

CONVENIENCIA POLÍTICO-CRIMINOLÓGICA DE LA TUTELA AMBIENTAL A TRAVÉS DEL DERECHO PENAL

Israel ALVARADO MARTÍNEZ

I. JUSTIFICACIÓN DE LA TUTELA PENAL DE «BIENES JURÍDICOS»

FERRAJOLI se refiere al principio de *retribuibilidad* o de consecueneciabilidad de la pena al delito como «*la prima garanzia del diritto penale e che, come scrive Hart, esprime non già lo scopo ma precisamente il criterio di distribuzione e di applicazione delle pene*»¹.

Dicho principio tiene como fin, que sean los ataques a lo que el conglomerado social considera como nocivo en grado extremo² y no lo que el grupo de poder dominante considere como delictivo por el hecho de que así lo quiso, porque atenta contra sus intereses o porque cumple con la máxima romana de que al pueblo «*panem et circenses*»; como lo refleja la frase de Sir EDWARD COKE: «basta imponer un apelativo odioso a un acto cualquiera, para hacerlo un delito»³.

Es en esta parte donde radica la problemática de delinear el momento en que el Estado debe intervenir en sede penal, es decir, dibujar la diferencia entre: ¿cuándo castigar?, y ¿cuándo prohibir?

FERRAJOLI permite clarificar el argumento al establecer una distinción metodológica que tiene que ver con la validez y con la justicia en tanto formas de legitimación interna y externa. La validez justifica a la parte interna de la descripción del delito y a la correspondencia con la conducta fáctica que el Estado plasma como conducta prohibida, y que no es otra cosa que el tipo legal y la tipicidad; mientras que, la

¹ FERRAJOLI, Luigi, *diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 6ª. ed., Bari 2000, p. 363.

² Emma MENDOZA hace referencia a las consideraciones que se dan entre «el autor del hecho nocivo» y el resto de los miembros de la sociedad quienes dan muestras de desaprobación y rechazo mismas que se acentúan en las sociedades pequeñas y primitivas, las cuales no disminuyen ni afectan los bienes considerados como esenciales del individuo; empero cuando la acción inmoral resulta muy dañina a la sociedad por tocar las bases esenciales que soportan al grupo social, el hecho es calificado como delito provocando una reacción más fuerte, por lo que «los fines y funciones de la pena están íntimamente relacionados con la concepción cultural y social de los valores, lo que ha permitido la variación en el tipo de penas que se aplican y este tipo está también directamente relacionado con las fases evolutivas de la sociedad, que igualmente coinciden con las así señaladas del derecho penal.», MENDOZA BREMAUNTZ, Emma, *Derecho Penitenciario*, Mc Graw Hill, México 1999, pp. 31 y 41.

³ Citado por FERRAJOLI, *Op. cit.*, p. 365.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

justicia, es la parte legitimadora de la creación del tipo o la *lapis philosophorum* del génesis legislativo, creador de la norma prohibitiva y sancionadora.

Dice el autor al respecto:

Mi pare evidente che mentre le definizioni formalistiche del reato (e le correlative classificazioni degli illeciti) fanno riferimento alla legittimazione interna, le definizioni sostanzialistiche (e i conseguenti criteri tipologici) fanno riferimento alla legittimazione esterna. Precisamente, le prime descrivono un criterio di validità; le seconde prescrivono dei criteri di giustizia⁴.

La validez, como criterio legitimador del castigo (de lo que se debe castigar), es meramente descriptivo, mientras que la justicia, como criterio legitimador de la creación del tipo (de lo que se debe prohibir), es eminentemente axiológico o prescriptivo.

En palabras de JEREMY BENTHAM, «si se trata de la descripción de un sistema de leyes positivas, delito es todo aquello que el legislador ha prohibido, sea por buenas o por malas razones; si en lugar de eso se trata de una teoría dispuesta a elaborar las mejores leyes posibles según el principio de utilidad, llamaremos delito a cada acto que se dirija al deber de prohibir la causa de cualquier mal que lo haga nacer o tenga la tendencia de hacerlo nacer.»

De esta manera, creo que la dogmática penal se ha dirigido al estudio y análisis de la legitimidad intrínseca o de la validez de las estructuras normativas y de la adecuación de las mismas a los fenómenos delictivos, mediante un juicio *ex post*, mientras que algún grupo de teóricos de la filosofía del derecho, de la sociología del derecho, de los derechos humanos y del derecho constitucional y, en gran medida teóricos de la Criminología Crítica o Nueva Criminología, son los que se han encargado del estudio bajo la perspectiva de la legitimidad externa o de la justicia en la creación de las estructuras normativas para decidir cuáles conductas antisociales, habrán de alcanzar el *status* de delictivas, mediante un juicio *ex post* del fenómeno social, pero *ex ante* de la creación normativa.

La pregunta de «cuándo castigar?», o lo que es lo mismo, «qué castigar?», referida al principal de los principios que sustentan la respuesta: el principio de «necesidad» o de «ofensividad» del bien jurídico respecto de los «bienes jurídicos fundamentales» y las «prohibiciones mínimas necesarias» son justamente los ejes sobre los que el legislador (y en su caso el ejecutivo en su papel de iniciador de leyes) debe fundar su función de creador de normas⁵.

⁴ *Op. cit.*, p. 367.

⁵ Para MENDOZA, tal planteamiento le corresponde a la penología: «...se ha propiciado la búsqueda de la justificación filosófica y social del derecho de castigar, de la necesidad de la pena misma y su función dentro de la sociedad, búsqueda que ha quedado a cargo de la penología». *Derecho Penitenciario, Op. cit.*, p. 38.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Así, para HASSEMER «La conducta humana solamente puede ser injusto punible si lesiona un bien jurídico»⁶, posición a la que me adhiero si se le agrega la posibilidad de que el bien jurídico también pueda ser puesto en peligro para que la conducta sea punible.

A diferencia de las demás parcelas del derecho —entendido como sistema—, para que se justifique la consecuencia jurídica de la inobservancia normativa, en este caso el «merecimiento de castigo penal de una conducta», el legislador no puede conformarse con «la referencia a la vulneración de una norma ética o divina, antes bien, tiene que demostrar la lesión de un bien jurídico, es decir, tiene que presentar una víctima y mostrar que a la misma le han sido lesionados bienes o intereses»⁷.

Pero no basta la conculcación de cualquier tipo de bienes o intereses del conglomerado social, pues en palabras del mismo autor, «mientras no se haya mostrado con claridad que una determinada conducta humana produce efectos socialmente dañosos, debe quedar libre de amenaza penal», configurándose la figura el *in dubio pro libertate*⁸.

Tales efectos socialmente dañosos son los que permiten calificar a los bienes jurídicos (*in genere*), como *bienes jurídico-penales* y el derecho penal moderno solo puede intervenir, de manera exclusiva, en la tutela de éstos como «garantía fundamental» de los integrantes de la sociedad⁹.

Y precisamente esa necesidad de tutela penal, en el derecho penal moderno se presenta tres *principios garantísticos* convergentes¹⁰ que implican que «la intervención del Derecho penal no resulta proporcionada si no tiene lugar en aras de la protección de las condiciones fundamentales de la vida en común y para evitar ataques especialmente graves dirigidos contra las mismas»:

- 1) El de *proporcionalidad*;
- 2) El de *necesidad*, y
- 3) El de *utilidad de la intervención penal o intervención mínima*.

HASSEMER se refiere a dos principios que «están entre sí en una relación de tensión y se limitan mutuamente»:

- 1) El de *justicia*. Que se corresponde con el merecimiento de pena, y

⁶ HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del derecho penal*, Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero (Tr.), Bosch, Barcelona 1984, p. 37.

⁷ *Ibidem.*, pp. 37 y 38.

⁸ *Ibidem.*, pp. 37 y 39.

⁹ Al respecto, véase SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, J. M. Bosch editor, Barcelona 1992, p. 267, así como MENDOZA BREMAUNTZ, Emma, *Op. cit.*, p. 273: «al reconocerse la importancia de ciertos valores, se les ha inscrito en sistema jurídico penal para una protección especial mediante la disposición de una pena para aquellos caso de desobediencia o violación a la norma protectora».

¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Op. cit.*, p. 267.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

2) El de *utilidad*. Que guarda relación con la necesidad de pena.

En la concepción de HASSEMER, la teoría del bien jurídico se ha transformado en una teoría de la dañosidad social, en la que deben encontrarse presentes ciertas directrices de carácter político criminológico:

- 1) En la teoría y la praxis del derecho penal se han de tomar en cuenta las necesidades e intereses del sistema social;
- 2) No toda lesión de un interés humano (bien jurídico) exige una reacción mediante el derecho penal, sino tan solo aquella que, además, presenta el carácter de socialmente dañosa, es decir, que en sus efectos lesivos va más allá del conflicto entre autor y víctima y del daño individual que esta última sufre, y
- 3) Exige al legislador penal que cuente con conocimientos empíricos y que los aplique en la formulación de las conductas punibles y en la previsión de las consecuencias jurídicas¹¹.

En una comprensión así del bien jurídico, a decir de SILVA SÁNCHEZ, «los procesos de incriminación se encuentra presidida por dos aspectos»:

- 1) La determinación de los bienes jurídicamente protegibles, y
- 2) El principio de fragmentariedad.

Este último es sumamente importante, pues en virtud del primero —el de la determinación de los bienes jurídicamente protegibles¹²— un determinado bien jurídico puede ser sumamente importante para la subsistencia social, pero si no existen datos fácticos que demuestren la existencia de ataques graves que requieran de la tutela penal (principio de fragmentariedad), la regulación punitiva no estará sustentada¹³.

II. LA NECESIDAD DE LA PROTECCIÓN DEL AMBIENTE MEDIANTE EL DERECHO PENAL

¹¹ HASSEMER, Winfried, «Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos», *Pena y Estado*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, Chile 1995, Elena Larrauri (Tr.), p. 38.

¹² Sobre la tutela de bienes jurídicos ver el «Capítulo 2: ¿Cómo protege el derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma» de JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez (Tr.), Civitas, Madrid 2003.

¹³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, *Op. cit.*, p. 286. Resume su postura con la siguiente frase: «..., por muy necesaria que sea la intervención penal en protección de un bien, dicho bien no pasa automáticamente a incluirse en el ámbito de los objetos de protección penal; dicho de otro modo, podría ser necesaria en términos funcionales (aunque inadmisibles) la protección de bienes no fundamentales. La postura doctrinal referida implica, pues, según creo, reunir en uno solo los conceptos de «necesidad de protección penal» y de «merecimiento de protección penal». Uno y otro, sin embargo, responden a lógicas diferentes y, ..., sólo de la síntesis de ambos puede resultar una adecuada delimitación de los objetos penalmente protegibles.», *vid.*, p. 267, n. 369.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Según SILVA SÁNCHEZ¹⁴ el derecho penal tiene tres funciones en el conjunto de la sociedad, como perspectivas empíricas:

- 1) Ético-social;
- 2) Simbólica, y
- 3) Satisfacción de necesidades de psicología social.

1) La función ético-social, también llamada «función configuradora de las costumbres»¹⁵ consiste en una «función informativa desempeñada por las normas penales, al dar cuenta de los bienes que en una sociedad se estiman fundamentales hasta el punto de protegerse penalmente».

Bajo esta perspectiva, la función de la norma —«al menos a la larga»— consiste en la «asunción de los valores que incorporan, su internalización... no se limitan a conseguir (en el grado que sea) una adecuación externa de las conductas de los ciudadanos a lo dispuesto en ellas, sino que provocan (también en el grado que sea) una adhesión interna, configuran las conciencias»¹⁶.

2) La segunda de las funciones, la simbólica, se presenta en todo tipo de normas, no es privativa de las penales.

Esta función implica que «más allá (no solo o a pesar de que no se presente) de la función instrumental, las normas pueden tener eficacia no en la realidad exterior, sino en las mentes de los políticos y de los electores, produciendo una satisfacción de haber hecho algo —en el caso de los primeros— y la impresión de tener el problema bajo control —para los segundos—, lo que provoca que si solo se aplica esta y no la instrumental, a la larga el sistema penal pierde fiabilidad».¹⁷

3) Esta última función, aun cuando no es un objetivo en un sistema penal moderno y democrático, se encuentra presente y no puede desconocerse que es uno de los efectos que la normativa penal produce, pues «mediante el castigo que provoca la aplicación del DP (*scil.*, derecho penal) la función de satisfacción de necesidades de psicología social se refleja en la satisfacción de determinadas necesidades psicológicas de la colectividad», por lo que «la pena cumple con la función de dar

¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, *Op. cit.*, pp. 304 y 305.

¹⁵ Así llamada por Voß en *Symbolische Gesetzgebung*. Citado por SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, *Op. cit.*, p. 300, n. 488.

¹⁶ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, *Op. cit.*, p. 304. En este mismo sentido señala HERNÁNDEZ POZO: «La tipificación de los delitos contra el ambiente, obligatoriamente encaminará el Derecho Ambiental hacia la satisfacción de sus reales objetivos y necesidades y, al mismo tiempo, fomentará una concientización más profunda en lo referente a los daños al entorno. De otra parte, tal promulgación no es indispensable sólo por las razones anunciadas. Es indispensable, así mismo (*sic.*), por su naturaleza que escapa a las normas tradicionales.». *Vid.* HERNÁNDEZ POZO, Israel, Importancia de la protección penal del medio ambiente, año 5, no. 8, 2005, disponible en: «http://www.medioambiente.cu/revistama/8_02.asp». Revisado en 2009-12-23.

¹⁷ *Ídem*.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

satisfacción al instinto de venganza que se siente contra quien ha realizado algo que los demás deseaban hacer, habiendo reprimido tal deseo».¹⁸

Estas funciones: ético-social, simbólica, y de satisfacción de necesidades de psicología social, pueden y deben estar presentes en el derecho penal ambiental, pero, previo a estas funciones que pueden darse en un sistema normativo *ex post*, debemos plantearnos si debe tutelarse al ambiente en sede penal, es decir, mediante un juicio *ex ante*, se debe plantear la pregunta de si es o no es justificable la regulación penal del ambiente.

Debo mencionar que la *función simbólica del derecho penal*, no siempre es bien empleada, pues en ocasiones, más que una mera función más del derecho penal se convierte en la finalidad del mismo, adoptando la figura del *derecho penal simbólico* como forma distinta de presentarse una visión político criminal en razón de grado.

La diferencia conceptual en la segunda de las funciones que SILVA SÁNCHEZ atribuye al derecho penal, esta simbólica, se hace consistir en que los «aspectos simbólicos o retóricos se dan en prácticamente todas las manifestaciones de la legislación penal», siendo lo problemático la «absolutización en disposiciones que, incapaces de cumplir directamente la declarada finalidad de protección de bienes jurídicos (función instrumental), se limitan a desplegar tal efecto que, por ello, resulta elevado a la categoría de «función exclusiva»¹⁹ que busca, como se dijo, producir una satisfacción de haber hecho algo o de tener el problema bajo control.

HASSEMER, por su parte critica la utilización de la norma penal que no busca la «realización instrumental del texto de la ley sino en exigencias pedagógicas excesivas en el Derecho penal», como el caso del «Derecho penal del medio ambiente», que tiene una «pretensión de crear una conciencia ecológica» a través del propio sistema penal²⁰.

Así, tal derecho penal simbólico se encuentra menos orientado a la protección del bien jurídico penal y más orientado a otro tipo de «efectos políticos más amplios, como la satisfacción de una “necesidad de acción”» y, constituye «un fenómeno de la crisis de la política criminal actual orientada a las consecuencias».

Y bajo esa visión, el derecho penal se convierte gradualmente en un «instrumento político flanqueador de bienes jurídicos universales y delitos de peligro abstracto» derivado, en el caso del derecho ambiental, por ejemplo, del imaginario de la «inseguridad global» y de la «sociedad de riesgo»²¹.

¹⁸ *Ibidem.*, p. 307.

¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, *Op. cit.*, p. 305.

²⁰ HASSEMER, Winfried, «Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos», *Op. cit.*, p. 20.

²¹ Dice HASSEMER, «Un derecho penal simbólico con una función de engaño no cumple la tarea de una política criminal y mina la confianza de la población en la administración de justicia.», *Ibidem.*, p. 30.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

En el pensamiento de HASSEMER, el derecho penal del ambiente, como él mismo lo llama, ni siquiera cumple con la finalidad de un derecho penal simbólico. Las razones son las siguientes:

Que ello alivie la presión preventiva, como se pretende, está aún menos claro; ya que precisamente en el ámbito en el cual se dictan delitos de peligro abstracto con particular celo —medio ambiente y tráfico de drogas— las quejas sobre los “déficits en la aplicación” se han convertido en una constante música de acompañamiento²².

No obstante esta «aparente ineficacia» del derecho penal ambiental (como derecho penal simbólico), se sigue sosteniendo la pertinencia de seguir regulándolo²³.

Según PÉREZ DE-GREGORIO CAPELLA, la Resolución del Consejo de Europa 28/1977 sobre *Contribución del Derecho Penal en la protección del Medio Ambiente* de 1978, «constituye el punto de partida y referencia a partir del cual empieza a utilizarse²⁴ el Derecho Penal como instrumento de protección del Medio Ambiente en Europa de forma más sistemática y uniforme». El Comité de Ministros del Consejo de Europa, tras considerar la necesidad de protección del Medio ambiente y de sus elementos, el desarrollo industrial (que implica la creación de importantes fuentes de contaminación) y la utilización del Derecho Penal como *ultima ratio* ante la ineficacia, inadecuación o inaplicabilidad de otras medidas protectoras, singularmente las de carácter administrativo, efectuó ciertas recomendaciones a los Gobiernos de los Estados Miembros.

Fue en la Resolución 1/1990 sobre *protección del Medio Ambiente por el Derecho Penal*, aprobada en la 17ª Conferencia de Ministros Europeos de Justicia, llevada a cabo en Estambul, Turquía, en 1990 en la que se retomó el tema y se actualizaron las recomendaciones de la Resolución 28/1977 (10 y 11).

²² *Ibidem.*, p. 31. Cuando trata la clasificación del derecho penal simbólico, menciona a las *Leyes con carácter de apelación* (moral), ejemplificando, precisamente con el Derecho penal del medio ambiente, que tiene la pretensión de «dotar de conciencia ecológica a las personas que ocupan posiciones relevantes», p. 20.

²³ Véase a BELOFF, Mary, «Lineamientos para una política criminal ecológica», en *Delitos no convencionales*. Julio B.J. Maier (comp.), Editores del Puerto, Buenos Aires, 1994, p. 160, que refiere: «Desde hace más de 20 años, los foros internacionales —políticos y académicos— plantean que la amenaza penal tiene insignificante eficacia y que solo debe acudir a ella como *ultima ratio*. Pero siempre dejan en claro que no es políticamente aconsejable dejar completamente de lado el derecho penal».

²⁴ Aun cuando desde 1979, en el XII Congreso Internacional de Derecho Penal, llevado a cabo en Hamburgo, Alemania, se recomendó la intervención del derecho penal para asegurar la eficacia de las normas no penales, haciendo especial énfasis en la actuación principal del derecho penal en los casos de graves ataques contra el ambiente y en 1990, en el VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre la prevención del delito, llevado a cabo en La Habana, Cuba, se hizo el pronunciamiento respecto de las funciones del derecho penal en la protección de la naturaleza y del ambiente.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Según RUSCONI, «los juristas dedicados al estudio del derecho penal se muestran, a menudo, preocupados por la cuestión de la protección penal del medio ambiente, sus límites y sus posibilidades.»²⁵.

Pero esta preocupación en ocasiones puede desviarse y terminar en políticas públicas lamentables si no se tiene claridad de los postulados y principios que informan al sistema penal y la consecuente política criminológica que habrá de ser adoptada, como apuntan HASSEMER y SILVA SÁNCHEZ.

De no tener claridad de la problemática y de los valores que deben permear las normas penales, se corre el riesgo, como dice BAJO FERNÁNDEZ, de terminar:

...dando un palo de ciego a la problemática cuestión del medio ambiente que debe ser afrontada como venimos repitiendo, para ser eficaz, con una política global que defina objetivos, con fechas a corto, medio y largo plazo y cifras económicas de asignación de medios financieros y de todo tipo, y no sólo con medidas penales. [...], toda la doctrina unánimemente recoge la frase acuñada por Rodríguez Ramos sobre la “huída” hacia el derecho penal, cuando no se sabe cómo resolver un problema y exige la elaboración de una política medio ambiental de carácter administrativo, racional y concreta.²⁶

Así es que debe ponerse en relieve el hecho de que, en términos de argumentación para la justificación de la intervención del derecho penal para la protección del ambiente, existen posturas enfrentadas: las que lo privilegian y, las que lo consideran útil pero como uno de los últimos recursos de los que el Estado debe echar mano en términos político criminológicos.

Dentro de los primeros se encuentra BRAÑES, que adopta una postura de derecho penal mínimo con una perspectiva clara del principio de subsidiariedad que debe permear a las políticas públicas adoptadas por el Estado:

Aunque nadie pone en duda la necesidad de que el derecho penal contribuya a la protección del medio ambiente mediante la criminalización de ciertas conductas, cabe señalar que el desarrollo progresivo del derecho ambiental penal a que se está haciendo referencia ha encontrado algunas objeciones de parte de quienes postula la existencia de un “derecho penal mínimo” en el campo ambiental, es decir, de una política criminal que es contraria a la “inflación” de tipos penales que lamentablemente suele seguir a la incorporación de los mecanismos penales en los

²⁵ RUSCONI, Maximiliano A., «Algunas cuestiones referidas a la técnica legislativa del delito ecológico», en MAIER, Julio B. J. (comp.), *Delitos no convencionales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1994, p.169.

²⁶ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, «Delitos contra el medio ambiente», *Revista de derecho industrial*, España, año 14, número 42, septiembre-diciembre 1992, pp. 938 y 939.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

campos emergentes del derecho y que promueve un derecho ambiental penal “subsidiario” e inserto en mecanismos generales de control social más eficientes.²⁷

Por su parte, MONTEIRO SANSON y STILO son partidarios de la aplicación del derecho penal como herramienta útil para tutelar al ambiente, cuando la educación ambiental preventiva ha fracasado²⁸ y los instrumentos administrativos no resultan idóneos²⁹ a satisfacer la necesidad de tutela ambiental³⁰, incluyendo incluso como argumento, que me resulta artificial, el hecho de que «el proceso penal es mucho más rígido que los demás (*scil.*, sistemas procesales de las otras ramas del derecho), lo que acaba, de cierta forma, favoreciendo al reo, ya sea persona física o ente colectivo»³¹.

Tal argumento se centra en el hecho de que resulta más difícil la aplicación de las sanciones penales que las del derecho administrativo sancionador, pues el derecho de defensa y el principio de contradicción son más respetados y valorados en sede penal, pues nunca se aplica una pena sin la preexistencia de un debido proceso en el

²⁷ BRAÑES BALLESTEROS, Raúl, «El acceso a la justicia ambiental: Derecho ambiental y desarrollo sostenible», en *Derecho ambiental y desarrollo sostenible. El acceso a la justicia ambiental en América Latina*, Memorias del Simposio Judicial realizado en la Ciudad de México del 26 al 28 de enero de 2000, PNUMA, México 2000, pp. 89 y 90.

²⁸ MONTEIRO SANSON, Ana Cristina, *Fundamentos da responsabilidade penal das pessoas jurídicas*, consultable en «<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5656>»; 2004-09-15: «Não parece haver instrumento mais eficaz para a cessação das agressões ambientais do que a lei, uma vez que programas de educação ambiental, de cunho preventivo, venham a mostrar-se ineficazes.»

²⁹ En este sentido, véase a ARENA, Maurizio, «*I delitti contro l'ambiente e il contrasto dell'ecomafia*», *Rivista sul diritto penale d'impresa*, disponible en:

«http://www.reatisocietari.it/index.php?option=com_content&task=view&id=159&Itemid=2», revisado en 2009-12-23, que sostiene: «Tale difficoltà è collegata in particolare, come si è detto, ai mezzi investigativi utilizzabili, alla funzione meramente sanzionatoria del diritto penale ambientale, alla frammentarietà delle singole legislazioni nazionali ed alla scarsa effettività del sistema sanzionatorio.»

³⁰ STILO, Leo, *Tutela penale dell'ambiente: una breve introduzione ad un problema irrisolto*, consultable en «<http://www.ambientediritto.it/dottrina/diritto%20penale%20ambiente/tutela%20penale%20Stilo.htm>»; visitada en 2004-09-15: “Lo strumento amministrativo, infatti, non appare più idoneo a soddisfare il bisogno di tutela proveniente dalla predetta consapevolezza, tanto da richiedere l'intervento dello strumento ultimo dell'ordinamento giuridico, sua extrema ratio: il diritto penale”.

³¹ MONTEIRO SANSON, Ana Cristina, *Fundamentos da responsabilidade penal das pessoas jurídicas*, *Loc. cit.* «O processo penal é muito mais rígido do que os demais, o que acaba, de certa forma, favorecendo o réu, seja ele pessoa natural ou ente coletivo. Princípios que levam à aplicação de normas mais benéficas ao réu também o favorecem. A sanção penal, por conclusão, é muito mais difícil de ser aplicada do que as sanções extrapenais. No processo penal a ampla defesa e o contraditório são muito mais respeitados e valorizados do que em processos administrativos, sendo que nenhuma sanção penal é aplicada sem que tenha havido um devido processo legal com ampla instrução e exaustiva produção de provas. Assim sendo, não há razão para o ente coletivo buscar eximir-se do processo penal, ainda mais porque, como já foi explanado, a tutela penal do meio ambiente configura ultima ratio, considerando o quão lesivas são, para toda a coletividade, as conseqüências advindas de um crime ambiental».

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

que se hayan desahogado exhaustivamente una serie de pruebas, lo cual es cierto, pero deja de observar lo gravoso y costoso que resulta, tanto para el individuo, como para el Estado la sustanciación de un proceso penal que sigue siendo estigmatizante, sea cual fuere el resultado que de él se derive: absolviendo o condenando.

FIJNAUT³² sostiene que existe un planteamiento de la protección ambiental en sede penal como la mejor de las protecciones, sobre todo si se tiene en consideración «que la delincuencia ecológica, vinculada necesariamente con la criminalidad del poder y la economía, no ha sido suficientemente combatida —pese a implicar una de las mayores violaciones a los derechos humanos de tercera generación— aun cuando aparentemente en los últimos años ha recibido la atención de organismos internacionales y grupos ecologistas de importancia.».

En gran medida, el problema puede plantearse, y por ende las soluciones consecuentes al mismo, según se considere que el derecho penal ambiental es un instrumento de política criminológica o como un instrumento de política ambiental. BRAÑES³³, por ejemplo, sostiene esta última visión: el derecho penal ambiental como instrumento de política ambiental que, por consiguiente, deberá ser el último eslabón aplicable de conformidad con el *principio* —aunque no señalado por él— *de progresión del derecho ambiental*.

Una vez superado el problema de la toma de desición política de acudir a la aplicación de derecho penal, se presenta un problema todavía mayor ya referido por FERRAJOLI cuando se pregunta: ¿qué sancionar penalmente?

Esa desición, eminentemente político criminal, se refleja en una pregunta que pone los puntos sobre las íes: ¿porqué sancionar unos hechos y no otros?³⁴, pues el derecho penal es un instrumento que no puede reaccionar igual a problemas diferentes y,

³² FIJNAUT, C., en *Revue Internationale de Droit Penal*, Eres, Tolouse, 1990, p. 299, citado por BELOFF, Mary, «Lineamientos para una política criminal ecológica», *Op. cit.*, p. 151.

³³ *Op. cit.*, p. 97: «Desde hace ya algún tiempo, el derecho penal se ha integrado al arsenal de los instrumentos de la política ambiental, con fórmulas novedosas que buscan un tratamiento penal adecuado a los problemas ambientales.

Estamos en presencia de una de las transformaciones que caracterizan al derecho moderno de fines de este siglo, dentro de un proceso de cambios que, en el caso del derecho ambiental, en una buena medida son impulsadas por demandas que provienen de distintos sectores de la sociedad y que persiguen poner el derecho al servicio de las verdaderas necesidades de la sociedad, de la economía y el medio ambiente.

Estos cambios representan modificaciones importantes en los sistemas de las penas y en el propio proceso penal, que ahora permite al juez, mediante el otorgamiento de atribuciones especiales, participar de manera activa en la protección del medio ambiente en los casos que conoce.».

³⁴ STILO, Leo, *Tutela penale dell'ambiente: una breve introduzione ad un problema irrisolto*, *Loc. cit.*: «Problematica, quindi, è la scelta che il legislatore compie nell'utilizzare lo strumento del diritto penale per sanzionare alcuni fatti e non altri. Questo particolare strumento ha un'altissima precisione nel colpire mali particolarmente gravi, percepiti dalla società come maligni e d'eccezionale virulenza, ma si rivela poco efficace per situazioni non ben definite e generalizzate.».

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

como dice STILO: «no se puede pretender desaguar un océano con un popotito de pocos milímetros de diámetro, pero con el mismo instrumento, utilizado por manos expertas, se puede extirpar un tumor particularmente grave»³⁵.

Pero, incluso la legitimación hacia la sociedad es un punto de ruptura difícil de abordar, pues puede ser que ante un hecho delictivo determinado, aquella responda reprobando tajantemente la conducta delictiva y al delincuente, como en el caso de un incendio forestal o la contaminación masiva de un cuerpo de agua pero, en casos como la posesión de un par de huevos de tortuga marina, el derribo de un solo árbol, la causación de la muerte de un armadillo..., la sociedad no necesariamente reaccionará con un dejo de reproche, es más, en la práctica hemos visto cómo hasta los juzgadores sienten hasta «compasión» por el procesado que debe enfrentar un proceso penal por tales conductas que, a su juicio, «no son relevantes» ni proporcionadas³⁶.

Claro, todo dependerá de cómo es que se entienda la conducta delictiva, sea como un ataque a un ejemplar protegido o, mejor centrado, como la factibilidad de daño no solo al ejemplar, sino al equilibrio ambiental, al hábitat, a la sustentabilidad.

En Panamá, por ejemplo, la exposición de motivos de la «Propuesta de adecuación del proyecto de Ley N° 3/ 2000, “Por el cual se adiciona al Código Penal el Título XIII referente a los delitos contra el ambiente y se adoptan otras disposiciones”», señalaba que:

El Marco Conceptual, sus alcances e implicaciones, fue sometido posteriormente a un proceso de “consulta pública” con distintos agentes y actores privados y públicos relevantes, con la finalidad de validarlo, enriquecerlo, y sobre la base de sus contenidos, recoger durante el proceso de consulta uno de los aportes más importantes de la ciudadanía: la percepción de “*qué es aquello que debe ser penalizado*”, o bien, “*qué conductas son tan graves desde el punto de vista ambiental que ameritarían una sanción penal*”. Esta es una de las cuestiones de fondo para asegurar la eficacia de

³⁵ *Loc. cit.*: «Non si può pretendere di prosciugare un oceano con una cannuccia di pochi millimetri di diametro, ma con lo stesso strumento, utilizzato da mani esperte, si può asportare un tumore particolarmente grave. Il fatto di reato è quindi la descrizione di un singolo e puntuale fatto offensivo che rappresenta normativamente una modalità d'aggressione ad un bene giuridico fondamentale per la coesistenza pacifica della società.

Il legislatore è solo il fabbro delle fattispecie penali perché è la società che infonde nell'opera inerte il soffio della vita alla luce dei propri valori.».

Sobre este particular HASSEMER señala que «...los medios del derecho penal sirven tan solo para algunas pocas situaciones problemáticas.». HASSEMER, Winfried, *Crítica al derecho penal de hoy*, Patricia S. Ziffer (Tr.), Universidad Externado de Colombia, Colombia 1998, Colección de estudios no. 10, p. 61.

³⁶ Esta visión es compartida por BELOFF al señalar que «Parece —sólo parece— estar fuera de discusión la intervención del derecho penal en sentido material en relación a la contaminación de las aguas de un río por parte de una empresa. Sin embargo, ello no está tan claro en relación a otros factores contaminantes como... el efecto invernadero.» BELOFF, Mary, «Lineamientos para una política criminal ecológica», *Op. cit.*, p. 156.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

la futura normativa penal. En caso contrario, se corre el riesgo de contar con un muy buen decálogo de normas penales ambientales, pero las que por estar descontextualizadas de los lineamientos de la Gestión Ambiental y no contar con niveles razonables de aceptación social, corre un alto riesgo de inoperancia.

Algún sector sostiene, y coincide, que el criminal ambiental es percibido por la sociedad como un sujeto aceptado por la misma por «no ofrecer a esta algún peligro aparente»³⁷, por lo que su sanción penal «sorprende a la comunidad, ya que el delito ambiental no siempre es tan chocante como otros tipos penales» que impactan a la sociedad³⁸.

Si en cambio, consideramos la imposibilidad de sobrevivencia del ser humano sin los recursos que ofrece un ambiente equilibrado³⁹, si nos asumimos como «parte relevante de una compleja y delicada cadena biológica y que cualquier daño producido a un elemento de la misma repercute, tarde o temprano, sobre el ecosistema entero determinando graves y terribles consecuencias»⁴⁰, entonces, estará no solo clara, sino justificada la necesidad de la tutela penal del ambiente, pues no habrá de soslayarse, como señala CUESTA AGUADO, que:

La protección penal del medio ambiente no es sólo un problema jurídico sino, más bien, un problema político que plantea importantes problema (*sic*) jurídicos. Es un problema político porque hoy en día la gestión y protección del medio ambiente es

³⁷ Así, PASSOS DE FREITAS, Vladimir y PASSOS DE FREITAS, Gilberto, «*Crimes contra a natureza*», *Revista dos Tribunais*, 7ª ed., São Paulo, 2001, citado por MONTEIRO SANSON, Ana Cristina. *Loc. cit.* «O criminoso ambiental, pessoa natural, é descrito por Vladimir Passos de Freitas e Gilberto Passos de Freitas como um sujeito aceito pela sociedade por não oferecer a esta qualquer perigo aparente.»

³⁸ *Vid.* MONTEIRO SANSON, Ana Cristina, *Fundamentos da responsabilidade penal das pessoas jurídicas*, *Op. cit.*, «Este é um delinqüente a quem a aplicação de sanção penal surpreende a comunidade, já que o crime ambiental nem sempre é tão chocante quanto outros tipos penais, tais como homicídio, roubo, estupro, e outros crimes demasiadamente violentos, que revoltam a sociedade. Não obstante tal entendimento popular, não há, no mundo jurídico, quaisquer questionamentos acerca da possibilidade de responsabilizar-se penalmente a pessoa natural quando esta incide na prática de conduta que caracterize crime ambiental.»

³⁹ *Ibidem*, «Do ponto de vista científico, a motivação decorre da impossibilidade de sobrevivência do ser humano sem que sejam utilizados os recursos disponibilizados pelo meio ambiente ecologicamente equilibrado, os quais vêm tornando-se escassos face à deterioração que a exploração excessiva e inadequada dos mesmos tem provocado.»

⁴⁰ STILO, Leo, *Tutela penale dell'ambiente: una breve introduzione ad un problema irrisolto*, *Loc. cit.*, «Tutti ci sentiamo lesi, offesi, da un delitto perpetrato ai danni della natura che ci circonda e in cui viviamo e svolgiamo la nostra esistenza. La ragione principale di questo comune sentire si ritrova, probabilmente, nel sentimento di appartenenza ad un sistema di relazioni biologiche che ci accomuna agli altri esseri viventi: tutti comparse contingenti in uno scenario naturale da preservare per le future generazioni.

Tutti noi abbiamo compreso di essere parte rilevante di una complessa e delicata catena biologica e che un qualsiasi danno prodotto ad un elemento della stessa si ripercuote, prima o dopo, sull'intero ecosistema determinando gravi e terribili conseguenze. Per questo motivo non si può accettare l'idea di un diritto penale semplicemente diretto a sanzionare violazioni di norme appartenenti ad altre branche del diritto.»

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

uno de los factores que más pueden incidir en los costes de producción, en la generación de empleo y en la distribución de riqueza entre estados.⁴¹

Pero tal concepción del ser humano como parte integrante de un todo al que le repercute cualquier afectación a alguna de sus partes no es la generalidad, más bien se presenta una concepción antropocéntrica en la que «el hombre no se siente parte de la naturaleza sino como una fuerza externa destinada a dominarla o conquistarla para ponerla a su servicio»⁴².

Y, como problema político debe adoptarse una postura que discurra a lo largo de todas las políticas públicas aplicables⁴³, proponiendo el ya señalado *principio de progresión del derecho penal*, al que me referiré adelante, pero como adelanto, sirva la mención de que para regular las conductas desvaliosas al ambiente en sede penal, no debe pasarse por alto que «la protección del ambiente por el sistema normativo requiere de una composición estratificada no solo por lo que se refiere al tipo de conductas a regular, sino por el grado de afectaciones al bien jurídico tutelado y por lo que toca a la reprochabilidad de las conductas por el desacato al sistema normativo».⁴⁴

Esto nos lleva a sostener el principio de gradualidad como un eje rector en la implementación de políticas públicas de corte ambiental y político criminológico ambiental de la siguiente manera:

Todo esto plantea la necesidad de que el legislador no regule únicamente conductas que deben ser sancionadas desde una perspectiva preventiva, sino que deje de regular o por lo menos de sancionar, conductas que reflejan la necesidad precaria de

⁴¹ CUESTA AGUADO, Paz M. de la, *La accesoriadad Administrativa del derecho penal del medio ambiente*, disponible en «<http://inicia.es/de/pazenred/Accesoriadad.htm>», consultada en 2005-11-08.

⁴² Así se pronunció el Tribunal Supremo Español en su sentencia de 30 de noviembre de 1990. Citada por BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, «Delitos contra el medio ambiente», *Revista de derecho industrial*, España, año 14, número 42, septiembre-diciembre 1992, p. 936.

⁴³ Sirva como ejemplo la exposición de motivos de la «Propuesta de adecuación del proyecto de Ley N° 3/ 2000, “Por el cual se adiciona al Código Penal el Título XIII referente a los delitos contra el ambiente y se adoptan otras disposiciones”» de Panamá, disponible: «<http://www.anam.gob.pa/documentos/centerpropuestadeadecuacion.htm>». Revisado en 2005-12-28. En esta se mencionó el principio de integralidad como uno de los que deberían informar al derecho penal ambiental, y que se haría consistir en que: “el derecho penal ambiental debe enmarcarse en un contexto más amplio de instrumentos de gestión ambiental, y por lo mismo debe construirse sobre la base de la aplicación armónica e integrada del conjunto de instrumentos de gestión, en especial en forma coherente con los instrumentos de respuesta jurídica (civil y administrativa). Ello significa que el esfuerzo en lo punitivo debe insertarse en un contexto más amplio.”

⁴⁴ *Vid.* ALVARADO MARTÍNEZ, Israel y CALVILLO DÍAZ, Gabriel, «Aproximación al principio de progresión o proporción en la aplicación de los instrumentos de política ambiental como parte integrante de la política criminológica-ambiental mexicana», *Derecho Ambiental y Ecología*, año 4, número 22, diciembre 2007-enero 2008.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

los miembros de la sociedad por subsistir, pero que plantee también un sistema gradual de regulaciones que permitan no solo ir incluyendo conductas en sistemas normativos más severos, como el derecho penal, sino que además, dentro de estos, presente un subsistema de gradualidad en los tratamientos. Es necesario que se dirija mayor severidad contra quienes cometan conductas más graves, pero también que se presenten excluyentes para los casos de quienes merecen ser sancionados pero no por medios tan drásticos, sino en la medida de sus responsabilidades bajo sistemas complementarios graduales (como son los sistemas administrativo o el civil).

Reconocer que los delincuentes ambientales no son todos iguales, sino que existen grados de consecuencias dañinas en las conductas que despliegan debe tener —y lo tiene— una graduación en la reprochabilidad por parte del Estado bajo el principio de culpabilidad. Por ello, se ha reconocido a nivel normativo que los daños contra el ambiente pueden ser desde levísimos (inclusive ni siquiera daños, sino posibilidades de ellos), hasta muy graves y que las sanciones a quienes los producen deben ir en esa misma proporción, replanteándose incluso la necesidad de adoptar figuras penales como la delincuencia organizada⁴⁵.

Que existan excluyentes de responsabilidad penal en el caso de actividades forestales ejecutadas por campesinos, hasta que existan delitos que admitan hasta dieciséis años de prisión para el caso de servidores públicos con obligaciones especiales de protección del medio ambiente en áreas naturales protegidas o la negativa del derecho de libertad caucional, es la concreción de la gradualidad del derecho ambiental ante la gama abigarrada de conductas que afectan el entorno ecológico.⁴⁶

En este sentido, resulta ilustrativa la mención sobre la adopción de políticas públicas que hace ARENA:

E tuttavia, accanto a tali indifferibili interventi normativi, è indispensabile agire sulle cause sociali ed economiche, e prim'ancora culturali, che hanno determinato quel vuoto occupato dalle organizzazioni criminali: facendo crescere la *cultura* di rispetto per l'ambiente, predisponendo opportuni programmi educativi, pretendendo che le pubbliche amministrazioni si attrezzino per affrontare e risolvere, con interventi strutturali (propri di un approccio autenticamente politico e non meramente gestionale dell'emergenza), l'intero ciclo dello smaltimento dei rifiuti, stimolando efficacemente e premiando le imprese sane ad investire in tecnologie

⁴⁵ Sobre todo en material de tráfico de especies protegidas y madera; deshecho de residuos peligrosos y sólidos, así como la ocupación de predios de relevancia ambiental.

⁴⁶ *Vid.* ALVARADO MARTÍNEZ, Israel y CALVILLO DÍAZ, Gabriel, «Aproximación al principio de progresión o proporción en la aplicación de los instrumentos de política ambiental como parte integrante de la política criminológica-ambiental mexicana», *Op. cit.*

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

ecocompatibili, di contro sanzionando adeguatamente i comportamenti trasgressivi.⁴⁷

Bajo este contexto en el que la tutela del ambiente en sede penal se encuentra justificada, no solo en atención a los principios normativos aludidos, sino por la autonomía, independencia y relevancia del bien jurídico tutelado, deberá tomarse en consideración que el principio de gradualidad deberá entenderse acorde al nuevo régimen penal constitucional, en el que figuras procesales tales como la acción penal privada, el principio de oportunidad, las salidas alternas, el proceso abreviado, la suspensión del proceso a prueba y acuerdos reparatorios, la autocomposición, la composición, el compromiso, la negociación, la mediación, etcétera⁴⁸, deberán ser utilizadas en la construcción de un derecho penal ambiental moderno y respetuoso de una cultura de la legalidad, sin que se pase por alto el que «una legislación penal dirigida al control formal de la conducta antiecológica debe asegurarse excluir las bagatelas, los daños insignificantes, las mismas acciones alejadas del núcleo mismo del ámbito de protección de la norma, y las conductas adecuadas socialmente»⁴⁹.

Por último, se debe decir que la necesidad de tutela penal del ambiente es una política pública nítida y, dan cuenta de ello, no solo la legislación penal (el Código Penal Federal) que contiene un Título específico dedicado a los delitos contra el ambiente, sino que, la propia legislación administrativa ambiental establece como instrumento de política ambiental la criminalización de los ataques al ambiente.

III. LA CUANTIFICACIÓN DE LAS PUNIBILIDADES

El problema de la cuantificación de las punibilidades, íntimamente ligado a los principios de necesidad y proporcionalidad apuntados, representa un serio problema en el diseño normativo punitivo penal en general, sin ser exclusivo del derecho penal ambiental.

Sin embargo, en los delitos ambientales la problemática se agrava por la naturaleza misma de las conductas que se regulan. Piénsese en la conducta de «traficar con

⁴⁷ ARENA, Maurizio, «I delitti contro l'ambiente e il contrasto dell'ecomafia», *Rivista sul diritto penale d'impresa*, disponible en:

«http://www.reatisocietari.it/index.php?option=com_content&task=view&id=159&Itemid=2». Revisado en 2009-12-23.

⁴⁸ Vid. CONSTANTINO RIVERA, Camilo, *Introducción al estudio sistemático del proceso penal acusatorio*, MaGister, 3ª ed., México 2009, especialmente los Capítulos quinto y séptimo, así como BARDALES LAZCANO, Érika, *Guía para el estudio de la reforma penal en México*, MaGister, 2ª ed., México 2009, pp. 115-119.

⁴⁹ RUSCONI, Maximiliano A., «Algunas cuestiones referidas a la técnica legislativa del delito ecológico», *Op. cit.*, p. 185. Sobre algunas medidas alternativas, véase a GONZÁLEZ ASENCIO, Gerardo, «Participación de la Universidad Autónoma Meropolitana», en *Memorias del primer foro nacional sobre procuración de justicia ambiental. Cámara de Diputados*, 1º de julio de 1998, p. 33, «La segunda dificultad reside en que resulta siempre difícil tomar la decisión de iniciar la acción penal por delitos ambientales cuando el infractor ha manifestado previamente su intención de reparar el daño. En muchos países la autoridad persecutoria está facultada para negociar con el inculpado».

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

ejemplares de especies protegidas», ¿cuál es la punibilidad justa que debería ser aplicable?

La pregunta y, la propia figura fenoménica del delito contra el ambiente no reflejan la complejidad. Si, por ejemplo, pensamos en el tráfico de un solo ejemplar, resulta más o menos clara la necesidad de darle un tratamiento distinto al tráfico de varios ejemplares, pero si se plantea en términos concretos, ¿en verdad parece evidentemente más grave el tráfico de cien ejemplares que de uno solo, cuando los cien son escarabajos, por ejemplo, en tanto que el ejemplar unitario es de un tigre de bengala?

Lo mismo sucede en materia de contaminación, ¿debemos atender a la calidad del contaminante, a la cantidad, a la calidad del objeto contaminado, a la superficie de contaminación, a una combinación de todas ellas...?

Prácticamente el sistema por el que se opte, presentará problemas serios, pues si se opta por la redacción casuística, ya se imaginarán los problemas: se deberán indicar, cantidades, especies, ejemplares, calidades de las sustancias, superficies y casi un interminable etcétera, lo que no resulta viable, pero el sistema actual, por lo menos el mexicano, también resulta indeseable, pues la norma sanciona de la misma forma, con la misma punibilidad, al que transporta un ejemplar de mariposa monarca, que al que captura a una ballena azul; o al que verte un costal de sal en un arroyo y al que derrama el contenido de hidrocarburos que transporta un barco cisterna en mar territorial.

Y el tema de la gravedad de las conductas no resulta claro, pues basta con reflexionar sobre qué es más grave, el incendio de un bosque, que se puede plantar, aunque con costos elevadísimos, o la captura de un ejemplar de un oso panda, que se encuentra en peligro de extinción. Porque en el primer caso, no solo se destruyen los árboles del bosque, se privan de la vida ejemplares de flora y fauna silvestre, se contamina la atmósfera, se deja de captar bióxido de carbono, se deja de producir oxígeno, ya no se fija nitrógeno al suelo, se erosiona éste; pero la falta de un ejemplar de panda pone en peligro la estabilidad de la especie.

No se puede caer en verdades de Perogrullo, emanadas de quienes quizá conozcan cómo opera el sistema penal, pero desconocen las particularidades de la materia ambiental⁵⁰, que sostienen que «si considera que la conducta es grave, dará una punibilidad mayor que si la conducta es considerada menos peligrosa, en cuyo caso la punibilidad será de menor magnitud». ¡Una verdadera joya!

⁵⁰ La frase de ZEPEDA es la siguiente: «La conducta invasora podría ser calificada, de acuerdo a la punibilidad, de la siguiente manera: *si considera que la conducta es grave, dará una punibilidad mayor que si la conducta es considerada menos peligrosa, en cuyo caso la punibilidad será de menor magnitud*». Véase a ZEPEDA RÍOS, Quintino, «Invasores a zonas de reserva ecológica y de uso agrícola», en *Memorias del primer foro nacional sobre procuración de justicia ambiental. Cámara de Diputados*, 1° de julio de 1998, p. 137.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Más allá de tal ocurrencia, el derecho presenta problemas incluso para determinar el alcance de la palabra «grave», así, el *Protocolo I*⁵¹ en el art. 35.3 prohíbe el «empleo de métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural», en tanto que el art. 55 señala que «en la realización de la guerra se velará por la protección del medio ambiente natural contra daños extensos, duraderos y graves. Esta protección incluye la prohibición de emplear métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar o de los que quepa prever que causen tales daños al medio ambiente natural, comprometiendo así la salud o la supervivencia de la población», quedando prohibidos «los ataques contra el medio ambiente natural como represalias».

El análisis debe centrarse en el concepto de «grave», pues el art. 11.4 regula como infracción grave «toda acción u omisión deliberada que ponga gravemente en peligro la salud o la integridad física o mental de toda persona en poder de una Parte distinta de aquella de la que depende, sea que viole cualquiera de las prohibiciones señaladas en los párrafos 1 y 2, sea que no cumpla las exigencias prescritas en el párrafo 3».

Por su parte, la convención *EnMod* [Convención sobre la Prohibición de usos militares o cualquier otro uso hostil de las Técnicas de modificación ambiental, conocida como Convención *EnMod* (*Environmental Modification*)⁵² por sus siglas en inglés], regula en el art. I, 1.1 que «cada Estado Parte se compromete a no participar en operaciones militares o cualquier otro uso hostil de técnicas de modificación ambiental que tengan efectos vastos, duraderos o graves, como medios de destrucción, daño o lesión a cualquier otro Estado Parte», entendiéndose por grave, según el inciso (c) del «entendimiento relativo al artículo I» la «presencia de graves o importantes trastornos o daños a la vida humana, los recursos naturales y económicos u otros activos».

Situaciones ambas, que no esclarecen la problemática denunciada.

Fuentes Consultadas

ALVARADO MARTÍNEZ, Israel y CALVILLO DÍAZ, Gabriel, «Aproximación al principio de progresión o proporción en la aplicación de los instrumentos de política ambiental como parte integrante de la política criminológica-ambiental mexicana», *Derecho Ambiental y Ecología*, año 4, número 22, diciembre 2007-enero 2008.

ARENA, Maurizio, «*I delitti contro l'ambiente e il contrasto dell'ecomafia*», *Rivista sul diritto penale d'impresa*, disponible en

⁵¹ *Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)*, de 8 de junio de 1977.

⁵² *Convention on the Prohibition of Military or Any Other Hostile Use of Environmental Modification Techniques*.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

- «http://www.reatisocietari.it/index.php?option=com_content&task=view&id=159&Itemid=2», revisado en 2009-12-23.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, «Delitos contra el medio ambiente», *Revista de derecho industrial*, España, año 14, número 42, septiembre-diciembre 1992.
- BARDALES LAZCANO, Érika, *Guía para el estudio de la reforma penal en México*, MaGister, 2ª ed., México 2009, pp. 115-119.
- BELOFF, Mary, «Lineamientos para una política criminal ecológica», en *Delitos no convencionales*. Julio B.J. Maier (comp.), Editores del Puerto, Buenos Aires, 1994.
- BRAÑES BALLESTEROS, Raúl, «El acceso a la justicia ambiental: Derecho ambiental y desarrollo sostenible», en *Derecho ambiental y desarrollo sostenible. El acceso a la justicia ambiental en América Latina*, Memorias del Simposio Judicial realizado en la Ciudad de México del 26 al 28 de enero de 2000, PNUMA, México 2000.
- CONGRESO DE PANAMÁ, «Propuesta de adecuación del proyecto de Ley N° 3/ 2000, “Por el cual se adiciona al Código Penal el Título XIII referente a los delitos contra el ambiente y se adoptan otras disposiciones” de Panamá», disponible en «<http://www.anam.gob.pa/documentos/centerpropuestadeadecuacion.htm>», revisado en 2005-12-28.
- CONSTANTINO RIVERA, Camilo, *Introducción al estudio sistemático del proceso penal acusatorio*, MaGister, 3ª ed., México 2009.
- CUESTA AGUADO, Paz M. de la, *La accesoriedad Administrativa del derecho penal del medio ambiente*, disponible en «<http://inicia.es/de/pazenred/Accesoriedad.htm>», consultada en 2005-11-08.
- FERRAJOLI, Luigi, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 6ª. ed., Bari 2000.
- FIJNAUT, C., en *Revue Internationale de Droit Penal*, Eres, Toulouse, 1990.
- GONZÁLEZ ASECIO, Gerardo, «Participación de la Universidad Autónoma Meropolitana», en *Memorias del primer foro nacional sobre procuración de justicia ambiental. Cámara de Diputados*, 1º de julio de 1998.
- HASSEMER, Winfried, «Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos», Elena Larrauri (Tr.), *Pena y Estado*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, Chile 1995.
- *Crítica al derecho penal de hoy*, Patricia S. Ziffer (Tr.), Universidad Externado de Colombia, Colombia 1998, Colección de estudios no. 10.
- HERNÁNDEZ POZO, Israel, *Importancia de la protección penal del medio ambiente*, año 5, no. 8, 2005, disponible en «http://www.medioambiente.cu/revistama/8_02.asp», revisado en 2009-12-23.
- JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez (Tr.), Civitas, Madrid 2003.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

- MENDOZA BREMAUNTZ, Emma, *Derecho Penitenciario*, Mc Graw Hill, México 1999.
- MONTEIRO SANSON, Ana Cristina, *Fundamentos da responsabilidade penal das pessoas jurídicas*, consultable en «<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5656>»; consultado en 2004-09-15.
- PASSOS DE FREITAS, Vladimir y PASSOS DE FREITAS, Gilberto, «*Crimes contra a natureza*», *Revista dos Tribunais*, 7^a ed., São Paulo, 2001.
- RUSCONI, Maximiliano A., «Algunas cuestiones referidas a la técnica legislativa del delito ecológico», en MAIER, Julio B. J. (comp.), *Delitos no convencionales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1994.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, J. M. Bosch editor, Barcelona 1992.
- STILO, Leo, *Tutela penale dell'ambiente: una breve introduzione ad un problema irrisolto*, consultable en «<http://www.ambientediritto.it/dottrina/diritto%20penale%20ambiente/tutela%20penale%20Stilo.htm>»; visitada en 2004-09-15.
- ZEPEDA RÍOS, Quintino, «Invasores a zonas de reserva ecológica y de uso agrícola», en *Memorias del primer foro nacional sobre procuración de justicia ambiental. Cámara de Diputados*, S.N.E.
- Convention on the Prohibition of Military or Any Other Hostile Use of Environmental Modification Techniques.*
- Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)*, de 8 de junio de 1977.
- VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre la prevención del delito, La Habana, Cuba 1990.
- XII Congreso Internacional de Derecho Penal, Hamburgo, Alemania 1979.