

Cambio climático y Derecho Penal Internacional del medio ambiente

Adán NIETO MARTÍN

I. Sobre la necesidad de un derecho penal internacional del medio ambiente

El derecho penal del medio ambiente, aunque resulte un sector relativamente novedoso dentro del ius puniendi estatal, está anclado en el pasado. La importancia que en el CP se le da al bien jurídico medio ambiente es producto de la relevancia que este interés comenzó a cobrar en los años 80, cuando aún no se percibía la situación actual de urgencia climática que vivimos. Así, por ejemplo, en la discusión sobre la esencia del bien jurídico aún hoy es posible encontrar en los manuales de derecho penal la referencia a la polémica entre visiones antropocéntrica y ecocéntricas del medio ambiente.¹ La primera de ellas plantea que el medio ambiente no merece protección en sí mismo, sino sólo en cuanto preserva la vida o la integridad de las personas. Esta concepción es fruto de un entendimiento socialmente desfasado de las relaciones entre el hombre y el medio ambiente basado en la idea de

dominación y no en la interdependencia. La visión “ochentera” de estos delitos se refleja también en las penas que tienen asignadas, que están en la escala media-baja de las existentes en el Código penal y que generalmente no conllevan el ingreso en prisión.

Resulta decepcionante comprobar además que la tutela del medio ambiente está impregnada de una fuerte visión nacional, incompatible claramente con su naturaleza global. Es verdad que el art. 325 del CP sanciona las emisiones que afectan a estados transfronterizos o a aguas internacionales, pero dado que la conducta típica debe realizarse dentro del territorio nacional, quedan fuera de la jurisdicción española situaciones en que un vertido se realiza en aguas internacionales, en estos casos lo más frecuente es que se utilicen pabellones de conveniencia –auténticos paraísos jurídicos flotantes– que impiden aplicar el principio de pabellón. En sectores como la pesca ilegal esta limitación constituye una auténtica tragedia para la sostenibilidad de los recursos.²

La posible aplicación del principio de personalidad activa para reclamar la jurisdicción española tampoco sirve de mucho. La tipología de los atentados medioam-

1 Este trabajo forma parte del Proyecto de Investigación Repmult, *Responsabilidad penal de las empresas multinacionales por violaciones de derechos humanos y al medio ambiente*. Mineco/Aei/Feder Der2017-85144-C2. Las actividades realizadas pueden consultarse ya en <https://blog.ucm.es/repmult/>

Vid. por ejemplo, Gómez Rivero, en Gómez Rivero (dir.), *Nociones Fundamentales de Derecho penal*. Parte Especial. Vol. I, 3ª Ed. Tecnos, 2018, p. 443; De la Mata, en De la Mata/Dopico/Lascurain/Nieto, *Derecho penal económico y de la empresa*, Dyckinson, 2018, p. 663 s.

2 STS 5614/2016, de 23.12.2016, con consideraciones que parten de esta sentencia Nieto Martín, *El ius puniendi en los territorios sin soberano*, en Morales/Tamarit/García (dir.), *Represión penal y estado de derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Aranzadi, 2018.

bientales más graves es el de la empresa multinacional que aprovechando la legislación laxa o inexistente de un país del tercer mundo daña gravemente el medio ambiente. Suponiendo que, tras un entramado de empresas filiales o proveedores locales, pudiera atribuirse la responsabilidad a alguna persona física en nuestro país, normalmente fallaría la doble incriminación, debido a que los delitos contra el medio ambiente son normas penales en blanco y que en muchos casos en el país donde se producen los hechos faltará una legislación administrativa que contravenga el autor.

Todo ello sin contar que en el mejor de los casos, la cooperación judicial –pero también la que habría de darse entre autoridades administrativas– apenas si se ha desarrollado. Incluso en el ámbito de la UE la situación no es substancialmente distinta. Aunque en la lista de delitos sobre las que operan las normas que desarrollan el principio de reconocimiento mutuo figuran los delitos contra el medio ambiente sus penas, como hemos visto, rara vez superan los tres años, umbral a partir del cual los mecanismos de cooperación judicial simplificada comienzan a funcionar a pleno rendimiento.

Este panorama que muestra un derecho penal del medio ambiente aun encajado en cada territorio y por tanto muy nacional solo se ve contradicho por dos pequeños espacios en los que podemos hablar de una tímida presencia del derecho penal internacional. El primero aborda aquellos comportamientos lesivos contra el medio ambiente que tienen lugar en el contexto de conflictos bélicos y cuyos protagonistas principales siguen siendo los estados, aunque modernamente se admite también la posibilidad de organizaciones paramilitares o guerrillas. El art. 35.3 del Protocolo primero Adicional a la Conven-

ción de Ginebra de 1977 considera como un crimen de guerra el empleo de métodos de guerra que atenten gravemente contra el medio ambiente. La utilización de agente naranja por las tropas americanas durante la guerra del Vietnam constituye el ejemplo prototípico. Recientemente la Fiscalía de la Corte Penal internacional a la hora de fijar sus líneas de actuación ha considerado igualmente que un factor determinante para establecer la gravedad de los delitos serán las consideraciones medioambientales.³

El segundo campo de actuación de este incipiente derecho penal internacional del medio ambiente se sitúa dentro del marco de la criminalidad organizada. Los comportamientos abarcados serían básicamente conductas de “tráfico” que tienen lugar en mercados ilegales: tráfico de desechos, de especies protegidas o de sustancias nucleares.⁴ Estas conductas podrían ser abarcadas con frecuencia por la Convención de Palermo, lo que permitiría aplicar su potente sistema de cooperación judicial. No obstante, y en consonancia con lo que anteriormente se indicaba, el obstáculo principal para la efectividad de las previsiones de la Convención es que ésta requiere que la organización criminal tenga como objetivo la comisión de delitos graves – aquellos castigados con una pena de prisión superior a cuatro años – y bien puede ocurrir que, tal como antes ya apuntaba, la penalidad prevista para estos tráfico en algunos ordenamientos nacio-

nales no supere este umbral. Con el fin de conseguir cierta armonización substancial que mejorara las posibilidades de cooperación judicial, sería conveniente que al menos en el futuro Convenios como el de tráfico de desechos (Convención de Basilea de 1989) o de especies protegidas (Convenio CITES, 1993) establecieran la necesidad de sanciones penales provistas con penas lo suficientemente graves para dar lugar a extradición y por tanto, en líneas generales, permitir la cooperación judicial.

Frente a esta situación y en contraste con la inexistente voluntad política de modificarla, en el mundo académico existen ya propuestas que pueden servir para ir articulando el complejo debate técnico que entraña la construcción de un derecho penal internacional del medio ambiente. Con ocasión de la cumbre del clima de París, un grupo de investigación en el cual tuve el placer de participar confeccionó dos proyectos de convenciones internacionales.⁵ La primera está dedicada al delito de ecocidio (Propuesta de Convención internacional contra el ecocidio) figura sobre la que existe ya una amplia discusión y que por su denominación tiene un gran valor simbólico.⁶ La segunda, probablemente menos espectacular pero más efectiva, (Propuesta de Convención contra la crimi-

nalidad medioambiental), crea un conjunto de figuras delictivas con la finalidad de armonizar el derecho penal estatal y mejorar la cooperación judicial. Mientras que la Convención sobre ecocidio pertenece al Derecho penal internacional strictu sensu, la segunda pertenecería al Derecho penal convencional o transnacional. Ambos proyectos vendrían a ocupar un espacio prácticamente el blanco dentro del derecho penal internacional, muy focalizado en la criminalidad gubernamental y en la criminalidad organizada, como es el de la criminalidad de las grandes empresas multinacionales.

II. El ecocidio y el Derecho penal internacional

La idea de generar un delito de ecocidio dentro del derecho penal internacional es tan sugerente como difícil de llevar a cabo. La primera dificultad es determinar qué comportamientos lesivos del medio ambiente poseen un injusto similar a figuras como el genocidio o el delito de lesa humanidad. Como antes apuntaba ya, cada vez está más asentada la distinción entre delitos internacionales transnacionales, como el tráfico de drogas o la corrupción, o basados en tratados y delitos internacionales “verdaderos” o *core crimes*, entre los que se encontrarían los delitos competencia de la Corte penal internacional, más otro número muy reducido de figuras como la tortura.

La distinción entre ambas facetas es de gran importancia. Los delitos transnacionales o convencionales siguen siendo derecho penal estatal, es decir, su sanción depende de la ratificación por parte de los Estados de los convenios y su transposición en el derecho interno. Los *core crimes* sin embargo no dependen de la voluntad de los Estados. Son a este reducido grupo de

3 Office of the Prosecutor, Policy Paper on Case Selection and Prioritisation, 2016, marg. 7 y 41 (https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Eng.pdf).

4 Resulta de especial interés tanto porque da cuenta de las altísimas cifras a las que alcanza este tráfico, como las vinculaciones con la criminalidad organizada el “Plan de acción de la UE contra el tráfico de especies silvestres” (COM (2016) 87 final), https://ec.europa.eu/environment/cites/pdf/WAP_ES_WEB.pdf.

5 Cfr. Neyert, Des ecocrimes à l'ecocide. Le droit pénal au secours de l'environnement, Bruylant, 2015. Una traducción al castellano de los dos proyectos de Convención puede verse en <https://blog.uclm.es/repmult/>.

6 Sobre los orígenes de esta figura, presente ya en algunas legislaciones nacionales, vid. Nieto Martín, Hacia un Derecho penal internacional del medio ambiente, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 16, 2012, 137 ss; De Vicente Martínez, Hacia un Derecho penal internacional medioambiental: catástrofes naturales y ecocidio, en Demetrio Crespo/ Nieto Martín, *Derecho penal económico y Derechos humanos*, Tirant lo Blanch, 2018; García Ruiz, Del ecocidio y los procesos migratorios a la opacidad de la victimización ecológica, REPC 20-11 (2018); Serra Palao, Cómo hacer frente a la impunidad ambiental: hacia una convención internacional contra el ecocidio, Actualidad Jurídica Ambiental, 2020.

delitos a los que se refiere el art. 7.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos o el art. 49 de la Carta Europea como aquellos delitos cuya tipicidad procede de "los principios generales reconocidos por el conjunto de las naciones". Ubicar un delito dentro de esta ámbito supone fundamentalmente dejar atrás la relación básica de estado-ciudadano como base del ius puniendi, para afirmar un ius puniendi propio de la comunidad internacional que se va a ejercer con independencia de la voluntad del Estado en cuyo territorio hayan tenido lugar los hechos, se haya producido el resultado o al que pertenecen los autores o víctimas. La idea de justicia universal expresa que estos delitos van a poder ser juzgados por cualquier estado o, subsidiariamente, pueden caer dentro del ámbito de competencias de un tribunal penal internacional.⁷ La pertenencia a este grupo de delitos desactiva igualmente la inmunidad de los jefes de gobierno o de los denominados actos de imperio.

La Convención sobre ecocidio recoge estas características. Especialmente propone la creación de una Corte penal internacional del medio ambiente y una Fiscalía internacional, si bien a mi juicio no habría ningún obstáculo para que estos delitos formaran parte de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. Su Estatuto menciona de manera genérica como ámbito posible de competencias aquellas conductas que atentan contra la paz, la seguridad y el bienestar de la comunidad, lo que conecta con la idea kantiana de "paz perpetua". No creo que sea necesario insistir demasiado en que la criminalidad medioambiental más grave que vendría a tipificar el delito de ecocidio, en el momento histórico en el

que nos ocupamos supone una conducta que agrede a esa paz perpetua.

La Convención sobre ecocidio en su art. 2 toma como eje la idea de "seguridad planetaria", que concreta, en dos tipos de resultado. El primero hace referencia a la entidad del daño para el medio ambiente que ha de ser "extendido, duradero y grave", con ello se recoge por ejemplo la formulación que el daño ecológico tiene en el art. 8 2 b) iv del Estatuto de la Corte, cuando tipifica los crímenes de guerra. El segundo hace referencia a comportamientos lesivos del medio ambiente que causen la muerte o enfermedades graves o incurables a un gran sector de la población o la priven de manera duradera de sus tierras, territorios o recursos. De este modo, serán casos de ecocidio las conductas lesivas del medio ambiente, que al igual que ocurre en los casos de lesa humanidad, obliguen a una población al "traslado forzoso" por privarles de sus medios tradicionales de vida.

La opinión dominante no sólo distingue a los *core crimes* del Derecho penal internacional por su resultado, sino también por otras cualidades que tienen que ver con el desvalor de la conducta. En su versión más tradicional la nota común a las conductas eran expresión de la macrocriminalidad política, mientras que hoy se requiere que formen parte de una acción generalizada o sistemática. Solo este contexto permitiría romper la ecuación ius puniendi y estado y justificar un ius puniendi en manos de la comunidad internacional.⁸ La Convención sobre ecocidio acoge este elemento dentro de su definición al exigir que el comportamiento sea cometido en el

⁸ Cfr. Ambos, *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*, trad. Ezequiel Malarino, Temis, 44 ss; Satzger, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 7 Aufl., Nomos, 2015, 286 s.

"marco de una acción generalizada o sistemática". Esta expresión que proviene del delito de lesa humanidad, y que representa un elemento no escrito en el delito de genocidio, sirve para enmarcar el ecocidio como un caso especialmente grave de criminalidad internacional.

Tengo sin embargo mis dudas acerca de que la situación de acción generalizada y sistemática se acomode siempre a los casos de criminalidad empresarial que generan un ecocidio. Lo sería sin duda cuando estemos ante un caso de explotación devastadora y continuada en el tiempo de un recurso natural que ocasiona una catástrofe medioambiental (vgr. Texaco en Ecuador). No obstante, al igual que ocurría en el derecho internacional clásico aquí los acentos, para apreciar que estamos ante un supuesto de macrocriminalidad se debiera poner también en el actor. Si en Nüremberg el modelo era la criminalidad estatal, aquí se trataría de la criminalidad protagonizada por empresas multinacionales. El poner el acento en las particularidades del autor y no únicamente en el contexto de la conducta entroncaría con el debate relativo a empresas multinacionales y derechos humanos y la pretensión de elaborar un convenio internacional que las sitúe al mismo nivel que los estados en la obligación de proteger, respetar y reparar. En efecto, a diferencia de lo que ocurre con las figuras clásicas del Derecho penal internacional, que siguen respondiendo al paradigma de la criminalidad de estado instaurado en *Nüremberg*, el ecocidio constituye un ejemplo de un nuevo paradigma, cuyos protagonistas son las empresas y principalmente las empresas multinacionales.⁹ Se trata de casos espe-

⁹ Un buen ejemplo sería el caso de la empresa Monsanto. Como es conocido este asunto ha sido objeto de un tribunal de los pueblos, semejante al establecido en 1966

cialmente graves de *corporate crime* o de un Derecho penal económico protector de derechos humanos, cuyo principal reto teórico es incorporar al derecho penal internacional sus peculiaridades técnicas y político criminales.

III. Los eco-crímenes

Tal como se ha formulado el delito de ecocidio se trata de una figura excepcional. La emergencia climática en que nos encontramos requiere de la conformación de un Derecho penal medioambiental internacional más amplio compuesto por figuras destinadas a armonizar el derecho penal estatal. Resulta necesario, como antes indicaba, establecer dos niveles distintos.

La propuesta de Convención sobre eco-crímenes mantiene un cierto paralelismo con la Directiva 2008/99, de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal, a la hora de describir los comportamientos típicos. Su artículo 2 sanciona comportamientos idóneos

por iniciativa de Jean Paul Sastre para conocer de la guerra del Vietnam. El Tribunal Monsanto se reunió en La Haya el 16 y 18 de Mayo de 2016 y emitió su "Opinión Consultiva" el 18 de abril de 2017. Uno de los cargos formulados contra la empresa fue precisamente el delito de ecocidio que el Tribunal definió de una forma de graves de *corporate crime* o de un Derecho penal económico protector de derechos humanos, cuyo principal reto teórico es incorporar al derecho penal internacional sus peculiaridades técnicas y político criminales. La definición que del ecocidio se hace en la sentencia es, a mi juicio, más amplia e imprecisa que la propuesta de convención que estoy presentando. Concretamente se describe como: "daña gravemente o destruye el medio ambiente, hasta el punto de alterar de forma significativa y duradera el patrimonio mundial o los servicios de los ecosistemas de los que dependen determinados grupos humanos". Entre las conductas constitutivas de ecocidio según el Tribunal se encontraban la fumigación con glifosato de grandes extensiones de terreno dentro del "plan Colombia" que ocasionaron gravísimos problemas de salud y perjuicios medioambientales, vid. Tribunal Internacional Monsanto. Opinión Consultiva. La Haya, 18 de Abril de 2017, p. 54.

para poner en peligro el medio ambiente, entendido como un riesgo de alteración substancial de la composición, estructura o funcionamiento de los ecosistemas. El art. 3 agrava las penas cuando de estos comportamientos se deriva un peligro para las personas.

No obstante, lo más destacable de esta propuesta es que adopta alguna de las innovaciones más importantes de la Convención de la OCDE sobre corrupción en las transacciones económicas internacionales. De este modo, y en primer lugar, consagra ampliamente el principio de personalidad activa, tanto en lo que atañe a las personas físicas como a las jurídicas, complementándolo con el principio de "entregar o juzgar" (artículo 12, 15). De este modo, se evita que las empresas puedan beneficiarse de la impunidad que proporcionan de facto sistemas judiciales débiles o en los que anida la corrupción. Tiene por ello gran interés lo establecido en el artículo 1 b) ii de la Propuesta que considera que cuando los hechos hayan sido cometidos en virtud de una autorización o de una licencia obtenida o mantenida a través de medios corruptos, por abuso de funciones de un funcionario público o por amenazas el comportamiento debe considerarse ilícito, pese a la apariencia de legalidad que la autorización así obtenida le pueda proporcionar.

Igualmente supone un paso decisivo con el fin de dotar de efectividad al principio de personalidad pasiva establecer algunas excepciones al principio de doble incriminación. Se trata de una relajación que ya esté presente en el Convenio de la OCDE sobre la corrupción, donde, por ejemplo, se prescinde con este fin de la distinción entre cohecho propio o impropio, con el fin de restar importancia a la posible licitud del comportamiento realizado o por realizar del funcionario público conforme a su

ordenamiento jurídico. En el marco de los delitos contra el medio ambiente resulta aún más importante si cabe prescindir hasta cierto punto del carácter antijurídico del comportamiento típico en el país en el que se realiza. La *Green Criminology* ha puesto de manifiesto como los países subdesarrollados o en vías de desarrollo suelen contar con una legislación medioambiental amigable, destinada a bajar los costes de producción y que resulte por ello atractiva para que se instalen en su territorio empresas multinacionales. Es una clara competencia entre legisladores que conduce a una "carrera hacia el fondo". Este hecho afecta notablemente al Derecho penal, pues aunque se quiera sancionar a la empresa y a sus dirigentes, aplicando el principio de personalidad activa en su país de origen, faltará el requisito de la doble incriminación. Los delitos contra el medio ambiente, como es conocido, son normas penales en blanco, por lo que si, por ejemplo, en el país donde han tenido lugar los vertidos la conducta no puede ser tachada de ilegal, no se dará la doble incriminación y el principio de personalidad activa no tendrá eficacia alguna.

Por esta razón resulta muy importante que en la Convención sobre ecocrímenes se señale (artículo 1.1 b) que también se considerará ilícito el comportamiento cuando "los hechos hayan sido cometidos por una persona física o jurídica extranjera en un Estado cuyas disposiciones protectoras del medio ambiente establezcan un nivel de protección manifiestamente inferior al establecido en el Estado de la nacionalidad de la persona física o en el que la persona jurídica tenga su sede social o, incluso, en el Estado de origen del cual procedan los residuos". De este modo, las empresas multinacionales quedan sujetas cuando actúan en el exterior a normas de comportamiento que resultan esenciales

en sus países de origen. Esta disposición supone un freno muy importante "a la carrera hacia el fondo" que antes describíamos. No tiene sentido bajar las exigencias de la legislación medioambiental cuando esto en el terreno penal no sirve para nada. La infracción penal abre igualmente la vía de las reclamaciones civiles en estos casos en los países de origen de las multinacionales.

IV. Cuestiones técnicas y de política criminal

Un aspecto fundamental, en ambos proyectos de Convención, es la conformación del tipo subjetivo. La criminalidad medioambiental está compuesta básicamente de comportamientos imprudentes, siendo los comportamientos dolosos excepcionales. La inmensa mayoría de las convenciones internacionales y por supuesto de los *core crimes* del derecho penal internacional sancionan exclusivamente comportamientos dolosos. La existencia de dos convenciones que juegan como hemos indicado en dos ligas diferentes del derecho penal internacional ha permitido dar respuesta a esta exigencia. La Convención sobre eco-crímenes sanciona los comportamientos realizados por imprudencia grave, mientras que la relativa al ecodidio exclusivamente castiga los comportamientos dolosos. Ahora bien, la descripción que hace del dolo da una vuelta de tuerca en su concepción dentro del derecho internacional, al escoger una fórmula que abarca tanto al dolo eventual, como a supuestos de ignorancia deliberada: ("cuando su autor supiera o debiera haber sabido que existía una alta probabilidad de que su acción constituía un ataque a la seguridad planetaria"). Con ello se aparta de lo que hasta ahora ha sido normal en el derecho penal internacional, donde no se recono-

ce ni el dolo eventual o la *recklessness*, ni mucho menos la ignorancia deliberada.¹⁰

Tal como antes señalábamos ambos proyectos de convención pueden situarse en el marco de un nuevo derecho penal internacional económico y ello se evidencia con claridad en el papel central asignado a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La previsión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas aunque es habitual en el Derecho penal internacional convencional, es una novedad radical en el marco de su núcleo duro, donde des Nüremberg se ha negado la responsabilidad penal de las persona jurídicas.¹¹

Como viene siendo habitual, ambos proyectos dejan en manos de los Estados la elección de la naturaleza de las sanciones, pero lo relevante es que apuestan por un sistema de responsabilidad cuyo núcleo central es la existencia de un programa de cumplimiento en materia medio ambiental (artículo 6.2 de la Convención sobre ecocrímenes y artículo 5.1.2 de la Convención sobre ecodidio). La importancia del cumplimiento normativo se evidencia también en la relevancia que tiene en el momento de la determinación de la pena (*reactive fault*), donde la cooperación con el proceso, fruto de investigaciones internas, la adopción de nuevas medidas de control o la reparación constituyen circunstancias atenuantes. La realización de estos comportamientos puede llevar también a la aplicación de un sistema de *probation* en el caso de la Convención sobre ecocrímenes (artículo 10), que paulatinamente va apareciendo en el derecho comparado, como muestra el reciente

¹⁰ Cfr. Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 340.

¹¹ Ampliamente sobre esta cuestión, ambos, Derecho penal internacional económico. Fundamentos de la responsabilidad penal internacional de las empresas, Civitas, 2018, p. 29 ss.

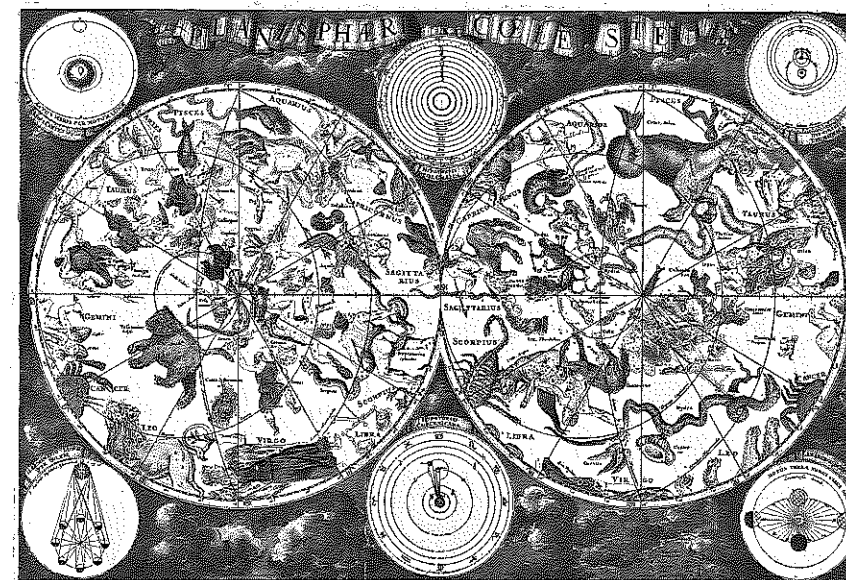
proyecto alemán de *Verbandsanktionen-gesetz* de agosto del 2019.¹²

La introducción del cumplimiento normativo constituye una línea de política criminal que arranca nuevamente de la Convención de la OCDE sobre corrupción en las transacciones internacionales. Es verdad que esta Convención no asocia la implantación de programas de cumplimiento con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero desde su aprobación, hace ya más de dos décadas, los sistemas de autorresponsabilidad han ganado terreno en el Derecho comparado y hoy podemos decir que son dominantes tanto en Europa como en Latinoamérica.

Igualmente el cumplimiento normativo ha experimentado un auge más que notable en la regulación internacional de los Derechos humanos.¹³ Los Principios Rectores de Naciones Unidas para empresas multinacionales requieren medidas de *due diligence* en materia de Derechos humanos, que constituyen en realidad auténticos programas de cumplimiento.¹⁴ Los casos de criminalidad ambiental más grave formarían parte de las obligaciones de prevención que las empresas tienen en esta materia, por lo que correctamente las convenciones entroncan con la estrategia de política jurídica que contienen los Principios consistente en obligar a los Estados a que exijan, utilizando en su caso el dere-

cho penal, la implantación de programas de cumplimiento normativo en Derechos humanos.

Esta estrategia de política criminal se deriva también del Pacto Global sobre el Medio Ambiente que como es conocido constituye una iniciativa de convenio internacional y por tanto de *hard law*, a diferencia de los Principios rectores¹⁵. Uno de los aspectos más interesantes del Pacto es que se trata de un instrumento internacional que, a diferencia de lo que ocurre con el modelo clásico de Derecho internacional, tiene también como destinatarios y, por tanto, obligados a las empresas. De este modo, adelanta de alguna manera los objetivos de un futuro convenio internacional sobre empresas y derechos humanos. Entre las obligaciones que se derivan del Convenio —insisto también para empresas— se sitúa la prevención. Ello obliga a las partes a asegurar que en la realización de sus actividades “bajo su jurisdicción o control” no se deriven daños para el medio ambiente, lo que se concreta a continuación en la obligación de realizar antes de cada actividad o proyecto el pertinente análisis de riesgos con el fin de prevenir los daños medioambientales (artículo 7). En suma, el Pacto Global sitúa también las medidas de prevención o de cumplimiento de las empresas como uno de los epicentros del futuro Derecho internacional del medio ambiente. La utilización por el Pacto Global de la expresión “actividades bajo control” resulta de enorme importancia además porque obliga a incluir a las empresas filiales o proveedores que actúan en una determinada actividad o proyecto al servicio y bajo el control de las empresas multinacionales. Esta previsión debe tener



Planisferio Celeste, Frederik de Wit, 1670

un adecuado reflejo en el futuro Derecho penal internacional del medio ambiente, donde la responsabilidad por los comportamientos de filiales y proveedores debe ser objeto de discusión.

Los proyectos de Convención contemplan igualmente una nueva tipología de sanciones inspiradas en principios de justicia restaurativa,¹⁶ de manera tal que la reparación del daño, entendida de un modo amplio, se eleva a fin principal de la pena en esta materia.¹⁷ El Consejo de Europa

hace ya años en su Recomendación sobre sanciones en materia de medio ambiente señalaba este camino que hoy siguen los Principios Rectores de Naciones Unidas. La importancia de la justicia restaurativa en la configuración de las sanciones permite solucionar la escasa utilidad de la pena de multa, como pena reina aplicable a las personas jurídicas. La extraordinaria gravedad del injusto de estos comportamientos requeriría la imposición de multas tan elevadas que ocasionarían numerosos daños colaterales en trabajadores e incluso en la propia comunidad a la que han perjudicado. La experiencia muestra como en no pocas ocasiones las comunidades afectadas dependen económicamente de la continuidad

12 § 10 Amonestación y suspensión de la imposición de la multa, § 37, Renuncia a la persecución bajo la imposición de condiciones e instrucciones, Referententwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität.

13 Al respecto Muñoz De Morales, Vías para la responsabilidad de las multinacionales por violaciones graves de Derechos humanos, en Política Criminal, Revista electrónica semestral de políticas públicas en materias penales, 2020 (en prensa).

14 Vid. recientemente Comisión Europea, Study on due diligence requirements through the supply chain, Final Report, January. 2020.

15 Vid. Parejo Navas, Avances y retrocesos en la negociación del Pacto Mundial del Medio Ambiente, *Actualidad Jurídica Ambiental*, nº 95, 20019.

16 Para más detalles vid. Nieto Martín, Justice restaurative et sanctions pour un droit penal international de l'environnement, en Heyret, Des ecocrimes à l'écocide, 183; las ideas de este primer trabajo han sido después desarrolladas en Nieto Martín, Empresas, víctimas y sanciones restaurativas: ¿cómo configurar un sistema de sanciones para personas jurídicas pensando en sus víctimas?, en Hoyos Sancho (Coord.), *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, 2017, 315-330.

17 Art. 9 Propuesta de Convención sobre la criminalidad ambiental y art. 7 Propuesta de Convención sobre el ecocidio: “La reparación de los daños adoptará especialmente la forma de: a. Medidas de reparación; b. Indemnización por daños y perjuicios; c. Programas de cumplimiento; d. Provisión de fondos para el medio ambiente; e. Medidas de desarrollo local; f. Según los casos, medidas de

reparación de carácter simbólico adaptadas a la dimensión cultural del daño medioambiental, que pueden revestir la forma, especialmente, de perdón a las comunidades afectadas” La reparación del daño, además de como sanción, constituye una circunstancia atenuante y resulta un elemento esencial del régimen de probation de la persona jurídica prevista en el art. 11 de la Propuesta de Convención sobre ecocrímenes.

de la empresa infractora, por lo que este tipo de multas astronómicas u otras sanciones como la prohibición de continuar con las actividades implican daños colaterales que suelen cebarse sobre las desamparadas víctimas de la contaminación.¹⁸

La aplicación de soluciones restaurativas evita este tipo de inconvenientes y contempla como parte de la reparación la propia reforma o restauración de la empresa infractora. Las Convenciones se decantan incluso expresamente por una teoría de los

finés de la pena en relación a las personas jurídicas, donde se aboga por la reparación como fin principal. Con ello se da entrada a una posibilidad político criminal hasta ahora desaprovechada. La dualidad de sujetos responsables por los mismos hechos –persona física y jurídica– permite diversificar los fines de la pena. La prevención general tanto en su aspecto negativo como positivo puede ser cumplida a través de la imposición de la pena a la persona física, lo que permite concentrar la finalidad de la pena de la persona jurídica en la víctima y en la reparación del daño, dando entrada a planteamientos de justicia restaurativa, sin menoscabo del resto de finalidades.

18 Es de gran interés en este punto el estudio dirigido por Forti (ed), *Victims and Corporations. Legal Challenges and Empirical Findings*, Wolter Kluwer, 2018.