

MAPAS DELICTIVOS, DELITOS CONTRA LA BIODIVERSIDAD Y RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: UNA REFORMA NECESARIA DEL CÓDIGO PENAL

Ángela Matallín Evangelio

Profesora Titular de Derecho Penal - Universidad de Valencia

Title: *Risks mapping, biodiversity offences and criminal liability of legal persons: a necessary reform of the Criminal Code*

Resumen: La Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, reconoce desde el año 2011 la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos contra la fauna y la flora allí tipificados, permitiendo con ello *teóricamente* —que no en la práctica, por ausencia de pronunciamientos jurisprudenciales— la imputación de las corporaciones. Esta realidad normativa hace necesaria la reforma del Código penal en el sentido de incluir la responsabilidad de las personas morales en los delitos del Capítulo IV del Título XVI, para dar cumplimiento a los imperativos comunitarios y a la realidad de su dinámica comisiva como delitos de empresa, demostrada por el correspondiente mapa delictivo, en términos de relevancia, probabilidad de ocurrencia e impacto*.

Palabras clave: Mapas delictivos; probabilidad de ocurrencia; impacto; delitos contra la biodiversidad; responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Abstract: *Since 2011, Organic Law 12/1995, of 12 December, on the Repression of Smuggling, recognises the criminal liability of legal persons in the offences against fauna and flora defined therein, thus theoretically —but not in practice, due to the absence of jurisprudential pronouncements— allowing the imputation of corporations. This normative reality makes the reform of the criminal code necessary, in the sense of including the liability of legal persons in the crimes of Chapter IV of Title XVI, in order to comply*

with the requirements of the European Union and the reality of their commission dynamics as corporate crimes, demonstrated by the corresponding risk map, in terms of relevance, probability of occurrence and impact.

Keywords: *Risks maps; Probability of occurrence; Impact; Corporate criminal liability; Biodiversity crime.*

Sumario: 1. Evolución de los delitos contra la biodiversidad. - 1.1. Desde el art. 347 bis del Decreto 3096/1973 hasta la actualidad. - 1.2. ¿Qué ha cambiado con la Propuesta de Directiva relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal? - 1.2.1. El régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. - 1.3. Los delitos contra la fauna y la flora en el ordenamiento jurídico español: insuficiencia del sistema de doble tutela penal. - 2. Mapa delictivo y necesidad de inclusión de los delitos contra la biodiversidad dentro del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas del Código penal. - 2.1. Punto de partida. - 2.2. Relevancia de los delitos contra la biodiversidad. - 2.3. Probabilidad delictiva y de participación empresarial: artículos 332 y siguientes del Código penal, y 2.2. b) de la Ley Orgánica de Contrabando. - 2.4. Impacto. - 2.5. Matriz de riesgo. - 3. Conclusiones. - 4. Bibliografía.

1. Evolución de los delitos contra la Biodiversidad

1.1. Desde el art. 347 bis del Decreto 3096/1973 hasta la actualidad

El artículo 45 de la Constitución española proclama las líneas maestras de la política medioambiental en los siguientes términos:

1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.
2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.
3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado».

La calidad de vida aparece en un primer plano en el texto fundamental y el medio ambiente adecuado para el desarrollo del hombre como un derecho de todos a disfrutarlo, un deber de conservación y una obligación de tutela para los poderes públicos.

El primer problema que surge para que tales afirmaciones tengan realidad es el carácter indeterminado del concepto de medio ambiente¹,

*El presente trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación «Criminal compliance programs y elaboración de mapas de riesgo, en especial en delitos am-

que favorece la pluralidad de concepciones al respecto, posibilidades, asimismo, por la propia redundancia de la locución². En este contexto, no resulta fácil identificar su contenido.

Por ello, el Tribunal Constitucional en la Sentencia 102/1995, de 26 de junio, clarificó que el medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, con su significado dinámico, no puede reducirse a la mera suma o yuxtaposición de los recursos naturales y su base física, sino que más bien se identifica con el entramado complejo de las relaciones de todos esos elementos que, por sí mismos, tienen existencia propia y anterior, pero cuya interconexión les dota de un significado trascendente, más allá del individual de cada uno³. En este sentido proclama un concepto estructural de medio ambiente, que parte de la idea rectora del equilibrio de sus factores, tanto estático como dinámico, en el espacio y en el tiempo, configurándolo, desde una perspectiva netamente jurídica y con eficacia inmediata en tal ámbito, como «la asociación de elementos cuyas relaciones mutuas determinan el ámbito y las condiciones de vida, reales o ideales de las personas y de las sociedades (Programa de las Comunidades Europeas en materia de medio ambiente, Comunicación de la Comisión al Consejo, JOC 26 de mayo 1972)»⁴.

bientales y de corrupción» (cod. RTI2018-097572-B-100), convocatoria 2018 de Proyectos de I+D+i Retos investigación (Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades), en la Universitat de València.

¹ La expresión medio ambiente aparece por primera vez en España en el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas (Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre), y en el Código Penal a partir de 1983, bajo la rúbrica de los delitos contra la salud pública y el medio ambiente, tipificando en el artículo 347 bis) el denominado delito ecológico. En Europa tras la reforma de los Tratados de Roma por los tratados de Maastrich y de Ámsterdam el soporte de la política medioambiental se encuentra en los arts. 174 a 176 del TCE. El primero introduce los conceptos de desarrollo sostenible respetuoso con el medio ambiente y el principio de cautela, elevando las medidas ambientales a la categoría de políticas. También introduce en el Tratado Constitutivo de la Unión Europea el art. 6, estableciendo que las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad a que se refiere el artículo 3, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible. Posteriormente, con el tratado de Lisboa se reformuló la política medioambiental en el Título XX.

² Entre otros muchos, vid. J.L. De La Cuesta Arzamendi, «Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente (Tít. XIII, L. II, PANCP 1983)», en *DJ*, núm. 37/40, 1983, p. 879; I. Berdugo Gómez De La Torre, «El medio ambiente como bien jurídicamente tutelado» en Terradillos Basoco (coord.), *El delito ecológico*, Madrid, Trotta, 1992, p. 41; R. Martín Mateo, *Tratado de Derecho Ambiental*, Vol. I, Madrid, Tribium, 1991, p. 80; A. Mateos Rodríguez-Arias, *Derecho penal y protección del medio ambiente*, Madrid, Colex, 1992, p. 31; y J.L. Rodríguez Ramos, «Delitos contra el medio ambiente», en *Comentarios a la legislación penal* (dir. Cobo Del Rosal), T. V, Vol. 2º, Madrid, Dykinson, 1985, p. 829.

³ STC 102/1995, de 26 de junio, Fundamento jurídico 6.

⁴ STC 102/1995, de 26 de junio, fundamento jurídico 6.

Con carácter previo, en el año 1982, ya en el marco de una creciente preocupación ecológica, el alto Tribunal reconoció, asimismo, que no resultaba admisible la sobreexplotación de los recursos naturales, sino que los sistemas de producción debían orientarse hacia su utilización racional, en una línea favorable a la protección de la naturaleza y a la mejora de la calidad de la vida⁵.

Estas consideraciones, oportunas entonces, resultan fundamentales en la actualidad teniendo en cuenta el nivel de deterioro que sufre el planeta. Por ello, el establecimiento de sistemas globales de defensa medioambiental resulta imperativo y dentro de las acciones tuitivas es prioritaria la protección de la biodiversidad, como elemento clave entre los recursos naturales para alcanzar dicho objetivo⁶, ya que, a salvo opiniones absolutamente excepcionales⁷, todos ellas coinciden en incluir dentro del concepto de medio ambiente a la diversidad biológica⁸.

⁵ STC 64/1982, de 4 de noviembre, fundamento jurídico 2.

⁶ Según establece al efecto el art. 3 de la Ley 42/2007, de Patrimonio Natural y Biodiversidad, entendemos por recursos naturales: «todo componente de la naturaleza, susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tenga un valor actual o potencial, tales como: el paisaje natural, las aguas, superficiales y subterráneas; el suelo, subsuelo y las tierras por su capacidad de uso mayor: agrícolas, pecuarias, forestales, cinegética y de protección; la biodiversidad; la geodiversidad; los recursos genéticos, y los ecosistemas que dan soporte a la vida; los hidrocarburos; los recursos hidroenergéticos, eólicos, solares, geotérmicos y similares; la atmósfera y el espectro radioeléctrico, los minerales, las rocas y otros recursos geológicos renovables y no renovables».

⁷ R. Martín Mateo, *Tratado...*, cit., p. 80.

⁸ En esta línea, Moreno Alcázar señala que «las tesis que propiamente podemos calificar de intermedias, y que constituyen la posición mayoritaria, se centran exclusivamente en los elementos de la naturaleza a la hora de integrar el contenido jurídico de la expresión medio ambiente (...), tesis intermedias que manifiestan expresamente que ya desde la Constitución se puede afirmar el ámbito estrictamente natural del concepto de medio ambiente (...), si bien aún en esos casos es frecuente encontrar voces que inmediatamente después de afirmarse en la vertiente exclusivamente natural de tal concepto, destacan la estrecha relación que existe entre la misma y los aspectos artificiales del medio» («Reflexiones en torno a la complejidad del concepto de medio ambiente y sus relaciones con la ordenación del territorio. Hacia una perspectiva sistémica», en *Estudios jurídicos en memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Royo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 621). En el mismo sentido inclusivo de los recursos naturales dentro del concepto de medio ambiente, vid., entre otras, la STC núm. 53/2016 de 17 marzo, cuando señala que «desde una perspectiva sustantiva, el concepto de medio ambiente se identifica con el de ecosistema [conjunto de recursos naturales (aire, agua, atmósfera, flora, fauna) que constituyen el medio en el que se desenvuelve la vida del hombre], pero se extiende también a otros elementos que no son naturaleza, como es el caso del paisaje», mientras que «desde una perspectiva dinámica o funcional, el concepto hace referencia a una realidad que precisa conservación, protección e incluso, eventualmente, mejora. Sólo –ha dicho el Tribunal (STC 102/1995, FJ 7)– factores tales como la erosión del suelo, su deforestación y desertización, la contaminación de las aguas marítimas y fluviales, la contaminación de la atmósfera o la extinción de especies enteras, la contaminación acústica y otras manifestaciones similares explican la aparición del concepto de medio ambiente nacido para

Por esta razón, esto es, por el carácter esencial de este elemento medioambiental su tutela no podía quedar al margen del Derecho penal⁹, hecho que se produce *de forma efectiva* con el Código de 1995, mediante la introducción de un capítulo específico dentro del conjunto de delitos medioambientales dedicado a los ilícitos contra la fauna y la flora. En este punto hay que matizar que si bien es cierto que con anterioridad a la fecha citada la biodiversidad ya gozaba de defensa penal indirecta a través del concepto de género prohibido de la Ley Orgánica 7/1982 de Represión del Contrabando —en los términos de tipicidad allí establecidos—, dicha tutela era tan solo teórica. Por ello, debemos reconocer que la protección penal efectiva de este bien jurídico colectivo no se produce hasta el año 1995 —12 años más tarde del comienzo de las primeras acciones punitivas orientadas a la salvaguarda general del medio ambiente—, mediante la tipificación del antiguo art. 347 bis¹⁰, con la Ley Orgáni-

reconducir a la unidad los diversos componentes de una realidad en peligro» (fundamento jurídico segundo).

⁹ El Tratado de Lisboa determina un antes y un después en lo que se refiere al uso del Derecho penal en la protección del medio ambiente en Europa (M. A. Fuentes Loureiro, «El proceso de consolidación del Derecho penal ambiental de la Unión Europea», *Revista de Estudios Europeos*, Volumen 79. Enero-junio. 2022, p. 336), en lógica consonancia con la necesidad de afrontar los crecientes problemas ambientales, actualizando para ello los diferentes sistemas legislativos. En este sentido debe tenerse en cuenta que «hasta llegar a ese momento, el proceso fue largo y complejo, con toda una serie de iniciativas de diferente signo adoptadas al respecto, precisamente debido a las posiciones encontradas entre las diferentes instituciones comunitarias, controversias que acabaron resolviéndose, en esencia, gracias a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 13 de septiembre de 2005, abriendo así la vía que facilita el uso del Derecho Penal para la protección del medio ambiente. Con la citada sentencia el TJUE allanó el camino al planteamiento adoptado más tarde por el Tratado de Lisboa, que se firmó el 13 de diciembre de 2007 durante el Consejo Europeo de Lisboa. El resultado final de todo este proceso, y en lo que a la protección penal del medio ambiente se refiere, fue la Directiva 2008/99/CE, de protección del medio ambiente mediante el Derecho penal, así como la Directiva 2009/123/CE, sobre contaminación procedente de buques» (A. Vercher Noguera, «La evolución de los delitos contra el medio ambiente en el contexto europeo: la Directiva 2008/99/CE», *Diario la Ley*, n.º. 10047, Sección Doctrina, 11 de abril de 2022, p. 2).

¹⁰ El contenido del art. 347 bis era el siguiente: Sección 2ª-Del Capítulo II del Título V. Delitos contra la salud pública y el medio ambiente: «Será castigado con la pena de arresto mayor y multa de 50.000 a 1.000.000 pts. el que, contraviniendo las Leyes o Reglamentos protectores del medio ambiente, provocare o realizare directa o indirectamente emisiones o vertidos de cualquier clase, en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas, que pongan en peligro grave la salud de las personas, o puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques espacios naturales o plantaciones útiles.

Se impondrá la pena superior en grado si la industria funcionara clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones o se hubiere desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de la actividad contaminante, o se hubiere aportado información falsa sobre los aspectos ambientales de la misma o se hubiere obstaculizado la actividad inspectora de la Administración.

También se impondrá la pena superior en grado si los actos anteriormente descritos originaren un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico.

ca 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, tal y como se afirma expresamente en su Exposición de Motivos¹¹.

Con esta reforma, que también modificó la Rúbrica de la Sección 2ª del Capítulo II del Título V, introduciendo la expresión específica de los *delitos contra el medio ambiente*¹², podemos afirmar que el legislador español dio un paso decisivo, apostando por la tutela penal de este bien jurídico. Sin embargo, también es cierto que la tipicidad del art. 347 bis, limitada a los sujetos que provocaren o realizaran directa o indirectamente emisiones o vertidos contaminantes, sin especificidad delictual para las ofensas contra la biodiversidad, resultaba insuficiente, lo que finalmente exigiría una mayor profundidad reactiva en esta rama del ordenamiento para conseguir el necesario sistema de tutela integral medioambiental, que posteriormente quedaría plasmado en el mandato constitucional del art. 45¹³.

Por tanto, la evolución de los delitos medioambientales a partir de esta primera iniciativa supone un *tránsito evidente de la nada* —mediante la creación del primer delito contra el medio ambiente, genéricamente denominado delito ecológico¹⁴—, hasta un número considerable de ilícitos penales incluidos en el Código penal —dentro y fuera del Título

En todos los casos previstos en este artículo podrá acordarse la clausura temporal o definitiva del establecimiento, pudiendo el Tribunal proponer a la Administración que disponga la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores».

¹¹ En ella, se justificaba la reforma operada por La Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, y la introducción en el Código de 1973 del art. 347 bis, en los siguientes términos: «la protección jurídico-penal del medio ambiente, a pesar del rango constitucional que este bien de todos tiene, es prácticamente nula en nuestro ordenamiento jurídico. La urgencia del tema viene dada por lo irreversibles que resultan frecuentemente los daños causados. Sin duda, unos preceptos penales no han de poder por sí solos lograr la desaparición de toda industria o actividad nociva para personas o medio ambiente; pero también es evidente que cualquier política tendente a introducir rigurosidad en ese problema requiere el auxilio coercitivo de la Ley penal».

¹² Hasta ese momento la Sección 2.ª llevaba por rúbrica *De los delitos contra la salud pública*.

¹³ Con anterioridad a la reforma de 1983, que supuso la incorporación al Código penal de los delitos contra el medio ambiente, no existía propiamente, ni en éste ni en las leyes penales especiales, ningún precepto o tipo delictivo que de modo general y directo diera adecuada protección penal a dicho bien jurídico protegido. Solo indirectamente algunos tipos penales podían utilizarse para la protección de determinados sectores medioambientales, siempre en conjunción o a través de otros bienes jurídicos que de alguna manera tenían relación con las funciones o sistema ecológico. Antes de la entrada en vigor de la mencionada Ley Orgánica no se puede hablar, por tanto, de una auténtica protección penal del medio ambiente, sino por medio y en relación con otros bienes jurídicos tradicionales, como la vida y la integridad corporal, la salud pública, la seguridad o el patrimonio (A. Mateos Rodríguez-Arias, *Derecho penal...*, cit., p. 54).

¹⁴ Una de las novedades más importantes que trajo consigo la reforma de 1983 fue la incorporación al Código penal de los delitos contra el medio ambiente para dar respuesta a la necesidad socialmente sentida de hacer frente a las agresiones sufridas por el medio ambiente. Se protege así, por primera vez, directa y expresamente este bien jurídico como valor autónomo y diferenciable de la salud pública.

XVI— y en la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, lo que representa un proceso de incremento exponencial del Derecho penal ambiental, en una línea de crecimiento paralela a la experimentada por dicho sector normativo en la Unión europea¹⁵.

Este proceso evolutivo es aún más evidente, si cabe, en la tipificación de los delitos contra la fauna y la flora introducidos *ex novo* con el Código de la Democracia. Sin embargo, no ocurre lo mismo en lo que se refiere a responsabilidad penal de las personas jurídicas (RPPJ), ya que el Código penal, obviando la dinámica comisiva de los delitos contra la biodiversidad, como posibles delitos de empresa, y los imperativos comunitarios, *no ha evolucionado conforme a esta realidad, sino que pasando de la nada a la nada*¹⁶ ha limitado dicha responsabilidad a los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, y a los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, de los Capítulos III y I del Título XVI, respectivamente.

Con ello, y por el carácter fundamental de este texto punitivo, frente a otras leyes especiales, se excluye *prácticamente* la posibilidad de imputar a las corporaciones frente a comisiones delictivas contra la diversidad biológica; apariencia de irresponsabilidad que no se corresponde con la legislación vigente, ya que otra norma penal, la Ley Orgánica de Contrabando, sí reconoce la responsabilidad penal de las entidades, en los términos de tipicidad allí establecidos para las figuras contra la flora y la fauna.

Lo cierto es que sustraer del sistema de imputación empresarial a los delitos contra la biodiversidad, tal y como se ha realizado en el Código penal, resulta incongruente. Lo es teniendo en cuenta la probabilidad de ocurrencia e impacto real de los delitos contra la fauna y la flora¹⁷, y, muy especialmente, el del comercio ilegal de especies silvestres¹⁸, y lo

¹⁵ Cfr. A. Vercher Noguera, «La evolución...», cit.

¹⁶ Aunque exista dicho reconocimiento en la Ley Orgánica de Contrabando, el mismo resulta inoperante (vid. *infra*).

¹⁷ Vid. *infra*.

¹⁸ En la medida que sus efectos trascienden los daños estrictamente medioambientales, llegando a socavar gravemente las economías nacionales, así como la efectividad del Estado de Derecho. En efecto, ya en el año 2016 el Informe de 1 de junio de 2016 de PNUMA e Interpol (<https://www.interpol.int/es/Noticias-y-acontecimientos/Noticias/2016/El-informe-PNUMA-INTERPOL-indica-que-el-valor-de-los-delitos-contra-el-medio-ambiente-se-ha-incrementado-en-un-26>) ponía de manifiesto que los delitos contra el medio ambiente, que incluyen el comercio ilegal de especies de flora y fauna silvestres, superaban ampliamente al tráfico de armas pequeñas, valorado en unos 3000 millones de USD, situándose en cuarto lugar en la clasificación mundial de las actividades delictivas más importantes, detrás del narcotráfico, la falsificación y la trata de personas. Asimismo, señalaba que las pérdidas económicas producidas por los delitos contra el medio ambiente son 10.000 veces mayores que la suma que dedican los organismos internacionales para combatirlos (entre 20 y 30 millones de USD). Lo cierto es que, podemos afirmar que incluso la seguridad acaba siendo afectada por los delitos contra el medio ambiente y la

es, igualmente, en el marco de nuestros compromisos supranacionales, asociados a la Directiva 2008/99 CE, de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal, que impone dicha tipificación¹⁹, y cuyas exigencias criminalizadoras para estas figuras delictivas no parece que vayan a ser objeto de modificación en el Proyecto de reforma de la misma, que se encuentra actualmente en tramitación.

Fuera de dicho déficit de cumplimiento, podemos afirmar que la legislación nacional ha pasado de una ausencia real de tutela medioambiental —hasta la reforma operada por la LO 8/1983— a una tutela *bastante completa* de dicho bien jurídico protegido y de la biodiversidad²⁰, en la medida que han realizado la práctica totalidad de exigencias de tipificación marcadas por la normativa supranacional, excepción hecha de la RPPJ en los delitos contra la fauna y la flora protegida²¹ —que carece de completo reconocimiento en nuestra legislación penal²²—, llegando incluso en otros temas a superar sus imperativos, por ejemplo, mediante la inclusión de los ilícitos contra el urbanismo y contra el patrimonio histórico dentro de los delitos medioambientales, aunque no existía obligación internacional ni comunitaria al respecto²³.

En el futuro, sin duda, tendremos nuevos retos legislativos, tal y como se perfila en la Propuesta de sustitución de la Directiva 2008/99, lo que determina en este momento la necesidad de analizar los contenidos proyectados, en su redacción actual, para comprobar las carencias del ordenamiento jurídico español en la materia objeto de nuestro trabajo.

biodiversidad. En este sentido, vid, el informe anual de Seguridad Nacional 2018 (<https://www.dsn.gob.es/sites/dsn/files/IASN2018%20WEB.pdf>, p. 9 y 159, especialmente, donde se reconoce expresamente que la preservación del medio ambiente es un ámbito cada vez más relevante de la Seguridad Nacional, igual que los delitos forestales —excluidos sistemáticamente de los ilícitos que merecen este calificativo dentro del Título XVI del Código penal—, en la medida representan una importante fuente de ingresos para la financiación del crimen organizado y de grupos terroristas (<https://www.interpol.int/es/Delitos/Delitos-contra-el-medio-ambiente/Delitos-contra-la-vida-silvestre>).

¹⁹ Entre otros, P. Faraldo Cabana, «Flora y fauna (arts. 333, 334, 336, 337, 339 y 631)», en J. L. González Cussac y J. Álvarez García (dirs.), *Comentarios a la Reforma penal de 2010*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010, pp. 349 y 400; A. Vercher Noguera, «La evolución...», cit., p. 3.

²⁰ Con carencias, sin duda, como la referida a la ausencia de ciertos objetos materiales y conductas (vid. *infra*), por ejemplo, el tráfico ilícito de madera, pero que por la trascendencia y complejidad del tema excede del objeto de este trabajo, razón por la cual no será objeto de tratamiento específico.

²¹ A. Matallín Evangelio, «Mecanismos de prevención de futuras zoonosis: la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos contra la biodiversidad», en M. Cuerda Arnau (dir.), *De animales y normas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 277 y ss.

²² Vid. *infra*.

²³ En el mismo sentido, vid. A. Vercher Noguera, «La evolución...», cit., p. 3.

1.2. ¿Qué ha cambiado con la propuesta de Directiva relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal?

Los negativos resultados obtenidos tras la evaluación de impacto realizada por la Comisión sobre la Directiva 2008/99/CE, de 19 de noviembre²⁴ (en adelante, la Directiva), han culminado en una propuesta normativa²⁵ (en adelante, la Propuesta), en el marco del Pacto Verde²⁶, orientada a la sustitución de la norma comunitaria por otra que responda de forma más efectiva a las necesidades medioambientales del planeta, favoreciendo la coherencia entre la legislación y sus nuevas prioridades.

Entre las carencias asociadas a la aplicación de la Directiva, puestas de manifiesto en el mencionado informe, se enumeran las siguientes:

- contenidos obsoletos, teniendo en cuenta la realidad actual de las ofensas medioambientales;
- terminología y definiciones complejas, determinantes de inseguridad jurídica;
- falta de efectividad de la norma, constatada por una baja incidencia de los delitos contra el medio ambiente en los últimos 10 años —*deficiencia numérica*—, que no se corresponde con la realidad, y por la falta de gravedad de las sanciones establecidas —*insuficiencia sancionadora*— para disuadir a los destinatarios de la norma;
- deficiencias aplicativas en todos los Estados miembros y en todos los niveles de la cadena de actuación de la ley (policía y otras fuerzas y cuerpos de seguridad, y tribunales penales). En este punto se afirma que la mencionada cadena de aplicación de la ley resulta claramente ineficaz, comprobándose el dato de que la delincuen-

²⁴ *Commission staff working document evaluation of the Directive 2008/99 EC of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on the protection of the environment through criminal law*, p. 6.

²⁵ *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal, por la que se sustituye la Directiva 2008/99/CE*.

²⁶ En este sentido, vid. la Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones (el Pacto Verde Europeo, Bruselas, 11.12.2019 COM (2019) 640 final), cuando señala que «además de lanzar nuevas iniciativas, la Comisión colaborará con los Estados miembros para redoblar los esfuerzos de la UE a fin de garantizar que la legislación y las políticas actuales que son pertinentes para el Pacto Verde se hagan cumplir y se apliquen de manera efectiva (p. 4). Asimismo, la Comisión seguirá velando por la rigurosa garantía del cumplimiento de toda la legislación aplicable» (p. 7). En la misma línea, el documento citado señala que La Comisión y los Estados miembros deben también garantizar la aplicación y el cumplimiento efectivos de las políticas y la legislación.

- cia medioambiental no se prioriza, detecta, investiga, enjuicia ni sanciona de forma adecuada;
- falta de inversión de los Estados miembros en recursos, conocimientos especializados, sensibilización, priorización, formación, cooperación e intercambio de información;
 - ausencia de estrategias nacionales generales para luchar contra la delincuencia medioambiental que involucren a todos los implicados en la aplicación de la ley y adopten un enfoque multidisciplinar;
 - falta de coordinación entre el Derecho administrativo y penal, y en la imposición de sanciones.
 - ausencia de datos estadísticos suficientes y fiables sobre los procesos relacionados con la delincuencia medioambiental en los Estados miembros, lo que impide la adopción de medidas de control;

En este contexto aplicativo de la Directiva 2008/99, y sobre la apreciación de las deficiencias señaladas, el nuevo texto comunitario pretende incrementar la protección del medio ambiente obligando a los Estados miembros a adoptar medidas más contundentes sobre la exigencia de nuevas tipicidades medioambientales, así como mediante el establecimiento de mínimos punitivos y sanciones adicionales, incluida la restauración de la naturaleza, la exclusión del acceso a la financiación y los procedimientos de contratación públicos o la retirada de permisos administrativos.

La intervención del Derecho penal para la tutela medioambiental sigue considerándose un imperativo y entre las figuras delictivas de nuevo cuño que se incorporan destaca por su trascendencia el comercio ilegal de madera, tipicidad que se incorpora tras una larga reivindicación doctrinal²⁷.

Por otro lado, y como garantía de seguridad jurídica, la Propuesta aclara alguna de las definiciones de la Directiva para favorecer su aplicación y mejor conocimiento. En este sentido, por ejemplo, el art. 2 del texto legal ofrece otra definición de ilicitud, mucho más comprensible que la existente en la Directiva²⁸.

²⁷ Por todos, M. Marqués I Banqué, «Estrategias sancionadoras en materia de cambio climático: la persecución penal del tráfico ilegal de madera en la Unión europea y en España», *Revista catalana de Dret ambiental*, Vol. X, Núm. 2 (2019); De la misma, «Salud planetaria y Derecho penal: ¿Hacia una revisión de la protección penal de la biodiversidad en España?», en J. R. Fuentes I Gasó, J. Jaria-Manzano, V. Merino Sancho, P. Villavicencio-Calzadilla (eds.), *El impacto social de la covid-19. Una visión desde el derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 396 y ss.

²⁸ También se elimina el concepto de especie protegida del artículo de las definiciones, incorporando su contenido —con alguna adición— al texto de las conductas de obligatoria tipificación contenidas en los artículos 3 y 4 de la Propuesta.

Su contenido comparado se refleja en la Tabla 1 de elaboración propia:

Tabla 1. Análisis comparado de la Directiva y de la Propuesta

Texto Directiva 2008/99	Texto de la Propuesta
A efectos de la presente Directiva, se entenderá por a) «ilícito»: la infracción de i) la legislación adoptada de conformidad con el Tratado CE y citada en el anexo A, o ii) por lo que se refiere a las actividades contempladas por el Tratado Euratom, la legislación adoptada de conformidad con dicho Tratado y citada en el anexo B, o iii) una ley, un reglamento de un Estado miembro o una decisión adoptada por una autoridad competente de un Estado miembro que dé cumplimiento a la legislación comunitaria mencionada en los incisos i) o ii);	A los efectos de la presente Directiva, se entenderá por: 1) «ilícita»: una conducta que infrinja uno de los elementos siguientes: a) la legislación de la Unión que, con independencia de su base jurídica, contribuya a la consecución de los objetivos de la política de la Unión en materia de protección del medio ambiente establecidos en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; b) una ley, un reglamento administrativo de un Estado miembro o una decisión adoptada por una autoridad competente de un Estado miembro que dé cumplimiento a la legislación de la Unión mencionada en la letra a). La conducta será considerada ilícita incluso cuando se haya llevado a cabo con arreglo a una autorización por parte de una autoridad competente de un Estado

1.2.1. El régimen de Responsabilidad penal de las personas jurídicas

La Propuesta modifica el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas e impone a los Estados Miembros su reconocimiento específico para todos los delitos incluidos en su articulado, siempre que, como España, tengan reconocida esta forma de imputación entre sus ilícitos penales.

En este sentido, el Considerando 15 de la Propuesta, como complemento de los contenidos establecidos en los artículos 6²⁹ y 7³⁰, que con-

²⁹ El contenido del art. 6 no se modifica respecto del establecido en el texto de la Directiva.

³⁰ El nuevo contenido del art. 7 de la Propuesta se concreta en una exposición amplia y detallada de las sanciones aplicables a las personas jurídicas responsables, superando la parca redacción vigente establecida en el mismo precepto de la Directiva, aunque no

figuran un régimen jurídico de RPPJ por los delitos medioambientales que incorpora mucho más completo que el actualmente incluido en la Directiva, aclara que *cuando así lo disponga el Derecho interno, las personas jurídicas también deben ser consideradas responsables penalmente de los delitos medioambientales de conformidad con la presente Directiva. Los Estados miembros cuyo Derecho interno no prevea la responsabilidad penal de las personas jurídicas deben velar porque sus sistemas sancionadores administrativos prevean tipos y niveles de sanciones eficaces, disuasorios y proporcionados, tal como se establece en la presente Directiva, a fin de alcanzar sus objetivos. Debe tenerse en cuenta la situación financiera de las personas jurídicas para garantizar el carácter disuasorio de la sanción impuesta.*

Esta disposición clarifica las dudas que asocia la Directiva vigente sobre si sus contenidos obligaban y obligan a tipificar la RPPJ con relación a los delitos comprendidos en sus disposiciones, y, entre ellos, con respecto a los delitos contra la fauna y la flora.

En efecto, la redacción actual del artículo 7, referida a que *los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas consideradas responsables por los delitos a los que se hace referencia en los artículos 3 y 4 sean castigadas con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias*, ha dado pie a que algunos autores afirmen que no obliga a tipificar la responsabilidad penal de las entidades por dichos ilícitos³¹. La razón alegada parte de la propia terminología del texto legal, pues en el art. 7, a diferencia de lo establecido en el art. 5 con relación a las sanciones de las personas físicas —donde se utiliza expresamente la expresión *sanciones penales eficaces, proporcionadas y disuasorias*—, solo se habla de *sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, sin el añadido del calificativo penal*.

Es decir, que el disenso no surge en los contenidos de la responsabilidad de las personas físicas por la comisión de alguno de los delitos contra el medio ambiente que obliga a tipificar, sino en su relación con la imputación penal de los mismos a las entidades, ya que la diferente terminología empleada para concretar las sanciones en ambos supuestos —persona física/persona jurídica— es utilizada por cierto sector doctrinal para afirmar la inexistencia de obligación supranacional de reconocimiento de RPPJ en este ámbito.

A mi juicio, esta conclusión no es admisible por varias razones.

sabemos qué consecuencias puede determinar en el futuro este diferente régimen sancionatorio. De cualquier forma, conviene no perder de vista el dato de que nuestra exposición sobre la Propuesta es solo provisional, teniendo en cuenta el hecho de que no nos encontramos ante un documento definitivo, sino tan solo ante un texto susceptible de reforma.

³¹ En este sentido, vid., entre otros, M. Marqués I Banqué, «Salud planetaria...», cit. p. 388; A. Vercher Noguera, «La evolución...», p. 2.

Es cierto que la terminología de la Directiva es distinta cuando se refiere a las sanciones a imponer a las personas físicas y a las personas jurídicas por los delitos medioambientales, pero ello no permite concluir en la libertad del legislador español para reconocer o no la RPPJ en los delitos contra el medio ambiente, y, más específicamente, en los delitos contra la biodiversidad, que es precisamente la tipología delictiva que nuestro Código penal ha sustraído del catálogo de delitos de los que puede ser responsable la persona jurídica dentro del Título XVI.

Por el contrario, entiendo que en nuestro ordenamiento, tras la introducción de la responsabilidad penal de la persona jurídica por delito, existiendo como existe en la Directiva imposición a los Estados miembros del deber de asegurarse de que las personas jurídicas puedan ser consideradas *responsables por los delitos a los que se hace referencia en los artículos 3 y 4 —entre los que hemos visto se incluyen las ofensas contra la biodiversidad—*, dicha responsabilidad por delito, en nuestro país, no puede ser otra que la penal. Conclusión que resulta avalada por los trabajos preparatorios de la norma comunitaria³², al comentar la naturaleza de las sanciones a imponer a las entidades.

³² En efecto, esta conclusión resulta avalada por la propia Comisión en el documento de trabajo adjunto a la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección del medio ambiente mediante el derecho penal. En concreto, señaló que el proceso de armonización de los delitos graves contra el medio ambiente que se pretende no sería efectivo si no se acompañara de un proceso paralelo referido a las personas que pueden ser consideradas responsables de los mismos (Commission staff working document — Accompanying document to the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of the environment through criminal law — Impact assessment [COM(2007) 51 final] [SEC(2007) 161] /* SEC/2007/0160 */, p. 20). Pues, aunque existen varias opciones a este respecto, teniendo en cuenta que las personas jurídicas son las principales responsables de los delitos ambientales (Commission staff working document..., cit., p. 26; Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones Estrategia de la UE sobre la biodiversidad de aquí a 2030, cit., p. 18), parece claro que únicamente mediante una triple armonización de las legislaciones de los Estados miembros (tipificación de los delitos graves contra el medio ambiente, responsabilidad de las personas jurídicas y penas aplicables a éstas y a las personas físicas) será posible la consecución de los objetivos de la Directiva propuesta de garantizar un nivel elevado de protección del medio ambiente (artículo 174, apartado 2 Tratado CE), aplicando eficazmente las políticas comunitarias de protección medioambiental (Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal (presentada por la Comisión) [SEC(2007) 160][SEC(2007) 161] Bruselas, 9.2.2007. COM (2007) 51 final. 2007/0022 (COD). Y es en este punto, de necesaria armonización de la responsabilidad de las personas jurídicas, donde (teniendo en cuenta los diferentes sistemas jurídicos aplicables en cada uno de los países de la Unión) la Directiva solo puede imponer la propia exigencia de responsabilidad, sin concretar su carácter penal o administrativo, *que dependerá del concreto sistema adoptado en los distintos ordenamientos*. Responsabilidad de la persona jurídica que en España, y de acuerdo con lo dicho, desde la introducción en el año 2010 de la RPPJ por los delitos de la parte especial susceptibles de imputación a las entidades, no puede ser otra que penal.

Así pues, la Directiva 2008/99 exigía la adaptación de la legislación nacional mediante la adopción de las medidas necesarias que garantizaran: 1/ que las personas jurídicas pudieran ser consideradas responsables de los delitos medioambientales descritos en los arts. 3 y 4 de su articulado, y, 2/ que las mismas fueran castigadas con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias. Y, aunque, en efecto, en dicha fórmula legislativa no aparecen los términos penal ni pena, ello obedece tan solo al deseo de dar cabida en la misma a los diferentes regímenes jurídicos de responsabilidad, penal o no, de las personas jurídicas, establecidos en los distintos países de la Unión, ya que de incluir alguna de las mencionadas expresiones en sede de responsabilidad de las entidades el efecto sería la exclusión como destinatarios de la norma de aquellos países que, como Italia o Alemania, no articularan su exigencia por vía penal. Lo que en el marco de los objetivos de armonización que presiden la normativa de la Unión europea en materia medioambiental —y en tantos otros temas— resultaría inadmisibile.

Por lo tanto, cuando la Directiva 2008/99 señala que las personas jurídicas responsables de los delitos contra la biodiversidad —incluidos en los arts. 3 y 4— deben ser castigadas con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, obliga a que cada Estado miembro, en función de su particular régimen de responsabilidad de las personas jurídicas, establezca dichas sanciones, penales o no, de manera que si en España, desde el año 2010, se introdujo un sistema de responsabilidad penal por delito, para aquellos cometidos por las personas jurídicas, podemos concluir que dicha imposición se concreta *para el legislador español* —aunque no, por ejemplo, para el italiano o el alemán— en la necesidad de reconocimiento de la RPPJ en dichas formas de criminalidad.

De cualquier forma, consideramos muy adecuada la aclaración que se realiza en la Propuesta en el sentido que hemos expuesto, esto es, en sentido favorable a exigir el reconocimiento de RPPJ para todas las realizaciones típicas de los delitos expresados en el texto de la futura norma comunitaria, como mecanismo de supresión de las posibles dudas que pudieran tener algunas opiniones doctrinales.

A mi juicio la Directiva 2008/99, aún en vigor, impone —sin género de duda y por las razones expuestas— el reconocimiento de RPPJ en todos los delitos incluidos en la misma (arts. 3 y 4)³³, aunque, para superar

³³ En este sentido, por todos, A. Matallín Evangelio, «Mecanismos...», cit. En el mismo sentido, vid. Faraldo Cabana cuando señala que el legislador nacional en la reforma de 2010 no atendió el mandado contenido en el art. 6 de la Directiva, de acuerdo con el cual «los Estados miembros se asegurarán de que las personas jurídicas pueden ser consideradas responsables por los delitos a los que se hace referencia en los artículos 3 y 4» en los términos y condiciones que señala a continuación (...), ya que en los arts. 332 y siguientes del Código penal no se recoge alusión alguna a esa responsabilidad penal de las personas jurídicas, encontrándonos ante una laguna de punibilidad de considerable

las dudas que pudieran reflejar las opiniones discrepantes, valoramos muy positivamente la nueva redacción de la Propuesta en este punto, ya que con ello zanjará el tema en sentido favorable a la exigencia de esta forma de reproche en todas las figuras de obligatoria criminalización de los artículos 3 y 4 del nuevo texto comunitario. Y, entre ellas, para las ofensas contra la biodiversidad, que hoy, en nuestro ordenamiento, se encuentran sustraídas del catálogo de delitos de los que pueden ser responsables las entidades, incumpliendo con ello nuestras obligaciones supranacionales.

1.3. Los delitos contra la fauna y la flora en el ordenamiento jurídico español: insuficiencia del sistema de doble tutela penal

Nadie cuestiona que la defensa y restauración de la diversidad biológica aparece como un imperativo nacional y supranacional por su trascendencia en la consecución de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona. Esta realidad incuestionable ha determinado en nuestro ordenamiento un elenco de acciones legislativas e institucionales insuficientes a pesar de su profusión.

En efecto, cuando el Código penal introdujo los delitos contra la fauna y la flora en el Capítulo IV del Título XVI³⁴, en el año 1995, lo hizo desde el entendimiento de que las especies animales y vegetales necesitaban mecanismos de protección más contundentes que los existentes hasta ese momento³⁵.

importancia (cfr. «Flora y fauna...», cit., pp. 349 y 400). Por su parte, N. J. De La Mata Barranco, («El cumplimiento por el Legislador Español del mandato de la Unión Europea de sancionar a las personas jurídicas», en J. L. De La Cuesta Arzamendi (dir.), N. J. De La Mata Barranco (coord.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra, Aranzadi, 2013, p. 202), critica que la cláusula de RPPJ no se incluya para todos los delitos del Título XVI, al final del mismo.

³⁴ El Título XVI del Código penal aparece estructurado en cuatro capítulos (delitos urbanísticos, contra el patrimonio histórico, los recursos naturales y el medio ambiente, y los delitos contra la flora y la fauna), lo que supone desde su introducción en 1995 una ampliación de la tutela medioambiental, abarcando la diversidad biológica, hasta niveles coherentes con el mandato constitucional.

³⁵ Con anterioridad, la protección penal de la fauna y la flora se realizaba a través de diversas leyes especiales, entre las que se encontraba la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio, de Contrabando, que, de forma mediata, a través de su integración en el catálogo de géneros prohibidos, tipificaba su tráfico y posesión. Concretamente, en el artículo 1.1.4º de la citada Ley Orgánica castigaba a los que «importaren, exportaren o poseyeren géneros prohibidos y a los que realizaren con ellos operaciones de comercio o circulación sin cumplir los requisitos establecidos por las leyes, siempre que su valor fuera igual o superior a un millón de pesetas, reservando el carácter de prohibido a todos aquellos artículos que por razones de higiene, seguridad u otra causa cualquiera hubieran sido comprendidos o se comprendieran expresamente por disposición con rango de Ley, en prohibiciones de

A partir de este momento, el sistema de tutela penal de la biodiversidad ha ido evolucionando para tratar de adaptarse a los nuevos escenarios de supervivencia de los especímenes y de sus hábitats, en la línea marcada por nuestros compromisos internacionales y comunitarios. Especialmente los asociados a la Directiva 2008/99/CE, *como principal instrumento europeo para la protección del medio ambiente a través del Derecho penal*, que exige la criminalización de la práctica totalidad de conductas ilícitas que causen o puedan causar daños al medio ambiente y a la diversidad biológica, tanto si el sujeto activo es una persona física como si lo es una persona jurídica.

En este marco de actuación, desde el principio³⁶, el legislador nacional sin especificar el porqué ha tipificado conductas ofensivas contra el bien jurídico biodiversidad en dos textos normativos, el Código penal y la Ley Orgánica de Contrabando³⁷, y frente a esta realidad tuitiva dual, asociada a la existencia de estos dos textos punitivos con objetos materiales parcialmente coincidentes, la conclusión que se impone —contraria a la lógica— es que no parece que podamos afirmar que tales disposiciones generen los efectos de tutela integral que deberían producir.

Veamos, pues, esta realidad sobre la insuficiencia protectora de ambos cuerpos legales en los términos de exigencia marcados por la normativa comunitaria citada.

a) Los delitos contra la fauna y la flora en la Ley Orgánica 12/1995, de Represión del Contrabando (LOC).

Los delitos contra la fauna y la flora silvestre se encuentran específicamente tipificados³⁸ en el art. 2.2 b), párrafo segundo, de la LOC en los siguientes términos:

«Cometen delito de contrabando, siempre que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea igual o superior a 50.000 euros, los que (...):

importación, exportación, circulación, comercio, tenencia o producción» (art. 3.2). De forma sectorial también se otorgaba protección penal a ciertas especies animales, por ejemplo, en la Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza, cuyos preceptos penales sustantivos quedaron derogados por la LO 10/1995, adquiriendo el carácter de infracciones administrativas los delitos y faltas previstos en dicha ley no contenidos en el Código penal.

³⁶ Esto es, desde el año 1995.

³⁷ Sobre el objeto de tutela del delito de contrabando de especímenes de fauna y flora, vid., por todos, F. Vázquez-Portomeñe Seijas, *El delito de contrabando*, Madrid, Dykinson, 2022, p. 208.

³⁸ Utilizamos esta expresión frente a la de tutela genérica de la fauna y flora silvestre, ya que ésta última es posible al margen de la protección específica del art. 2.2. b), párrafo segundo, de la LOC, a través de la figura delictiva del contrabando de géneros prohibidos, prevista en el párrafo primero del mismo artículo 2.2 b), y también, con carácter general, mediante la realización de los supuestos previstos en los números 3 y 4 del artículo 2 LOC (vid. *infra*).

b) Realicen operaciones de importación, exportación, comercio, tenencia o circulación de especímenes de fauna y flora silvestre y sus partes y productos, de especies recogidas en el Convenio de Washington, de 3 de marzo de 1973³⁹, y en el Reglamento (CE) número 338/1997, de 9 de diciembre de 1996, sin cumplir con los requisitos legalmente establecidos».

Además, la LOC permite incluir el contrabando de especies de fauna y flora en otros preceptos de su articulado:

- 1.—De manera genérica, a través del concepto de género prohibido (art. 1.12 LOC⁴⁰). En este sentido, el art. 2.2. b) LOC, párrafo primero⁴¹, establece la posibilidad de que la *importación, exportación, comercio, tenencia o circulación* de especies de fauna y flora prohibidas (silvestres o no), según las disposiciones contenidas en nomas nacionales y supranacionales, distintas de las especialmente previstas en el 2.2 b), párrafo segundo (Convenio de Washington y el propio Reglamento 338/1997), constituyan delito de contrabando al integrar el concepto de género prohibido, siempre que se cumplan el resto de exigencias típicas del precepto (valor superior a 50.000€⁴², con las excepciones establecidas en los números 3 y 4 del art. 2).
- 2.—Con carácter general, existe una tercera posibilidad de realización de contrabando de fauna y flora (art. 2.2.b), párrafo segundo, o art. 2.2 b), párrafo primero) por la vía descrita en el artículo

³⁹ Convenio sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre (también denominado CITES o Convención), Instrumento de adhesión de España, de 16 de mayo de 1986.

⁴⁰ Géneros prohibidos: «todos aquellos cuya importación, exportación, circulación, tenencia, comercio o producción estén prohibidos expresamente por tratado o convenio suscrito por España, por disposición con rango de ley o por reglamento de la Unión Europea. El carácter de prohibido se limitará para cada género a la realización de la actividad o actividades que de modo expreso se determinen en la norma que establezca la prohibición y por el tiempo que la misma señale».

⁴¹ 2.2 b), párrafo primero: «Cometen delito de contrabando (...) los que realicen operaciones de importación, exportación, comercio, tenencia, circulación de:

Géneros estancados o prohibidos, incluyendo su producción o rehabilitación, sin cumplir los requisitos establecidos en las leyes».

⁴² Exigencia común a todas las modalidades de contrabando del número segundo del artículo 2 LOC.

Si el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos es inferior a 50.000 euros y no concurren las circunstancias previstas en el apartado 3 y 4 del artículo 2, entrarán en juego las correspondientes infracciones administrativas de contrabando, en los términos establecidos en el artículo 11, cuyo contenido es el siguiente: «1. Incurrirán en infracción administrativa de contrabando las personas físicas o jurídicas y las entidades mencionadas en el art. 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que lleven a cabo las acciones u omisiones tipificadas en los apartados 1 y 2 del art. 2 de la presente Ley, cuando el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea inferior a 150.000€ 50.000 euros, respectivamente, o a 15.000 euros si se trata de labores de tabaco, y no concurren las circunstancias previstas en los apartados 3 y 4 de dicho artículo».

2.3 y 2.4 LOC, esto es, cuando, con independencia de la cuantía o valor de los especímenes, la importación, exportación, comercio, tenencia o circulación de especies de fauna y flora silvestre⁴³ o prohibida⁴⁴, se realice a través de una organización⁴⁵, cualquiera que sea el valor de los bienes, mercancías o géneros (art. 2.3 LOC⁴⁶), o cuando se cumplan las exigencias establecidas en «el mal llamado delito continuado»⁴⁷, establecido en el número 4 del art. 2 LOC⁴⁸,

A continuación, en el art. 2.6, la LOC reconoce la RPPJ en los delitos contra la fauna y flora⁴⁹, con una fórmula de estilo semejante a la utilizada por el Código penal en los preceptos específicos de la parte especial que así la establecen (por ejemplo, en el art. 319.4 o 328 C.P.), mediante

⁴³ Artículo 2.2. b) párrafo segundo.

⁴⁴ Artículo 2.2. b), párrafo primero.

⁴⁵ Sobre el significado de esta forma de contrabando, a través de organización, lícita o ilícita, señala Faraldo Cabana que esta exigencia de realización *a su través* no incluye los supuestos en que el hecho se cometa *en beneficio o en provecho* de una organización si ésta no fue instrumentalizada para su comisión (...), sino que «debe ser el medio o instrumento comisivo esencial» («Contrabando a través de una organización», en P. Faraldo Cabana (dir.), J. A. Brandariz García (coord.), *Comentarios a la legislación penal especial*, Valladolid, Thomson Reuters; 2012, p. 110.

⁴⁶ El contenido del art. 2.3 LOC es el siguiente: «Cometen asimismo delito de contrabando quienes realicen alguno de los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo, si concurre alguna de las circunstancias siguientes: a) cuando el objeto del contrabando sean drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas, sustancias catalogadas como precursores, armas, explosivos, agentes biológicos o toxinas, sustancias químicas tóxicas y sus precursores, o cualesquiera otros bienes cuya tenencia constituya delito, o cuando el contrabando se realice a través de una organización, con independencia del valor de los bienes, mercancías o géneros».

⁴⁷ En este sentido, y como acertadamente señala Faraldo Cabana, no nos encontramos ante un delito continuado de contrabando, ya que a diferencia de éste «no se pretende castigar varios delitos como uno solo con una pena más grave que la correspondiente a un único delito (...), sino convertir lo que son varias infracciones administrativas en un único delito (que no se califica de continuado) cuando la cuantía total de la mercancía objeto de contrabando en las diferentes operaciones realizadas alcanza el límite cuantitativo que marca la diferencia entre el delito y la infracción administrativa (...), teniendo en cuenta a tal fin «que no se pueden tomar en cuenta los actos que hayan sido ya calificados y castigados por la administración como infracciones administrativas» («El mal llamado delito continuado», en Faraldo Cabana (dir.), Brandariz García (coord.), *Comentarios...*, cit., p. 116).

⁴⁸ Art. 2.4 LOC: «También comete delito de contrabando quien, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realizare una pluralidad de acciones u omisiones previstas en los apartados 1 y 2 de este artículo en las que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos aisladamente considerados no alcance los límites cuantitativos de 150.000, 50.000 o 15.000 euros establecidos en los apartados anteriores de este artículo, pero cuyo valor acumulado sea igual o superior a dichos importes».

⁴⁹ Y también para el resto figuras delictivas tipificadas en los apartados anteriores (apartados 1, 2, 3, 4 y 5, del art. 2 LOC), por lo que también prevé dicha responsabilidad en los supuestos de contrabando de fauna y flora que actúen por la vía de los arts. 2.2. b) párrafo primero (géneros prohibidos), 2.3, 2.4 y 2.5 (imprudencia grave).

una remisión al régimen general disciplinado en el art. 31 bis de dicho cuerpo legal.

En concreto, señala que «las personas jurídicas serán penalmente responsables en relación con los delitos tipificados en los apartados anteriores cuando en la acción u omisión en ellos descritas concurren las circunstancias previstas en el art. 31 bis de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de diciembre, del Código Penal y en las condiciones en él establecidas»⁵⁰.

A partir de lo expuesto, una vez analizado el alcance de los preceptos citados de la LOC en su relación con las disposiciones contenidas en la normativa supranacional vinculante —específicamente, las de la Directiva 2008/99/CE, de protección del medio ambiente mediante el Derecho penal (artículos 3 y siguientes)—, *debemos concluir que la previsión de RPPJ para las modalidades delictivas contra la biodiversidad allí tipificadas no se ajusta por completo a los dictados de la norma comunitaria*. Ello es así no tanto por razón del objeto⁵¹, cuanto por insuficiencia de las modalidades de conducta, ya que no se incluyen en la Ley especial los supuestos de matanza y destrucción de las especies protegidas⁵². Por otro lado,

⁵⁰ Asimismo, «cuando el delito se cometa en el seno, en colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones carentes de personalidad jurídica, le será de aplicación lo previsto en el art. 129 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de diciembre, del Código Penal» (art. 2.7 LOC).

⁵¹ Aplicando el delito contrabando de especies de fauna y flora silvestre del art. 2.2. b), párrafo segundo —que incluye las especies de fauna y la flora protegida del art. 3 g) de la Directiva 2008/99—, y el de especies de fauna y flora que constituyan géneros prohibidos (art. 2.2. b), párrafo primero —que incorpora las especies protegidas a los efectos del art. 3 f) de dicha norma)—, prácticamente todos los objetos materiales incluidos en el art. 2 b) i, y ii, del texto supranacional, en su relación con el artículo 3 f) y g), realizarían alguna de las modalidades de contrabando de fauna y flora silvestre del art. 2.2. b) párrafo segundo, o de contrabando de géneros prohibidos del párrafo primero. Y ello, en este último caso, porque la importación, exportación, tenencia, comercio o producción de las especies del anexo IV de la Directiva 92/43/CEE y las del anexo I del art. 4 de la Directiva de aves vigente (objetos materiales del delito previsto en el art. 3 letra f) de la Directiva 2008/99, según su art. 2 b) i), están expresamente prohibidas por Ley 42/2007, de Patrimonio Natural y Biodiversidad, constituyendo por tanto géneros prohibidos susceptibles de realizar tal modalidad de contrabando. En efecto, dichas especies integran el concepto de géneros prohibidos al incluirse en el Listado de Especies en Régimen de Especial Protección (en cuyo seno se encuentra también el Catálogo Español de Especies Amenazadas), ya que el art. 57 de la Ley 42/2007 prohíbe con relación a las mismas toda posesión, transporte, naturalización, venta, comercio, oferta con fines de venta, importación o exportación de ejemplares vivos o muertos, así como sus propágulos o restos (salvo supuestos excepcionales autorizados por vía reglamentaria). Por todo lo dicho, podemos afirmar que las distintas especies protegidas —objetos materiales— de los delitos contra la biodiversidad establecidos en los apartados f) y g) del art. 3 de la Directiva 2008/99 se encuentran comprendidas en el art. 2.2. b), párrafo primero y párrafo segundo) de la LOC, realizando con ello los contenidos de la norma comunitaria en lo que a su objeto material se refiere.

⁵² En efecto, mediante el juego combinado de las distintas modalidades delictivas que permiten sancionar los atentados contra la fauna y flora en la citada Ley Orgánica (contrabando de especies silvestres y de géneros prohibidos del art. 2.2 b), contrabando a través de una organización y contrabando del art. 2.4), podemos afirmar que sus disposiciones

debemos tener en cuenta que la aplicación de la citada Ley es prácticamente nula⁵³ en esta y otras materias concomitantes con el Código penal, incluso a pesar de que en este tema concreto de la RPPJ en los delitos contra la biodiversidad no contamos con una disposición específica en dicho cuerpo legal que permita su aplicación preferente.

b) los delitos contra la biodiversidad en el Código penal.

La tutela penal de este bien jurídico colectivo en el Código penal resulta deficitaria por razón del objeto material y por razón de los destinatarios de la norma.

Como ejemplo paradigmático de laguna objetiva basta citar el hecho de que el Título XVI del cuerpo legal, *de los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente*⁵⁴, no incluye los bosques como posible objeto material,

se adaptan casi por completo a las exigencias de tipificación establecidas en la Directiva para personas físicas y jurídicas. Y en la comparativa de las conductas de obligado reconocimiento en el texto supranacional (matanza, destrucción, comercio, posesión o apropiación de especies de fauna y flora silvestre protegida, que se encuentren en peligro de extinción, vulnerables o que pueden llegar a estarlo si no se las protege adecuadamente), con las conductas típicas del art. 2.2 b) LOC, párrafos primero y segundo (importación, exportación, comercio, tenencia y circulación de especies de fauna y flora que merezcan el calificativo de géneros prohibidos, especies incluidas en el Reglamento 338/1997, del Consejo, de 9 de diciembre, y las del convenio de Washington, comúnmente conocido como convenio CITES, que prácticamente incluyen todas las especies protegidas de la Directiva), podemos afirmar que la LOC ha transpuesto adecuadamente los contenidos de la norma comunitaria en relación con objeto material allí establecido. Transposición, que, sin embargo, resulta incompleta en su referencia a las conductas establecidas en los arts. 3 f) y g) y 4 de la Directiva, ya que la Ley de Contrabando no criminaliza ni la matanza ni la destrucción de las especies protegidas en dicha norma, que son de obligada tipificación, por lo que esas conductas quedarían fuera de cobertura penal cuando estuviera implicada en su realización una persona jurídica; conductas que, sin embargo, parece que sí encajarían en los preceptos más amplios de tutela de la biodiversidad del Código penal (art. 332 C.P., 333 C.P., 334 C.P.,...), en el supuesto de que en el futuro, y como sería necesario, se introdujera en el mismo la RPPJ en estas formas de criminalidad.

⁵³ Las únicas sentencias sobre RPPJ que aplican la LOC se refieren al contrabando de tabaco. Con carácter general, la aplicación jurisprudencial de los delitos de contrabando de fauna y flora en los términos establecidos por la LOC es minoritaria, lo que, sin embargo, no se corresponde con la importancia de alguna de sus modalidades de conducta, como por ejemplo el comercio ilegal de especímenes CITES (Cfr. Vázquez-Portomeñe Seijas, *El delito...*, cit., p. 204).

⁵⁴ En sentido crítico, N. J. De La Mata Barranco señala que la terminología utilizada en el Título XVI no es adecuada, ya que en el mismo, y también en el Capítulo III, se utiliza la expresión redundante «medio ambiente» cuando el «medio» es el «ambiente» o el «ambiente» es el «medio» (...), además, las rúbricas de los Capítulos III, «delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», y IV, «de los delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos», tampoco las considera acertadas, ya que en el primero de ellos se mencionan los recursos naturales, no citados en el Título, y se menciona el medio ambiente que, sin embargo, no aparece aludido en el Capítulo IV, lo que conduce a tener que plantearse cuestiones como si la fauna y la flora son —o no— recursos naturales, o medio ambiente, por ejemplo (Cfr. «Delitos contra el urbanismo y la ordenación

de tal forma que su destrucción, al margen de la que se produce como consecuencia de incendios forestales (arts. 352 C.P. y siguientes), y de otras zonas de vegetación no forestal (art. 356 C.P.), no encuentra acogida en el texto punitivo.

De esta manera, salvo que el daño ocasionado en masas forestales o de vegetación no forestal —y siempre que la normativa concursal lo permita—, realice alguna de las figuras contenidas en dicho Título⁵⁵, la única opción punitiva⁵⁶ será la aplicación de la LOC, si el supuesto de hecho encaja en la descripción típica de alguno de los delitos contenidos en la mencionada ley especial. Así, a pesar de que la lucha contra los llamados delitos forestales debe ser considerada un elemento fundamental de la estrategia sancionadora en materia de cambio climático y ambiental⁵⁷, lo cierto es que no goza de previsión específica en el Código penal, beneficiándose, únicamente, de la tutela indirecta que permita la aplicación, en su caso, de alguna de las figuras delictivas contra la biodiversidad establecidas en el mismo o en la LOC, con el déficit aplicativo que ello supone en la práctica⁵⁸.

del territorio y delitos contra el ambiente», en *Derecho Penal Económico y de la empresa*, Madrid, Dykinson, 2018, p. 660).

⁵⁵ Los supuestos de destrucción, posesión o comercialización de madera aprovechada ilegalmente o de productos derivados de esta madera podrían tener cabida en alguno de los delitos contra la fauna y la flora, concretamente en el art. 332 C.P., en aquellos casos en los que la madera esté catalogada como especie protegida de flora silvestre y se cumplan el resto de exigencias legales del citado precepto, ampliando así las posibilidades sancionadoras en esta materia de forma complementaria al EUTR (Reglamento (UE) n.º 995/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, por el que se establecen las obligaciones de los agentes que comercializan madera y productos de la madera)

⁵⁶ Que no administrativa, ya que el legislador español en cumplimiento de la disposición contenida en el art. 19 del EUTR ha optado por el establecimiento de sanciones no penales frente a los incumplimientos de las obligaciones establecidas en la norma comunitaria. En concreto, mediante la aplicación de la Ley 21/2015, de 20 de julio, por la que se modifica la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, por medio del Real Decreto 1088/2015, de 4 de diciembre.

⁵⁷ El texto de la Propuesta, y como novedad, incluye en el art. 3, n), como conductas de obligatoria tipificación, «la introducción o comercialización en la Unión de madera aprovechada ilegalmente o de productos de la madera fabricados con madera aprovechada ilegalmente, que entren en el ámbito de aplicación del Reglamento (UE) n.º 995/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo⁵², excepto en los casos en que la conducta afecte a una cantidad desdeñable; [En caso de adoptarse antes de la presente Directiva un Reglamento relativo a la comercialización en la Unión y a la exportación desde la Unión de determinadas mercancías».

⁵⁸ Con respecto al carácter simbólico que tiene normalmente la tipificación de un delito en una Ley especial, vid. A. Matallín Evangelio, «Contrabando y Especies Protegidas: una reflexión sobre el bien jurídico protegido», en J. L. González Cussac, J.C. Carbonell Mateu, E. Orts Berenguer, M. L. Cuerda Arnau (coords.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp., 1335-1356.

Por lo demás, situados en la segunda de las insuficiencias citadas, referida a la imprevisión de RPPJ en el Código penal para los delitos contra la flora y la fauna del Capítulo IV, del Título XVI, debemos anticipar que supone una preterición inexplicable dentro del sistema de tutela medioambiental de dicho cuerpo normativo, que, además, supondría un claro incumplimiento de la normativa comunitaria en este punto, si no hubiera sido parcialmente subsanado por la LOC, en los términos de tutela allí establecido, aunque, como hemos visto, dicha previsión no resulta suficiente.

c) Resumen de situación

La preterición de los delitos contra la biodiversidad del sistema de RPPJ del Código penal ha sido *teóricamente subsanada* mediante su previsión, en los términos de tipicidad que allí se establecen, por la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, donde sí existe disposición específica al respecto.

Sin embargo, dicha tipicidad resulta insuficiente en el marco de nuestros compromisos comunitarios, ya que algunas de las conductas que deberían resultar penadas en los términos establecidos en los artículos 3 y siguientes de la Directiva no lo están, déficit que también se evidencia por el hecho de la aplicación de sus disposiciones, al encontrarse incluidas en una ley especial, es meramente simbólica.

A partir de esta realidad, que permite afirmar la *inexistencia material de RPPJ en los delitos contra la fauna y la flora protegida*, asumiendo el papel que representa el reconocimiento de esta forma de responsabilidad de la persona moral⁵⁹, como pieza fundamental en un nuevo Derecho penal híbrido, del riesgo, de la seguridad y anticipativo⁶⁰, y aceptando, asimismo, el valor preventivo que puede tener dicho reconocimiento en aquellos delitos que podemos considerar como delitos de empresa, entre los que también podemos situar los que atentan contra el bien jurídico

⁵⁹ Sobre el significado y evolución del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento, vid., entre otros muchos, J. L. González Cussac, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020; A. Galán Muñoz, *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017; M. GÓMEZ TOMILLO, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª Edición, Aranzadi, Navarra, 2015; J. G. Fernández Teruelo, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», en Bustos Rubio/Abadías Selma (dirs.), *Una década de reformas penales. Análisis de diez años de cambios en el Código penal (2010-2020)*, Barcelona, Bosch, 2020; Del Mismo, *Parámetros interpretativos del modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su prevención a través de un modelo de organización o gestión (compliance). Incluye un análisis de los modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas en México y Ecuador*, Navarra, Aranzadi, 2020; O. Artaza Varela, *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal. Fundamentos y límites*, Madrid, Marcial Pons, 2013.

⁶⁰ Vid. J. L. González Cussac, *Responsabilidad*, cit., p. 20.

biodiversidad, se impone un segundo nivel de análisis orientado a comprobar *si existe verdadera necesidad de reconocimiento expreso* de RPPJ en los delitos contra la diversidad biológica, pues si la respuesta es negativa, no habría lugar a ningún planteamiento de oportunidad favorable a la reforma del Código penal en este sentido.

2. Mapa delictivo y necesidad de inclusión de los delitos contra la biodiversidad dentro del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas del Código penal

2.1. Punto de partida

La pretensión de reconocimiento efectivo⁶¹ de RPPJ en los delitos contra la fauna y la flora se construye sobre la realización de varias premisas de necesaria y sucesiva comprobación:

- 1) entidad relevante de dichas formas de criminalidad dentro del conjunto de delitos medioambientales, ya que, de otra forma, esto es, si sus índices delictuales fueran meramente simbólicos resultaría inoportuno el planteamiento de partida.
- 2) posibilidad de participación empresarial en los citados delitos atendida su dinámica comisiva (probabilidad de ocurrencia)⁶², una vez comprobada la relevancia porcentual de cada figura dentro del total de delitos contra la biodiversidad y su impacto sobre el bien jurídico protegido, pues si los resultados obtenidos en ambos casos⁶³ reflejaran una configuración residual como delitos de empresa y un impacto irrelevante sobre el objeto de tutela tampoco resultaría necesaria ninguna propuesta de oportunidad para introducir dicha forma de imputación en los delitos contra la diversidad biológica del Código penal.

Para ello, una vez constatada la importancia de los delitos contra la fauna y la flora como áreas de criminalidad creciente medioambiental⁶⁴, se ha realizado el correspondiente *mapa* delictual sobre los figuras tipificadas en el Capítulo IV del Título XVI del texto punitivo, y en el art. 2.2 b)

⁶¹ No meramente teórico, además de limitado, tal y como ocurre con dicho reconocimiento por parte de la LOC.

⁶² También incluiremos en el estudio las figuras contra la fauna y la flora tipificadas en la LOC por su objeto parcialmente coincidente con los preceptos del Capítulo IV del Título XVI del Código penal, para obtener una visión completa de participación empresarial en todos los delitos contra la biodiversidad.

⁶³ Probabilidad e impacto.

⁶⁴ Vid. *infra*, 2.2.— *Relevancia de los delitos contra la Biodiversidad*.

LOC⁶⁵, al objeto de concretar la probabilidad de realización de cada una de ellas, dentro del total de delitos contra la biodiversidad, analizando, asimismo, la frecuencia de realización empresarial y su impacto sobre dicho bien jurídico.

Esta información constituirá el soporte fundamental sobre el que realizar la correspondiente propuesta —o no— de reforma del Código penal, ya que si se confirma la relevancia de los delitos contra la biodiversidad dentro del conjunto de delitos medioambientales, y su posible configuración como delitos de empresa, así como su impacto trascendente, podríamos cuestionar fundadamente el sistema de RPPJ del Código penal, postulando su reconocimiento y extensión a los delitos contra la fauna y la flora⁶⁶ como medida orientada a posibilitar una regulación sistemática, que lograra la efectiva imputación de las personas jurídicas⁶⁷; lo que permitiría, asimismo, la eficaz utilización de los programas de cumplimiento⁶⁸ con sus posibles efectos eximentes o atenuantes de responsabilidad penal.

En este sentido, y antes de afrontar la elaboración del mapa propuesto, debemos precisar que la terminología en esta materia no es uniforme, lo que evidencia la necesidad de clarificación.

⁶⁵ Por la razón señalada en la nota 62.

⁶⁶ También debería extenderse a los delitos contra el patrimonio histórico del Capítulo II del Título XVI del Código penal, pero dicha problemática no es objeto de análisis en este trabajo.

⁶⁷ Hoy meramente simbólica por el cuerpo normativo que la reconoce, la LOC.

⁶⁸ Sobre el significado de los programas de cumplimiento, vid., entre otros muchos, J.L. González Cussac, *La responsabilidad*, cit.; A. Nieto Martín, «Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal, Temas de derecho penal económico: empresa y compliance», *Anuario de Derecho Penal*, 2013-2014, pp. 182-183; Del Mismo, «Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el Derecho penal de la empresa», *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, Vol. 3, n.º 5, 2008; «Código ético, evaluación de riesgos y formación», en A. Nieto Martín (dir.), *Manual de cumplimiento en la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015; *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, Iustel, 2008; G. Quintero Olivares, «La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Navarra, Aranzadi, 2015, p. 88; Del Mismo: «Los programas de cumplimiento normativo y el derecho penal», en E. Demetrio Crespo/A. Nieto Martín (dirs.), *Derecho penal económico y Derechos Humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 112; J. G. Fernández Teruelo, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas. El contenido de las obligaciones de supervisión, organización, vigilancia y control referidas al art. 31 bis 1 b) C.P. español», *RECPC*, (21-03), 2019; C. Busato, *Tres tesis sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 139 y 140; J. León Alapont, «Los programas de cumplimiento penal: aspectos generales», *Rev. Boliv. de Derecho*, n.º. 31, enero 2021, p. 359; A. Del Moral García, «Responsabilidad penal de personas jurídicas y presunción de inocencia», en N. Rodríguez-García/F. Rodríguez López (eds.), *Compliance y responsabilidad de las personas jurídicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 59.

En efecto, en el marco de los programas de cumplimiento se utiliza comúnmente la expresión de *mapa de riesgos penales*⁶⁹, en su referencia a un documento expositivo de los riesgos de esta naturaleza dentro de una determinada entidad, sobre la base de un cálculo probabilístico de ocurrencia e impacto⁷⁰, como elemento nuclear del *compliance* penal⁷¹. Frente a ella, consideramos que no existe impedimento para utilizar expresiones distintas, como la más genérica de *mapas delictivos*, para reflejar ciertas representaciones gráficas sobre concretos sectores de criminalidad (por ej. los delitos contra la biodiversidad), que permitan ofrecer información relevante para fundamentar posibles y futuras decisiones político-criminales.

Por lo que se refiere a la metodología empleada para realizar el cálculo de probabilidad de ocurrencia de estos delitos contra la diversidad biológica y su impacto sobre el bien jurídico protegido, debemos señalar que la ausencia de estudios en la materia permite proponer la utilización del método objetivo señalado en el art. 34.1 del Reglamento de desarrollo parcial de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, que, a su vez, remite al esquema establecido por la nor-

⁶⁹ En este sentido, C. Aránguez Sánchez, señala que el mapa de riesgos «es el análisis a través del cual se muestra la tipología de posibles incumplimientos que pueden darse en una organización, bien sean incumplimientos de normas de carácter legal o regulatorio de obligado cumplimiento, bien de políticas o procedimientos internos, o del código de conducta interno de la propia organización. Normalmente se compone de una matriz y de una representación gráfica, por ejemplo, diagrama cartesiano» («El diseño de programas de prevención de delitos para personas jurídicas», *RECPC*, 22-20, (2020), p. 9). Sobre el significado y funcionalidad de este instrumento del *compliance*, vid., entre otros, E. M. Górriz Royo, «Criminal compliance ambiental y responsabilidad de las personas jurídicas a la luz de la LO 1/2015, de 30 de marzo», *Indret*, octubre, 2019; M. Casado López, «Elaboración y gestión de mapas de riesgos mediante Excel y mediante una aplicación informática», en Xavier Rivas (dir.), *Practicum Compliance 2020*, Barcelona, Dykinson, 2019, pp. 271 y ss. Por otro lado, conviene tener presente que el apartado 5. 1º del art. 31 bis del Código penal se identifica por algún autor con el mapa de riesgos (J. León Alapont, «Prevención de delitos ambientales en la era *compliance*: mapa de riesgos», en J. L. González Cussac (dir.), *Estudios jurídicos en memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Royo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 476; C. Guisasola Lerma, «Delitos contra bienes culturales: especial consideración a los programas de cumplimiento penal (criminal compliance programs) en el sector del mercado del arte», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 130, 2020, p. 31).

⁷⁰ De entre las variadas y múltiples definiciones del mapa de riesgo nos parece muy clarificadora la que identifica la expresión con «una herramienta, basada en los distintos sistemas de información, que pretende identificar las actividades o procesos sujetos a riesgo, cuantificar la probabilidad de estos eventos y medir el daño potencial asociado a su ocurrencia» (C. Rodríguez, M. Piñero, y P. Del Llano, «Mapa de Riesgos: identificación y gestión de riesgos», *Atlantic Review of Economics*, 2, 2013).

⁷¹ Entre otros, C. Aránguez Sánchez, «El diseño...», cit., p. 9; E.M. Górriz Royo, «Criminal compliance...», cit.; M. Casado López, «Elaboración...», cit., pp. 271 y ss.; *Compliance. Guía Práctica de identificación, análisis y evaluación de riesgos*, Navarra, Aranzadi, 2018, pp. 169 y ss.; S. Calaza López, «Emergencia empresarial», en Rodríguez García/Rodríguez López (eds.), *Compliance y responsabilidad de las personas jurídicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 590.

ma UNE 150008 (Análisis y evaluación del riesgo ambiental), extrapolando sus contenidos a los perfiles concretos del sector delictual sobre el que se proyecta nuestro estudio⁷².

A tales efectos, hemos analizado las resoluciones judiciales referidas a las figuras del Capítulo IV del Título XVI del texto punitivo y del art. 2.2. b) de la LOC, comprobando a través de sus contenidos su entidad porcentual dentro del conjunto de delitos contra la biodiversidad y la posibilidad de participación empresarial en cada una de ellas, según su particular dinámica comisiva, realizando también un análisis de impacto ofensivo sobre el objeto de tutela.

Todo ello desde el reconocimiento de que la posibilidad de utilizar instrumentos jurídico-penales para realizar estudios delictuales que sirvan de soporte a futuras decisiones legislativas, por ejemplo, en sede de cálculo de probabilidad de ocurrencia e impacto, utilizando las resoluciones judiciales como datos históricos sobre los que trabajar, constituye una opción legítima y, a nuestro juicio, absolutamente necesaria⁷³.

Así, a partir de los datos obtenidos en los términos antecitados, y mediante este enfoque genérico en el diseño de un *mapa delictual*, que no se realiza *a posteriori*, en el marco de actuación de una empresa concreta⁷⁴, sino en un ámbito determinado de criminalidad —los delitos tipificados en el Capítulo IV del Código penal y en el art. 2.2 b) LOC—, podemos concluir en la afirmación de que *los mapas así realizados se perfilan y constituyen herramientas de análisis innovadoras y adecuadas para ofrecer la información necesaria* que fundamente una respuesta sobre la cuestión inicialmente planteada alrededor de la necesidad de inclusión —o no—

⁷² La elaboración de un mapa delictual como proceso complejo debe abordarse siempre a través de una determinada metodología. Sobre este particular debemos señalar que entre las variadas que podrían utilizarse, y siendo que las principales diferencias entre unas y otras radican habitualmente en la mayor o menor exhaustividad y precisión de las técnicas, las herramientas con las que trabajan, la información de partida que precisan y, como consecuencia de todo ello, en el nivel de detalle de los resultados obtenidos, podemos afirmar que todas ellas pueden resultar adecuadas, razón por la cual, no vemos impedimento en utilizar la metodología establecida en la norma objetiva señalada, la UNE 150008, debidamente adaptada al objeto de nuestro estudio, que no es otro que ofrecer un mapa sobre los delitos contra la biodiversidad en términos de probabilidad de ocurrencia e impacto. Esta posibilidad de usar los contenidos de normas técnicas para realizar operaciones relacionadas con la elaboración de mapas penales parece reconocerse por Montaner Y Fortuni, en otro contexto aplicativo, pero que entendemos extrapolable al objeto de nuestro estudio (Cfr., «La exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas: Regulación jurídico-penal vs UNE 19601», *La Ley penal*, n.º 132, 2018, p. 3).

⁷³ Cfr. UNE 150008, 4.2.5. *Asignación de probabilidad del escenario de accidente*; en el mismo sentido, cfr., E.M. Górriz Royo, «Criminal compliance...», p. 49, y R. Aguilera Gordillo, *Manual de Compliance penal en España*, Navarra, Aranzadi, 2020, p. 418.

⁷⁴ En este sentido, señala Calaza López que el mapa de riesgos reportará el nivel exacto de riesgo que cada concreta empresa está dispuesta a soportar, de suerte que, al no tener un alcance general —sino individualizado— resulta imprescindible un diseño conforme a los más elementales atributos de claridad, fijeza y precisión («Emergencia...», cit., p. 590).

de los delitos contra la biodiversidad en el catálogo delitos de los que puede ser responsable la persona jurídica dentro del Código penal.

2.2. Relevancia de los delitos contra la biodiversidad

La importancia porcentual de los delitos contra la biodiversidad, dentro del total de delitos medioambientales es muy significativa tanto en su realización por personas físicas como jurídicas.

Por lo que se refiere al tema objeto de estudio, cifrado en la RPPJ, el Título XVI del Código penal, estructurado en cuatro capítulos, solo reconoce esta forma de responsabilidad en dos de ellos, a saber: en el primero, *de los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, y en el tercero, *de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*. De forma distinta, *los delitos contra el patrimonio histórico*, del Capítulo segundo, y *los delitos relativos a la protección de la flora, la fauna y los animales domésticos*, ínsitos en el Capítulo cuarto, aparecen sustraídos del catálogo de figuras de susceptible imputación empresarial.

Este sistema plural, que limita la RPPJ a la mitad de los ilícitos medioambientales, cuestiona su oportunidad, y obliga a realizar un planteamiento de relevancia, o sea, de importancia porcentual de las figuras sustraídas del sistema, para tratar de entender el porqué de dicha regulación parcial, pues *parece* que solo tras la comprobación de una importancia simbólica en los delitos del Capítulo II y IV, quedaría justificada su preterición del sistema. Todo ello al margen del hecho de que si, como veremos, la conclusión fuera diferente, resultando que los delitos contra la biodiversidad se confirmaran como figuras de gran relevancia dentro del conjunto de delitos contra el medio ambiente, aun así, y sobre dicha afirmación, todavía deberíamos comprobar su dinámica comisiva como delitos de empresa, ya que, de otra forma, tampoco sería oportuno el reconocimiento de RPPJ en los delitos contra la biodiversidad.

Hasta la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por medio de la LO 5/2010, de 22 de junio, y a pesar de la clara relación existente entre estos sectores de criminalidad medioambiental y la delincuencia empresarial⁷⁵, las sanciones penales se aplicaban únicamente a las personas físicas. En este sentido, y hasta entonces, el sistema de tutela medioambiental propiamente dicho, referido a los delitos así denominados expresamente, esto es, los del Título XVI, era coherente en todas sus figuras en lo que a los destinatarios de la norma se refería. Sin embargo, desde la mencionada reforma, y de modo inadecuado, única-

⁷⁵ Entre otros, N.J. De La Mata Barranco, «Delitos...», cit., p. 631; A. Vercher Noguera, «Algunas notas sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica en el contexto penal ambiental comunitario», *Diario la Ley*, n.º. 8805, Sección Doctrina, Julio 2016, p. 2.

mente se ha plasmado la opción legislativa de reconocimiento parcial de RPPJ en ciertas tipologías del citado Título, con relación a la mitad de los ilícitos allí tipificados.

En efecto, no resulta comprensible que el legislador reconociera tan solo la posibilidad de exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas con respecto a los delitos urbanísticos (capítulo I) y contra los recursos naturales y el medio ambiente (capítulo III). Limitación de responsabilidad, dentro del conjunto de delitos medioambientales, difícilmente explicable, ya que tampoco se ajustaba a los contenidos de la Directiva 2008/99, de 19 de noviembre⁷⁶, origen incuestionado⁷⁷ de la plasmación positiva de dicha responsabilidad en los delitos del Capítulo III en el texto punitivo⁷⁸, ya en un ambiente favorable a la superación del aforismo

⁷⁶ El proceso armonizador en materia penal ambiental comenzó a través de los instrumentos del Tercer pilar de la UE y, por tanto, de la cooperación intergubernamental. Así, en el año 1999 Dinamarca presentó al Consejo de la Unión Europea un proyecto de Acción Común sobre protección del medio ambiente a través del Derecho penal, que contenía disposiciones sobre la aproximación de la legislación penal de los Estados miembros en esta materia, de la que surgió, tras el dictamen del Parlamento, la Decisión Marco 2003/80/JAI del Consejo, de 27 de enero de 2003, relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho penal, que ya establecía en los artículos 6 y 7 la responsabilidad de las personas jurídicas (N.J. de La Mata Barranco, «El cumplimiento...», cit., pp. 198-199). Posteriormente, la Decisión Marco fue anulada por el TJUE con la sentencia de 23 de octubre de 2007 (C-440/05), y el siguiente paso fue la preparación de la que sería 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.

⁷⁷ Entre otros muchos, A. Vercher Noguera, «Algunas...», cit., p. 2; N.J. de La Mata Barranco, «El cumplimiento...», cit., pp. 198 y ss.; E.M. Górriz Royo, «Compliance...», cit., p. 117.

⁷⁸ Sobre la tipificación de la RPPJ entre los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, en cumplimiento de las disposiciones contenidas en la Directiva 2008/99, vid., entre otros, J. Baucells Lladós, P. Faraldo Cabana, J. Muñoz Lorente, «Delitos contra los recursos naturales y el Medio Ambiente (art. 325, 327, 328, 339)», en J. L. González Cussac Y J. Álvarez García (dirs.), *Comentarios a la Reforma penal de 2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 388, cuando señalan que con el nuevo art. 327 C.P. «se da cumplimiento a las previsiones recogidas en 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, que en su art. 7 obliga a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas consideradas responsables en virtud del artículo 6 sean castigadas con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, sin concretar cuáles deben ser estas consecuencias dejando, por tanto libertad a los Estados para elegir las». Por su parte, De La Mata Barranco planteó la reubicación del entonces art. 327 que, contra lo indicado en la Directiva 2008/99, limitaba los supuestos de exigencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, excluyendo las conductas de los artículos 330 y 331 C.P. («Cumplimiento...», cit., p. 200). En el mismo sentido, justificando con carácter general la reforma operada en los delitos medioambientales —y entre ellos, lógicamente, la referida a la introducción de la RPPJ en los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente—, en el Preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio, se indica expresamente que las modificaciones en los delitos contra el medio ambiente responden a la necesidad de acoger elementos de armonización normativa de la Unión Europea en este ámbito, incorporando a la legislación penal española los supuestos

*societas delinquere non potest*⁷⁹, y que también debería haberla determinado en las figuras contra la fauna y la flora del Capítulo IV.

Con ello, lo que queremos decir es que si los delitos del Capítulo I (urbanísticos) y los del Capítulo III hubieran tenido una trascendencia residual dentro del conjunto de delitos medioambientales, puede que no se hubiera tipificado la RPPJ en tales figuras delictivas.

Esta realidad nos lleva, necesariamente, a un planteamiento de relevancia de los delitos contra la biodiversidad dentro del conjunto de delitos medioambientales, para tratar de explicar su preterición del catálogo de delitos de los que puede ser responsable la persona jurídica, con la finalidad de *comprobar si los mismos ostenten una relevancia meramente secundaria*.

De otro modo, esto es, si se confirma su entidad significativa dentro de los ilícitos contra el medio ambiente, consideramos que sería incongruente su exclusión del sistema, cuanto más, teniendo en cuenta que también la citada Directiva imponía e impone su reconocimiento, cuestión ésta sobre la que no volveremos⁸⁰.

En consecuencia, si los delitos contra la fauna y la flora ostentan una entidad relevante dentro de dicho conjunto de ilícitos medioambientales, *a priori*, y sin perjuicio de la necesaria comprobación de su configuración como delitos de empresa y de su impacto sobre el bien jurídico protegido, ello aconsejaría el reconocimiento de RPPJ en dichas formas de criminalidad. Si, por el contrario, son figuras simbólicas, como las de la LOC, parece que podríamos aceptar el régimen actual de RPPJ del Código penal.

Lo cierto es que, anticipando la respuesta, debemos señalar que esta última realidad no es tal, sino que, por el contrario, los delitos contra la biodiversidad ostentan una importancia porcentual más que significativa, lo que justifica *ab initio* —si posteriormente tal indicador no queda desvirtuado por una dinámica comisiva ajena al desarrollo empresarial y por la ausencia de impacto— la necesidad de incluir a las personas jurídicas como destinatarias de la norma, mediante la tipificación expresa de esta forma de responsabilidad empresarial.

Y en este sentido, la información contenida en las Memorias de la Fiscalía General del Estado de los últimos 6 años (2015, 2016, 2017, 2018,

previstos en la Directiva 2008/99/CE de 19 de noviembre, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal (Preámbulo XXI).

⁷⁹ Sobre las razones para la introducción de la RPPJ en nuestro ordenamiento, vid., por todos, J. L. González Cussac, «El plano político criminal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en A. Matallín Evangelio (dir.), *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 91 y ss.; Del Mismo, *Responsabilidad...*, cit.; J. G. Fernández Teruelo, «La responsabilidad...», cit., pp. 10 y ss.

⁸⁰ Vid. *supra*.

2019, 2020) es clara⁸¹, ya que estas formas de criminalidad ocupan el segundo lugar en relevancia dentro del conjunto de los delitos medioambientales, solo por detrás de los delitos urbanísticos (e incluso por delante de ellos, como en el año 2020), tal y como se refleja en la Tabla 2 de elaboración propia, configurándose, además, y desde el año 2015, como áreas de criminalidad creciente a lo largo de dicho periodo, tal y como también queda reflejado en la misma.

Tabla 2. Análisis de relevancia de los delitos contra la fauna y la flora dentro del Título XVI del C.P.

	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Total Diligencias de investigación Título XVI Código penal⁸²	2.691 ⁸³	2.377	2.305	2.814	2.791	2.406
Capítulo I. Urbanismo	853	922	913	746	948	732

⁸¹ Sin desconocer, desde luego, la realidad de que todas las estadísticas (policiales, judiciales...) presentan limitaciones como consecuencia de los sesgos aplicados en el tratamiento de los datos, por ejemplo, su posible adaptación con fines políticos (cfr. C. J. Mosher, T. D. Miethe, T. C. Hart, *The mismeasure of crime*, Los Angeles, Sage, 2002, p. 100).

⁸² Ciertamente es que podríamos haber elegido otra información dentro de la contenida en las memorias de la FGE, por ejemplo la referida a las sentencias condenatorias/absolutorias, sin embargo, consideramos que para medir la verdadera relevancia de los delitos contra la fauna y la flora dentro del global de los delitos medioambientales, la variable *delitos en procedimientos judiciales incoados* puede ofrecer una información más ajustada a tal fin, en cuanto determina supuestos que podrían encajar en la tipicidad de tales figuras, al margen de que finalmente, y por distintas causas, dichos procedimientos acaben en una sentencia absolutoria o condenatoria, pues los factores determinantes de uno u otro resultado pueden ser muy mudables. De cualquier forma, no se nos escapa que nos encontramos ante una opción metodológica particular; razón por la cual, conviene poner de manifiesto que, aunque hubiéramos elegido otro tipo de información, la relevancia de los delitos contra la fauna y la flora dentro del total de delitos medioambientales no experimentaría variación sustancial, de tal manera que, con carácter general, dichas modalidades delictivas continuarán siendo las segundas en importancia porcentual, después de los delitos urbanísticos, dentro de los citados índices globales. También consideramos necesario aclarar que aunque en este trabajo siempre hablamos de las figuras incluidas en el Título XVI del C.P., hemos excluido del análisis a los delitos contra los animales domésticos, porque aunque formalmente tienen la consideración de delitos medioambientales, materialmente, y sin polemizar al respecto, ya que no constituye el objeto de nuestro estudio, consideramos que no lo son.

⁸³ En la memoria de la FGE del año 2016, aparece una cantidad total de 5.332 delitos en procedimientos judiciales incoados en lugar de la 2.691 que hemos reflejado, la razón es que se ha restado la cifra de 1.729, correspondiente a delitos de incendios forestales, y la de 912, referida a animales domésticos, operación que da como resultado los 2.691 delitos en procedimientos judiciales reflejados en la figura 2. Esta misma operación se realizará en los siguientes años, razón por la cual ya no hemos indicado los factores implicados en la resta.

	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Capítulo II. Patrimonio Histórico	527	220	210	545	222	252
Capítulo III. Recursos naturales y Medio ambiente	534	528	435	536	632	472
Capítulo IV. Fauna y Flora	777	707	747	987	953	950

Así pues, en vista de los datos ofrecidos por la Fiscalía General del Estado, que sin duda representa una de las fuentes estadísticas oficiales más fiables⁸⁴, no podemos por menos que dejar constancia de la incoherencia que supone, *en principio*, la exclusión de los delitos contra la biodiversidad del sistema general de RPPJ establecido para los delitos medioambientales en el Código penal⁸⁵, teniendo en cuenta la alta incidencia de tales figuras en los índices porcentuales de los delitos contra el medio ambiente.

2.3. Probabilidad delictiva y de participación empresarial: artículos 332 y siguientes del Código penal y 2.2. b) LOC

El objetivo de esta operación es ofrecer una imagen gráfica de probabilidad que refleje la frecuencia porcentual de los delitos contra la biodiversidad dentro del conjunto de delitos de esta naturaleza (probabilidad delictual), y la posibilidad de que en los mismos participe una persona jurídica (probabilidad de ocurrencia empresarial).

Para ello, se han utilizado las resoluciones judiciales asociadas a los delitos del Capítulo IV del Código penal⁸⁶ y del art. 2.2 b) de la LOC., examinando los distintos pronunciamientos habidos en esta sede (absolutorios, condenatorios, sobreseimientos, o asociados a un posible recurso), de particulares y de empresas, ya que la exclusión de tales figuras del catálogo de las que puede ser responsable la persona jurídica en el Código

⁸⁴ En otras fuentes estadísticas, como por ejemplo las ofrecidas por el INE, la conclusión es la misma. Los delitos contra la fauna y la flora tienen un peso muy elevado dentro de los índices globales y sectoriales —delincuencia medioambiental— de criminalidad.

⁸⁵ De La Mata Barranco, «El cumplimiento...», cit., p. 202.

⁸⁶ Excepción hecha de los arts. 337 y 337 bis C.P., que aunque también se encuentran incluidos en el Capítulo IV C.P., tal y como hemos indicado (*supra*, nota 82) no van a ser objeto de análisis en este trabajo que hemos referido fundamentalmente a los delitos que recaen sobre un objeto material constituido por especímenes de fauna y flora silvestre.

penal, y la ausencia de resoluciones reconociendo dicha responsabilidad en los delitos relacionados con fauna y la flora protegida en la LOC, impide utilizar una selección referida exclusivamente a dichas entidades.

Posteriormente se han realizado los dos estudios propuestos.

Para el cálculo de la *probabilidad delictiva* hemos partido de una atribución de valor de 1 a 5, donde 5 corresponde a la probabilidad más alta de realización (muy probable), y 1 a la más baja (improbable), situando entre una y otra magnitud las siguientes frecuencias: altamente probable (4); probable (3) y posible (2).

Dicha atribución numérica se ha realizado sobre una formulación que discrimina el índice porcentual que representa cada uno de los delitos medioambientales integrados en la muestra (arts. 332, 333, 334, 335, 336 C.P. y art. 2.2 b) LOC) según el número de resoluciones judiciales asociadas a los mismos, dentro del global de las correspondientes a este sector de criminalidad.

La cifra total (536) representaría el 100% de los fallos relacionados con las infracciones penales contra la biodiversidad⁸⁷, distribuido por figuras delictivas en la forma siguiente: 20 resoluciones referidas al art. 332 C.P., 0 al artículo 333 C.P.⁸⁸, 101 contemplan supuestos de hecho relacionados con el artículo 334, 215 se refieren al art. 335, 191 al 336, y, por último, 9 se relacionan con el art. 2 de la LOC, todas ellas en un periodo de tiempo que abarca desde el año 1997 hasta la actualidad.

El resultado de dichas operaciones se refleja a continuación en las Tablas 3 y 4 de elaboración propia.

⁸⁷ Sobre la metodología empleada en este punto debemos realizar una aclaración. La cifra total de resoluciones indicada (536) se ha obtenido de la Base de Datos Aranzadi de la forma siguiente: 1/en relación con los preceptos analizados del Código penal se ha aplicado el doble filtro de la disposición examinada (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal) y del artículo correspondiente a cada uno de los delitos incluidos en la muestra (332, 333, 334, 335, 336 C.P.), lo que ha dado como resultado un número determinado de resoluciones judiciales referido a cada uno de ellos; 2/ en el caso de los delitos contra la fauna y la flora de la Ley Orgánica de Contrabando, el resultado de 9 fallos se ha alcanzado acotando la búsqueda por la norma analizada y por el precepto que contiene las figuras delictivas del citado cuerpo legal, el art. 2, aplicando a continuación y sobre los resultados obtenidos el término «Washington», como vocablo específico de los delitos contra la biodiversidad allí tipificados.

⁸⁸ Realmente sí hay una resolución asociada a este precepto, el Auto de la Audiencia Provincial de Bilbao, de 30 de julio de 2018 (nº de Recurso: 176/2018), pero en la medida que no es concluyente, sino que resuelve en el sentido de que se investigue si la conducta de portar 20 caracoles gigantes es apta para realizar la figura del art. 333 C.P., no se ha integrado en la selección analizada.

Tabla 3. Índice porcentual delitos contra la fauna y la flora dentro del global de los delitos contra la biodiversidad

536 resoluciones arts. 322-333-334-335 y 336 C.P.+2.2. b) LOC	100%
Art. 332 C.P.: 20 resoluciones	3.73 %
Art. 333 C.P.: 0 resoluciones	-----
Art. 334 C.P.: 101 resoluciones	18.84 %
Art. 335 C.P.: 215 resoluciones	40.11 %
Art. 336 C.P.: 191 resoluciones	35.63 %
Art. 2.2.b) LOC: 9 resoluciones	1.67 %

Tabla 4. Probabilidad delictiva

			Delitos contra la fauna y la flora					
			332 C.P.	333 C.P.	334 C.P.	335 C.P.	336 C.P.	Art. 2.2 b) LOC
Probabilidad/ frecuencia				-----				
81-100%	Muy	5						
61-80%		4						
41-60%		3				X		
21-40%	Posible	2					X	
0-21%		1	X		X			X

En segundo lugar, una vez establecida la probabilidad delictiva de las figuras contra la biodiversidad, y desde el análisis de los contenidos de las resoluciones referidos a las mismas⁸⁹, hemos procedido a comprobar la

⁸⁹ La cifra total de resoluciones referidas al Capítulo IV del Título XVI del Código penal, más las de contrabando relacionadas con el art. 2.2 b) de la LO 12/1995 (en los términos señalados en la nota 87), es resultado de la selección efectuada por los responsables de la Base de datos jurisprudenciales manejada. En este sentido, debemos matizar que el total de resoluciones puede variar de una base de datos a otra, pero no los índices de frecuencia, que entendemos que con carácter general no experimentarán variación significativa. Es decir, que según la fuente que se maneje el número de decisiones jurisprudenciales podrá experimentar alguna variación, pero no su valor dentro del total.

existencia —o no— de pronunciamientos en las que estuviera implicada una empresa en cada uno de ellos (*probabilidad de participación empresarial*), aunque los mismos, lógicamente, no contendrán referencia alguna a una posible responsabilidad penal de la persona jurídica, dada la ausencia de estos delitos dentro del sistema de *numerus clausus* vigente, con la excepción señalada de los preceptos que sí la reconocen en la LOC, pero que, como hemos anticipado, no asocian ningún pronunciamiento judicial.

Esta información permitirá, con carácter general, realizar una prognosis de futura actuación delictual de las entidades por figuras delictivas, concluyendo en la necesidad —o no— de introducción de los delitos contra la biodiversidad —o de alguno de ellos— en el catálogo de los que pueden ser responsables las corporaciones.

Los resultados de dicho análisis, reflejados gráficamente en la Tabla número 5, de elaboración propia, permiten realizar las siguientes consideraciones:

1) El análisis de las resoluciones relacionadas con el art. 332 C.P. refleja que en un porcentaje superior al 50 % podemos apreciar participación de una entidad, lo que, a nuestro juicio, evidencia la necesidad de inclusión de dicha figura delictiva dentro del catálogo de delitos de los que puede ser responsable una persona jurídica en el Código penal.

2) El estudio de las decisiones jurisprudenciales referidas al art. 334 C.P. arroja como resultado una baja frecuencia de participación corporativa, comparada con la señalada para el art. 332 C.P., dentro del global⁹⁰, lo que *a priori* podría cuestionar la oportunidad de introducción de este precepto en el sistema de RPPJ.

Ello se debe a la específica tipología del delito que incluye entre sus modalidades de conducta la caza y la pesca de especies protegidas⁹¹, en la medida que estas formas conductuales —que generan un gran número

⁹⁰ La ausencia de reconocimiento de RPPJ en todos los delitos contra la biodiversidad del Código penal incluidos en la muestra impide saber con certeza cuántos pronunciamientos asocian una participación empresarial, lo que no impide, sin embargo, realizar afirmaciones aproximadas y de carácter general referidas a la eventual intervención de las personas jurídicas, deducidas de la lectura de los fallos. Además, la exactitud del análisis, para dar una cifra porcentual precisa en este punto tampoco es posible por la propia naturaleza de los contenidos de las resoluciones objeto de examen. Ello es así por distintas causas, como puedan ser, entre otras, las siguientes: que la redacción de muchas de ellas es parca o imprecisa, que la calificación original varía, en ocasiones, en su desarrollo, comenzando por un precepto y terminado por otro, o quedando limitada la decisión, simplemente, al señalamiento de que los hechos no encajan en el precepto por el que se formuló la acusación, por ausencia total o parcial de información relevante sobre los hechos probados, etcétera. Estas circunstancias impiden realizar cálculos estrictos sobre el número de fallos que refieren en sus considerandos la participación de una entidad, pero sí permiten, tal y como hacemos en nuestro trabajo, elaborar conclusiones o afirmaciones generales a partir de la información contenida en las decisiones examinadas.

⁹¹ Antes amenazadas, hasta la reforma operada por la LO 1/2015.

de resoluciones—, pueden enlazar fácilmente con dinámicas comisivas de mayoritaria realización por personas físicas.

Sin embargo, y siendo esto cierto, conviene, no obstante, no perder de vista el dato de que la ausencia de inclusión de dicho delito en el catálogo de los que reconocen responsabilidad a las personas jurídicas excluirá en muchos casos su propia consideración jurisprudencial, por lo que tampoco creemos posible afirmar, de forma tajante —por falta de datos suficientes— una conclusión desfavorable a la inserción del precepto dentro del sistema.

Por otro lado, las conductas de tráfico de especies, también incluidas en este artículo —desde su introducción con el código de 1995—, se relacionan perfectamente con el desarrollo de una actividad empresarial, lo que nos permite, partiendo del dato indiscutible de que sí hemos encontrado resoluciones referidas a entidades en el conjunto de las resoluciones que se han analizado sobre el art. 334, tomar en cuenta esta realidad, y, en consecuencia, no descartar la oportunidad de incluir estas formas de criminalidad entre aquellas que podrían imputarse a las corporaciones.

3) En lo que hace al conjunto de decisiones judiciales analizadas sobre el art. 335 C.P., encontramos una situación parcialmente semejante a la expuesta para el art. que le precede, el 334 del texto punitivo. Con carácter general la dinámica comisiva del delito engarza mayoritariamente con su realización individual (caza, pesca o marisqueo), lo que, podría cuestionar la necesidad de su inclusión en el sistema de RPPJ.

Sin embargo, y a pesar de lo dicho, lo cierto es que también en este análisis hemos encontrado resoluciones que reflejan una participación corporativa, lo que permite recomendar la inclusión del precepto en el catálogo de delitos medioambientales de los que puede ser responsable una persona jurídica.

4) Idéntica conclusión se impone con relación a los delitos tipificados en el art. 336 C.P., en los que apreciamos una mayor frecuencia participativa de las organizaciones, en su comparación con los artículos que le preceden, en concreto, en la comparativa con los delitos tipificados en los artículos 334 y 335 C.P, razón por la cual también en este supuesto delictivo podemos considerar oportuna la exigencia de responsabilidad penal para las personas jurídicas en el caso de comisión delictiva.

5) El análisis de los delitos del art. 2.2 b) de la LOC que pueden relacionarse con especies de fauna y flora protegida⁹², susceptibles de imputación a las personas jurídicas desde la reforma operada por la Ley Orgánica 6/2011, de 30 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando, refleja un

⁹² Vid., *supra*, nota 87.

porcentaje de participación empresarial superior al 50 % de la muestra⁹³, lo que claramente justifica su introducción en el sistema de responsabilidad penal corporativa en dicho cuerpo legal.

Sin embargo, y como quiera que la operatividad de dicha ley especial, precisamente por encontrarse al margen del Código penal, es muy limitada —excepción hecha, fundamentalmente, de las conductas delictivas relacionadas con el tabaco—, lo cierto es que dicho reconocimiento se convierte en meramente simbólico, ya que no hemos encontrado hasta la fecha ninguna resolución judicial al respecto.

Tabla 5.- Probabilidad de participación empresarial

	DELITOS QUE REFIEREN PARTICIPACIÓN EMPRESARIAL
Art. 332 C.P.:	X ⁹⁴
Art. 333 C.P.:	No hay resoluciones asociadas ⁹⁵
Art. 334 C.P.:	X ⁹⁶
Art. 335 C.P.:	X ⁹⁷
Art. 336 C.P.:	X ⁹⁸
Art. 2.2.b) LOC:	X ⁹⁹

⁹³ Sobre las resoluciones asociadas a los preceptos de la LOC que pueden tener relación con especies de fauna y flora protegida en los términos señalados debemos aclarar que incluimos también las calificadas como infracción administrativa de contrabando, ya que en ese cuerpo legal la diferencia entre ambos ilícitos, delito/infracción de contrabando, solo deriva del valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos, según sea inferior a 150.000 o 50.000 euros, o 15.000 euros si se trata de labores de tabaco, siempre que no concurren las circunstancias previstas en los apartados 3 y 4 de dicho artículo.

⁹⁴ Entre otras, vid., las siguientes resoluciones: Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya 90060/2020, de 28 febrero, aunque en vía de recurso acaba declarando inaplicable el art. 332 C.P.; Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba núm. 553/2007 de 15 octubre; Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas núm. 134/2001 de 31 marzo; Auto de la Audiencia Provincial de Badajoz núm. 29/2020, de 23 enero; Auto de la Audiencia Provincial de Ciudad Real núm. 19/2004, de 4 febrero; Auto de la Audiencia Provincial de A Coruña núm. 131/2011, de 22 febrero; Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra núm. 50/2008, de 17 enero; Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel núm. 10/2001, de 6 marzo; Auto de la Audiencia Provincial de Salamanca núm. 477/2020, de 16 diciembre; Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya núm. 337/2010, de 15 abril; Sentencia del Juzgado de lo penal de Córdoba núm. 204/2007, de 17 mayo.

⁹⁵ Vid., *supra*, nota 88.

⁹⁶ Vid., entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén núm. 72/1998, de 15 mayo; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo (Sección 1ª), núm. 6/1999 de 10 febrero; Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 5ª), de 8 junio 2000; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 575/2020, de 15 diciembre.

2.4. *Impacto*

El análisis de relevancia y de probabilidad —delictiva y de ocurrencia empresarial— de los delitos contra la biodiversidad debe acompañarse de la necesaria comprobación de su impacto sobre el bien jurídico protegido para poder efectuar una propuesta fundamentada de reforma del Código penal en sede de RPPJ.

El método utilizado para calcular el impacto asociado a la comisión de los delitos contra la fauna y la flora se ha adaptado al marco de referencia y de aplicación de los datos. Para ello, las variables de impacto consideradas son de carácter jurídico, a saber: Cantidad (Ca), en función del número máximo de sentencias habidas por año/s sobre los delitos relevantes del Título IV y de la LOC; peligrosidad (Pel), resultado de atribuir un valor determinado según el recurso natural afectado por la conducta típica; y extensión o gravedad de la pena (Ext), atendiendo a la consecuencia jurídica establecida para el caso de que la persona jurídica sea responsable en los términos del art. 3.3 de la LOC¹⁰⁰.

La escala establecida para la primera variable (Ca) relaciona el precepto medioambiental analizado con el número máximo de resoluciones habidas por año, a saber: más de 20, de 11 a 20, o de 4 a 10, atribuyendo un valor de 4, 3 o 2 puntos, respectivamente¹⁰¹, y en el supuesto de que

⁹⁷ Sobre este particular, vid., el Auto del Juzgado Central de Instrucción de 9 mayo de 2017, y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, núm. 292/2020, de 15 de diciembre.

⁹⁸ Entre otras, vid., los siguientes pronunciamientos: Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca, núm. 60/2004, de 14 mayo; Sentencia del Juzgado de lo Penal de Murcia, núm. 455/2011, de 7 diciembre; Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz núm. 212/2014, de 22 julio; Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra núm. 293/2019, de 30 diciembre, Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete núm. 176/2019, de 14 mayo; Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza núm. 93/2013, de 22 marzo; Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén núm. 169/2005, de 20 diciembre.

⁹⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares núm. 149/2002, de 23 septiembre; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), núm. 1044/2002, de 12 diciembre; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), núm. 38/2002, de 12 diciembre; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), núm. 38/2003, de 30 enero; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 636/2012, de 29 noviembre.

¹⁰⁰ Ya que, como hemos anticipado, no tenemos en el Código penal ningún precepto que prevea la RPPJ en los delitos del Capítulo IV.

¹⁰¹ Estos valores se han atribuido tras el estudio de todas las resoluciones habidas por año y por cada uno de los preceptos incluidos en la muestra, jerarquizando la escala en vista de dichos resultados. Así por ejemplo, tras la comprobación de que el número máximo de fallos por precepto es de 27 (asociados al art. 335 C.P.), se ha considerado que dicha cifra debía corresponderse con el valor más alto dentro de la variable cantidad (Ca), degradando dichos valores hasta el mínimo de un punto, que se ha reservado para los preceptos examinados que asociaran, como máximo, una, dos o tres decisiones judiciales por año.

solo haya una, dos o tres resoluciones por año, se ha valorado con un punto.

La variable peligrosidad (Pel) se ha determinado teniendo en cuenta que las conductas susceptibles de realizar alguno de los delitos tipificados en los arts. 332, 333, 334, 335, 336, y 2.2 b) de la LOC pueden tener como objeto material especies en peligro de extinción, vulnerables, de interés especial o protegidas (en LESPE o en otras normas vinculantes nacionales o supranacionales —catálogos autonómicos de especies amenazadas o protegidas, Directivas...—), o no catalogadas (especies cuya caza/pesca/marisqueo esté prohibida o no autorizada), atribuyendo a tales recursos de la biodiversidad un valor numérico de 1 a 4, mayor o menor, según el impacto de dicha conducta en el bien jurídico protegido a partir de esa concreta afección. A saber: si el objeto material son especies en peligro de extinción le hemos atribuido un valor 4, si lo fueran especies vulnerables se le ha asignado la magnitud numérica de 3, si la conducta recae sobre una especie de interés especial o protegida, que no esté en peligro de extinción ni sea vulnerable, el valor asociado será 2, y, por último, si la conducta realizada se proyecta sobre una especie no catalogada en los términos antedichos, el valor de multiplicación será de 1.

Cuando el supuesto de hecho descrito en la resolución se proyecte sobre varios objetos materiales de los indicados anteriormente, por ejemplo, se trate de una conducta que afecte a especies en peligro de extinción y vulnerables, hemos atribuido el valor que corresponda a la afección más grave, esto es, hemos aplicado el valor correspondiente a la especie que asocie la mayor calificación (en el caso ejemplificado se atribuiría, pues, una puntuación de 4 —vid., en este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 1^a) 293/2019, de 30 de diciembre¹⁰²—).

Sobre este escenario de posibles objetos materiales, la peligrosidad de los delitos de la muestra se ha determinado seleccionando en cada uno de ellos la afección más relevante porcentualmente, esto es, según el objeto material mayoritariamente afectado (especies en peligro de extinción, vulnerables, protegidas o no catalogadas).

Así, por ejemplo, si en los fallos relacionados con el art. 334 C.P., el mayor porcentaje se refiere a especies de interés especial o protegidas,

Estos valores por resolución se han determinado específicamente para el mapa objeto de nuestro trabajo, referido a los delitos contra la biodiversidad, lo que supone, lógicamente, que serían diversos para el caso de que el estudio/mapa fuera distinto.

¹⁰² En esta resolución se condena a varios partícipes, miembros de distintas asociaciones de cazadores, por dar muerte a distintos especímenes (milano real, milano negro, buitre leonado, aguilucho lagunero, alimoche...), catalogadas como especies en peligro de extinción, vulnerables, y de interés especial.

ésta será la variable que integraremos en la tabla de peligrosidad, asignándole un valor numérico de 2.

La gravedad de la pena (Ext) se ha calculado sobre la base de la consecuencia jurídica establecida en el precepto de la parte especial ante el que nos encontremos, en nuestro caso, y dado que solo existe reconocimiento de RPPJ en la LOC, conforme a la pena establecida para la persona jurídica en el art. 3.3 del citado cuerpo legal.

La magnitud resultante varía en una escala de 1 a 5, donde 5 corresponde a la pena más grave para la organización, la disolución, y 1 a la más leve, cuando la sanción establecida sea una multa. Dicha escala se distribuye, pues, en la forma siguiente: Multa (1); Inhabilitación para obtener subvenciones (2); Suspensión de actividades (3); Clausura locales/intervención judicial (4); Disolución (5).

Cuando las penas establecidas en el precepto correspondiente sean varias, por ejemplo, multa e inhabilitación para obtener subvenciones, atribuiremos el valor que corresponda a la consecuencia más grave establecida.

En nuestro caso, teniendo en cuenta la redacción del art. 3.3 LOC, se atribuiría a esta variable en todos los casos¹⁰³ una puntuación de 4 puntos, teniendo en cuenta la posibilidad allí establecida de imponer la pena de clausura de los locales o establecimientos en los que se realice la conducta típica¹⁰⁴.

El método expuesto permite calcular la magnitud impacto con criterios jurídicos extraídos de las resoluciones judiciales existentes sobre el

¹⁰³ No se nos escapa el hecho de que vamos a atribuir el mismo valor que corresponde a las figuras contra la fauna y la flora de la LOC en todas las figuras del C.P. del Capítulo IV (arts. 332 a 336), aunque no existe disposición referida a una posible RPPJ en este texto punitivo. Ello es así por razones de coherencia legislativa, pues teniendo en cuenta que art. 3.3 LOC sí prevé la consecuencia jurídica asociada al reconocimiento de RPPJ por los delitos contra diversidad biológica que allí se establecen, consideramos que, si finalmente se introdujera, como proponemos, la RPPJ en los delitos contra la biodiversidad del Código penal, la pena que aquí se estableciera debiera ser acorde con la previamente tipificada en el texto vigente del art. 3.3 de la LOC.

¹⁰⁴ En concreto, el citado precepto señala que: «cuando proceda la exigencia de responsabilidad penal de una persona jurídica de acuerdo con lo establecido en el art. 3.3, y tras aplicar los criterios establecidos en los apartados 1 y 2 de este artículo, se impondrá la pena siguiente: a) En todos los casos, multa proporcional del duplo al cuádruplo del valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos objeto del contrabando, y prohibición de obtener subvenciones y ayudas públicas para contratar con las Administraciones públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social por un plazo de entre uno y tres años; b) Adicionalmente, en los supuestos previstos en el art. 2.2, suspensión por un plazo de entre seis meses y dos años de las actividades de importación, exportación o comercio de la categoría de bienes, mercancías, géneros o efectos objeto del contrabando; en los supuestos previstos en el art. 2.3, clausura de los locales o establecimientos en los que se realice el comercio de los mismos».

sector de criminalidad analizado, lo que objetiva los resultados, conforme a la siguiente fórmula de cálculo¹⁰⁵: Impacto = Cantidad (Ca) + 2xPeligrosidad (Pel) + Gravedad de la pena (Ext) = 4 + 8 + 5 = 17

Las tablas siguientes, de elaboración propia (números 6, 7 y 8), expresan de forma gráfica los resultados concretos de impacto de los delitos tipificados en los arts. 332, 333, 334, 335, 336, y 2.2 b) de la LOC.

Tabla 6. Variable Cantidad (Ca)

Cantidad (Ca)	Muy alta (4)	Alta (3)	Baja (2)	Muy baja (1)
332 C.P.				X
333 C.P. ¹⁰⁶				
334 C.P.		X		
335 C.P.	X			
336 C.P.	X			
2 LOC				X

¹⁰⁵ A este respecto, vid. UNE 150008.

¹⁰⁶ Conviene no perder de vista el dato de que el art. 333 no asocia ninguna resolución efectiva (vid. *supra*, nota 88), a pesar de la importancia medioambiental de este precepto, que ahora también se ha incluido específicamente en la Propuesta de Directiva para la sustitución de la Directiva 2008/99, entre los ilícitos penales de necesaria tipificación por los Estados Miembros. En este punto la Comisión ha señalado la necesidad de imponer sanciones penales para garantizar la aplicación efectiva de las políticas de la UE en materia de protección del medio ambiente, en relación con las siguientes categorías de delitos que actualmente la Directiva no cubre, como, por ejemplo, «las infracciones graves de las normas sobre introducción y propagación de especies exóticas invasoras preocupantes para la Unión, incluyendo esta nueva tipología delictiva en el art. 3.1. p) en los siguientes términos: Los Estados miembros velarán por que las siguientes conductas constituyan un delito cuando sean ilícitas y se cometan de forma intencionada; p) la introducción o propagación de especies exóticas invasoras preocupantes para la Unión cuando: i) la conducta infrinja las restricciones establecidas en el artículo 7, apartado 1, del Reglamento (UE) n.º 1143/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo⁵³; ii) la conducta infrinja una condición de un permiso emitido con arreglo al artículo 8 o de una autorización concedida con arreglo al artículo 9 del Reglamento (UE) n.º 1143/2014 y 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».

Tabla 7. Variable peligrosidad (Pel)

Peligrosidad (Pel)	Peligro extinción (4)	vulnerables (3)	protegidas (2)	No catalogadas (1)
332 ¹⁰⁷	X ¹⁰⁸			
333 ¹⁰⁹				
334			X ¹¹⁰	
335				X ¹¹¹
336				X ¹¹²
2 LOC	X ¹¹³			

¹⁰⁷ Conviene tener presente que en éste y en otros preceptos de los integrados en la muestra muchas de las resoluciones inicialmente seleccionadas, posteriormente no se han podido valorar por varias razones, a saber: se limitan a no aplicar el precepto, sin más matizaciones sobre el concreto objeto material, se absuelve/archiva por falta de indicios/pruebas, o se señala que es otro de los preceptos contra la biodiversidad por el que debería haberse realizado la acusación. No obstante, dentro de la muestra seleccionada podemos extraer, como así hemos reflejado en las figuras correspondientes, conclusiones relevantes sobre los objetos materiales objeto de examen.

¹⁰⁸ Mayoritariamente, esto es, más del 50 % de las resoluciones referidas al art. 332 C.P. se proyectan sobre especies en peligro de extinción o vulnerables. En este sentido, vid., entre otras, las siguientes resoluciones: Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel (Sección Única), núm. 10/2001 de 6 marzo; Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén (Sección 2ª), núm. 130/2000 de 28 junio; Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén (Sección 1ª), núm. 168/1998 de 22 diciembre; Sentencia del Juzgado de lo Penal de Cartagena (Murcia), núm. 2, núm. 308/2019 de 30 diciembre.

¹⁰⁹ Como hemos señalado (vid. *supra*, nota 88) no existen resoluciones judiciales que efectivamente apliquen este precepto, lo que resulta más que cuestionable teniendo en cuenta la alta incidencia ofensiva que pueden tener las conductas allí establecidas sobre el medio ambiente. El objeto material del delito está constituido, por las especies de fauna o flora alóctonas o exóticas, esto es, no originarias del lugar en que se introducen o liberan, que merezcan el calificativo de invasoras. Esta información, plasmada en el mapa de peligrosidad constata el carácter simbólico de este precepto —con el consiguiente planteamiento de oportunidad—, lo que refleja la importancia que pueden tener estos mapas delictivos como medias de política-criminal frente a futuras reformas.

¹¹⁰ La mayoría de las resoluciones analizadas sobre este precepto, concretamente el 44 %, se proyectan sobre un objeto material simplemente protegido, entendiendo tal expresión referida a especies que no están en peligro de extinción ni son vulnerables. En estos sentido, vid., entre otros muchos, los siguientes fallos: Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1ª), núm. 12/1998 de 4 febrero; Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 3ª), núm. 119/1999 de 16 junio; Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara (Sección única), núm. 27/1999 de 12 julio; Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén (Sección 1ª), núm. 102/2000 de 11 mayo; Sentencia de la

Tabla 8. Variable gravedad de la pena (Ext)

Extensión/ gravedad pena (Ext)	Disolución (5)	Clausura local/ intervención judicial (4)	Suspensión actividades (3)	Inhab. Subvenciones (2)	Multa (1)
332		X			
333		X			
334		X			
335		X			
336		X			
2 LOC		X			

Finalmente, los resultados de impacto correspondientes a cada delito integrado en la muestra se corresponderán con distintos niveles de riesgo¹¹⁴, de 1 a 5 (crítico, grave, moderado, leve o no relevante), en los términos que se expresan a continuación.

Audiencia Provincial de Jaén (Sección 1ª), núm. 107/2000 de 16 mayo; Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 2ª), núm. 273/2001 de 30 julio; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 6ª), núm. 198/2002 de 11 abril; Sentencia del Juzgado de lo penal de Lleida, núm. 3, sentencia núm. 209/2004 de 27 septiembre; Sentencia del Juzgado de lo penal de Arrecife (Las Palmas), núm. 89/2019 de 14 mayo; Sentencia del Juzgado de lo penal de Ávila, núm. 1 núm. 119/2020 de 4 junio.

¹¹¹ La práctica totalidad de las resoluciones por este precepto se refieren a especies no catalogadas ya que el sustrato de la valoración típica se proyecta sobre especies distintas de las establecidas en el artículo precedente, el 334, esto es, sobre especies no protegidas.

¹¹² La magnitud atribuible a la variable peligrosidad del art. 336 C.P., en los términos señalados en este trabajo es de difícil precisión, en la medida que depende de los concretos especímenes afectados por los métodos típicos de caza y pesca (veneno, explosivos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva o no selectiva para la fauna), ejemplares que no suelen ser objeto de identificación en las resoluciones asociadas al citado precepto. Así pues, por la indeterminación de los objetos materiales sobre los que recaen los distintos métodos de caza o pesca establecidos, que se proyectan, normalmente, sobre espacios donde haya especies susceptibles de caza o pesca, esto es, sobre *especies no catalogadas* en peligro de extinción, vulnerables o protegidas —aunque en algún supuesto concreto pueda afectar a alguno/s de estos objetos materiales—, hemos atribuido a esta variable (Pel) el valor 1, correspondiente a especies susceptibles de caza o pesca no catalogada. Sin duda es una opción metodológica subjetiva, pero las características de la descripción típica del art. 336 C.P., consideramos que aconsejan y permiten esta posibilidad.

¹¹³ El 100% de las resoluciones por este precepto se refieren a especies amenazadas y en peligro de extinción (vid., entre otras, Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 1ª), sentencia núm. 149/2002 de 23 septiembre; Sentencia TSJ Murcia, núm. 1044/2002 de 12 diciembre; Sentencia del TSJ Madrid núm. 24/2003 de 8 enero; o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 3ª), núm. 636/2012 de 29 noviembre).

¹¹⁴ De afección del bien jurídico en caso de realización de la conducta típica.

Impacto (Ca + 2x Pel+Ext) Ca= max 4 puntos Pel=2x4 puntos=8 puntos Ext =máx 5 Σ Ca+2 Pel+Ext=17 puntos	
Crítico (5)	16-17 puntos
Grave (4)	13-15 puntos
Moderado (3)	9-12 puntos
Leve (2)	5-8 puntos
No relevante (1)	1-4 puntos

	Impacto = Ca +2xPel + Ext.
332	13 puntos (impacto grave) =4
333	No hay resoluciones
334	11 puntos (impacto moderado) =3
335	10 puntos (impacto moderado) =3
336	10 puntos (impacto moderado) =3
ART. 2 LOC	13 puntos (impacto grave) =4

2.5. Matriz de riesgo

Siguiendo la terminología establecida en la ISO GUÍA 73: 2015—GESTIÓN DEL RIESGO-VOCABULARIO¹¹⁵, entendemos la *matriz de riesgo o mapa delictivo* referida a la herramienta que permite clasificar y visualizar los riesgos, en nuestro caso, de ofensa contra el elemento medioambiental fauna y flora, mediante la definición de categorías de consecuencias (impacto —5 puntos—) y de su probabilidad (5 puntos).

El riesgo de cada figura delictiva (probabilidad por impacto) en el sentido señalado se distribuye en una escala de 25 puntos en la forma siguiente: muy alto —21 a 25 puntos—, alto —16 a 20 puntos—, medio —11 a 15 puntos—, moderado —6 a 10 puntos—, y bajo —1 a 5 puntos—.

¹¹⁵ Como medio para objetivar los resultados obtenidos.

	Probabilidad	impacto	Riesgo ofensivo
332 C.P.	1	4	4: bajo
333 C.P.			nulo
334 C.P.	1	3	3: bajo
335 C.P.	3	3	9: moderado
336 C.P.	2	3	6: moderado
2.2.b) LOC	1	4	2: bajo

3. Conclusiones

La elaboración de mapas delictivos sobre sectores concretos de criminalidad medioambiental aparece como una medida orientada a favorecer la sostenibilidad, mitigando sus efectos negativos sobre el bien jurídico medio ambiente. Ello es así por cuanto a su través se obtiene una información de máxima relevancia para tomar decisiones de política criminal coherentes con su dinámica comisiva, en términos de probabilidad de ocurrencia e impacto.

En este sentido, las operaciones de análisis y evaluación de los delitos contra la biodiversidad para elaborar mapas delictivos que reflejen gráficamente su incidencia, la posibilidad de participación empresarial y su impacto sobre el objeto de tutela, se configuran como instrumentos adecuados sobre los que fundamentar la propuesta de reforma del Código penal, en sentido favorable a la introducción de la RPPJ en este sector de criminalidad, en la misma línea de exigencia establecida por la normativa supranacional.

Lo cierto es que dicha necesidad de reforma ya se desprende de la propia regulación del Título XVI del texto punitivo, que, de modo incomprensible, atendida su probabilidad de ocurrencia (delictiva y empresarial) e impacto sobre el medio ambiente, no incluye los delitos contra la fauna y la flora dentro del catálogo de figuras de susceptible imputación corporativa, necesidad que resulta, asimismo, de los contenidos de la normativa comunitaria —vigente (la Directiva) y futura (la Propuesta)—, que impone esta forma de reproche para las personas jurídicas, como medida orientada a proteger el medio ambiente, favoreciendo su recuperación y fortalecimiento.

En esta línea de actuación, consideramos fundamental la utilización de mapas delictuales como el propuesto en este trabajo con el objetivo de identificar qué delitos contra la biodiversidad asocian mayor frecuencia de realización, cuáles permiten la participación de las personas jurídicas —utilizando parámetros basados en la experiencia— y cuál es su

impacto sobre el bien jurídico protegido. Los resultados obtenidos en los tres niveles de análisis señalados, probabilidad delictual, probabilidad de participación empresarial e impacto, reflejan la relevancia de los delitos contra la biodiversidad, dentro de las ofensas medioambientales, y la necesidad de actuar sobre ellos utilizando los recursos del ordenamiento jurídico penal, entre ellos, y muy especialmente, mediante el reconocimiento de tales formas de criminalidad dentro del catálogo de delitos de los que pueden ser responsables las personas jurídicas, como mecanismo para conseguir el objetivo de tutela integral del medio ambiente, que hoy constituye un imperativo nacional e internacional.

Por lo tanto, la especificidad del análisis que presentamos, mediante la realización de mapas delictivos, inédito hasta la fecha, permite ofrecer una imagen fidedigna y objetivada de los delitos contra la biodiversidad sobre la que realizar propuestas de *lege ferenda* generales, constatando las deficiencias aplicativas que resulten del mapa, y específicas, orientadas a fundamentar la propuesta de introducción de RPPJ en el Código penal.

Ello es así, desde el entendimiento de que los datos obtenidos con el *mapa delictivo* realizado reflejan la realidad incuestionable de que los delitos contra la biodiversidad tienen una incidencia medioambiental muy relevante y pueden ser configurados como delitos de empresa, lo que exige que las organizaciones puedan —y deban— ser destinatarias de la norma penal, y, consiguientemente, sancionadas por la comisión de los delitos previstos en el Capítulo IV del Código penal. De esta forma, alcanzaríamos un doble objetivo: por un lado, dotar de coherencia al sistema de tutela medioambiental establecido en el texto punitivo; y, por otro, avanzar hacia la necesaria protección global del bien jurídico medio ambiente, que no podrá alcanzarse en nuestro ordenamiento si la mitad de los delitos medioambientales, concretamente, los delitos contra la fauna y la flora y los delitos contra el patrimonio histórico, quedan sustraídos del sistema de RPPJ establecido para estas formas de criminalidad. Mientras no exista un reconocimiento expreso en este sentido, esto es, mientras el Código penal continúe sustrayendo del catálogo de delitos de los que puede ser responsable una persona jurídica a los delitos del Capítulo IV —y también a los del Capítulo II— del título XVI, el sistema de protección del medio ambiente estará incompleto, pues su reconocimiento parcial en la LOC, ya hemos demostrado que es meramente simbólico. Por esta causa, y en vista de los resultados obtenidos, debemos proponer la inclusión de tales figuras delictivas dentro del sistema de *numerus clausus* actualmente vigente en sede de RPPJ, ya que la tutela parcial ofrecida por la LOC en esta materia es claramente insuficiente.

De cualquier forma, y no obstante lo dicho, hasta que esta pretensión de reforma se concrete, y aunque sigamos sin RPPJ en los delitos contra la biodiversidad en el Código penal, como mal menor, aventuramos la posibilidad, y, por qué no, la necesidad, de aplicar las disposiciones con-

tenidas en la LOC por la judicatura, imputando a las personas jurídicas al menos por los delitos contra la fauna y la flora allí establecidos.

Con ello, además de superar el carácter simbólico de esta normativa, mediante su oportuna aplicación, conseguiremos mayores niveles de tutela medioambiental, pudiendo hacer responsables a las corporaciones por los delitos de esta naturaleza que hayan cometido. Y con ello, asimismo, conseguiremos otro efecto preventivo asociado, pues las corporaciones que por sus características puedan determinar daños sobre la biodiversidad en el desarrollo de su actividad, a partir de la aplicación efectiva por los Tribunales de la LOC en esta materia —de RPPJ—, comprobarán que pueden ser imputadas por estas figuras delictivas, con lo cual, y en consecuencia, comenzarán a utilizar el instrumento tutelar que suponen los programas de cumplimiento y los correspondientes mapas, para gestionar sus riesgos penales, esto es, para analizar y minimizar sus riesgos de comisión delictiva favoreciendo de esta forma la recuperación de la biodiversidad.

4. Bibliografía

- Aguilera Gordillo, R., *Manual de Compliance penal en España*, Navarra, Aranzadi, 2020.
- Aránguez Sánchez, C., «El diseño de programas de prevención de delitos para personas jurídicas», *RECPC*, 22-20, (2020).
- Artaza Varela, O., *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal. Fundamentos y límites*, Barcelona, Marcial Pons, 2013.
- Baucells Lladós, J., Faraldo Cabana, P., Y Muñoz Lorente, J., «Delitos contra los recursos naturales y el Medio Ambiente (art. 325, 327, 328, 339)», en J. L. González Cussac Y J. Álvarez García (dirs.), *Comentarios a la Reforma penal de 2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- Berdugo Gómez De La Torre, I., «El medio ambiente como bien jurídicamente tutelado» en Terradillos Basoco (coord.), *El delito ecológico*, Madrid, Trotta, 1992.
- Busato, C., *Tres tesis sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.
- Calaza López, S., «Emergencia empresarial», en Rodríguez García/Rodríguez López (eds.), *Compliance y responsabilidad de las personas jurídicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- Casado López, M., «Elaboración y gestión de mapas de riesgos mediante Excel y mediante una aplicación informática», en Xavier Rivas (dir.), *Practicum Compliance 2020*, Barcelona, Dykinson, 2019.

- De La Mata Barranco, N.J., «Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio y delitos contra el ambiente», en *Derecho Penal Económico y de la empresa*, Madrid, Dykinson, 2018.
- «El cumplimiento por el Legislador Español del mandato de la Unión Europea de sancionar a las personas jurídicas», en J. L. De La Cuesta Arzamendi (dir.), N.J. De La Mata Barranco (coord.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra, Aranzadi, 2013.
- Del Moral García, A., «Responsabilidad penal de personas jurídicas y presunción de inocencia», en N. Rodríguez-García/F. Rodríguez López (eds.), *Compliance y responsabilidad de las personas jurídicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- Faraldo Cabana, P., «Contrabando a través de una organización», en P. Faraldo Cabana (dir.), J. A. Brandariz García (coord.), *Comentarios a la legislación penal especial*, Valladolid, Thomson Reuters, 2012.
- «El mal llamado delito continuado», en P. Faraldo Cabana (dir.), J. A. Brandariz García (coord.), *Comentarios a la legislación penal especial*, Valladolid, Thomson Reuters, 2012.
- «Flora y fauna (arts. 333, 334, 336, 337, 339 y 631)», en J. L. González Cussac y J. Álvarez García (dirs.), *Comentarios a la Reforma penal de 2010*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010.
- Fernández Teruelo, J.G., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», en Bustos Rubio/Abadías Selma (dirs.), *Una década de reformas penales. Análisis de diez años de cambios en el Código penal (2010-2020)*, Barcelona, Bosch, 2020.
- «Responsabilidad penal de las personas jurídicas. El contenido de las obligaciones de supervisión, organización, vigilancia y control referidas al art. 31 bis 1 b) C.P. español», *RECPC*, (21-03), 2019.
- *Parámetros interpretativos del modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su prevención a través de un modelo de organización o gestión (compliance). Incluye un análisis de los modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas en México y Ecuador*, Navarra, Aranzadi, 2020.
- Fuentes Loureiro, M.A., «El proceso de consolidación del Derecho penal ambiental de la Unión Europea», *Revista de Estudios Europeos*, Volumen 79. Enero-junio. 2022.
- Galán Muñoz, A., *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- Gómez Tomillo, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª Edición, Aranzadi, Navarra, 2015.
- González Cussac, J.L., «El plano político criminal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en A. Matallín Evangelio (dir.),

- Compliance y prevención de delitos de corrupción*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- González Cussac, J.L., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.
- Górriz Royo, E.M., «Criminal compliance ambiental y responsabilidad de las personas jurídicas a la luz de la LO 1/2015, de 30 de marzo», *Indret*, octubre, 2019.
- Guisasola Lerma, C., «Delitos contra bienes culturales: especial consideración a los programas de cumplimiento penal (criminal compliance programs) en el sector del mercado del arte», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 130, 2020.
- León Alapont, J., «Los programas de cumplimiento penal: aspectos generales», *Rev. Boliv. de Derecho*, n.º. 31, enero 2021.
- «Prevención de delitos ambientales en la era compliance: mapa de riesgos», en J. L. González Cussac (dir.), *Estudios jurídicos en memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Royo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020
- Marqués I Banqué, M., «Estrategias sancionadoras en materia de cambio climático: la persecución penal del tráfico ilegal de madera en la Unión europea y en España», *Revista catalana de Dret ambiental*, Vol. X, Núm. 2 (2019).
- «Salud planetaria y Derecho penal: ¿Hacia una revisión de la protección penal de la biodiversidad en España?, en J. R. Fuentes I Gasó, J. Jaria-Manzano, V. Merino Sancho, P. Villavicencio-Calzadilla (eds.), *El impacto social de la covid-19. Una visión desde el derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.
- Martín Mateo, R., *Tratado de Derecho Ambiental*, Vol. I, Madrid, Tribium, 1991.
- Matallín Evangelio, A., «Contrabando y Especies Protegidas: una reflexión sobre el bien jurídico protegido», en J. L. González Cussac, J.C. Carbonell Mateu, E. Orts Berenguer, M. L. Cuerda Arnau (coords.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: (semananzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.
- «Mecanismos de prevención de futuras zoonosis: la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos contra la biodiversidad», en M. L. Cuerda Arnau (dir.), *De animales y normas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- *Delitos relativos a la protección de la biodiversidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- Mateos Rodríguez-Arias, A., *Derecho penal y protección del medio ambiente*, Madrid, Colex, 1992.

- Montaner, R. Y Fortuni, M., «La exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas: Regulación jurídico-penal vs UNE 19601», *La Ley penal*, nº 132, 2018.
- Moreno Alcázar, M.A., «Reflexiones en torno a la complejidad del concepto de medio ambiente y sus relaciones con la ordenación del territorio. Hacia una perspectiva sistémica», en J. L. González Cussac (dir.), *Estudios jurídicos en memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Royo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.
- Mosher, C.J., Miethe, T.D., Y Hart, T.C., *The mismeasure of crime*, Los Angeles, Sage, 2002.
- Nieto Martín, A., «Código ético, evaluación de riesgos y formación», en A. Nieto Martín (dir.), *Manual de cumplimiento en la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- «Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal, Temas de derecho penal económico: empresa y compliance», *Anuario de Derecho Penal*, 2013-2014.
 - «Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el Derecho penal de la empresa», *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, Vol. 3, n.º 5, 2008.
 - *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, Iustel, 2008.
- Quintero Olivares, G., «La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Navarra, Aranzadi, 2015.
- «Los programas de cumplimiento normativo y el derecho penal», en E. Demetrio Crespo/A. Nieto Martín (dirs.), *Derecho penal económico y Derechos Humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- Rodríguez Ramos, J.L., «Delitos contra el medio ambiente», en *Comentarios a la legislación penal* (dir. Cobo Del Rosal), T. V, Vol. 2º, Madrid, Dykinson, 1985.
- Rodríguez, C., Piñero, M., y Del Llano, P., «Mapa de Riesgos: identificación y gestión de riesgos», *Atlantic Review of Economics*, 2, 2013.
- Vázquez-Portomeñe Seijas, F., *El delito de contrabando*, Madrid, Dykinson, 2022.
- Vercher Noguera, A., «Algunas notas sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica en el contexto penal ambiental comunitario», *Diario la Ley*, nº. 8805, Sección Doctrina, Julio 2016.
- «La evolución de los delitos contra el medio ambiente en el contexto europeo: la Directiva 2008/99/CE», *Diario la Ley*, nº. 10047, Sección Doctrina, 11 de abril de 2022.

