

---

# LA PROTECCIÓN PENAL DEL MEDIO AMBIENTE COMO DERECHO HUMANO CONSTITUCIONAL

**Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro**

---

Post Doctorado por la Università degli Studi di Messina, Itália.  
Doctor y Máster en Derecho por la Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).  
Profesor de los cursos de Graduación y Máster de la  
Escola Superior Dom Helder Câmara.  
Promotor de Justicia en Belo Horizonte-MG.  
Email: lgribeirobh@gmail.com

**Romeu Thomé**

---

Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Minas Gerais (PUC Minas).  
Master en Derecho por la Universidad Federal de Minas Gerais (UFMG).  
Profesor de los cursos de Graduación y Máster de la Escola Superior Dom Helder Câmara.  
Abogado.  
Email: romeuprof@hotmail.com

## RESUMEN

El medio ambiente, hoy consagrado doctrinariamente como derecho humano de tercera generación y contemplado con disposiciones constitucionales que lo alzan a la condición de derecho fundamental em el ámbito de diversos países, es bien jurídico apto a ser efectivamente tutelado por el derecho penal que, aún, carece de cambios en su dogmática individualista secular para la defensa de un derecho que es, al mismo tiempo, individual y difuso. El texto contiempla, bajo el raciocinio lógico-deductivo y con investigaciones bibliográfica, la garantía del medio ambiente por el derecho penal y presenta propuestas para la mejor tutela ambiental, las correspondiendo, para además de la aptitud de normas penales más adecuadas, a la creación de un Tribunal Internacional competente para las demandas penales relacionadas al medio ambiente y a la asunción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Se reconoce, en el ambiente, una verdadera garantía de estirpe constitucional, no solo difusa, sino también individual ya que directamente relacionado a la calidad de vida de cada uno de los seres y que ha desencadenado, en las últimas décadas, la consagración de documentos internacionales y constitucionales de efectiva tutela.

**Palabras-clave:** Medio ambiente; protección penal; derecho humano fundamental.

*CRIMINAL PROTECTION OF THE ENVIRONMENT AS HUMAN  
RIGHT CONSTITUTIONAL*

**ABSTRACT**

*The environment, today consecrated doctrinally as human right of third generation and covered with constitutional provisions that elevate the status of fundamental rights in the context of different countries, it is legal right able to be effectively supervised by the criminal law, however, lacks changes in its secular individualist dogmatic to defend a right that is at once individual and diffuse. The text includes, under the logical-deductive reasoning and literature, the guarantee of the environment through criminal law and makes proposals for better environmental protection, corresponding to them, in addition to fitness more appropriate penal standards, the establishment of a Court competent international for criminal demands related to environment and assumption of criminal liability of legal persons. It is recognized, environmentally, a true constitutional strain assurance, not only diffuse, but also individual as directly related to the quality of life of each being and that triggered, in recent decades, the consecration of international and constitutional documents effective protection.*

**Keywords:** *Environment; criminal protection; fundamental human right*

## INTRODUCCIÓN

Las múltiples razones por las cuales el hombre y las empresas atentan hoy el ambiente nortearan el raciocinio de un texto que, por considerar el medio ambiente ecológicamente equilibrado como esencial a la propia vida de los seres de las presentes y futuras generaciones, reclama la intervención penal para la tutela del bien jurídico de tamaño envergadura.

El carácter de *último recurso* del derecho penal hace con que éste tenga como objeto de tutela solo los bienes jurídicos del más alto quilate, aquellos que por su dignidad jurídica reclaman no solo una tutela jurídica, sino también la tutela jurídico-penal.

Así, la construcción principia por sustentar las razones por las cuales el medio ambiente es un bien jurídico acreedor de la tutela penal. Quisto como derecho humano que compone la tercera generación de los derechos, se externó que el medio ambiente, hoy tan envilecido, es considerado derecho fundamental por grande parte de las constituciones modernas, o mismo, cuando así no previsto expresamente en textos constitucionales, reconocido como tal por las Cortes Supremas, como en Italia.

Desde ahí el raciocinio que conduce a la tratativa del medio ambiente como derecho humano digno de tutela penal pasa por el análisis de la noción del bien jurídico, de su relación con la Constitución y de la asunción del ambiente a la condición de bien jurídico penalmente relevante, digno de garantía y tutela por la ley penal no solo por ser derecho difuso perteneciente a todos, sino también por su importancia para el hombre, considerado en su individualidad, lo que hace con que su aptitud como objeto de tutela sea de garantía individual y difusa a un solo tiempo.

Todavía, es sabido que la dogmática penal secular es individualista y, por lo tanto, requiere adaptaciones para la tutela de un bien jurídico de tamaño peculiaridad. Al final, en la base de los pilares del derecho penal secular se encuentran reglas y principios caros a la garantía de bienes jurídicos individuales, lo que reclama un nuevo mirar para la tratativa de un bien peculiar que, dotado de dignidad jurídico-constitucional, demanda tutela por el derecho penal.

El trabajo empieza por la tratativa de los derechos fundamentales y derechos humanos de modo a abordar conceptos, diferencias y la construcción histórica lo que, todavía, respetó las limitaciones del abordaje de tan amplio tiene en acuerdo con la propuesta del texto.

Ya con los presupuestos conceptuales asentados, se pasó a discurrir las razones por las cuales el medio ambiente es un derecho humano constitucional, para que, entonces, en los tópicos siguientes, el raciocinio estuviera volteado a la garantía del medio ambiente por el derecho penal como fruto de su importancia como auténtico derecho humano peculiar, individual y difuso, reclamado no solo en ámbito transnacional (como derecho humano), sino también en los límites consagrados por el ordenamiento de cada país (como derecho fundamental).

El texto, todavía, no se hurta a exponer las dificultades de la tutela penal de bien jurídico tan peculiar; no obstante, a par de externar los desafíos, también expone las perspectivas de un derecho penal que venga a servir la propia vida y que, por eso, esté también preparado para la buena tutela del ambiente.

Se ve, por lo tanto, que, en el horizonte temático de garantías individuales en las constituciones modernas, el medio ambiente fue contemplado con la dignidad al cual es merecedor, o sea, como derecho individual y difuso a solo tiempo consagrado en tratados internacionales y en el organismo interno de cada país, sea expresamente por las Constituciones, sea por el reconocimiento de su importancia por las Cortes Supremas. Así, por cuanto asentadas las premisas, se partió para el tratamiento jurídico-penal de la tutela ambiental.

La pregunta, por lo tanto, si el medio ambiente, por su importancia y peculiaridad, debe ser tutelado por el derecho penal, se tiene, por hipótesis, el raciocinio de que su importancia hace con que el derecho penal, aunque consagrado a la protección de bienes jurídicos individuales, tenga que adaptarse; al final, es la dogmática que debe servir la vida y el hombre, y no el inverso.

Se trata de pesquisas que se valió de datos primarios y secundarios consistentes en el análisis de textos legislativos, doctrina y juzgados, y del raciocinio deductivo capaz de sustentar la síntesis de que el ambiente es merecedor de tutela penal a partir de la tese de su suprema importancia como derecho humano fundamental consagrado internacionalmente y, simultáneamente, en las Constituciones modernas.

## **1 DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHOS HUMANOS**

Condicionados al tiempo histórico en que contemplados tales o cuales valores que despiertan el interés de protección jurídica, los derechos

fundamentales son aquellos hoy catalogados en textos constitucionales y que dicen respeto a los derechos básicos del hombre. Adoptado el concepto formal bajo la óptica de Ferrajoli, derechos fundamentales son aquellos

Derechos subjetivos que dicen respeto universalmente a ‘todos’ los seres humanos en cuanto dotados del *status* de persona, o de ciudadano o de persona capaz de actuar. Comprendo por ‘derecho subjetivo’ cualquier expectativa positiva (la prestación) o negativa (la no lesión) vinculada a un sujeto por una norma jurídica, y por *status* la condición de un sujeto prevista también ésta por una norma jurídica positiva cual presupuesto de su idoneidad a ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que están en ejercicio. (FERRAJOLI, 2011, p. 8)

Todavía, el modo como arriba fue expuesto el concepto de derechos fundamentales no hace con que el tema esté libre de grandes discusiones y controversias, a comenzar por la terminología, ya que empleados termos como “derechos naturales”, derechos inalienables”, “derechos civiles”, “derechos individuales”, “derechos personales”, entre otros. (SAMPAIO, 2010)

Ya sustentaba Alexy, en su teoría de los derechos fundamentales, que, sobre ellos,

Es posible formular teorías de las más variadas especies. Teorías históricas, que explican el desenvolvimiento de los derechos fundamentales, teorías filosóficas, que se empeñan en aclarar sus fundamentos, y teorías sociológicas, sobre la función de los derechos fundamentales en el sistema social, son solo tres ejemplos. Difícil haber una disciplina en el ámbito de las ciencias humanas que, a partir de su perspectiva y con sus métodos, no esté en condiciones de contribuir con la discusión acerca de los derechos fundamentales (ALEXY, 2014, p. 31)

Se ve, por lo tanto, que el espacio de discusión de los derechos fundamentales comporta una serie de estudios que demandarían páginas y páginas de exposición. Por eso, el abordaje, según el propósito del texto, recaerá en la exposición del tema en textos constitucionales modernos, de manera a dejar claro que los derechos fundamentales recurren de la afirmación de las libertades individuales y de la dignidad de la persona humana para allá de la filosofía, hoy positivados en las constituciones.

Aunque sean los derechos fundamentales así intitulados por decir respeto a los derechos básicos del hombre como persona, es importante

distinguirlos, en cuanto manifestación positiva del derecho, con la idoneidad para producir efectos en el plan jurídico, de los derechos humanos, estos situados “[...] en una dimensión supra positiva, deónticamente diversa de aquella en que se sitúan las normas jurídicas – especialmente aquellas de derecho interno” (GUERRA FILHO, 1997, p. 12). En ese sentido, aunque pueda haber, para muchos, identidad semántica y de contenido,

derechos fundamentales deben ser considerados como los reconocidos por el Estado, en la orden interna, como necesarios a la dignidad de la persona humana. Sin embargo, entonces, derechos humanos y derechos fundamentales tengan definiciones basadas en la necesidad de su reconocimiento como forma de garantizar la dignidad de la persona humana, ellos diferencian en el sentido de que ni siempre habrá coincidencia entre ambos, pues, además de ser común que, en el plan interno de los Estados, ni todos los Derechos humanos consagrados en el plan internacional sean reconocidos, es común también que algunos derechos solo sean reconocidos como fundamentales en algún o algunos Estados. (BRITO FILHO, 2008, p. 38)

Tal entendimiento es común a Borges, Mello e Oliveira (2010), según los cuales la diferenciación entre derechos humanos y derechos fundamentales reside en la dimensión transnacional de aquellos y nacional de estos. Según los autores, los derechos fundamentales presentan características no adscritas a realidades locales, mientras los “derechos fundamentales son los derechos humanos consagrados y positivados en la Constitución de cada país, fruto de la ideología característica de cada Estado Soberano” (BORGES; MELLO; OLIVEIRA, 2010, p. 194).

Expuesto eso, fue con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, documento este aprobado por 48 Estados, en 10 de diciembre de 1948, en la Asamblea General de las Naciones Unidas, que los derechos de la persona humana ganaron dimensión transfronteriza, por lo cuanto no más dedicados a los ciudadanos de tal o cual Estado, pero sí a todos los seres humanos. Y, aún, fue con ella que se principió el proceso de efectiva positivización de los derechos humanos, dado que, en los dijeses de Bobbio, ella

pone en movimiento un proceso en cuyo final los derechos del hombre deberán ser no sólo proclamados o sólo idealmente reconocidos, sin embargo, efectivamente protegidos hasta mismo contra el propio Estado que los tenga violado. En el final de ese proceso, los derechos del ciudadano tendrán se transformado, realmente,

positivamente, en derechos del hombre. O, por lo menos, serán los derechos del ciudadano de aquella ciudad que no tiene fronteras, porque comprende toda la humanidad; o, en otras palabras, serán los derechos del hombre en cuanto derechos del ciudadano del mundo. (BOBBIO, 2004, p 19).

Desde ella, pasaron las Constituciones Modernas, en el llamado constitucionalismo contemporáneo, a dedicar capítulos específicos para la efectiva afirmación de los derechos, no más buscados desde Cartas y documentos específicos a determinados ciudadanos, tales como la Magna Charta de 1215, como ejemplo del constitucionalismo medieval, o mismo, ya en términos de constitucionalismo moderno, o Bill of Rights (1688), el Pacto de Mayflower (New Plymouth, 1620), la Declaración de los Derechos del Buen Pueblo de Virginia e Independencia de las 13 Colonias (1776), la Constitución Federal de los Estados Unidos de América (firmada por la última Colonia en 1787) y documentos que eclosionaron tras la Revolución Francesa (1789), como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1791.

Tratándose de instrumento de sistematización regional de derechos humanos, fue firmada, en Europa, al 4 de noviembre de 1950, por ministros de quince países, reunidos en Roma, la Convención Europea de los Derechos del Hombre, que representó un marco en el Derecho Internacional, además de importante precedente en la afirmación cuanto a la protección y desenvolvimiento de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales. Tal Convención, de inicio, se limitó a tutelar derechos y libertades individuales clásicas y fue seguida de protocolos que hicieron enunciar otros derechos, sociales, económicos y culturales, decurrentes, principalmente, de la Carta Social celebrada en Turín, en 18 de octubre de 1961.

En termos nacionales, son diversos los documentos constitucionales enunciadore de derechos fundamentales del hombre y que revelan las características del constitucionalismo contemporáneo en el sentido de la mayor afirmación de los derechos humanos, incluso contra la propia autoridad del Estado.

La Constitución Italiana de 1948, en su artículo 2º, enuncia, textualmente, el reconocimiento y garantía de los derechos inviolables del hombre, quiere como individuo aisladamente considerado o como ser social. Todavía, no obstante la redacción abierta del artículo que despierta dudas sobre su carácter imperativo (comando de reconocimiento),

permisivo o constitutivo (GUASTINI, 2009), ella enumera, los artículos 13 a 28, así como la Constitución alemana de 1949, en los artículos 1 a 19, rol de derechos relacionados a la libertad personal, libertad de circulación y residencia, de reunión, de asociación, de expresión, de imprenta y libertad religiosa, así como el derecho a la salud, al trabajo, a la educación, a la inviolabilidad de domicilio y de correspondencia.

En Francia, el histórico constitucional es de positivización de derechos fundamentales que influyeron otras Constituciones modernas, entre las cuales los que dicen respeto a la vida, libertad, igualdad y solidaridad, debiendo ser destacado que, en el preámbulo de la Constitución de 1958, el

pueblo francés renueva el compromiso con los derechos humanos y los principios de la soberanía nacional proclamados en la Declaración de 1789 y confirmados y complementados por el Preámbulo de la Constitución de 1946 y los derechos y los deberes establecidos en la Carta del Medio Ambiente 2004. Aún hay, la consagración de los principios de la autodeterminación de los pueblos y el compromiso en el plan internacional con la libertad, igualdad, fraternidad y con el desenvolvimiento democrático (PEIXINHO, 2016, *online*).

En Portugal y en España, en las Constituciones de 1976 y 1978 respectivamente, el cuadro de libertades en ellas previsto es extenso y abarca, además de las libertades tradicionalmente previstas en las Constituciones de países europeos, la protección de datos personales, el derecho a la intimidad personal y familiar y a los ancianos y deficientes.

Otrosí, en América Latina, a ejemplo de Europa, la sistematización “regionalizada” de los derechos fundamentales de la persona fue encartada en la Convención Americana de Derechos Humanos, aprobada que fue en 22 de noviembre de 1969. Con énfasis en las garantías judiciales del hombre, la Convención, conocida como Pacto de San José de Cuesta Rica, contiene 82 artículos, siendo una de las Cartas más extensas cuanto a la previsión de derechos humanos prevista en la actualidad.

En este paradigma internacional, el Brasil, que posee una de las Constituciones más avanzadas del mundo cuanto a la materia, eligió, en la Constitución Federal de 1988, la dignidad humana como principio y parámetro primordial de todo el ordenamiento jurídico.

En lo que toca a los derechos y garantías fundamentales, el Título II de la Carta de 1988 contempla desde derechos y garantías individuales

(capítulo I), a derechos sociales (capítulo II) y políticos (capítulo IV), en extenso rol de derechos que se desdoblán en otros tantos, de modo a dejar claro que los derechos fundamentales de la persona humana han sido motivo de grande preocupación por parte del constituyente, que, sin e, sin embargo confirió a ellos carácter absoluto, en favor de los propios derechos fundamentales que podrían, en determinado caso, conferir la apariencia de conflicto. Em ese sentido, el tribunal constitucional brasileño, el Supremo Tribunal Federal, exaltó, en decisión que, hace mucho, espeja la hermenéutica constitucional sobre el tema y que ha sido objeto de referencia en diversas decisiones de la Corte:

Los derechos y garantías individuales no tienen carácter absoluto. No hay, en el sistema constitucional brasileño, derechos o garantías que se revistan de carácter absoluto, mismo porque razones de relevante interés público o exigencias derivadas del principio de convivencia de las libertades legitiman, aunque excepcionalmente, la adopción, por parte de los órganos estatales, de medidas restrictivas de las prerrogativas individuales o colectivas, desde que respetados los termos establecidos por la propia Constitución. El estatuto constitucional de las libertades públicas, al delinear el régimen jurídico a que estas entonces sujetas – y considerado el substrato ético que las informa – permite que sobre ellas incidan limitaciones de orden jurídica, destinadas, a un lado, a proteger la integridad del interés social y, de otro, a asegurar la coexistencia harmoniosa de las libertades, pues ningún derecho o garantía puede ser ejercido en detrimento del orden público o con incumplimiento a los derechos y garantías de terceros.” (MS 23.452, rel. min. Celso de Mello, juzgado en 16-9-1999, Plenario, DJ de 12-5-2000.) Vide: HC 103.236, rel. min. Gilmar Mendes, juzgado en 14-6-2010, Segunda Turma, DJE de 3-9-2010.

En Argentina, la primera parte de la Constitución de 1994, segmentada en dos capítulos, se destina, en el primero, a las “declaraciones, derechos y garantías”, valiendo destacar, cuanto al objeto de estudio, que ella asegura, a aquellos que habitan el suelo argentino, el derecho al trabajo y al comercio, el derecho de peticionar a las autoridades, de entrar, permanecer, transitar y salir, así como la libertad de propiedad, de culto y a la intimidad, además de derechos sociales atinentes al trabajo y al derecho de asociación. Por su vez, el segundo capítulo, también de la primera parte de la Constitución, trata de los nuevos derechos, de los cuales se destacan los derechos políticos y el derecho al medio ambiente son, equilibrado, apto al desenvolvimiento humano, de modo a que las actividades

productivas satisfagan las necesidades de las presentes generaciones, sin comprometimiento de las futuras.

En general, así como en el Brasil y en la Argentina, lo que se ve, principalmente en Constituciones de países suramericanos, con destaque también para el Uruguay y Paraguay, es que la enunciación de derechos y garantías siguen las enumeraciones constantes en tratados internacionales, en especial en cuanto a la protección judicial de los derechos fundamentales, con la pujanza de instrumentos aptos a la tutela de los derechos consagrados en las Cartas Nacionales.

De hecho, es por lo tanto, que el campo de alcance de los derechos humanos en el orden constitucional de los Estados tienen crecido bastante, de modo que, en cualquier de sus generaciones o dimensiones<sup>1</sup>, ellos han sido considerados como fundamentales por las Constituciones, lo que será desarrollado desde ahora en razón de la acepción del medio ambiente como derecho humano fundamental.

## **2 DERECHO AL MEDIO AMBIENTE EQUILIBRADO COMO DERECHO HUMANO FUNDAMENTAL**

Es corriente la acepción doctrinaria de la terminología dimensión o generación de derechos humanos, lo que podría sonar, en enfoque crítico, que la evolución de las generaciones de derechos humanos vendría a sustituir, en el proceso evolutivo, las generaciones anteriores, como si, en verdad, no hubiera cualquier perspectiva de acumulación o fortalecimiento de los derechos humanos, y sí una idea fragmentada o atomizada, como se particularmente caducasen los derechos pertenecientes a generaciones anteriores. Esa perspectiva realística y condicente con el engrandecimiento hoy reinante en cuanto a la afirmación de los derechos es así expuesta por Antônio Augusto Cançado Trindade:

*El fenómeno de hoy testimoniamos no es el de sucesión, pero, antes de una expansión, acumulación y fortalecimiento de los derechos humanos consagrados, consonante una visión necesariamente integrada de todos los derechos humanos. Las razones histórico-ideológicas de la compartimentación ya hace mucho desaparecieron. Hoy podemos ver con claridad que los avances en las libertades públicas en tantos países en los últimos años deben necesariamente hacerse acompañar no de retroceso –*

---

<sup>1</sup> Tema inaugural del tópico siguiente.

---

*como viene ocurriendo en numerosos países pero de avances paralelos en el dominio económico-social. (TRINDADE, 1997, p. 390).*

Hecha la advertencia, las dimensiones de derechos humanos obedecerán a una evolución histórica que, primeramente, se asentarán en la necesidad de la afirmación de derechos individuales contra el poder absoluto del Estado. Como fruto de las Revoluciones liberales francesa y norteamericana y afirmados en los siglos XVIII y XIX, los derechos decían respeto a las llamadas libertades individuales, que exigían del Estado una abstención y no una prestación, poseyendo, por eso, una connotación negativa, en favor del hombre, su titular. Decían respeto, básicamente, a la vida, a la libertad, incluso de expresión y religión, a la participación política y a la propiedad.

Con la Revolución Industrial y las luchas sociales decurrentes de las transformaciones económicas y sociales del final del siglo XIX y el principiar del siglo XX, se marcó una nueva era dimensional en la afirmación de los derechos humanos de base social, como salud y educación, derechos económicos, como el derecho a la alimentación y al trabajo y previdencia, y culturales, consistentes en la participación de todos en las riquezas comunitarias. Como características y para allá del individualismo posesivo y del darwinismo social, todos exigen del Estado el papel promotor de creación y efectuación de esos derechos por medio de los servicios públicos. Tratase, pues, de las llamadas libertades positivas, evidenciadas en la Constitución Mexicana de 1917, en la Constitución de Weimar de 1919 y en los ideales de la Revolución Rusia de 1918.

Con la revolución tecnocientífica y de los medios de comunicación y transportes, vinieron al borde, ya en el final del siglo XX, demandas por los llamados derechos de titularidad colectiva o difusa, no destinados, específicamente, a la protección de los intereses individuales o de un determinado grupo de personas. Consagrados por los principios de la solidaridad y fraternidad, son aquellos afectos al desenvolvimiento, al medio ambiente, a la paz, a la cooperación internacional, entre otros relacionados al humanismo y a la universalidad.

Todavía, para allá de la clasificación presentada por Karel Vasak (1982), en 1979, al Instituto Internacional de Derechos del Hombre en Estrasburgo y porque el sistema de derechos es dictado por las ansias y necesidad humanas, se habla también en derechos de cuarta y quinta generaciones, siendo los primeros volteados, en la comprensión de

Bobbio (2004), para el patrimonio e ingeniería genética, además de aquellos volteados para la vida saludable y al medio ambiente equilibrado (SAMPAIO, 2010). Ya los de quinta generación, en la visión de Tehrarian (2007), serían aquellos volteados al amor y a la paz.

Observase, pues, que, coherente al arriba expuesto y afirmado en el plan de la tercera generación o dimensión de los derechos humanos, el medio ambiente equilibrado fue desarrollado, por su peculiaridad de bien jurídico necesario para la vida permanente de las presentes y futuras generaciones, en el ámbito de la cuarta generación de derechos, consonante a Carta de la Tierra o Declaración del Rio de 1992, lo que se repitió en el Manifiesto de Tenerife y en diversos Encuentros y Convenciones mundo afuera, siendo, recientemente, ampliamente discutido en el ámbito de la COP 21, realizada en París. Eso porque, como sustenta Sampaio (2010), el contenido de los derechos ganó diversidad tanto con relación a sus titulares, como con relación a las nuevas pretensiones tuteladas, entre las cuales las

de proyección solidaristas, también conocidas como derechos de fraternidad o derechos colectivos, que demandan una acción conjunta de todos los miembros de la sociedad, sea nacional, sea internacional, como el derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado, a la autodeterminación, a la paz, al desenvolvimiento económico y social o a la justicia distributiva internacional, a la soberanía sobre los recursos naturales, derechos a la biodiversidad [...] (SAMPAIO, 2010, p. 228).

Es cierto, todavía, como resalta Teixeira (2008), que el medio ambiente saludable como derecho de la persona humana no figuraba en la pauta de preocupaciones del hombre y de la sociedad a la época de las luchas que resultaron en la conquista de derechos civiles y políticos posteriormente declarados, ni tampoco de las adquisiciones de derechos sociales y económicos en recurrencia de los movimientos sociales, siendo reconocido, hasta la mitad del siglo XX, como mero agregado del derecho de propiedad. Sin embargo,

el ritmo acelerado e intenso de las investidas antrópicas en contra los bienes naturales, y el consecuente crecimiento asustador de la devastación ambiental, despertó la percepción para los riesgos y peligros que tales intervenciones podrían ocasionar para el medio ambiente y, así, para el espacio indispensable a la vida digna y saludable de los seres humanos, con el posible comprometimiento de las generaciones futuras. [...] Eso fomentó el ideal de defensa y protección de ese derecho, que, por ser

indispensable al hombre, mereció ser elevado para el nivel de derecho fundamental. (TEIXEIRA, 2008, p. 227).

Afirmado, pues, como derecho humano, el medio ambiente equilibrado mereció destaque, a la luz de la importancia arriba destacada para la vida de las presentes y futuras generaciones, como derecho fundamental constante en las Cartas Constitucionales de diversos países.

En el Brasil, el artículo 225, de la Constitución Federal de 1988, trata del tema del siguiente modo: “todos tienen derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial a la calidad sana de vida, imponiéndose al Poder Público y a la colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las presentes y futuras generaciones”. Se observa, pues, que la Constitución consolidó el medio ambiente equilibrado como derecho fundamental (derecho de todos constitucionalizado), siendo imperioso destacar, hasta mismo por la oponibilidad del derecho a los agresores, persona natural o jurídica, pública o privada, que se trata de un derecho de todos y de cada uno, siendo él de orden subjetiva, individual, y, al mismo tiempo, difusa.

Dispone la Constitución portuguesa de 1976, en el artículo 66, constante de la Parte I, que trata “De los derechos y deberes fundamentales”, que

1. Todos tienen derecho a un ambiente de vida humano, sano y ecológicamente equilibrado y el deber de lo defender.
2. Para asegurar el derecho al ambiente, en el cuadro de un desenvolvimiento sustentable, incumbe al Estado, por medio de organismos propios y con el involucramiento y la participación de los ciudadanos: a) Prevenir y controlar la contaminación y sus efectos y las formas perjudiciales de erosión; b) Ordenar y promover el ordenamiento del territorio, teniendo en vista una correcta localización de las actividades, un equilibrado desenvolvimiento socio-económico y la valorización del paisaje; c) Crear y desarrollar reservas y parques naturales y de recreo, bien como clasificar y proteger paisajes y sitios, de modo a garantizar la conservación de la naturaleza y la preservación de valores culturales de interés histórico o artístico; d) Promover el aprovechamiento racional de los recursos naturales, salvaguardando su capacidad de renovación y la estabilidad ecológica, con respeto por el principio de la solidaridad entre generaciones; e) Promover, en colaboración con las autarquías locales, la calidad ambiental de las poblaciones y de la vida urbana, especialmente en el plan arquitectónico y de la protección de las zonas históricas; f) Promover

la integración de objetivos ambientales en las varias políticas de ámbito sectorial; g) Promover la educación ambiental y el respeto por los valores del ambiente; h) Asegurar que la política fiscal compatibilice desenvolvimiento con protección del ambiente y calidad de vida.

Hay en Portugal, así como en Brasil, la consagración constitucional del medio ambiente como derecho fundamental, y, por eso, Canotilho, dada la envergadura emprastada a él por el constituyente, llega a adjetivar la Constitución portuguesa como “Carta Verde” (2000, p. 227).

En España, el Medio Ambiente es tratado, en sede Constitucional, en el artículo 45, que compone el “Título Primero”, exactamente aquel que versa sobre “Los Derechos y Deberes Fundamentales”, lo que revela la importancia atribuida a él, Medio Ambiente, como derecho fundamental. Esta es la redacción del artículo:

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.

En Italia, aunque no haya una previsión expresa en el sentido de tutela del ambiente en sede constitucional, él es tratado, sobre todo a la luz del derecho a la vida y a la salud, en el ámbito de la Corte Constitucional italiana, como derecho fundamental, tal como se extrae de informe preparado por ocasión de encuentro de la delegación de la Corte Constitucional italiana con el Tribunal Constitucional de la República de Polonia, en marzo de 2006, en la capital polonesa:

Nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale il diritto alla salute si estende inoltre fino a configurarsi, nel suo collegamento con l'art. 9 della Costituzione, anche come diritto ad un ambiente salubre.

Il riconoscimento di un diritto soggettivo individuale all'ambiente, tutelato quale diritto fondamentale, muove da un concetto di 'salute' come situazione giuridica generale di benessere dell'individuo derivante anche, se non soprattutto, dal

godimento di un ambiente salubre.

Secondo la corte infatti “l’ambiente é protetto come elemento determinativo della qualità della vita”: ‘la sua protezione non persegue astratte finalità naturalistiche o estetizzanti, ma esprime l’esigenza di un habitat naturale nel quale l’ uomo vive ed agisce e che è necessário Allá collettività e, per essa, aicittadini, secondo valori largamente sentiti; è imposta anzitutto da precetti costituzionali ( artt. 9 e 32 Cost.), per cui esso assurge a valore primario ed assoluto” (sentenze n. 210 e n. 641 del 1987).

Il bene dell’ambiente come diritto fondamentale della persona (oltre che come interesse fondamentale della collettività) ‘comprende la conservazione, la razionale gestione ed il miglioramento delle condizioni naturali (aria, acque, suolo e territorio in tutte le sue componenti), la esistenza e la preservazione dei patrimoni genetici terrestri e marini, di tutte le specie animali e vegetali che in esso vivono allo stato naturale ed in definitiva la persona umana in tutte le sue estrinsecazioni” (sentenza n. 210 del 1987). (2006, *online*).

En Francia, en 2005, se editó la Carta del Medio Ambiente (Código Ambiental Francés) a través de la Ley nº 2005-205, que declaró el medio ambiente derecho fundamental y trajo, ya en el preámbulo, la referencia de que estaba siendo incorporada a la Constitución de 1958, de modo a que el medio ambiente pasó a ser considerado derecho fundamental constitucional, con la misma envergadura de los demás derechos fundamentales que en ella ya se encontraban encartados.

Se ve, pues, que el medio ambiente, en la condición de derecho humano de tercera generación y que se desarrolló, para fines de preservación de la vida en la y de la tierra, en la cuarta generación de derechos humanos, se encuentra declarado como derecho fundamental en el escenario Constitucional de diversos países. Mesmo cuando no expresamente, como es el caso de Italia, él es tratado con *status* de fundamentalidad, en razón de su importancia para la sobrevivencia de las presentes y futuras generaciones. Tal como,

El derecho a la vida condiciona todos los demás derechos, pero el acceso a ese derecho de defensa está íntimamente ligado al medio ambiente, que debe ser protegido de riesgos ambientales serios a la vida. El medio ambiente también debe ser protegido como el derecho de defensa de la vida, o mejor, como el local fundamental del desenvolvimiento de la personalidad humana (COSTA, 2010, p. 117).

Será en ese contexto de derecho fundamental y, por lo tanto, como bien jurídico de grande envergadura e importancia, que el medio ambiente será abordado, adelante, como objeto de tutela del derecho penal, siendo considerada, en secuencia, a relación bien jurídico/Constitución y, en seguida, las dificultades y los desafíos relacionados a su protección penal.

### **3 DERECHO PENAL, BIEN JURÍDICO Y CONSTITUCIÓN**

Como premisa de la relación establecida entre el derecho penal, el bien jurídico y la Constitución, es necesario que se tenga asentado, primeramente, que el derecho penal es regido por el principio de la intervención mínima, o sea, él debe ser llamado a intervenir tan solo cuando tratarse el caso de ofensa relevante a bien jurídico que tenga dignidad suficiente para ser tutelado por él.

En ese contexto, la relevancia en la elección de los bienes jurídicos dignos de tutela penal debe tener como referencia lo que la Constitución de los diversos países considera como bienes fundamentales, mismo porque los bienes dotados de mayor importancia tienen, como regla, asiento constitucional. No se ignora que entre las teorías contemporáneas sobre el bien jurídico está la teoría sociológica que identifica el contenido del bien jurídico con argumentos de donosidad social; todavía, las teorías constitucionales trabajan juicios de valoración sobre lo cual todos los sectores del Derecho están subordinados, cual sea el del reconocimiento jurídico-constitucional para que el bien esté dotado de un mínimo amparo de dignidad jurídica.

Desde Birnbaum, en 1834, que, en contraposición a Feuerbach, lo cual entendía ser el delito una violación a derecho subjetivo (1804)<sup>2</sup>, cuñó un concepto naturalista y pré-jurídico de bien jurídico, siendo este derivado de la naturaleza o de las necesidades de la vida social y que, por eso, vincularía el legislador a criminalizar conductas que llevasen bienes como vida, integridad, libertad, propiedad, *etc.*, el concepto de bien jurídico, a lo largo de los años, fue objeto de diversas formulaciones, notoriamente cuanto a la definición de su contenido y su naturaleza. El que la historia demuestra, todavía, es que la evolución de la teoría del bien jurídico-penal se refiere a los criterios de definición y delimitación de los bienes y valores

---

<sup>2</sup> En ese sentido, la crítica de Birnbaum a Feuerbach que, en la concepción de aquel, no transmitía, de hecho, por su teoría, cuál era el objeto de lesión criminalizado por el Estado

que deban ser objeto de tutela por medio de sanción criminal, o sea, el difícil equilibrio entre limitar el ámbito de actuación penal – *ius puniendi* – y la protección de bienes por medio de sanción máximo estatal.

El desenvolvimiento de las teorías del bien jurídico llevó, como dicho y desde las concepciones sociológicas que identificaban la lesión al bien jurídico con la idea de donosidad social, a las teorías constitucionales, que infieren el concepto de bien jurídico-penal de la Constitución. El contenido material de delito se encuentra delineado por el orden constitucional, basada en los valores sociales y principios fundamentales a la dignidad y a la libertad del individuo y de la sociedad.

El legislador penal ordinario considera la Constitución como fuente de los bienes jurídico-penales y en ella encuentra los límites para selección de lo que viene a ser merecedor de tutela penal, valiéndose, para tanto, de principios penales-constitucionales tales como dignidad humana, legalidad, intervención mínima, fragmentariedad, culpabilidad, individualización de la pena, de carácter ofensivo, entre otros, extrayéndose, pues, de la base constitucional, la importancia de la adecuada selección de bienes jurídicos con dignidad tal para que sean objeto de tutela penal<sup>3</sup>.

Así, ni todo lo que constitucionalmente se encuentra consagrado deberá ser, necesariamente, objeto de tutela por el derecho penal, pero solo lo que el legislador, frente de los anhelos sociales, elegir como digno – en la luz de la mayor importancia – de ella. A fin, como aduce Fernandes,

[...] la Constitución, mientras *norma mater*, proporciona un cuadro a tener obviamente en cuenta en la definición y selección de aquel catálogo de bienes (necesariamente *fragmentario*, una vez que ni todos los bienes jurídicos son protegidos) sobre los cuales el derecho penal haya de poner su manto protector, elevándolos a la categoría de bienes jurídicos-penalmente relevantes. (FERNANDES, 2001, p. 83)

3 Desde ahí la razón por la cual el bien jurídico es tan importante para la propia dogmática penal, pudiendo ser resumidas sus más diversas funciones de la doctrina de Nilo Batista: “El bien jurídico cumple, en el derecho penal, cinco funciones: 1ª axiomática (indicadora de las valoraciones que presidirán la selección del legislador); 2ª sistemático-clasificatoria (como importante principio fundamental de la construcción de un sistema para la ciencia del derecho penal y como el más prestigiado criterio para el agrupamiento de crímenes, adoptado por nuestro código penal); 3ª exegética (aún que no circunscrito a ella, es innegable que el bien jurídico, como dijo Anibal Bruno, es ‘el elemento central del precepto’, constituyéndose en importante instrumento metodológico en la interpretación de las normas jurídico-penales); 4ª, dogmática (en inúmeros momentos, el bien jurídico se ofrece como una cuña epistemológica para la teoría del crimen: piense en los conceptos de resultado, tentativa, daño/peligro, etc); 5ª crítica (la indicación de los bienes jurídicos permite, para allá de las generalizaciones legales, verificar las concretas opciones y finalidades del legislador, creando, las palabras de Bustos, oportunidad para ‘la participación crítica de los ciudadanos en su fijación y revisión’)”. (BATISTA, 2004, p. 96-97).

Mientras no esté libre de críticas, en la acepción de abalizada doctrina, la comprensión de bienes jurídicamente tutelados involucra aquellos descritos por

presupuestos indispensables para una pacífica y libre convivencia dentro del Estado, en que los derechos fundamentales sean respetados. Bienes jurídicos son, pues, la vida, la integridad física, la libertad personal, la autodeterminación sexual, pero también, por ejemplo, el correcto funcionamiento de la justicia o la protección en contra la falsificación de moneda. Porque una vida social, libre y segura depende de que estos (y otros muchos) bienes sean protegidos frente a daños procedentes de ataques ajenos. El reverso de esta Concepción es que conductas que solo contrarían la moral (como, por ejemplo, acciones contrarias a las buenas costumbres que personas adultas llevan a cabo con consentimiento recíproco), bien como acciones de autolesión y la cooperación para con ellas no pueden ser penalizadas sin más, pues donde todos están de acuerdo nadie resulta lesionado, y la convivencia humana no es perjudicada. Por eso son también inadmisibles la protección de meros tabús ni preceptos penales ‘simbólicos’ carentes de un concreto efecto de protección jurídica (ROXIN, 2013, p. 290)

El encarte constitucional de derechos humanos ha sido una constante en el llamado constitucionalismo contemporáneo que, por eso, ha positivado los derechos más caros de la persona humana como derechos fundamentales. De ahí se puede decir, sin cualquier exagero, que las posiciones jurídicas que rigen la vida del ciudadano se encuentran estampadas en la Constitución.

En ese escenario, la aproximación del derecho penal con la Constitución es evidente, pues siendo aquel el medio más agresivo de pacificación social, ya que capaz de tullir hasta mismo la libertad de las personas, él está sujeto a las reglas limitadoras del poder estatal que se encuentran encartadas en las Constituciones.

Por eso, no hay como concebir que el derecho penal pueda, con su agresividad, proteger bienes jurídicos que no estén a la altura de la sanción que pueda ser aplicada, siendo, por lo tanto, pertinente considerar que los bienes tutelados por el derecho penal deben, de modo directo o indirecto, encontrar amparo en la propia Constitución.

Esa es la razón por la cual Palazzo sustenta que el derecho penal “potrebbe munire legittimamente di tutela solo i beni costituzionalmente rilevanti, mentre per tutti gli altri il legislatore dovrebbe invece utilizzare

strumenti di tutela extrapenale, amministrativa o civile, ecc” (PALAZZO, 2008, p. 70). No que tal acepción esté libre de críticas direccionadas a la idea de que el bien jurídico, en un sentido estricto y cerrado, podría dictar las reglas de lo que debe o no ser criminalizado, o mismo que debería vincular el legislador penal únicamente por su naturaleza<sup>4</sup>. Todavía, él representa, por lo menos, en el caso concreto, “[...] el padrón crítico con lo cual se debe verificar la legitimidad de la función del derecho penal [...]” (BECHARA, 2009, p. 4).

Como segmento del derecho, el derecho penal, así como el derecho civil, el derecho comercial, el derecho laboral, por fin, visa garantizar la harmónica convivencia de los seres en la sociedad<sup>5</sup>. Si el derecho en un sentido amplio visa prevenir o mismo dirimir los conflictos surgidos entre los individuos que componen el cuerpo social, cada segmento de él no deja de poseer esa connotación. Hay que establecerse entonces, el carácter diferenciador del derecho penal, que se da en razón de su naturaleza sancionadora, por medio de la sanción penal.

Jescheck (1981), atento a ese carácter sancionador del derecho penal, aclara que él se presta a una función protectora de la sociedad. Otrosí, evidencia que él realiza su misión mediante funciones represivas, al punir infracciones ya cometidas por medio de la pena, y preventivas, al establecer, siguiendo una concepción de prevención especial que adopta, que la pena debe contribuir para el fortalecimiento, en la persona del condenado, del respeto por el derecho. (JESCHECK, 1981, p. 4-5).

En ese contexto, enfatiza, denotando la importancia del derecho penal y de su tarea reguladora, que “el Derecho Penal asegura la indestructibilidad del orden jurídico por medio de la coacción estatal” (1981, p. 4). Sin embargo, no se detiene ahí: más adelante, dispone que el derecho penal visa proteger los bienes imprescindibles para la vida en sociedad y que, al ser incorporados al orden jurídico, se transforman en bienes jurídicos que se someten, si de alta importancia fueran – derivando de ahí el carácter fragmentario del derecho penal –, a la protección penal. (1981, p. 9-11).

4 Entendimiento este que encuentra fuerte crítica de Baratta (1994, p. 10), para quien la fragmentación de las áreas de tutela en cada esfera (civil, penal, etc.) no depende únicamente de la naturaleza de los bienes, pero también de las situaciones que les son prejudiciales.

5 En ese sentido, resalta Paulo Queiroz: “la función del derecho penal es algo bien menos ambicioso: viabilizar la convivencia social por medio de la ordenación pacífica de los conflictos. Como frisa WELZEL, no es función del Estado intervenir en la realización de la justicia independiente de que sea necesario para su propia existencia como comunidad jurídica, una vez que el Estado no castiga para que exista la justicia en el mundo, pero para que haya juridicidad en la vida de la comunidad.” (QUEIROZ, 2008, p 28-29).

En la estera de que el derecho penal se presta, realmente, a la protección de los bienes jurídicos, resalta Assis Toledo:

La tarea inmediata del derecho penal es, por lo tanto, de naturaleza eminentemente jurídica y, como tal, se resume a la protección de bienes jurídicos. En eso, está empeñado todo el ordenamiento jurídico. Y aquí se entre muestra el carácter subsidiario del ordenamiento penal; donde la protección de otras ramas del derecho pueda estar ausente, fallar o revelarse insuficiente, si la lesión o exposición al peligro del bien jurídico tutelado presentar cierta gravedad, hasta ahí debe extenderse el manto de la protección penal, como *última ratio regum*. No más allá de eso. (TOLEDO, 1994, p. 13-14).<sup>6</sup>

Se observa, pues, que la protección al bien jurídico es, predominantemente, el campo elegido por los doctrinadores para trabajar la idea de la función del derecho penal.<sup>7</sup> En verdad, el derecho penal es eminentemente típico y, por ser producto de valoración del cuerpo social, traduce, en el proceso de formación del tipo, las ansias de una sociedad en determinado tiempo y local. De eso resale, primeramente, que el derecho penal revela ser, por su carácter sancionador, una garantía de preservación a los bienes que visa resguardar y, también, ordenador de las relaciones sociales humanas.

Prevalece, así, en la doctrina, el entendimiento de que el derecho penal tiene por misión la tutela de bienes jurídicos que orbitan en la Constitución<sup>8</sup>, sea porque en esta se debe encontrar un referencial valorativo adecuado para buscarse lo que se debe criminalizar, sea porque el intérprete debe tener en vista que no se puede decir crimen lo que se dice respeto a hechos que, aunque dotados de aparente tipicidad, configuren el propio ejercicio de derechos fundamentales. Desde ahí el

---

6 En la misma obra, en las páginas 6 y 7, el autor cita la posición de Bettiol sobre la misión del derecho penal – tutela de bienes, valores e intereses –, las posiciones de Engisch y Welzel – protección de los valores ético-sociales –, la de Wessels – protección de los valores elementares de la vida comunitaria y manutención de la paz social –, y la de Jescheck.

7 Bacigalupo (2005) ilustra que, clásicamente, la función del derecho penal se subdivide en dos líneas de pensamiento: “[...] por un lado, se sustenta que el derecho penal tiene una función metafísica, consistente en la realización de justicia; por otro, que el derecho penal tiene una función social, caracterizada por la prevención del delito con vistas a proteger ciertos intereses sociales reconocidos por el derecho positivo (bienes jurídicos)”. (BACIGALUPO, 2005, p. 21)

8 Mientras muchos sean los entendimientos contrarios, en el sentido de que la noción de bien jurídico es pré-constitucional y, por eso, “conforme la Constitución, las normas penales no están sujetas a ninguna exigencia que se pueda derivar de la teoría del bien jurídico en materia penal”. (BURCHARD, 2013, p. 35)

referencial limitativo y garantizador del bien jurídico, mismo porque, consonante Hassemer,

La prohibición de una conducta mediante la amenaza penal cuando no se pueda invocar un bien jurídico sería terror estatal. No sería otra cosa que una injerencia en la libertad de acción del individuo, respecto de la cual el Estado que produce la injerencia no puede decir con que fin realiza esta injerencia. Este 'fin' es el punto que tradicionalmente aporta el concepto de bien jurídico. La injerencia en la libertad de acción no tendría un objeto certificante del que pudiera derivarse su sentido.

En esa medida, la cuestión relativa a si pueden existir hechos punibles que no se refieran al padecimiento de un bien jurídico penal, es retórica. Pues el bien jurídico es el fundamento necesario y constitucional tanto para la concepción de un deber de protección como para la determinación de una barrera a la injerencia y su ponderación en lo particular (HASSEMER, 2005, p. 74).

La selección, por lo tanto, de un bien jurídico-penal significa una valoración positiva acerca de determinado bien o valor, un reconocimiento de su relevancia para el ser humano y para la sociedad. A fin de cuentas, “la conceptualización material de bien jurídico implica el reconocimiento de que el legislador eleva a la categoría de bien jurídico, lo que ya en la realidad social se muestra como un valor. [...]. No crea los valores a que se refiere, pero se limita a proclamarlos [...]” (PRADO, 2013, p. 98).

De ese modo, el primero juicio valorativo sobre el bien jurídico es realizado por el constituyente que, de acuerdo con la realidad social, orienta el segundo filtro del legislador penal ordinario, llegando al bien jurídico-penal.

Es por eso que, delante del paradigma constitucional y de las pautadas demandas sociales de la sociedad contemporánea, el bien jurídico-penal puede ser de orden individual o colectiva, de titularidad difusa, carácter colectivo, y que atinge a todos los miembros de la colectividad de modo indistinto.

En tiempos modernos, la complejidad social de la sociedad abulta los bienes jurídicos Meta individuales, lo que resulta en el surgimiento de bienes jurídicos-penales colectivos, los cuales, segundo Luís Greco, “facilitan la vida del legislador” (2012, p. 351), ya que “[...] justifica incriminaciones y marcos penales que no serían *prima facie* justificables se tuviéramos solo el bien jurídico individual” (2012, p. 352-353).

Conforme observa Hassemer:

El complejo de responsabilización así engendrado, adensado y percibido, bien como el interés de la “sociedad del riesgo” en la minimización de la inseguridad y en el comando global de procesos complejos atingieron no sólo la Política criminal sino también la teoría del Derecho penal y la teoría del bien jurídico (HASSEMER, 2008, p. 226).

El bien jurídico-penal colectivo ha sido aceptado por la doctrina por medio de la teoría personal del bien jurídico, que lo considera legítimo desde que tenga como referencia el individuo. Esa teoría puede ser concebida bajo dos acepciones: una radical, sustentada principalmente por Zaffaroni y Ferrajoli, y otra moderada, defendida principalmente por Hassemer (GRECO, 2012).

Según la teoría personalista radical, el bien jurídico colectivo solo será penalmente legítimo si tuviera como referencia *directa* el individuo, a partir del contacto con intereses o derechos de las personas, lo que, de cierto modo, predica un enfoque de divisibilidad del bien colectivo.

Ya la posición personalista moderada también entiende que el bien jurídico-penal colectivo debe tener una relación con el individuo, pero de modo *indirecto*, o sea, no es posible de cuotas para imputación a los individuos (GRECO, 2012).

Hecho es todavía, que tales teorías acaban por limitar la dignidad del bien jurídico colectivo, realidad que hoy no puede ser ignorada. Al fin, en las palabras del catedrático de Coímbra, tales tesis parecen incompatibles

Con el reconocimiento de verdaderos bienes jurídicos colectivos. Estos deben ser antes aceptos, sin prevaricaciones, como auténticos bienes jurídicos universales, transpersonales o supraindividuales. Que también esta categoría de bienes jurídicos pueda reconducirse, en último término, a intereses legítimos de la persona, he aquí lo que no será lícito contestar. El carácter supraindividual del bien jurídico no exclui de cierto la existencia de intereses individuales que con él convergen: si todos los miembros de la comunidad se ven perjudicados por conductas potencialmente destructoras de la vida, cada uno de ellos no deja individualmente de ser también y de tener un interés legítimo en la preservación de las condiciones vitales. (DIAS, 2003, p. 52).

En el tocante al medio ambiente, tratado como bien jurídico transindividual, es que serán dedicadas en las líneas siguientes, en que

serán analizadas las peculiaridades de su tutela penal mientras reclamo de la sociedad moderna y, porque no decir, también anhelo constitucional de los países modernos.

#### **4 LA TUTELA PENAL DEL AMBIENTE**

La cuestión de la tutela del medio ambiente, antes mismo de cualquiera consideración dogmática acerca del modo como realizarla, dice respeto a la propia vida de los seres. Eso porque, como resalta Figueiredo Días (2003), “en causa está la propia subsistencia de la vida en el planeta y es preciso, si quisiéramos ofrecer una chance razonable a las generaciones venideras, que la humanidad se torne en sujeto común de la responsabilidad por la vida” (DIAS, 2003, p. 46). Se trata, pues, de un bien cuya tutela difusa es reclamada por todos, pero también por cada uno, mismo porque la esencialidad del ambiente para la vida es, de hecho, una necesidad individual, cuya peculiaridad de la tutela es reclamada también como un derecho, o garantía para la propia sobrevivencia, de cada uno.

En adelante, serán tejidas consideraciones sobre el medio ambiente como bien jurídico de relevancia penal y las peculiaridades de la tutela en ese ramo del derecho.

##### **4.1 El bien jurídico-penal medio ambiente**

En referencia a la sociedad contemporánea, Bauman revela que, hoy,

El terreno sobre el cual se presume que nuestras perspectivas de vida se asienten es reconocidamente inestable - tal como son nuestros empleos y las empresas que les ofrecen, nuestros colaboradores y nuestras redes de amistad, la posición que disfrutamos en la sociedad más amplia y la autoestima y la autoconfianza que acompañan. El ‘progreso’ que ya fue la manifestación más extrema del optimismo radical y una promesa de felicidad universalmente compartida y permanente, se alejó totalmente en dirección del polo opuesto, distópico y fatalista de la anticipación: él ahora representa la amenaza de una mudanza inexorable e ineludible que, a la vez de augurar la paz y el sosiego, presagia solo a la crisis y a la tensión e impide que haya un momento de descanso. (BAUMAN, 2007, p.16)

Se destaca que la incerteza y la volatilidad no sólo del capital,

sino también de las propias relaciones entre los seres, es una característica hoy sobresaliente de la sociedad. No se quiere aquí decir que la vida, en el pasado, produjo, por sí, la seguridad de los seres cuanto a la alea del destino; lo que se ve hoy, todavía, es un gran encortamiento, una mayor disminución del contacto del hombre con los riesgos impuestos por el nuevo modo de vida globalizado, lo que pone la propia vida humana a prueba.

Así, los matices de la vida moderna, o postmoderna, son demandas que se imponen a los Estados como aptas a ser reglamentadas a la vista de la propia manutención de la pacificación social, lo que no puede huir al campo de acción de nuevas políticas criminales, aunque se reconozca que el almacén de producción de normas penales tenga llevado tradicionalmente en cuenta el paradigma antropocentrista, eminentemente individualista.

La tutela de los bienes jurídicos más caros a la sociedad, base sobre la cual se defiende la mínima intervención del derecho penal, es, por excelencia, el punto de partida para la comprensión de aquello que debe o no ser objeto de tutela de esa rama del derecho. Y es en ese contexto de importancia del bien a ser tutelado que no puede ser ignorado un papel cualquier al derecho penal en cuestiones que dicen respeto a la propia subsistencia de la vida planetaria, lo que también justifica el hecho de que los bienes, por excelencia indispensables a la subsistencia del propio hombre, queden fuera del campo de acción del derecho penal.

En esa perspectiva, el medio ambiente, en razón de su absoluta necesidad para la sobrevivencia de las presentes y futuras generaciones, surge no solo como un bien cuya tutela es reclamada por el derecho como un todo, sino también por el derecho penal en particular.

La aptitud del bien jurídico-penal se encuentra directamente ligada a su valor social-constitucional. En recurrencia del derecho penal proteger contra las formas más graves de lesión o amenaza de lesión los bienes jurídicos más caros a la sociedad, se entiende, como regla, como ya destacado en el tópico anterior, que la garita constitucional de esos bienes jurídicos es imperativa, lo que, en el ámbito de las Constituciones modernas, tiene recibido grande atención de los más diversos países, hasta cuanto al mandato de criminalización.

En Brasil, la Constitución Federal de 1988 estableció el mandato de criminalización con relación al medio ambiente no §3º do art. 225:

Art. 225. Todos tienen derecho al medio ambiente ecológicamente

equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial a la sana calidad de vida, imponiéndose al Poder Público y a la colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las presentes y futuras generaciones.

[...]

§ 3º - Las conductas y actividades consideradas lesivas al medio ambiente sujetarán los infractores, personas físicas o jurídicas, las **sanciones penales** y administrativas, independientemente de la obligación de reparar los daños causados. (Grifo nosso)

Conforme asentado en el segundo tópico, Portugal, España, Francia e Italia, sea en ámbito constitucional o mismo por reconocimiento de las Cortes Supremas, también consideran el Medio Ambiente como derecho fundamental, digno, por lo tanto, incluso por su importancia para la propia vida, de las más variadas fuentes de tutela, entre las cuales la penal.

En ese sentido, la afirmación del derecho al medio ambiente como derecho humano y fundamental suena como voz corriente internacional, mereciendo él, aunque las ciencias penales vengan tratando, bajo el enfoque de los derechos individuales, su dogmática secular, una preocupación del legislador cuanto a la confección de tipos penales incriminadores y de penas más adecuadas a la característica difusa del bien tutelado.

Se destaca, sin embargo, que la dificultad de aceptarse que el bien jurídico difuso pueda ser objeto de tutela penal no dice respeto a su asunción como objeto material de la conducta humana. Cuanto a eso, además, buena parte de los códigos penales mundiales del siglo pasado ya traían, a título de ejemplo, los crímenes de incendio y de epidemia como infracciones penales de protección a la sociedad y de los intereses transindividuales<sup>9</sup>. La idea de que una autorregulación pueda venir a resolver las cuestiones afectas a la post-modernidad es tema superado, mismo porque significaría pedir “al mercado – en realidad, el más auténtico productor de las dificultades y desesperanzas de la sociedad técnica industrial – la medicina para la enfermedad que él mismo inoculó” (DIAS, 2003, p. 47), lo que llevaría a la renuncia de un “modelo de vida que hizo del consumo su propio motor y del aumento de la producción el orientador de casi todo el conocimiento” (DIAS, 2003, p. 47).

La grande cuestión dice respeto al hecho de que la magnitud del bien jurídico difuso reclama acciones pronósticas y no retrospectivas, lo

<sup>9</sup> En el caso brasileño, desde la década de 40 del siglo pasado, el Código Penal ya traía las figuras del incendio (artigo 250) y epidemia (artigo 267) como ejemplo de los llamados crímenes en contra la incolumidad pública.

que significa decir que el derecho penal debe renunciar la idea de lesividad como un principio basilar que reclama daño efectivo – y, así, pretérito - al bien jurídico tutelado. Este el desafío a ser superado, una vez que, por tradición, el derecho penal remonta al pasado, lo que llevó Cornelius Prittwitz a sustentar, en Congreso sobre globalización, riesgo y medio ambiente realizado en Granada, España, que “el Derecho Penal es el único ramo del Derecho que no conoce sentencias direccionadas explícitamente al futuro” (2013, p. 63). Sin embargo, como sustenta Figueiredo Dias, compite a la dogmática penal ajustarse al nuevo de la vida, y no el contrario. Al final,

no habrá más lugar para un pensamiento que, como el búho, levanta vuelo solo al anochecer, que deja las cosas acontecer para después intentar remediarlas y cuya intervención es por eso, por esencia retrospectiva y no prospectiva, conservadora y no propulsora, aniquiladora y no protectora de las víctimas del sistema, que somos todos nosotros (DIAS, 2003, p. 47).

No se trata, sin embargo, de tarea simple, ya que la tradición individualista de tutela del bien jurídico enyesa la dogmática penal de tal modo a contemplar la responsabilidad penal subjetiva como aquella que, sin excepciones, debe ser la adoptada por el derecho penal. Es preciso, todavía, no ignorar que el hombre es un ser social y que la viabilidad, tanto como más posible, de los sistemas de protección colectiva ante las exigencias postmodernas de vida en una sociedad globalizada orientan la necesidad de una nueva política criminal.

La tutela penal de bienes jurídicos de naturaleza difusa dice, pues, respeto a la propia vida del derecho penal, que tiene, como ramo del derecho que es, una función precipua de pacificación social en una sociedad que ve, cada día más, la existencia de conflictos envolviendo bienes jurídicos colectivos y difusos, como aquellos que envuelven la agresión al ambiente.

Así, no es dado al derecho penal el privilegio de ignorar la existencia de nuevos bienes jurídicos que, de manera fragmentaria y subsidiaria, deben ser objeto de tutela penal. De ahí poderse hasta mismo sustentar que nuevos intereses, así considerados por Sánchez (2011), conduzcan a una nueva política criminal que debe hacer seno a la tutela de bienes jurídicos colectivos. A final,

el derecho penal es un instrumento cualificado de protección

de bienes jurídicos especialmente importantes. Sentado esto, parece obligado tener en cuenta la posibilidad de que su expansión obedezca, al menos en parte, ya la aparición de nuevos bienes jurídicos – de nuevos intereses o de nuevas valoraciones de intereses preexistentes -, ya al aumento de valor experimentado por algunos de los que existían con anterioridad, que podría legitimar su protección a través del Derecho penal. Las causas de la probable existencia de nuevos bienes jurídico-penales son, seguramente, distintas. Por un lado, cabe considerar la conformación o generalización de nuevas realidades que antes no existían – o no con la misma incidencia -, y en cuyo contexto ha de vivir la persona, que se ve influida por una alteración de aquéllas (SÁNCHEZ, 2011, p. 11).

Si, a título de ejemplo, el medio ambiente, como bien jurídico difuso cuyo equilibrio es hoy reclamado como condición de la propia sobrevivencia humana, de presentes y futuras generaciones, no pudiese ser tutelado por el derecho penal, ¿cómo sería posible sustentar que éste, como ramo del derecho que es, fuera instrumento de pacificación social y, más especialmente, de defensa de los bienes jurídicos más importantes para la sociedad?

No hay duda, por lo tanto, que, debido a su suprema importancia, el medio ambiente debe ser objeto de tutela por el derecho penal mientras derecho difuso y que también dice respeto al hombre mientras persona. Esa ha sido la tónica, como se dice, de los ordenamientos jurídicos de los más diversos países. Todavía, si la tutela ambiental debe ser tratada por el derecho penal, la dificultad mayor es establecer la forma por la cual ella deberá ser hecha para que los resultados sean efectivos y justificados.

#### **4.2 La tutela penal: peculiaridades y perspectivas**

El derecho penal, como disciplina consagratoria de la responsabilidad subjetiva y rellena de principios y reglas que consagran una dogmática secular, enfrenta, en la modernidad, desafíos advenidos de estímulos sociales imprecisos y oscilantes, los cuales se propagan en movimientos racionales discontinuados. La jurisdicción del fenómeno ecológico, bien como la exaltación de bienes jurídicos de naturaleza difusa proyectan ese espectro indeterminado al Derecho Penal, que debe atender a las demandas sociales a través de un sistema punitivo seguro, delimitado por garantías materiales y procesuales precisas.

La Matemática, ciencia-matriz de la civilización, lida con la incerteza como fenómeno atávico, eso es, de cuño natural, innato a la percepción humana. Aristóteles, citando Zenão, ya estructuraba la premisa de que “si las cosas son muchas, las cosas existentes son infinitas, pues hay siempre cosas entre las cosas existentes y, de nuevo, otras cosas entre esas otras. Siendo así, las cosas existentes son infinitas” (CARVALHO, 2010, p. 59-60).

A partir de la noción de “infinitud”, se obtiene la imprecisión de la percepción humana, punto fomentador de la falibilidad. El empeño social en normalizar está naturalmente enganchado a aquello de que se tiene consciencia. De esa constatación, se infiere que sólo se puede regir jurídicamente aquello que se conoce, mismo que de ese conocimiento derive la ignorancia o el propio desconocimiento.

Es la razón del desconocimiento, de las perspectivas de la llamada punición *ex ante*, de la peculiaridad del bien jurídico difuso para fines de alcance de la responsabilidad penal del enemigo del ambiente y de la propia confección de la norma penal, que nutren los desafíos emprendidos al legislador para fines de garantizar la tutela de un bien jurídico que, a un solo tiempo, es difuso e individual.

El derecho penal, de secular tradición individualista, se ve en la incumbencia de direccionar su campo de actuación para la protección de bienes jurídicos que van más allá de la persona humana, mientras estén directamente relacionados a ella.

De eso discurre una serie de consecuencias, no bastasen las dificultades ya tradicionales de la dogmática penal tradicional-secular, y que dicen respeto a la propia transformación de tipos penales en tipos administrativizados, con grande incidencia de elementares que remontan al derecho administrativo, tipos penales que requieren el complemento de otras leyes o actos administrativos, exactamente por exigir, en comandos normativos más abiertos (normas penales en blanco), disciplina alojada en otros diplomas normativos, provenientes o no del Poder Legislativo. Pero eso no es solo, pues la naturaleza del derecho en examen no compuerta que el daño ocurra para que el derecho penal sea solo y meramente retrospectivo, pues importa aquí la tutela efectiva del medio ambiente y que no condice con el daño como presupuesto de tutela. De ahí la incurrencia de delitos que poseen una relación entre la conducta y la ofensa al bien jurídico relativamente débil, pero que se tornan imperiosos para que el derecho, y especialmente el penal, tenga vez y voz en la defensa de una sociedad que

también piense y haya prospectivamente.

De otro lado, no se puede ignorar las dificultades naturales concernientes a la responsabilidad penal de la persona jurídica, exactamente aquella que más amenaza o dañifica el ambiente, pero que, a la luz de la respuesta penal propiamente dita, no puede tener cerceada su libertad, y que, para muchos, no posee, por su naturaleza únicamente jurídica, capacidad de responsabilidad subjetiva por no emitir voluntad por sí, y ni tampoco capacidad de culpabilidad.

En lo que dice respecto a la norma penal apta a la tutela del medio ambiente, la grande demanda por la intervención penal, marcadamente en caso de la caracterizada por Sánchez como sociedad de objetiva inseguridad (2011, p. 37)<sup>10</sup>, acaba por revelar, en el modo de la ley, una cierta fuga a la secular característica de taxatividad y una consecuente mayor permisividad a la confección de normas con contenidos prohibitivos más abiertos, sujetos a la accesoriedad administrativa destacada a la luz del carácter difuso del bien jurídico tutelado. La mayor demanda por derecho penal acaba por proporcionar un movimiento expansionista que, en España, ocurrió en 1995 y que fue blanco de las siguientes consideraciones de autores ibéricos:

Tal expansión es, por cierto, una característica innegable del Código Penal español de 1995, y la valoración positiva que importantes sectores doctrinarios han realizado sobre el mismo deja patente como la tópica fuga (selectiva) al Derecho Penal no es solo un problema de legisladores superficiales y frívolos, pero que comienza a tener una cobertura ideológica de que carecía hasta poco tiempo. En todo el caso, el legislador de 1995, de hecho, no pudo sustraerse ni siquiera a un reconocimiento expreso – aunque parcial – de ese fenómeno, al aludir en la Exposición de Motivos del texto legal a la existencia de una ‘antinomia entre el principio de la intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja’, antinomia que se resolvería en el texto, según el propio legislador, ‘dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia, pero eliminando, al mismo tiempo, figuras delictivas que perdieron su razón de ser’ (SÁNCHEZ, 2011, p. 28).

En Italia, no obstante, la existencia de superabundancia de

<sup>10</sup> “La sociedad postindustrial es, además de la ‘sociedad de riesgo’ tecnológico, una sociedad con otras características individualizadoras que contribuyen a su caracterización como una sociedad de ‘objetiva’ inseguridad. Desde luego, debe quedar claro que el empleo de medios técnicos, la comercialización de productos o la utilización de sustancias cuyos posibles efectos nocivos son aún desconocidos y, en último análisis, han de manifestarse años después de la realización de la conducta, introducen un importante factor de incerteza en la vida social. El ciudadano anónimo dice: ‘Están matándonos, pero no conseguimos aún saber con seguridad ni quien, ni como, ni a que ritmo’”. (SÁNCHEZ, 2011, p. 37).

disposiciones relativas al ambiente, en el campo penal, se tiene que:

Il tinea dell'ambiente e della sua tutela, a lungo ignorato dalla dottrina penalistica, soltanto negli ultimi decenni è stato affrontato con la meritata attenzione che ha finalmente permesso l'individuazione di una nozione di riferimento, e del più corretto modello di incriminazione da utilizzare in sede penale. Nella legislazione italiana, la tutela penale dell'ambiente non ha mai trovato una collocazione sistematica di riferimento, esistendo una serie indeterminata di norme inserite in leggi speciali, ciascuna volta a reprimere fenomeni di aggressione degli elementi essenziali dell'ambiente, quali ad esempio l'acqua, l'aria, il suolo, il sottosuolo e il paesaggio: ancora più ardua diventa la ricerca, se si mira ad individuare una norma che si occupi espressamente della tutela dell'ambiente nella sua genericità ed unità. (COLOMBINO, 2012, *online*).

E aún:

Nel diritto penale dell'ambiente in vigore in Italia, le singole fattispecie assai di rado tipizzano direttamente condotte di alterazione dell'equilibrio ecologico<sup>94</sup>, prediligendo, invece, forme di incriminazione ricostruite intorno al requisito dell'inosservanza di precetti amministrativi, al cui rispetto è subordinato lo svolgimento di attività considerate pericolose, per le quali il potere amministrativo stabilisce regole di condotta, pretendendone titoli abilitativi, concessivi o meramente autorizzatori. [...] È ancora il diritto comunitario che impone un cambiamento nella disciplina attraverso l'adozione della direttiva 2008/99/CE. Era (ed è) largamente condivisa in dottrina l'idea che dall'attuazione della direttiva potesse derivare un significativo miglioramento del livello di effettività del nostro sistema penale. Al momento gli spunti di riforma suggeriti dall'intervento europeo hanno trovato un riscontro solo parziale. L'implementazione interna delle disposizioni europee risulta ancora ferma ad uno stadio iniziale: nello specifico, la legge delega 4 giugno 2010, n. 96 del 2010 ha portato all'adozione del (primo?) decreto legislativo 7 luglio 2011, n. 121, di cui a breve. (GUCCIONE, 2013, p. 45).

En Brasil, el movimiento expansionista también no quedó a salvo de críticas, siendo comúnmente tasada la Ley de Crímenes Ambientales (Ley 9.605/98) de prolija, casuística y técnicamente imperfecta (PRADO, 2013). Se Trata, al final, de ley abundante en tipos penales que demandan complementación del órgano administrativo para el perfeccionamiento de la conducta penalmente censurada. Es el caso de los artículos 29, § 4º, I e

IV; 34, *caput* y párrafo único, I y II, 35, I y II, 36, 37, IV, 38, 45, 50, 42, 56, 62, I, todos de la Ley 9.605/98.

Se observa, así, que se trata el caso de problemas afectos al derecho penal como disciplina de construcción dogmática mundial, y no un problema típico de tal o cual país. Son, pues, desafíos de espectro macro, de naturaleza allá-fronterizas, y que reclaman la construcción de una dogmática particularizada, capaz de efectivamente tutelar el bien jurídico de naturaleza difusa.

Vale, sin embargo, la advertencia de que las transformaciones exigidas de un derecho penal que consagre la tutela del bien difuso medio ambiente no pasan, necesariamente, por la multiplicación de leyes penales como se tratase el derecho penal de verdadera panacea, capaz de gestionar todos los problemas del mundo contemporáneo. Es hecho que, de inmediato, el efecto directo de producción legislativa en materia penal en la sociedad de riesgo (BECK, 2010) produce aparente efecto tranquilizador a una colectividad que, en los dichos de SÁNCHEZ (2011), es, hoy, cada vez más consumista de la intervención penal. Todavía, el derecho penal no puede ser meramente simbólico, pero sí garantizar, de la manera más efectiva posible y en los límites de permisividad de intervención, la tutela de los bienes jurídicos más significativos, de los derechos y garantías individuales y colectivas, ya que, en los dichos de Queiroz (2008), que se reporta a García-Pablos de Molina,

Un derecho penal simbólico carece de toda legitimidad pues manipula el miedo al delito y a la inseguridad, reacciona con rigor desnecesario y desproporcionado y se preocupa exclusivamente con ciertos delitos e infractores, introduce un sin fin de disposiciones excepcionales, a despecho de su ineficacia o imposible cumplimiento y, a mediano plazo, desacredita el propio ordenamiento, minando el poder intimidatorio de sus prescripciones. (QUEIROZ, 2008, p. 52).

Es de resaltarse, con todo, que, ante la peculiaridad difusa del bien jurídico penalmente tutelado, el desafío está en el uso de la técnica legislativa, que, a un solo tiempo, deba contemplar la protección ambiental (y, en ese aspecto, no hay como huir del apelo al derecho administrativo) y, por tratarse de norma penal, no huir a sus postulados tradicionales, seculares. Como definir los precisos límites del equilibrio no es, sin embargo, tarea fácil. Destaca Figueiredo Días, con todo, que cumple al Derecho Penal una especial función en las nuevas demandas sociales, en las cuales se

insieren la defensa del medio ambiente. Al final, como externa el respetado profesor de Coímbra, la

Multiplicidad de conductas peligrosas para las condiciones fundamentales de vida de las generaciones futuras, en la complejidad que pueden llegar a asumir y en la constante modificación a que, por fuerza de la evolución tecnológica, están sometidas, conduce efectivamente a que los delitos colectivos, como quiere que en definitivo típicamente se construyan, se encuentren sometidos a una cláusula de accesoriadad administrativa. Lo que vale por decir que el contenido integral del ilícito solo puede revelarse, en último análisis, también en función de normas sin dignidad penal. La accesoriadad administrativa suscita a la dogmática jurídico-penal, es verdad, un largo cortejo de problemas, para algunos de los cuales aún mal se divisan hoy soluciones consensuales. Pero también em este punto sería sano comenzar por asentar en una tan antigua, como buena verdad: la de que no son las valoraciones político-criminales que deben subordinarse a la labor (y a las dificultades, y a las limitaciones en cada momento histórico) de la dogmática y ser por él condicionadas, antes sí y la dogmática, como puro medio constructivo-instrumental, que tiene de servir las proposiciones político-criminales y a ellas se adecuar. (DIAS, 2003, p. 55-56).

Se trata, como dicho, de tarea ardua, ya que además de la peculiaridad de la norma en lo tocante a la llamada accesoriadad administrativa, la fragmentariedad y subsidiariedad del derecho penal deben hacerse presentes haya vista la concepción de *ultima ratio* de la ley penal. En el caso brasileño, tomado la guisa de ejemplo por lo cuanto existente ley específica sobre la tutela penal del ambiente (Ley 9.605/98), se observa nítidamente la prodigalidad de delitos que reflejan la peculiaridad de la norma ambiental, pero que, todavía, podrían encontrar sede adecuada en el ámbito extrapenal. En ese sentido:

Para luego, queda asentado su carácter altamente criminalizado, visto que erige a la categoría de delito una grande cantidad de comportamientos que, a rigor, no deberían pasar de meras infracciones administrativas o, cuando mucho, de contravenciones penales, en total disonancia con los principios de la intervención mínima y de la insignificancia (v.g . arts. 32, 33, III, 34, 42, 44, 29, 52, 55, 60, etc). (PRADO, 2013, p. 164).

Los desafíos dicen, pues, respeto no solo a la defensa de la tutela penal del ambiente, sino también y principalmente como, a la luz

de la peculiaridad del derecho humano difuso ambiental, efectivamente lo tutela con leyes adecuadas y que contemplen, respetado el grado de determinabilidad del ilícito, la posibilidad de punir *ex ante* para que el daño, por veces irreversible, sea evitado.

Por otro lado, no es dado ignorar que los diversos segmentos del derecho y, en consecuencia, el propio derecho penal mientras tal, son hoy demandados a responder a los peligros y daños los más imprevisibles y no enteramente clasificados en coordenadas conocidas de tiempo y espacio. Además, el carácter supranacional del bien jurídico acaba por exigir demandas relacionadas a la globalización y de integración supranacional en la defensa de un bien que no pertenece a un individuo y ni a un Estado en especial, pero a toda comunidad, que reclama parámetros más adecuados de punibilidad, cuantas veces necesarios para la propia punición de la actividad empresarial, aquella que más agrede el ambiente, especialmente porque, en grande parte, la agresión al ambiente condice con los intereses espurios de determinada empresa.

Urge, por lo tanto, repensar, en el ámbito de perspectivas para un derecho penal que venga efectivamente atender a las demandas de tutela del ambiente mientras derecho humano consagrado, en grande parte de los ordenamientos, como derecho fundamental,

El problema de la responsabilidad, o sea, asumir que la cuestión de la responsabilidad penal no puede pasar solo por la admisión de la responsabilidad individual, y si es cierto que ya en la sociedad industrial este problema fue colocado, importa profundarlo de molde a admitirse no solo la responsabilidad de los entes colectivos, pero también una más eficiente ligación entre esta responsabilidad y la responsabilidad por actuación en nombre de otro, bien como otras maneras de responsabilidad que eventualmente vengan a ser declaradas convenientes, para evitarse la impunidad de los verdaderos infractores.

De ahí que se torne necesario reflejar sobre toda la problemática inherente a la imputación, a la autoría, pero mismo también a la culpa, sobre todo aquí en el que concierne a la distinción entre dolo y negligencia, bien como a la omisión, que ganará ciertamente una mayor relevancia y, sobre todo, al peligro, este último en cuanto categoría indisoluble del riesgo.

Como también importará reflejar sobre el bien jurídico. Pareciéndonos evidente que el tradicional bien jurídico, de cuño liberal, individual, no puede aquí responder a las exigencias puestas por acciones dañosas o peligrosas que a un solo tiempo pueden criar daños o peligros difusos, colectivos, supraindividuales, o hasta mismo

mult- individuales (de raíz individual, pero multiplicados por varios individuos) (FERNANDES, 2001, p. 27-28).

Así, si se reclama del derecho penal que tutele de modo efectivo los bienes jurídicos más importantes y si el medio ambiente, derecho humano considerado como fundamental en grande parte de los países, es merecedor de esta tutela, se tiene, como premisa y ante la perspectiva de un derecho penal que tenga vez y voz en el futuro y de un ambiente que sea tutelado por él de manera efectiva, el empleo de esfuerzos capaces de, en ámbito mundial, capacitar la dogmática penal a los nuevos desafíos de tutela del bien jurídico colectivo.

Es preciso, delante de la quiebra de paradigmas nacionales, que se críen Tribunales Internacionales específicos para la tutela del ambiente en ámbito penal y, sin cualquier orden de tergiversada, que se permita, con las necesarias adaptaciones dogmáticas que se hiciese cumplida, la responsabilidad penal de la persona jurídica, aquella que, sin sombra de dudas, es la que más agrade el ambiente no solo delante del propósito lucrativo societario, sino también por ser aquella más bien dotada de recursos para llevar adelante sus propósitos.

Si, cuanto a la norma, se hacen necesarias las cláusulas administrativas, que se permita, como *conditio sine qua non* de optimización de la tutela penal, delitos que sean complementados por preceptos administrativos, eso, es claro, respetada la necesidad de la tutela penal, la especificidad de la tutela penal y los caracteres mínimos de determinabilidad del ilícito para que si no ponga a perder toda la gama de reglas y principios asecuratorios de seguridad jurídica que la doctrina penal, por siglos, logró construir.

Que se rompa, con responsabilidad, los paradigmas clásicos en nombre de la mejor tutela de un bien jurídico que dice respeto a la propia vida de los seres de las presentes y futuras generaciones y que, por eso, requiere el derecho penal como una efectiva garantía, constitucionalizada en lo más de las veces, de un derecho que se presenta a un solo tiempo como individual y difuso.

## CONSIDERACIONES FINALES

Ya que imprescindible para la vida de los seres de las presentes y futuras generaciones, el medio ambiente es materia tratada en importantes

documentos internacionales y, doctrinariamente hablando, clasificado como derecho humano de tercera generación.

Aunque otrora no mereciera la debida atención de los países, hoy, en razón de la preocupación con la escasez de los recursos naturales ante la desenfrenada exploración por el hombre, las Constituciones modernas ya disponen sobre la tutela del ambiente, sede en que es considerado, de ordinario, derecho fundamental, cuando no expresamente, por la interpretación dada a ellas por los Tribunales Supremos.

Considerado, pues, por su importancia, como derecho humano y fundamental, el medio ambiente es bien jurídico con dignidad bastante para que sea tutelado por el derecho penal. Todavía, se trata de bien peculiar ya que, a uno solo tiempo, es un derecho-garantía individual y difuso, pues directamente relacionado con la vida de cada uno de los seres y, al mismo tiempo, de todos, de las presentes y hasta mismo de las futuras generaciones.

Todavía, esta peculiaridad del bien jurídico ambiente hace con que el derecho penal, habituado, por dogmática secular, a la tutela del bien jurídico de titularidad individualizada, tenga que recibir los influjos del nuevo, de molde a consagrar una estructura típica volteada para la protección *ex ante*, de conductas que ponen en peligro abstracto de daño el bien jurídico, y que sea contemplada por complementos advenidos del derecho administrativo.

Mientras tenga que adecuarse para la eficiente tutela ambiental, a modificación dogmática acaba por generar, como peligroso efecto colateral, el mayor expansionismo penal ante a los reclamos por más intervención penal, lo que ocasiona, por veces, inflación legislativa desnecesaria, que culmina, en razón de la inobservancia del carácter fragmentario y subsidiario del derecho penal, con la criminalización de conductas cuya tutela sería suficiente por otros ramos del derecho, a ejemplo de lo que ocurrió en Brasil con la llamada ley de crímenes ambientales (Ley 9.605/98).

Delante de eso, se defiende una intervención penal responsable, capaz de, sin desvirtuar el carácter de *ultima ratio* del derecho penal, transformarlo en instrumento constitucional de defensa del medio ambiente, lo que se propone sea consagrado en ámbito internacional con la creación de Tribunales Internacionales que punan crímenes ambientales ante las acciones allá-fronterizas, incluso de personas jurídicas, justamente aquellas que, para el cumplimiento de sus desideratas contractuales y porque poseedoras de recursos financieros más robustos, son las que más

agreden el ambiente.

Se propone, pues, que, como instrumento de garantía de un derecho de importancia individual y difusa, sea el medio ambiente ampliamente tutelado por el derecho penal, instrumento constitucional de defensa de bienes jurídicos más importantes. Se defiende, todavía, que la intervención sea responsable y que esté circunscrita al efectivamente necesario.

## REFERENCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos derechos fundamentales*. São Paulo: Malheiros, 2014.

BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal: parte geral*. Tradução de André Estefam. São Paulo: Malheiros, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. *Tienepos líquidos*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do derecho penal: lineamentos de uma teoria do bien jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 5, jan. 1994.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao derecho penal brasileiro*, 9. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. *O rendimento da teoria do bien jurídico no derecho penal atual*. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/revista\\_libertads\\_artigo/3-ARTIGO#\\_ftn18](https://www.ibccrim.org.br/revista_libertads_artigo/3-ARTIGO#_ftn18)> Acesso em: 2 fev. 2016.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BOBBIO, Norberto. *A era dos derechos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BORGES, A. W.; MELLO, G. C.; OLIVEIRA, M.A Mecanismos garantidores do derecho fundamental ao ambiente na política nacional de resíduos sólidos: análise dos princípios do poluidor pagador e do protetor recebedor. *Revista Veredas do Derecho*, Belo Horizonte, v. 7, n. 13/14, p. 191-212, jan./dez. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança*. Processo 23.452. Impetrante: Luiz Carlos Barretti Júnior. Impetrado: Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito. Relator: Ministro Celso de Mello. Acórdão 16 set. 1999. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2823452%2E%2E+OU+23452%2EACMS%2E%29&base=bas eAcordaos&url=http://tinyurl.com/nrnrrnr>> Acesso em: 4 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*. Processo 103.236. Impetrante: Edson Ribeiro e Outro. Paciente: Adriano Mariano Scopel. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Acórdão 14 jun. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28103236%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/p5c3eob>> Acesso em: 4 mar. 2016.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Derechos Humanos: algumas questões recorrentes: em busca de uma classificação jurídica. In: ROCHA, João de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras; CAZETTA, Ubiratan (Coord.). *Derechos Humanos: desafios humanitários contemporneos*. Del Rey. Belo Horizonte, 2008.

BURCHARD, Christoph. O princípio de proporcionalidade no derecho penal constitucional ou o fim da teoria do bien jurídico tutelado na Alemanha. In: *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura (coord.). Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Derecho constitucional e teoria da Constitución*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 227.

CARVALHO, Joaquim Francisco de. As origens do pensamento mateneático e a crise dos fundamentos. Periódico eletrônico *Norte Ciência* (Academia Paraense de Ciência), v. 1, n. 2, p. 59-60, 2010. Disponível em: <[http://aparaciencias.org/vol-1.2/06\\_Joaquim%20p.%2059-65.pdf](http://aparaciencias.org/vol-1.2/06_Joaquim%20p.%2059-65.pdf)>. Acesso em: 01 abr. 2016.

COLOMBINO, Luigi. *La responsabilità degli enti per reati ambientali*. 2012. Disponível em: <[http://www.exeo.it/site/ebook\\_reati\\_ambientali\\_ecoreati\\_persono\\_giuridiche\\_rifiuti\\_ambiente\\_131\\_2001\\_121\\_2011\\_25\\_undecies\\_colombino2012](http://www.exeo.it/site/ebook_reati_ambientali_ecoreati_persono_giuridiche_rifiuti_ambiente_131_2001_121_2011_25_undecies_colombino2012)>. Acesso em: 1 abr. 2016.

COSTA, Beatriz Souza. *Medio ambiente como derecho à vida*: Brasil, Portugal, Espanha. Belo Horizonte: Editora O Lutador, 2010.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *O papel do derecho penal na protecção das generaciones futuras*. 2003. Disponível em: <<http://www.defensesociale.org/02/9.pdf>> Acesso em: 16 mar. 2016.

FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, sociedade de risco e o futuro do derecho penal*: panorâmica de alguns problemas comuns. Coimbra: Almedina, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos derechos e dos bienes fundamentales*. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zanati Júnior e Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GRECO, Luís. Existe critérios para a postulação de bienes jurídicos colectivos? *Revista de Concorrência e Regulação*. Coimbra, ano II, n. 7-8, jul./dez. 2012.

GUASTINI, Riccardo. *Esercícios de interpretação do art. 2 da Constituição Italiana*. 2009. Disponível em: <[http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF\\_Livre/09\\_artigo\\_03.pdf](http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/09_artigo_03.pdf)>. Acesso em: 25 jan. 2016.

GUCDIONE, Gwendoline. *La tutela penale ambientale e la nozione di rifiuto fra istanze soprannazionali ed approdi nostrani*. 2013. Disponível em: <[http://amsdottorato.unibo.it/6007/1/tesi\\_deposito.pdf](http://amsdottorato.unibo.it/6007/1/tesi_deposito.pdf)>. Acesso em: 1 abr. 2016.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Derechos fundamentales, processo e princípio da proporcionalidade. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago (Coord.). *Dos derechos humanos aos derechos fundamentales*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HASSEMER, Winfried. Bienes jurídicos em el derecho penal. *Estudios sobre la justicia penal: homenaje al prof. Julio B. J. Maier*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

HASSEMER, Winfried. *Derecho penal: fundamentos, estrutura, política*. Tradução de Adriana Beckman Meirelles ... [et al]. Porto Alegre: Safe, 2008.

ITALIA. *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*. Disponível em:

<[http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/STU185\\_principi.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU185_principi.pdf)>

Acesso em: 29 jan. 2016.

JESCHECK, Hans- Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. Tradução para o espanhol de Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981, v. 1,

PALAZZO, Francesco. *Corso di diritto penale*. Terza Edizione. Torino: G. Giappichelli Editore, 2008.

PEIXINHO, Manoel Messias. *Les droits fondamentaux dans constitutions françaises*. Disponível em: <http://www.publicaderecho.com.br/artigos/?cod=b1bc40d056bad6ec>. Acesso em 25 jan. 2016.

PRADO, Luiz Régis. *Derecho penal do ambiente*. 5. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PRITTWITZ, Cornelius. A função do derecho penal na sociedade globalizada do risco: defesa de um papel necessariamente modesto. In *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura (coord.). Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

QUEIROZ, Paulo. *Funções do derecho penal: legitimação versus deslegitimação do sistienea penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ROXIN, Claus. O princípio da protecção do bien jurídico e seu significado para

a teoria do injusto. In: AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura. *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Derechos fundamentales*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do derecho penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2. ed. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 3. ed Buenos Aires: EDISOFER S.L., 2011.

TEHRARIAN, Majid. *Rethinking Civilization: resolving conflict in the human family*. New York: Routledge, 2007. Disponível em: <<http://www.amazon.com/Rethinking-Civilization-Resolving-Conflict-Globalizations/dp/0415770696>> Acesso em: 28 jan. 2016.

TEIXEIRA, Antônio Edílio Magalhães. Protección dos derechos fundamentales e democracia. In: ROCHA, João de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras; CAZETTA, Ubiratan (Coord.). *Derechos Humanos: desafios humanitários contieneporâneos*. Del Rey. Belo Horizonte, 2008.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Principios básicos de derecho penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de derecho internacional dos derechos humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, v. 1.

VASAK, Karel. *The international dimensions of human rights*. New York: Praeger, 1982.

Artigo recebido em: 22/02/2017.

Artigo aceito em: 26/04/2017.

**Como citar este artigo (ABNT):**

RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves; THOMÉ, Romeu. La Protezione Penale Dell’ambiente Come Diritto Umano Costituzionale. *Veredas do Derecho*, Belo Horizonte, v. 14, n. 28, p. 33-71, jan./abr. 2017. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1014>>. Acesso em: dia mês. ano.