago y se ve abocada a la liquidación³⁸. Esta consecuencia -vinculada al impacto en la economía- puede, una vez más, explicar que los jueces no hayan impuesto multas proporcionales a la gravedad del daño causado, sobre todo, en casos de PYMES.

Por ello, creo que debe reconocerse que la nueva Directiva impone un modelo más eficaz y considerando estas reservas. En su art. 7.4 establece penas de

³⁵ El mismo legislador penal español establece en su art. 66 bis 1.ª CP que en los supuestos en los que vengan establecidas por las disposiciones del Libro II -en este caso en el art. 340 quater, para decidir sobre la imposición de las penas previstas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 habrá de tenerse en cuenta no sólo (a) su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos, sino también b) sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores.

³⁶ Vid., sobre la baja cuantía de las penas de multa en el sistema penal español, FARALDO CABANA, 2013: 311 y 322. Critica también la baja cuantía de las penas, especialmente aquellas resultantes de la aplicación del sistema días-multa, MAPELLI CAFFARERNA, 2011: 237. 7

³⁷ Así, si la pena de privación de libertad a imponer a una persona física es superior a dos años, a la persona jurídica se le impondrá una pena de multa de 1 a 3 años, o del doble al cuádruple del perjuicio causado cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de 2 años de privación de libertad. Si, por el contrario, la pena privativa de libertad correspondiente a una persona física es igual o inferior a dos años, a la persona jurídica se le impondrá una pena de multa de seis meses a dos años, o del doble al triple del perjuicio causado si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos.

³⁸ Así lo ha destacado FUENTES OSORIO-LOUREIRO, 2019.

multa para el delito ecológico “*cuyo límite máximo no sea inferior al 5 % del volumen de negocios mundial total de la persona jurídica en el ejercicio económico anterior a la decisión de imposición de la multa*”. En cualquier caso, existe una enorme dificultad por parte de los jueces para determinar la cuantía óptima de la pena de multa en el marco penal abstracto que deje el legislador — tanto por defecto, como por exceso-, lo cual pone en duda su eventual efecto preventivo-especial.

3. Se han destacado también como consecuencias negativas de la pena pecuniaria los efectos indeseados para terceros (*overspill*). Concretamente, se han señalado como terceros inocentes que sufren los efectos de la pena pecuniaria impuesta a la persona jurídica a los acreedores de esta, sus trabajadores y a los clientes o consumidores³⁹. En efecto, la pena de multa puede afectar a la garantía de cobro de los acreedores sociales, puede llevar a la empresa a tomar medidas como la reducción de plantilla o puede ser considerada un coste añadido que termine siendo trasladado al precio final del producto o servicio.

Quizás por todo ello, parece que una de las medidas de la Directiva que más deban celebrarse es la obligada imposición a las personas jurídicas de otras penas complementarias a la pecuniaria⁴⁰.

Algunos trabajos criminológicos (TIEDEMANN, 1978: 362) han demostrado que las penas que más influían en el comportamiento empresarial eran aquellas que implicaban el cierre de la empresa y las inhabilitaciones.

³⁹ FUENTES OSORIO-LOUREIRO, 2019 citando a COFFEE, 1981: 389. .

⁴⁰ El art. 7.2 establece que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las sanciones o medidas aplicables a las personas jurídicas responsables en virtud del artículo 6, apartado 1, por los delitos a que se refieren los artículos 3 y 4 comprendan además de las multas: b) la obligación de restablecer el medio ambiente en un plazo determinado; c) la exclusión del derecho a recibir prestaciones o ayudas públicas; d) la exclusión temporal del acceso a la financiación pública, incluidos los procedimientos de contratación pública, las subvenciones y las concesiones; e) la inhabilitación temporal o permanente para el ejercicio de actividades empresariales; f) la retirada de permisos y autorizaciones para el ejercicio de actividades que hayan dado lugar a la comisión del delito; g) la vigilancia judicial; h) la disolución judicial; i) el cierre temporal o definitivo de los establecimientos utilizados en la comisión del delito; j) la obligación para las empresas de establecer programas de diligencia debida para mejorar el cumplimiento de las normas medioambientales; k) la publicación de la resolución judicial relativa a la condena o a cualesquiera sanciones o medidas aplicadas.

En la previsión de penas para personas jurídicas ya hemos aprendido que debemos de dejarnos de mover en el plano simbólico y para conseguir que sean penas suficientemente disuasorias y eficaces, deben ser -sobre todo- aplicables. Y en ese sentido la pena de disolución es demasiado radical y debería reservarse para los casos más graves de estructuras empresariales auténticamente criminógenas.

Aunque se haya advertido por algún sector doctrinal que las penas de 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 pudiera ser una medida con un efecto preventivo-especial considerable en el ámbito empresarial (GORRIZ, 2015: 341), en la medida que tienen una repercusión económica en la persona jurídica, en mayor o menor medida, pueden ser objeto de las mismas críticas que la pena de multa (FUENTES OSORIO-LOUREIRO, 2019: nota 27).

Por ello la “vigilancia judicial” en la persona jurídica es la que pudiera tener mayor recorrido no solo - como prevé el código penal español con el objetivo de salvaguardar los derechos de los trabajadores y acreedores (de nuevo el elefante en la habitación)- sino que también sea la pena con mayor capacidad de incidencia en el funcionamiento de la entidad. En palabras de FUENTES OSORIO-LOUREIRO (2019) *“esta pena permite al órgano judicial modificar la forma en que la persona jurídica lleva a cabo sus actividades y, así, prevenir futuros delitos contra el medio ambiente. En este sentido, el efecto preventivo y la protección que esta aporta al medio ambiente son potencialmente elevados”*.

c) Especial referencia al restablecimiento del medio ambiente.

Quisiera acabar la valoración de la armonización de las penas con una reflexión sobre la reparación del daño ambiental. Una de las grandes novedades de la nueva Directiva respecto a la 2008 es que establece la obligación para los Estados miembros de adoptar las medidas necesarias para garantizar que tanto las personas físicas (art. 5.5) como las jurídicas (art. 7.2) que hayan cometido un delito ecológico asuman *“la obligación de reestablecer el medio ambiente en un plazo determinado”*.

Hasta ahora existía el principio “*quien contamina, paga*”. En la práctica conducía a que -como mínimo en España- para dar respuesta a este principio no se atendiera a criterios de restauración del daño, sino de carácter básicamente indemnizatorio. Algunos estudios (COLAS-MORELLE, 2021: 26) han evidenciado que con la intervención penal tampoco la reparación del daño ambiental haya sido una de las prioridades. En concreto, de un total de 13 sentencias judiciales condenatorias por delito ambiental en 2019, sólo 3 previeron medidas reparatorias que consistieron exclusivamente en la satisfacción de una responsabilidad civil de carácter esencialmente indemnizatorio y fundamentalmente antropocéntrico, pero también determinada muy intuitivamente, sin fundamento ni rigor metodológico⁴¹. Y eso, a pesar de que el art. 339 CP español prevé que “*los jueces o tribunales ordenarán la adopción, a cargo del autor del hecho, de las medidas necesarias encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, así como de cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en este Título*”⁴².

En este contexto, la nueva Directiva creo que plantea un cambio de paradigma donde el principio “*quien contamina, paga*” quedaría substituido por otro mucho más ambicioso de “*quien contamina, repara*” con tres consecuencias de gran alcance para el futuro de la política criminal europea en materia ambiental.

La primera es que al utilizar el verbo imperativo “*adoptarán*”, contemplar esta reparación del medio ambiente será obligatorio para todos los Estados miembros. La segunda es que al utilizar la expresión “*restablecer el medio ambiente*” obligará que se trascienda la responsabilidad civil de carácter indemnizatorio y que -en la línea de lo que ya dispone el art. 110 CP- sean aplicadas desde una perspectiva ecosistémica. Pero, por último, este cambio de paradigma deberá abrir las puertas a alumbrar una nueva generación de

⁴¹ Ver ampliamente sobre las dificultades normativas, técnicas y jurisprudenciales para determinar el valor del daño ambiental ABBAD–GUTIÉRREZ, 2015. Según estos autores existen diferentes orientaciones doctrinales para calificar los daños sobre el medio ambiente: temporalidad, magnitud, acumulación o sinergia, toxicidad o peligrosidad, persistencia de los efectos o riesgo para otros bienes. En el caso ambiental además es incluso necesario valorar la mera existencia de peligro. Esta delimitación no casa con los elementos básicos del derecho de daños según el cual el daño debe ser siempre cierto, efectivo, determinable, evaluable, individualizable y no puramente eventual o hipotético (ALVAREZ-AVILA, 2011).

⁴² Sobre esta institución ver PUENTE ABA, 2004.

sanciones de carácter restaurativo⁴³ que, al poner en el centro de la reparación el restablecimiento del medio ambiente a su estado anterior, facilitará la valoración y determinación del daño ambiental.

2. La valoración de la nueva propuesta de armonización de infracciones (Law)

Respecto a la propuesta de armonización del delito ecológico, la nueva Directiva propone en su artículo 3.1 a) una redacción idéntica a la propuesta en 2008: *“el vertido, la emisión o la introducción en el aire, el suelo o las aguas de una cantidad de materiales o de radiaciones ionizantes que cause o pueda causar la muerte o lesiones graves a personas o daños sustanciales a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas o a animales o plantas”*. Pese a mantenerse en una línea continuista -o precisamente por ello- este punto es el que, en mi opinión, se plantean las principales críticas.

a) El derecho administrativo en el núcleo de la eficacia del derecho penal.

En la misma línea de lo establecido en la Directiva de 2008, el art. 3.1 de la nueva propuesta exige para la tipificación penal de todos los delitos ambientales que las conductas sean “ilícitas”. Esto significa que el acto de contaminación para poder ser delictivo *“infringa la legislación de la Unión en materia de protección del medio ambiente, con independencia de su base jurídica”* (art. 2.1.a); *“una ley, un reglamento administrativo de un Estado miembro”*, pero *“incluso una decisión administrativa adoptada por una autoridad competente de un Estado miembro”* (art. 2.1.b). Esta accesoriadad permite que actos de contaminación muy graves puedan ser considerados atípicos si están autorizados no sólo por la normativa europea, sino cualquier normativa estatal independientemente de su rango e incluso por un acto administrativo contrario a la legalidad ambiental (¡!)⁴⁴. Obsérvese que sólo quedan excluidos los actos de contaminación autorizados por un acto administrativo obtenido *“de manera fraudulenta o mediante corrupción, extorsión o coerción”* (art. 2.1. b in fine). Como se ha advertido “este modo de abordar la penalidad requiere de un conocimiento de la compleja, dispersa y, a veces, contradictoria normativa administrativa medioambiental

⁴³ Ver NIETO, 2021. De forma más amplia recientemente NIETO-CALVO, 2023.

⁴⁴ De esta problemática ya advirtió en los años noventa DE LA MATA, 1996.

comunitaria, estatal, autonómica o incluso municipal” (GUDIN, 2023: 6) que no sólo afectará a la función preventivo general del delito ecológico, sino que -en lo que nos interesa ahora- dificultará la adaptación de las autorizaciones administrativas a la legalidad.

Debemos reconocer que esto plantea una gran contradicción. ¿Cómo nos podemos quejar de la falta de eficacia de la norma penal para proteger el medio ambiente si por la vía administrativa se declara como lícitos graves atentados contra el medio ambiente?⁴⁵. Conocemos las razones jurídicas. El mismo Tribunal constitucional español ha reconocido la legitimidad de las normas penales en blanco en ámbitos, como el ambiental, tan sometido a la evolución científica⁴⁶. Pero las verdaderas razones son de índole económica.

Como advirtió BECK (1986), la contaminación -e incluso la contaminación graves funcional, un efecto secundario (“nebenfolgen”), a nuestro modelo global de producción y consumo masivo. Por eso, sería disfuncional exigir una estricta responsabilidad penal por actos de contaminación necesarios para el crecimiento económico. El derecho ambiental creado en este contexto no protege los recursos naturales, sino que regula su explotación (FUENTES OSORIO, 2023: 4). En otras palabras, está guiado “por el deseo de conciliar los intereses de la conservación ecológica con las exigencias de desarrollo industrial o económico” (DE LA CUESTA, 1982: 661).

En ese sentido, la protección del medio ambiente sólo podrá ser realmente eficaz desde la modificación radical del sistema de gestión dominante puesto que el actual es incapaz de sancionar penalmente a las lesiones más graves

⁴⁵ No hay que menospreciar esta contradicción. Hay muchas actividades que aun siendo lícitas o estando autorizadas ocasionan un impacto de tal intensidad que los daños ambientales que pueden generar afectan gravemente a ecosistemas o la salud de las personas. Entre los primeros, basta con referirnos al fracking. Estas prácticas han afectado de forma directa a especies de grandes cetáceos por el nivel de contaminación acústica generado. Las movilizaciones y concentraciones contra esta práctica han dado lugar a la prohibición de estas conductas en determinados estados, como España, pero no han sido consideradas ilícitas por la UE (COLAS-MORELLE, 2021: 4). En relación con los segundos, la propia Agencia Europea de Medio Ambiente, en su último informe sobre la calidad del aire en Europa estimaba que en España fallecen 8.900 personas cada año a causa del dióxido de nitrógeno se supone dentro de sus valores límites.

⁴⁶ DE LA MATA, 2000 lo concreta en “la complejidad de los problemas ambientales tanto a la hora de delimitar las áreas o zonas a proteger como, sobre todo, en relación con los factores contaminantes, cantidades y calidades admitidas en función de diversas variables y procedimientos o criterios de medición y valoración”.

(FUENTES OSORIO-FAJARDO, 2021: 2). Pero, en el mientras tanto, debemos reconocer que en un modelo de accesividad -como el propuesto por la Directiva- la eficacia del derecho penal no dependerá de la mejora de este, sino fundamentalmente de la mayor o menor tolerancia en los límites normativos y en la actividad de autorización e inspección⁴⁷.

De lo contrario, el derecho penal desarrollará funciones eminentemente simbólicas. Quiero que se me interprete bien. Es obvio que el derecho penal ambiental en cualquier caso ejerce funciones preventivas. Aunque no existan investigaciones criminológicas que demuestren su efecto preventivo general intimidatorio, podemos consensuar la idea de que en mayor o menor medida la amenaza de una pena puede abstener a los ciudadanos a cometer estos delitos. Además, lo que sí ha quedado demostrado es que la previsión como atenuante de la RPPJ de haber diseñado programas de cumplimiento normativo ha motivado a muchas empresas a organizarse mejor para evitar riesgos ambientales.

Por ello creo que no se puede afirmar que el Derecho penal desarrolle funciones exclusivamente simbólicas, pero sí que, sin un buen Derecho ambiental previo, desarrolla funciones eminentemente simbólicas. Para empezar, decidir armonizar los códigos penales de la UE en ciertos ámbitos, constituye un objetivo político, más que político-criminal en el sentido que *“los esfuerzos de armonización de las legislaciones pueden estar percibidos como un objetivo en sí mismo, resultado de una elección ideológica, más que como una respuesta a la necesidad demostrada de resolver problemas claramente identificados”* (KELLENS, 2002: 148).

Esta lógica permite conectar la política criminal europea ambiental con otras funciones simbólico-políticas. Es decir, sirve para reforzar comunicativamente el compromiso europeo con la protección del bien jurídico ambiental. En ese

⁴⁷ Este problema de la conocida “tolerancia administrativa” ha permitido una sistematización de causas extrapenales permisivas de actos de contaminación: legalización de formas de contaminación; excepciones a leyes ambientales que las vacían de contenido; falta de desarrollo de mecanismos para garantizar la efectiva aplicación de la normativa ambiental; falta de actualización de las reglamentaciones medioambientales; falta de recursos personales y técnicos para las inspecciones; etc. Ver FUENTES OSORIO, 2023: 14.

sentido, la UE enviaría un mensaje de liderazgo en el compromiso global de lucha por la protección del medio ambiente⁴⁸.

Además, de tipo simbólico-valorativo. Se trataría de afirmar por la UE hasta qué punto un comportamiento es tan inaceptable que debe ser objeto de sanciones penales. En el proceso de construcción de unos valores sociales y jurídicos comunes el derecho penal jugaría un papel muy importante (BARBE, 2002: 147). Algo de esto reconocía expresamente la Directiva 2008/99/CE al afirmar que *«las sanciones existentes no son suficientes para lograr el total cumplimiento de la legislación protectora del medio ambiente. Debe reforzarse mediante la aplicación de sanciones penales que permite una desaprobación social de naturaleza cualitativamente diferente que el derecho administrativo o civil»*.

Finalmente, al recurrir al Derecho penal, la UE desarrollarían funciones de tipo simbólico-activista⁴⁹ al intentar demostrar que hacen todo lo posible para proteger el medio ambiente: recurrir al instrumento más grave del que disponen. Y aquí aparece el elemento clave. El problema de las normas penales simbólicas -aunque sólo sean “eminentemente simbólicas”- es que (1) crean la sensación falsa de que estos conflictos han sido resueltos; (2) puede llevar a desviar la atención de las auténticas soluciones necesarias, como la mejora de las instancias previas (DE LA MATA, 2000) y (3) oculta que el Estado no intenta solventar este conflicto (FUENTES OSORIO, 2023: 6).

En este contexto, debemos reconocer que la propuesta de Directiva introduce entre el listado de infracciones penales a armonizar tres supuestos en los que parece empezar a fijar tolerancia cero para algunos actos de contaminación. Me refiero al recurso a técnicas de peligro abstracto basadas en criminalizar actos de contaminación con materiales intrínsecamente peligrosos⁵⁰. Al referirse la

⁴⁸ Así se puso de manifiesto por CESONI, 2002: 153 a propósito de diferentes medidas tomadas en materia de lucha contra el crimen organizado y cómo la adopción de éstas por la legislación suiza servía casi de forma exclusiva para proteger la reputación financiera del país helvético.

⁴⁹ Utilizando la expresión propuesta por DIEZ RIPOLLES, 2002 para referirse con las que se suscita en la sociedad la confianza de que se está haciendo algo frente a problemas irresueltos.

⁵⁰ Me refiero, por ejemplo, a la letra q) de su artículo 3.1: *“la producción, la comercialización, la importación, la exportación, la utilización, la emisión o la liberación de sustancias que agotan la capa de ozono, tal como se definen en el artículo 3, punto 4, del Reglamento (CE) n.º 1005/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, o de productos y aparatos que contengan dichas sustancias o dependan de ellas”*; la letra r) *“la producción, la comercialización, la importación, la exportación, la utilización, la emisión o la liberación de gases fluorados de efecto invernadero, tal como se definen en el artículo 2, punto 1, del Reglamento (CE) n.º 517/2014 del Parlamento*

primera a *“las sustancias enumeradas en el anexo I (del Reglamento 1005/2009), incluidos sus isómeros, ya sea solas o en mezcla e independientemente de que sean sustancias vírgenes, recuperadas, recicladas o regeneradas”* parecería que cualquier acto de contaminación con ellas sería ya delictivo. Lo mismo sucedería con la segunda, que al referirse a *“hidrofluorocarburos, perfluorocarburos, hexafluoruro de azufre y otros gases de efecto invernadero que contienen flúor, enumerados en el anexo I, o mezclas que contengan cualquiera de esas sustancias”* criminalizaría como acto de contaminación cualquier actividad con ella.

Sin embargo, también ellas no quedan ajenas al alcance de la referencia del art. 3.1 a que sean “ilícitas” lo que explica que, de nuevo, quedaran impunes si reúnen los requisitos de certificación o caen dentro de las excepciones previstas en los Reglamentos.

En definitiva, la técnica de armonización propuesta por la Directiva es su “talón de Aquiles” (DE LA MATA, 2020) pues deja en manos del Derecho administrativo la eficacia del Derecho penal para la protección del medio ambiente, corriendo el peligro de que, si no se mejora el primero, el segundo desempeñe las funciones eminentemente simbólicas acabadas de identificar.

b) El fenómeno de la “armonización engañosa”.

El objetivo 2 de la Directiva es superar los términos vagos utilizados en la tipificación penal de estos delitos ambientales, pero sorprende que, para hacerlo, el art. 3.1 de la Directiva insista en una fórmula que hasta ahora se había mostrado inútil y muy problemática para alcanzar este objetivo. De hecho, se sigue apostando por la fórmula ya existente en la Directivas ya aludidas de 2008 y 2009: *“el vertido, la emisión o la introducción en el aire, el suelo o las aguas de una cantidad de materiales, de sustancias o de radiaciones ionizantes que cause o pueda causar la muerte o lesiones graves a las personas, o daños sustanciales a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas o a animales o plantas”*. Como veremos a continuación, la técnica utilizada deja diversas

Europeo y del Consejo, o de productos y aparatos que contengan dichos gases o dependan de ellos” y la letra g) el reciclado de buques sin cumplir con los requisitos del Reglamento CE núm. 1257/2013.

opciones en materia de incriminación, realizando lo que algunos autores han denominado una “armonización engañosa”⁵¹.

En primer lugar, al apostar, alternativamente, por “*causen o puedan causar la muerte o lesiones graves a personas*” o (conjunción disyuntiva) “*daños sustanciales*” a elementos ecológicos no apuesta por un concepto claro de bien jurídico (antropocéntrico o ecocéntrico) y permite que los Estados miembros puedan llegar a cumplir con la trasposición de la directiva construyendo un bien jurídico penal de perfil exclusivamente antropocéntrico o ecocéntrico⁵². Sin necesidad de entrar ahora en demasiadas deliberaciones político-criminales⁵³, no creo que esa solución fuera la más acertada para una armonización penal eficaz, ni la más coherente con la evolución de la normativa ambiental a nivel internacional⁵⁴, ni la más idónea para tomarnos en serio la intervención penal en este ámbito.

Por ello consideramos que los Estados miembros deberían transponer la Directiva desde un concepto de bien jurídico ecocéntrico, centrando el injusto de sus tipos penales en el “*causar o pueda causar daños sustanciales*” a los elementos bióticos y abióticos del medio ambiente. Como mucho deberían dejar para tipos agravados el peligro para la salud de las personas. Pero si se observa, la propuesta de Directiva dejaría en manos de los estados esta elección pudiendo cumplir con la transposición construyendo el injusto penal sobre el riesgo para la salud de las personas.

En segundo lugar, con la referencia a “causen” o “puedan causar” daños sustanciales a la calidad del aire, suelo, agua y elementos naturales sigue apostando por un concepto que ya ha planteado problemas de armonización. Me refiero a que esta técnica no ha permitido hasta ahora asegurar la armonización penal de los estados miembros alrededor de la exigencia de una lesión ambiental

⁵¹ La expresión “armonización engañosa” (trompe-l’oeil) ha sido propuesta con éxito por FLORE, 1999: 122.

⁵² España lo ha salvado hasta el momento tipificando la lesión ecocéntrica en el tipo básico y la idoneidad para causar una lesión a la salud o vida de las personas en el tipo agravado.

⁵³ En el debate político criminal es amplio el consenso en España sobre la necesidad de perfilar el bien jurídico medio ambiente desde una perspectiva ecocéntrica. Ver ampliamente sobre esta cuestión ALASTUEY, 2004: 33.

⁵⁴ En el Derecho internacional se observa una evolución hacia el carácter ecosistémico de los instrumentos jurídicos ambientales. Ver, por todos, MARTIN MATEO, 1977 y PEREZ MORENO, 1998: 2.

o la exigencia de una simple puesta en peligro. Existen países europeos que han construido el injusto de sus tipos básicos del delito ecológico exigiendo una lesión significativa (Italia) o sustancial (España) a los elementos bióticos y abióticos de un ecosistema⁵⁵. Y otros, como Francia, que han apostado por modelos de plena accesoria administrativa donde sus tipos básicos se construyen sobre técnicas de peligro abstracto⁵⁶. En cambio, existen otros países que, desde un modelo autónomo, han venido exigiendo o bien técnicas de peligro concreto o bien de peligro hipotético. Y la elección de cualquiera de estos tres caracteres de peligro no es intrascendente puesto que tienen una importancia muy relevante en aspectos tan decisivos para la aplicación del delito ecológico como el de la prueba de la causalidad e imputación objetiva. Si se observa, la propuesta de Directiva deja, de nuevo, esta cuestión sobre la construcción del injusto penal en la lesión o la puesta en peligro en manos de los estados miembros.

En tercer lugar, la adjetivación de los daños ambientales como “sustanciales” continúa apostando por una técnica legislativa que -como vimos- ha dificultado la aplicación del delito ecológico. Hay que reconocer que la propuesta de Directiva da un paso más. En su art. 3.3 se intenta avanzar en la definición del concepto de lesión “*daño sustancial*” aportando hasta cinco elementos de referencia para su valoración: a) el estado básico del medio ambiente afectado; b) si los daños son duraderos, o a medio o corto plazo; c) la gravedad de los daños; d) la propagación de los daños; e) la reversibilidad de los daños.

Y en el art. 3.4 avanza en la definición del concepto “*peligro para causar daños*” a estos elementos aportando hasta 3 criterios de referencia para su valoración: a) que la conducta se refiera a una actividad considerada de riesgo o peligrosa, que requiera una autorización que no se haya obtenido o que no se haya cumplido; b) el grado en que se superan los valores, parámetros o límites

⁵⁵ El art. 452 bis del Codice penale italiano establece que “*E' punito con la reclusione da due a sei anni e con la multa da euro 10.000 a euro 100.000 chiunque abusivamente cagiona una compromissione o un deterioramento significativi e misurabili: 1) delle acque o dell'aria, o di porzioni estese o significative del suolo o del sottosuolo; 2) di un ecosistema, della biodiversita', anche agraria, della flora o della fauna*”.

⁵⁶ Hay modelos legislativos como el francés que sancionan penalmente el incumplimiento del régimen administrativo sin necesidad de demostrar un daño efectivo o potencial al medio ambiente que se situaría en tipos agravados. Ver art. 173 y ss. del Code de l'environnement.

establecidos en actos jurídicos o en una autorización expedida para la actividad;
c) si el material o sustancia está clasificado como peligroso o catalogado de otro modo como nocivo para el medio ambiente o la salud humana.

Pero este paso tampoco está ausente de críticas⁵⁷ pues -a pesar de que pretenda aportar criterios comunes a todos los estados miembros- creo que no van a resolver ninguno de los problemas de taxatividad, seguridad jurídica, delimitación con la infracción administrativa o de prueba en el caso concreto. Como mínimo no los ha resuelto en España desde el 2015.

Por último, en cuarto lugar, y por si lo apuntado hasta ahora no fuera suficiente, la expresión “*cause o pueda causar daños sustanciales*” incluye en el ámbito penal no sólo la lesión a la calidad de los elementos bióticos y abióticos, sino también su puesta en peligro⁵⁸. Si se observa, con la referencia a peligro para causar daños sustanciales a la calidad de los elementos se ha ampliado por debajo el ámbito de la aplicación del Derecho penal en detrimento del Derecho administrativo sancionador. La cuestión no es accidental, sino que responde a la voluntad de la UE de avanzar las barreras de intervención penal en materia ambiental. Se ha recomendado a estos estados miembros que vuelvan a evaluar el equilibrio entre el enfoque administrativo y el penal de estas formas de delincuencia (CONSEJO, 2019: 13).

Y este es, para mí, junto al problema de las funciones eminentemente simbólicas, el segundo gran problema de la propuesta de armonización de las infracciones realizada por la nueva Directiva: no delimitar claramente la intervención penal de la administrativa.

De nuevo, el caso español es paradigmático. Hasta 2015, la delimitación entre el derecho penal y el administrativo era evidente: el peligro hipotético grave para el equilibrio de los sistemas naturales. Con la delimitación propuesta por la

⁵⁷ Al margen del problema de la mala técnica legislativa al pretender que “Estados miembros velarán por que su legislación nacional especifique que se tendrán en cuenta, cuando proceda, los siguientes elementos a la hora de determinar si los daños o posibles daños son sustanciales”. El resultado serán tipos penales muy extensos, pero quizás hasta cierto punto sea inevitable.

⁵⁸ Esto ha provocado que algunos países en la trasposición hayan previsto la misma pena para ambos supuestos, lesión y puesta en peligro. Es el caso del art. 325.1 CP español. Este no es un problema de la Directiva, sino de la mala trasposición de esta por parte del legislador. No se puede equiparar penológicamente la lesión y la puesta en peligro, porque no sólo lesiona el principio de proporcionalidad, sino que genera un efecto criminógeno (HAVA, 2015: 658), por lo que en la trasposición de la nueva Directiva debería tenerse en cuenta.

Directiva, es imposible (BAUCELLS 2015: 26). El problema reside en que la normativa administrativa que tipifica sus infracciones lo hace exigiendo que el acto de contaminación “*haya puesto en peligro grave la seguridad o salud de las personas o haya producido un daño o deterioro grave para el medio ambiente*”. Así, por ejemplo, respecto a la contaminación del aire, la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera establece, entre otras, en su artículo 30 las siguientes infracciones: “c) *Incumplir los valores límite de emisión, siempre que ello haya generado (...) una contaminación atmosférica que haya puesto en peligro grave la seguridad o salud de las personas o haya producido un daño o deterioro grave para el medio ambiente*”⁵⁹. Obsérvese que, de un lado, la infracción administrativa exige respecto al peligro grave para la salud de las personas algo más grave –el peligro concreto -que el derecho penal –el peligro hipotético-, lo que representa ya una contradicción insalvable. Pero, por otro lado –por lo que nos interesa ahora la infracción administrativa exige un “*daño o deterioro grave para el medio ambiente*” que deberemos delimitar nítidamente del “*daño sustancial a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas*”, otorgándole a este segundo una entidad más grave que al primero –si no queremos entrar en una contradicción valorativa entre el derecho penal y el administrativo-.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Después de analizar la propuesta de Directiva debemos reconocer, en primer lugar, que la clave de la aplicación más eficaz del delito ecológico en Europa en general -y en España en particular- no vendrá de las propuestas de armonización legislativa realizadas por la nueva Directiva (Law). Es cierto que las mejoras introducidas en materia de sanciones supondrán una serie de ventajas positivas que el legislador penal español deberá implementar con urgencia. Al margen de

⁵⁹ La técnica legislativa no es una excepción. Aparece también, por ejemplo, respecto a la contaminación de aguas, aire o suelo el Real Decreto Legislativo 1/2016, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación establece, entre otras, en su artículo 31 las siguientes infracciones: “b) *Incumplir las condiciones establecidas en la autorización ambiental integrada (entre ellas están los límites tolerados de emisión), siempre que se haya producido un daño o deterioro grave para el medio ambiente o se haya puesto en peligro grave la seguridad o salud de las personas*”.

la previsión de la obligación para las empresas de diseñar programas de diligencia debida y de las mejoras en la determinación de los importes de la pena pecuniaria, los estados miembros deberán desarrollar el “*principio quien contamina repara*” introducido por la nueva Directiva y empezar a diseñar penas de nueva generación, mecanismos originales que inspirados en los principios de la justicia restaurativa permitan definitivamente asegurar el restablecimiento del medio ambiente a su estado anterior.

Pero también es verdad que estas ventajas verán dificultada su aplicación por los defectos de la técnica legislativa utilizada en la armonización de las infracciones. Si se utiliza la misma fórmula de armonización que hasta el momento y ésta ha demostrado sus problemas de aplicación, nada hace pensar que algo pueda cambiar en adelante.

La Directiva podría haber optado por otra técnica de armonización que limitara una tan amplia variedad de formas de trasposición del delito ecológico y, sobre todo, que permitiera una más clara delimitación con las infracciones administrativas. Sin lugar a duda, plantea los mismos problemas de seguridad y taxatividad y, por tanto, no ayuda la alternativa usada en otras infracciones del art. 3 de la Directiva como la referencia a “*daños sustanciales al estado ecológico*” -letra k)-, en “*cantidad no desdeñable*” -letra f)-, o al “*deterioro de la calidad de las aguas*” -letra h)-.

Tampoco creo que fuera más acertado el establecimiento por el Derecho penal de una prohibición absoluta de contaminar, apoyada sobre valores límites establecidos administrativamente⁶⁰ o la propuesta de distinguir a partir de un porcentaje de superación de los niveles de contaminación tolerados administrativamente⁶¹. Sin duda, son fórmulas que ganan en certeza y seguridad jurídica. De hecho, -como hemos visto- la propuesta de Directiva ya utiliza esta técnica en la redacción del art. 3 g): “*el reciclado de buques que entren en el ámbito de aplicación del Reglamento (UE) núm. 1237/2013 del Parlamento y del Consejo, sin cumplir los requisitos del artículo 6, apartado 2, letra a) de dicho*

⁶⁰ Así se ha venido proponiendo entre la doctrina española desde hace tiempo. Ver, entre otros, siguiendo la línea del proyecto alternativo alemán, BACIGALUPO, 1982: 207.

⁶¹ Más recientemente COLAS-MORELLE, 2021: 30.

*Reglamento*⁶². Pero no deja de ser una fórmula criticable por ser imposible fijar un margen para todas las formas de contaminación ambiental (FUENTES OSORIO, 2023: 12), pero fundamentalmente por suponer una administrativización del derecho penal⁶³, cuando no una construcción del injusto penal ligado a la mera desobediencia de la norma administrativa.

Por ello creo que sería preferible, que se hubiera eliminado cualquier referencia a las técnicas de peligro y se hubiera limitado a centrar el injusto penal en la causación de daños a los elementos bióticos (flora y fauna) y abióticos (agua, aire, suelo y subsuelo) que puedan afectar el equilibrio de un determinado ecosistema. Para valorar esa afectación, servirían los elementos de valoración propuestos por la Directiva (duración de los daños, gravedad de los daños, propagación de los daños) -similares a los utilizados por la jurisprudencia penal española- pero donde entendemos debería jugar un factor fundamental la reversibilidad de los mismos. Es decir, la delimitación entre el Derecho penal y el administrativo debería residir fundamentalmente en lo que podríamos denominar la “*capacidad de resiliencia del ecosistema*”, esto es, cuando se afecta a la capacidad de este de absorber perturbaciones, manteniendo sus características de estructura, dinámica y funcionalidad prácticamente intactas; pudiendo retornar rápidamente a la situación previa a la perturbación tras el cese de la misma, sin la intervención humana⁶⁴.

Esta propuesta no avanzaría la intervención penal respecto a la regulación actual. Recuérdese que en la determinación del concepto de daño sustancial del tipo básico del art. 325.1 CP ya viene exigiendo por la jurisprudencia española que se considere “la dificultad para el restablecimiento del equilibrio de los sistemas”⁶⁵. Pero el criterio respetaría un concepto ecocéntrico de medio ambiente⁶⁶, fundamentaría materialmente la intervención penal en la mayor gravedad del daño y, creemos que facilitaría los problemas de prueba.

⁶² En este caso la tipicidad penal no se hace depender ni de la causación de daños sustanciales, del deterioro de la calidad de las aguas o los daños desdeñables causados como si sucede en la mayoría de las infracciones previstas en el art. 3 de la Directiva.

⁶³ ARROYO ALFONSO, 2018: 24.

⁶⁴ HOLLING, 1973.

⁶⁵ Ver *supra* jurisprudencia citada en nota 11.

⁶⁶ Creo que puede haber un amplio consenso en el concepto ecocéntrico de medio ambiente como “el mantenimiento de las propiedades del suelo, el agua y el aire así como de la fauna y

Al margen de que en futuras propuestas de armonización se apostara por un texto similar que permitiera superar la llamada “armonización engañosa”, el texto de la nueva Directiva ya permitiría esta interpretación por lo que consideramos que los legisladores de los estados miembros, en general, y el legislador penal español, en concreto, de *lege ferenda* debería reformar el art. 325.1 y 2 CP reformulándolo en un solo artículo en el que se sancionara a *“quien contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente actividades que causen un daño a la flora o la fauna o a la calidad del agua, el aire, el suelo y el subsuelo capaces de alterar el equilibrio de un determinado ecosistema”*.

Como segunda conclusión se debería reconocer que la clave de la eficacia del delito ecológico residirá, sobre todo, en el resto de las propuestas que la Directiva realiza a nivel político criminal (Policy). En primer lugar, será imprescindible que el Gobierno español diseñe el Plan estratégico nacional de lucha contra los delitos ambientales exigido en el art. 20 de la nueva Directiva donde, como hemos visto -si queremos que el Derecho penal sea realmente instrumental y no juegue funciones eminentemente simbólicas- será primordial que desarrolle con extrema atención la letra d) de este artículo, esto es, la coordinación del derecho penal con *“el recurso al Derecho administrativo y civil para hacer frente a las infracciones relacionadas con los delitos que entran en el ámbito de aplicación de la presente Directiva”*. Como ha quedado en evidencia en estas páginas, más que en la reforma penal debería centrarse pues en la reforma integral del Derecho ambiental con un doble propósito urgente e imprescindible.

El primero, reformar las infracciones y sanciones administrativas para ser coherentes y delimitadas nítidamente de las penales. Para ello, ante la gran dispersión de la normativa ambiental, quizás debería considerarse la propuesta de unificar toda esta normativa en una o varias leyes especiales que -incluyendo los aspectos administrativos y penales- facilitarían la coherencia y conocimiento de la legislación ambiental.

de la flora y las condiciones ambientales de desarrollo de estas especies, de tal forma que el sistema ecológico se mantenga con sus sistemas subordinados y no sufra alteraciones perjudiciales”. En ese sentido desde las primeras propuestas de BACIGALUPO, 1982: 200.

El segundo, rebajar los niveles de tolerancia legal, administrativa y judicial hacía las actividades contaminantes. Para ello será imprescindible que, en la línea del Pacto Verde Europeo y para cumplir los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas se avance decididamente en un concepto de economía sostenible que supedite definitivamente el modelo capitalista de crecimiento económico al respeto por el medio ambiente y los derechos humanos.

Igual de primordial será que el Plan estratégico diseñe estrategias de coordinación y cooperación de las distintas autoridades competentes, así como la dotación de los recursos presupuestarios necesarios para alcanzar la formación y especialización policial, forense, fiscal y judicial que requiere este reto.

Sólo así, al margen del Derecho penal, creemos que podrá empezar a revertirse la complicidad social, judicial, administrativa y legislativa con la delincuencia ambiental.

V. BIBLIOGRAFÍA

- Abbad, T. - Gutiérrez, G. (2015): “La valoración del bien ambiental como elemento del dictamen pericial en el delito contra el medio ambiente y la ordenación del territorio”, en *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 48.
- Alastuey, C. (2004): *El delito de contaminación ambiental (art. 325.1 CP)*, Granada: Comares.
- Alvarez, E.- Avila, C. (2011): “Determinación y valoración del daño ambiental”, en *Revista andaluza de Administración pública*, núm. 81.
- Armenteras, D. et al. (2016): “Revisión del concepto de ecosistema como unidad de la naturaleza. 80 años de su formulación”, en *Revista Científica de Ecología y Medio ambiente, ecosistemas*, 25 (1).
- Arroyo Alfonso, M.S. (2018): “Apuntes sobre la Administrativización del Derecho penal del medio ambiente”, en *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 83.
- Bacigalupo, E. (1982): “La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente”, en *Estudios penales y criminológicos*, núm. 5.

- Barbe, E. (2002) : *Justice et affaires intérieures dans l'Union européenne. Un espace de liberté, de sécurité et de justice*. Paris : La documentation française,
- Baucells, J. (2007): *Nuevas perspectivas de la política criminal europea en materia ambiental*, Barcelona: Atelier.
- Baucells, J. (2019): "Tentativa inacabada de protección penal del medio ambiente", en *Revista Catalana de Dret ambiental*, vol. X, núm. 1.
- Baucells, J. et al. (2022): "La justicia restaurativa en la cárcel: ¿Es posible en la delincuencia económica?", Barcelona: CEJFE.
- Beck, U. (1986): *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*. Frankfurt an Main : Suhrkamp.
- Cesoni, M.L. (2002): "Droit penal européen: une harmonisation périlleuse" en Kerchove, G.-Weyenberg, A. (Dir.) *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, Bruxelles : IEE.
- Colás, A. – Morelle, E. (2021): "El Derecho ambiental frente a los delitos ecológicos: la eficacia y eficiencia penal a debate", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 23-13.
- Coffee, J.C. (1981): «"No soul to damn: no body to kick": an "unscandalized inquiry into the problem of corporate punishment"», en *Michigan Law Review*, vol. 79, no 3.
- Comisión Europea (2020): *Evaluación de la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal («Directiva relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal»)*, SWD (2020) 259 final, de 9 de noviembre. Disponible en <https://commission.europa.eu/system/files/2021-12/environmental_crime_evaluation_report.pdf> [fecha de consulta: 12 de diciembre de 2023].
- Consejo de la Unión Europea (2019): Informe de evaluación sobre la octava ronda de evaluaciones mutuas. "Aplicación práctica y funcionamiento de las políticas europeas de prevención y lucha contra la delincuencia

medioambiental”. Disponible en <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14065-2019-INIT/es/pdf> [fecha de consulta: 12 diciembre 2023]

De la Cuesta, J.L. (1982): "La ley alemana de reforma del Código penal para la lucha frente a la criminalidad contra el ambiente", en *Cuadernos de Política Criminal*.

De la Cuesta, J.L. (2015): "Contaminación ambiental, residuos e instalaciones peligrosas para los recursos naturales y el ambiente, tras la reforma de 2015", en *Revista penal*, núm. 36.

De la Mata, N. (1996): *Protección penal del ambiente y accesoriadad administrativa: tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita*, Barcelona: Cedecs.

De la Mata, N. (2000): "Derecho comunitario y Derecho estatal en la tutela penal del ambiente", en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 2.

Díez Ripollés, J.L. (2002): "El derecho penal simbólico y los efectos de la pena", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 103.

EU Agency for Criminal Justice Cooperation (2021): *Report on Eurojust's Casework on Environmental Crime*. Disponible en <https://www.eurojust.europa.eu/publication/report-eurojusts-casework-environmental-crime> [fecha de consulta: 12 diciembre 2023]

Faraldo Cabana, P. (2017): "¿Es la multa una sanción apropiada para las personas jurídicas?" en Pérez-Cruz, A. (Dir.) - Neira Pena, A.M. (coord.), *Proceso Penal y Responsabilidad Penal de las personas jurídicas*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.

Faraldo Cabana, P. (2013): "¿Es la multa una pena apropiada para las personas jurídicas?" en De la Cuesta, J.L. – Pérez Machío, A. – Ugartemendía, J.I. (Dir.) (2013): *Armonización penal en Europa. European Inklings*, núm. 2.

- Faraldo Cabana, P. (2014): «La pena pecuniaria per le persone giuridiche nel diritto penale dell'ambiente spagnolo», en *Rivista Giuridica dell' Ambiente*, vol. 29, núm. 2.
- Farrington, D.P (2021): "Evidence-Base Policy on crime and justice" en *Third International interdisciplinary Evidence-Based Policies and Indicators System Conference*, CEM Center, University of Durham.
- Flore, D. (1999) : "Une justice pénale européenne après Amsterdam", en *Journal des Tribunaux. Droit européen*.
- Fuentes Osorio - Loureiro, M.A. (2019):"La responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos ambientales. Críticas y propuestas en relación con la penalidad", en *Diario La Ley*, núm 9451, Sección Doctrina, 8 de Julio de 2019.
- Fuentes Osorio, J.L. (2021): "A punch in the face or a slap on the wrist?: La exigua severidad de las condenas por delito ambiental" en Miró-Fuentes Osorio (Dir.) *El derecho penal ante lo empírico*, Madrid.
- Fuentes Osorio, J.L. – Fajardo, T. (2021): "Motivos de absolución en los delitos contra el medio ambiente: Una comparación entre los delitos contra la fauna y contra los recursos naturales", en *Revista electrónica de Criminología*, núm. 4.
- Fuentes Osorio, J.L. (2023): "¿Puede ser eficaz el Derecho penal ambiental?"; en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 40.
- García Ruiz, A. (2014): "Dos caras de un mismo tipo. A propósito del delito ecológico en dos supuestos: caso Prestige y caso de la pianista ruidosa (desproporción en cuanto al resultado fáctico, víctimas y bien jurídico protegido)", en *La Ley penal*, 12 de marzo.
- Gorriz, E. (2015): "Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (art. 325, 326, 326 bis, 327 y 328 CP" en González Cussac, J.L. (Dir.) *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015. 2ª edición*, Valencia: Tirant lo Blanch .
- Górriz, E. (2015): *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, Valencia: Tirant lo Blanch .

- Gudín, A.E. (2023): “El nuevo proyecto de Directiva sobre delitos ambientales”, en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 39.
- Hava, E. (2015): “Modificaciones en delitos ambientales” en Quintero Olivares, G. Dir.) *Comentario a la reforma penal de 2015*, , Cizur menor: Thompson Reuters-Aranzadi .
- Holling, C., S. (1973): “Resilience and Stability of Ecological Systems”, en *Annual Review of Ecology and Systematics*, núm. 4.
- Kellens, G. (2002) : “Quelle utilité pour l’harmonisation des sanctions au niveau européen ? » en Kerchove, G.-Weyenbergh, A. (Dir.) *L’espace pénal européen : enjeux et perspectives*, Bruxelles : IEE.
- Mapelli Caffarena, B. (2011): *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed., Madrid: Civitas Thomson Reuters.
- Martín Mateo, R. (1977): *Derecho ambiental*, Madrid: Instituto de Estudios de la Administración local.
- Martínez Buján, C. (2005): *Crónica penal (Del Prestige y de otros relatos jurídico-penales)*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Miettinen, S. (2012): *Criminal Law and Policy in the European Union* , Londres: Routledge.
- Muñoz Conde, F. et al. (2015): *Manual de derecho penal medioambiental*, 2ª ed., Valencia: Tirant lo blanch.
- Navarro Cardoso, F. (2021): *El delito de contaminación acústica*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Nieto, A (2021): “Ecocidio y justicia restaurativa: el Derecho Penal Internacional post-Núremberg”, en *Almacén de derecho*, de 26 de noviembre.
- Nieto, A.-Calvo, R.(coord.) (2023): *Justicia restaurativa empresarial. Un modelo para armar* , Madrid: Ed. Reus.
- Pérez Moreno, A. (1998): “Instrumentos de tutela ambiental”, en *Revista Medio ambiente & Derecho*, Madrid.
- Puente Aba, L. (2004): “La reparación en el marco del derecho penal ambiental”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 8.

Queralt, J.J. (2009): “La reforma penal de 2003 y Derecho penal del amigo” en Carbonell, J.C. et al. *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Vol. 2, Valencia: Tirant lo Blanch.

Silva Sánchez, J.M. - Montaner Fernández, R (2012): *Los Delitos contra el medio ambiente : reforma legal y aplicación judicial*, Barcelona: Atelier.

Terradillos, J. (2020): *Aporofobia y plutofilia: la deriva jánica de la política criminal contemporánea*, Barcelona: J.M. Bosch Editor.

Tiedemann, K. (1978): “Derecho sobre los monopolios y Derecho penal de los monopolios”, en *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1978, núm. 1.