«SOSTENIBILIDAD Y DERECHO PENAL: REPENSANDO LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE»

Claudia C. Barrilari (CCB)

Doctora en Derecho Penal por la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo
Postdoctorado por la Universidad de Salamanca
Profesora universitaria y abogada penalista en Brasil

Regina H. Fonseca Fortes-Furtado (RHFFF)

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Penal de la Universidad de Oviedo
Acreditada como Profesora Contratada Doctora

RHFFF: En el Capítulo Tercero, que trata de los principios rectores de la política social y económica, el artículo 45 de la Constitución Española establece que «todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo», y en su apartado segundo que «los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva». Finalmente, en el apartado tercero se prevé que «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». No ofrece dudas que en el artículo 45 CE encuentra acogida la creciente preocupación ecológica presente en nuestras sociedades y por eso su incorporación constitucional es imprescindible para, como ha dicho el Tribunal Constitucional español, «hacer frente a los fenómenos de degradación y a las amenazas de todo género que pueden comprometer la supervivencia del patrimonio natural, de las especies y, en último término, afectar negativamente a la propia calidad de vida» de las personas (STC 233/2015, que menciona las SSTC 64/1982, de 4 de noviembre y 102/1995, de 26 de junio). El Estado de bienestar postindustrial a partir de los 90 del siglo pasado deriva a un Estado social de bienestar por la incorporación de la inversión social a su modelo. Algunos autores señalan la necesidad de incorporarle a este último modelo la protección del medio ambiente hacia un Estado Ambiental de bienestar. ¿Cómo regula la Constitución Federal de Brasil la protección del medio ambiente? ¿Qué diferencias hay con relación a la Constitución Española?

CCB: De hecho, parece absolutamente acertado señalar la necesidad de esta transición hacia un Estado Ambiental de bienestar para ampliar la protección ambiental ante la crisis climática que atravesamos, marcada, según los expertos, por un riesgo global, acumulativo, intergeneracional y potencialmente irreversible. Si el modelo clásico del Estado de Bienestar se diseñó para abordar las desigualdades sociales, el modelo estatal contemporáneo aborda riesgos económicos y financieros complejos. Sin embargo, la crisis ambiental requiere una nueva perspectiva, y resulta fundamental destacar la importancia de la protección ambiental como eje rector de la propia actividad económica.

Esta situación indica que se necesita un cambio efectivo para lograr una protección adecuada, especialmente porque lo que estamos observando es que la protección ambiental, tal como se prevé normativamente, no ha sido suficiente para lograr una protección efectiva al medio ambiente. De lo contrario, no estaríamos experimentando esta amenaza climática, no estaríamos viviendo este período de inseguridad ambiental, lo cual me parece evidente, no solo en los debates políticos y económicos, sino principalmente en los cambios climáticos que están afectando a la humanidad en su conjunto.

Esto es evidente en la Península Ibérica, por ejemplo. El problema ambiental es latente, con cambios en los patrones de lluvia, inundaciones fluviales que comprometen las fuentes de agua en el invierno. Por otro lado, en verano, grandes incendios como los de 2025 devastaron las regiones de Castilla y Extremadura, llegando incluso a Portugal. En Brasil, el cambio climático también se siente, con lluvias torrenciales, ciudades inundadas y cambios extremos que impactan la vida de las personas y generan impactos económicos y políticos. Brasil es un país de dimensiones continentales, por lo que los cambios climáticos se sienten desde el estado de Amazonas hasta Rio Grande do Sul, de norte a sur. Este escenario, en mi opinión, demuestra la necesidad de buscar una protección más eficaz que la actual.

La protección contenida en el artículo 45 de la Constitución Española establece el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado junto con el deber de conservarlo; es decir, establece una protección ambiental basada tanto en derechos como en deberes, lo cual es muy similar a la disposición del artículo 225 de la Constitución Brasileña, que establece que toda persona tiene derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, como bien común y esencial para una vida sana, e impone no solo a los poderes públicos, sino también a la comunidad, el deber de preservarlo para las generaciones presentes y futuras. Al comparar las disposiciones de ambas Constituciones, ambas parecen ir en la misma dirección, ya que combinan la acción de los poderes públicos para proteger y mejorar la calidad de vida con el establecimiento de responsabilidades y sanciones, además de partir de cláusulas antropocéntricas.

En mi opinión, la principal diferencia entre ambos sistemas radica en que España, en virtud de la política regulatoria de la Unión Europea, está sujeta a las directivas de la Unión Europea que, por su propia naturaleza, sirven para armonizar las diferentes legislaciones de los países miembros. Más allá de eso, me parece que pueden servir de orientación o aportación para una modificación global del

tratamiento normativo de las cuestiones ambientales. Desde el momento en que se comprometen a mejorar la legislación ambiental, esto no solo se aplica a España, Italia, Francia, Portugal o, de hecho, a los países de la Unión Europea. Esto podría tener el potencial, incluso a largo plazo, de generar cambios en otras legislaciones. Por lo tanto, considero que es este el camino a seguir: la modificación del sistema normativo a un sistema global, a partir de lo que se denomina «efecto Bruselas». Y si llegamos a ese punto, el sistema global podría ser consecuencia de las influencias promovidas por las directivas de la Unión Europea, lo que llevaría a la pérdida de hegemonía de políticas supranacionales altamente «americanizadas», como la ONU.

RHFFF: Brasil es un país pionero en la introducción de la responsabilidad penal de la persona jurídica por delitos contra el medio ambiente a través de la Ley de Crímenes Ambientales (Ley Federal 9.605, de 12 de febrero de 1998) cumpliendo con el mandato constitucional de criminalización de delitos contra el medio ambiente. ¿Cómo funciona la protección penal del medioambiente en Brasil en relación a las personas jurídicas y qué podría mejorar en ambos países?

Lamentablemente, hablar de la responsabilidad penal de la persona jurídica en Brasil supone describir un panorama caracterizado más por carencias que por una protección efectiva. Existe una marcada disonancia entre lo que hay en otros ordenamientos en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas y lo que prevé la legislación brasileña.

El artículo 3.º de la Ley n.º 9.605/1998 determina que las personas jurídicas serán responsables administrativa, civil y penalmente en los términos de dicha Ley, en aquellos supuestos en que la infracción sea cometida por decisión de su representante legal o contractual, o del órgano colegiado, en interés o beneficio de la sociedad. Asimismo, se establece que la responsabilidad de la persona jurídica no excluye la de las personas físicas, autoras, coautoras o partícipes del mismo hecho.

La ley vuelve a referirse a la persona jurídica en los artículos 21 a 24, donde determina las penas aplicables. Sin embargo, se observa la ausencia total de disposiciones relativas al proceso penal. No se establecen reglas procesales ni un procedimiento propio como en España, ni se especifican las garantías procesales aplicables a la persona jurídica. Desde su entrada en vigor se debatió cuál sería el sistema de imputación adecuado ante este silencio normativo. La doctrina y la jurisprudencia terminaron por resolver esta cuestión, consolidando el entendimiento de que la acusación debía dirigirse tanto contra la persona física como contra la persona jurídica. El elemento subjetivo de la persona jurídica quedaba condicionado a la identificación de la persona física que hubiese ejecutado la conducta.

La dificultad para determinar el sistema más adecuado de imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica, cuestión que en España dio lugar a intensos debates doctrinales en torno al modelo autónomo o vicarial de atribución, fue construido en Brasil esencialmente a partir de decisiones jurisprudenciales. Estas consolidaron la tesis de que la responsabilidad de la persona jurídica dependía de la identificación y responsabilización de la persona física que hubiese actuado en

nombre y en beneficio de la empresa. No obstante, dicho entendimiento fue posteriormente alterado a raíz de una decisión paradigmática del Supremo Tribunal Federal en 2013, carente de respaldo legal expreso y fuertemente influida por la incorporación de programas de *compliance*, aunque no ocurrieran en el ámbito del medio ambiente, sino en el de la corrupción.

A pesar de que la tutela del medio ambiente posee rango constitucional conforme al artículo 225 de la Constitución Federal y de que Brasil es Estado parte del Protocolo de San Salvador, adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que obliga a promover la protección ambiental en el marco de los derechos humanos, persiste la falta de medidas concretas por parte del Gobierno brasileño. Se advierte un escenario disfuncional en materia de políticas públicas ambientales, caracterizado por omisiones en el ejercicio del poder de policía administrativa, deficiencias en las acciones gubernamentales de protección ambiental y una intensa politización de la cuestión, especialmente en lo relativo al agronegocio. En los últimos años, la política ambiental brasileña se ha convertido en objeto de disputa de los partidos políticos. Se han producido retrocesos regulatorios en aspectos relevantes de la tutela ambiental, además de cierta ambigüedad en la conducción de dicha política.

Cabe recordar que el denominado «estado de cosas inconstitucional» en materia ambiental fue mencionado por el magistrado Luís Roberto Barroso del Supremo Tribunal Federal brasileño, en el recurso constitucional la ADPF 708/20, relativo al no cumplimiento de una norma constitucional fundamental por parte del Gobierno en relación con la no ejecución del Fondo del Clima, creado en 2009 para financiar proyectos y estudios sobre cambio climático. El Supremo Tribunal Federal reconoció la omisión del Gobierno brasileño y ordenó la reactivación del Fondo, que se encontraba prácticamente paralizado. Esta decisión fue ampliamente celebrada por evidenciar una postura activa del Poder Judicial en la afirmación de que la política de protección ambiental posee fundamento constitucional y exige una gestión adecuada por parte del Ejecutivo.

Lo cierto es que se requieren respuestas urgentes, no solo porque la Amazonía constituye patrimonio nacional y patrimonio natural de la humanidad, sino porque la reducción de la deforestación es una cuestión global de primer orden y un compromiso asumido por Brasil en foros internacionales.

RHFFF: La Unión Europea está discutiendo directivas relacionadas con la sostenibilidad y el medio ambiente, y con lo que se denomina ESG - Environmental, Social and Governance. ¿Qué cambios se pueden esperar y cómo evalúa usted el panorama europeo?

En cuanto a las directrices de la Unión Europea en materia de sostenibilidad y ESG (*Environmental, Social and Governance*), se está produciendo una profunda reformulación estructural que refuerza la exigencia de que las grandes empresas prioricen las cuestiones ambientales y sociales. Se observa una transición desde un modelo basado en pautas voluntaristas (*soft law*), centrado en la ética empresarial

y la promoción de valores corporativos, hacia un modelo de carácter vinculante (*hard law*). El escenario regulatorio europeo evoluciona hacia la exigencia no solo de transparencia informativa, sino de asunción de responsabilidades sustantivas por los impactos derivados de la actividad empresarial y por la falta de adopción de medidas internas de mitigación de riesgos.

Si en un primer momento la autorregulación regulada y los programas de *compliance* incidieron en la configuración de la responsabilidad de la persona jurídica mediante la auto implantación de mecanismos internos de control del riesgo, actualmente se advierte una ampliación del concepto mismo de riesgo empresarial para incluir riesgos sociales y ambientales. La empresa deja de tener como parámetro exclusivo el lucro y pasa a considerar intereses sociales, como la preservación del medio ambiente. Esta evolución conduce a un segundo estadio de la autorregulación y a una concepción más moderna de la empresa y de la gobernanza corporativa. El profesor Adán Nieto Martín, de la Universidad de Castilla-La Mancha, ha denominado este fenómeno de «cumplimiento 2.0».

Asimismo, el sistema europeo incorpora mecanismos de *disclosure* ambiental, esto es, la obligación de comunicación y publicación por parte de las empresas de informes relativos a las medidas de sostenibilidad adoptadas en el marco de su responsabilidad social corporativa. Se trata de un ámbito regulatorio que parece consolidarse en la Unión Europea lo cual despierta un enorme interés porque puede constituir no solo un vector normativo, sino también un instrumento orientador para la implementación de programas de *compliance* más eficaces.

RHFFF: Considerando los desafíos derivados de la actuación transnacional de las empresas y las asimetrías regulatorias entre distintos países, especialmente en supuestos de graves violaciones ambientales, ¿cómo valora usted la efectividad de la responsabilidad penal de las empresas en ese contexto?

Creo que el siguiente tema importante en cuanto a la responsabilidad penal corporativa es quizás considerar un marco regulatorio que permita a las empresas rendir cuentas por todas sus operaciones, independientemente del país en el que operen. Esto evitaría que las empresas se aprovechen del principio de territorialidad, por ejemplo, y opten por conductas menos cuidadosas o asuman mayores riesgos en países con regulaciones más débiles o sistemas judiciales más disfuncionales. El objetivo es evitar que las empresas, especialmente las corporaciones transnacionales, seleccionen estratégicamente entornos regulatorios más convenientes desde el punto de vista del control y la sanción, o sea, que elijan ubicaciones más convenientes, en términos de estar sujetas a pocos controles y sanciones más bajas. Esta cuestión, además de resaltar la necesidad de un marco internacional vinculante para las corporaciones transnacionales por violaciones que causan daños ambientales graves, también plantea la necesidad de que este marco regulatorio internacional incluya la rendición de cuentas directa de las empresas. No hay duda de que el delito de ecocidio plantea la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

RHFFF: Usted acaba de finalizar el pasado año un post doctorado en Salamanca sobre la responsabilidad de la persona jurídica y los influjos de las directivas de sustentabilidad y de debida diligencia. ¿Cómo usted analiza el Paquete Ómnibus recién aprobado por el Parlamento Europeo?

En cuanto al denominado Paquete Ómnibus aprobado por el Parlamento Europeo, puede interpretarse como el resultado de una tensión entre la consolidación de un régimen vinculante de sostenibilidad y la tendencia a flexibilizar las obligaciones empresariales, dejándolas en la caja de la voluntariedad. Aunque se ha presentado como una simplificación orientada a agilizar los requisitos de información en materia de sostenibilidad y diligencia debida, cabe considerarlo un retroceso normativo que evidencia la influencia del mercado sobre la regulación.

Entre las decisiones más significativas se encuentra la supresión de la obligación de elaborar un plan de transición climática destinado a mitigar el cambio climático, prevista en el artículo 22 de la Directiva sobre diligencia debida y alineada con los objetivos del Acuerdo de París. La implementación por parte de las grandes empresas de un plan de transición para la mitigación del cambio climático tenía como finalidad establecer estrategias orientadas al cumplimiento de los objetivos climáticos del Acuerdo de París, habiendo sido posteriormente suprimida por el denominado Paquete Ómnibus.

El fortalecimiento efectivo del deber de diligencia por parte de los Estados miembros puede constituir una estrategia para contrarrestar los efectos del Paquete Ómnibus. Es necesario un esfuerzo significativo por parte de los Estados miembros en la efectivización del deber de diligencia como mecanismo de refuerzo de las políticas de protección del medio ambiente, en los términos previstos en la Directiva 1203/24. Sin embargo, la cuestión central radica en determinar si existirá voluntad política suficiente para garantizar su aplicación rigurosa y efectiva, o no.

RHFFF. Finalmente, como buena conocedora del mundo jurídico universitario brasileño y español, ¿qué cree que puede aportar cada uno de estos sistemas al otro en orden a mejorar tanto la docencia como la investigación en el ámbito del Derecho?

Para mejorar la investigación universitaria y académica, especialmente en el campo del Derecho penal económico, considero importante ir más allá de los enfoques exclusivamente dogmáticos. Es necesario combinar la investigación empírica que proporcione datos concretos y fácticos para analizar la eficacia o ineficacia de la normativa vigente. El uso de la investigación empírica para analizar las deficiencias en la aplicación de la ley y evaluar el impacto real de los programas de cumplimiento, por ejemplo, puede ser una forma de promover normas más eficaces para la protección ambiental, así como servir de guía para los organismos de supervisión. En este escenario, la criminología verde o *green criminology* puede desempeñar un papel estratégico en la construcción de una visión ecocéntrica del Derecho penal, contribuyendo al desarrollo de leyes y políticas públicas más eficaces destinadas a hacer realidad los principios constitucionales de protección ambiental.