

IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (Coord.)

LA PROTECCIÓN DEL MEDIOAMBIENTE Y LAS POLÍTICAS DE DESARROLLO EN LA AMAZONIA BRASILEÑA



Ediciones Universidad
Salamanca

LA PROTECCIÓN DEL MEDIOAMBIENTE
Y LAS POLÍTICAS DE DESARROLLO
EN LA AMAZONIA BRASILEÑA

IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (Coord.)

LA PROTECCIÓN DEL MEDIOAMBIENTE
Y LAS POLÍTICAS DE DESARROLLO
EN LA AMAZONIA BRASILEÑA



Ediciones Universidad
Salamanca

BIBLIOTECA BRASIL, 8

© Ediciones Universidad de Salamanca
y los autores

Motivo de cubierta:

Fotografía de: Tiago Caramuru

Elisa Tavares Duarte y Esther Gambi Giménez (Eds.)
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre (Coord.)

1ª edición: junio, 2025

ISBN: 978-84-1311-979-3 (impreso)

ISBN: 978-84-1311-980-9 (PDF)

ISBN: 978-84-1311-981-6 (ePub)

DOI: <https://doi.org/10.14201/oBR008>

Depósito legal: S 209-2024

Ediciones Universidad de Salamanca
Plaza San Benito s/n
E-37002 Salamanca (España)
<http://www.eusal.es>
eusal@usal.es

Hecho en UE-Made in EU

Maquetación y realización:
Cícero, S.L.U.

Tel.: +34 923 12 32 26
37007 Salamanca (España)

Impresión y encuadernación:
Nueva Graficesa S.L.
Salamanca (España)

Todos los derechos reservados.

Ni la totalidad ni parte de este libro
puede reproducirse sin permiso escrito de
Ediciones Universidad de Salamanca.



CEP. Servicio de Bibliotecas

La PROTECCIÓN del medio ambiente y las políticas de desarrollo en la Amazonia brasileña /
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre (coord.).—1ª edición: junio, 2025.—Salamanca : Ediciones
Universidad de Salamanca, [2025]
334 páginas.—(Biblioteca Brasil ; 8)

Textos en portugués y español, abstracts en portugués, español e inglés

DL S 209-2024.—ISBN 978-84-1311-979-3 (impreso).—ISBN 978-84-1311-980-9 (PDF).—ISBN 978-84-
1311-981-6 (ePub)

DOI: <https://doi.org/10.14.201/oBR008>

1. Medio ambiente-Protección-Amazonía brasileña (Brasil). 2. Medio ambiente-Derecho-Dispo-
siciones penales. I. Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, editor.

504(292.88)

349.6

Índice

La protección de la Amazonia: un reto para el Derecho penal internacional	
Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE.....	9
Pensadores e pesquisadores da Amazônia	
Jacques MARCOVITCH.....	17
Amazônia: diversidades e desafios	
Adalberto LUIS VAL	27
Terras indígenas na Amazônia: demarcações, ameaças e relevância	
Camila LOUREIRO DIAS	39
Desenvolvimento planejado? O destino da Amazônia frente aos investimentos na sua modernização	
Maria Dolores LIMA DA SILVA	55
O direito à Amazônia e seus serviços ecossistêmicos	
João MEIRELLES FILHO & Flavia WITKOWSKI FRANGETTO	73
Políticas socioambientais da Amazônia até o governo Bolsonaro: o papel da sociedade civil	
Raimunda N. MONTEIRO & Mauro OLIVEIRA PIRES	99
Puntos de inflexión y para la reflexión en la respuesta penal a la protección del medio ambiente	
Nuria Pilar MATELLANES RODRÍGUEZ.....	121

El Derecho internacional ante el reto amazónico	
Ana MANERO SALVADOR	141
Aspectos institucionais da governança da Amazônia brasileira	
Pedro B. A. DALLARI	151
La cuestión amazónica y el delito de ecocidio	
Eduardo SAAD-DINIZ.....	161
Delitos medioambientales y responsabilidad penal de las personas jurídicas: el daño ambiental en la Amazonia	
Laura ZÚÑIGA RODRÍGUEZ.....	171
Justicia empresarial restaurativa y víctimas corporativas	
Adán NIETO MARTÍN	185
O papel do setor privado na proteção ambiental da Amazônia	
Marina MONTES BASTOS.....	223
Tutela penal internacional de la Amazonia frente a las industrias extractivas: delitos y sanciones corporativas	
Alejandro L. DE PABLO SERRANO	237
Derechos humanos, <i>compliance</i> e industrias extractivas en América Latina	
Dino Carlos CARO CORIA	255
El objetivo de un desarrollo económico sostenible en la Amazonia: el <i>criminal compliance</i> medioambiental	
Juan Carlos FERRÉ OLIVÉ	279
La corrupción en el ámbito ambiental y la importancia de <i>compliance</i> : el caso de la Amazonia	
Paula Andrea RAMÍREZ BARBOSA.....	301
Direito penal ambiental, <i>compliance</i> e ESG: interlocuções a partir do panorama da Amazônia brasileira	
Rodrigo FUZIGER	319

LA PROTECCIÓN DE LA AMAZONIA: UN RETO PARA EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

*A proteção da Amazônia:
um desafio para o Direito penal internacional*

The protection of the Amazon:
a challenge for international criminal law

IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE
Universidad de Salamanca (USAL, España)

A GLOBALIZAÇÃO é uma das características da nossa época e apresenta diferentes facetas que, progressivamente, aumentam em número e importância. Não faz muito tempo, Ulrich Beck (2008), em uma monografia repleta de sugestões, aprofundava no que qualificava como riscos globais e apontava, com o risco econômico e o terrorismo internacional, o risco ambiental.

O direito ao meio ambiente, como consequência da evolução do modelo de Estado, é reconhecido em muitos textos constitucionais a partir da década de 1970. Paralelamente, como uma das consequências desse reconhecimento, o meio ambiente, com outros bens jurídicos coletivos, passou a ter proteção penal em muitas legislações nacionais frente aos ataques de maior gravidade. O chamado novo Direito penal, assentado em bens jurídicos coletivos, além do seu significado político-criminal, abre uma série importante de problemas

na relação do Direito penal com outras áreas do ordenamento jurídico, especialmente com o Direito Administrativo sancionador, e com o conteúdo de uma dogmática construída sobre o Direito penal dos códigos do século XIX, orientada à tutela de bens jurídicos individuais.

Rapidamente, a reflexão sobre as primeiras grandes catástrofes ambientais, consequências de riscos produzidos pela mão do homem, destacou a necessidade de uma política criminal de caráter global, manifestação clara da internacionalização das nossas sociedades. Entre essas primeiras manifestações das atuações do homem com efeitos negativos sobre o meio ambiente, está o uso do conhecido como “agente laranja” na Guerra do Vietnã, que provocou desmatamentos que persistem até hoje.

Para conscientizar-se de forma coletiva da necessidade de proteger o meio ambiente torna-se obrigatória a referência à Conferência de Estocolmo que, em 1972, entre os princípios acordados estabeleceu:

Os recursos naturais da terra incluídos o ar, a água, a terra, a flora e a fauna e especialmente amostras representativas dos ecossistemas naturais devem ser preservados em benefício das gerações presentes e futuras, mediante uma cuidadosa planificação ou ordenamento (ONU, 1973, p. 4, tradução livre).

Este ponto de partida em direção à internacionalização da proteção do meio ambiente foi reforçado pela constatação do aquecimento global e da inegável questão climática. Parece ser cada vez mais claro que a passividade diante de fatos cientificamente demonstrados conduz ao suicídio coletivo de tornar o planeta inabitável.

Mas, a necessidade em se adotar políticas que enfrentem preventivamente o controle do risco global ambiental colide com os interesses econômicos de grandes empresas e de Estados, plasmados em errôneas políticas desenvolvimentos de curto prazo. Também é importante considerar que o dano ao meio ambiente, em suas manifestações de maior importância, traz consigo que seus efeitos vão além das fronteiras, mesmo que a ação que se quer evitar aconteça no território de um determinado país. Portanto, a diferença entre o bem jurídico protegido, global, e o objeto no qual se plasma, nacional, adquire aqui pleno sentido.

Nesse contexto, a resposta penal aos riscos globais conduz à sua consideração no âmbito do Direito penal internacional. Nesse sentido, um importante setor da doutrina penal propugna que os ataques mais importantes ao meio ambiente e à ordem econômica internacional foram delitos incluídos no Estatuto de Roma e em um Convênio que abrisse a possibilidade de seu julgamento por uma Corte Internacional. O argumento chave nesta linha é o caráter global da titularidade do bem jurídico.

Qualquer reflexão sobre o meio ambiente como bem jurídico de necessária proteção deve ter presente que, como a incidência negativa da ação do homem sobre ele pode ser de diferente intensidade, estamos, portanto, diante de um bem jurídico, cujo dano é mensurável, que necessariamente deve ser traduzido em uma política criminal que se plasme em uma resposta de diferente intensidade.

A proteção da Amazônia é o símbolo mais emblemático para indicar o conteúdo das políticas ambientais, pois se trata do mais extenso bioma do planeta, com uma enorme biodiversidade em bens naturais.

A proteção do bioma amazônico tem um especial valor simbólico e uma inquestionável transcendência a nível internacional. A Amazônia não se limita ao Brasil, que é onde, sem dúvida, tem maior extensão, mas também está na Bolívia, Peru, Equador, Colômbia, Venezuela, Suriname, Guiana Francesa e a Guiana Inglesa.

A Amazônia é também um lugar onde a tensão entre políticas econômicas e ambientais tem uma elevada incidência sobre as populações originárias, incluídos os ribeirinhos e quilombolas, e sem ignorar tampouco suas consequências nas grandes concentrações urbanas da região: Manaus, Belém e Santarém, em grande medida filhas da época da exploração da borracha.

O estudo da Amazônia tem que considerar a presença de muitos fatores que condicionam a resposta penal e que não são de fácil solução e, por isso, oferecemos esta obra. O leitor encontrará aqui os textos resultantes das palestras apresentadas no Seminário Internacional “Reflexões políticas e jurídicas sobre a proteção do meio ambiente e as políticas de desenvolvimento na Amazônia”, que aconteceu em modalidade virtual entre 4 de maio e 1º de junho de 2021.

Os artigos que trazemos à continuação abordam muitos dos problemas enumerados aqui, e buscam aprofundar na proteção ao meio ambiente e nos problemas políticos e econômicos vinculados a eles. Os autores e autoras são acadêmicos de universidades espanholas, brasileiras e colombianas. A pluralidade de origens pretende ser expressão dessa globalização do meio ambiente e de suas consequências. Isto é, a proteção do meio ambiente na Amazônia não é um tema que somente do interesse ou da responsabilidade do Brasil, mas sim um objeto que deveria interessar-nos a todos e que todos deveríamos estar implicados.

O Centro de Estudos Brasileiros da Universidade de Salamanca, fundado há mais de duas décadas, tem hoje como um de seus objetivos estudar a realidade amazônica. Como diretor do Centro não posso deixar de mencionar, em primeiro lugar, a Jacques Marcovitch, incansável pesquisador da Amazônia e colaborador desse centro, colaborador decisivo em muitas das nossas ações

sobre a Amazônia, junto a João Meirelles, diretor do Instituto Peabiru (Belém, Pará, Brasil) presente em projetos atuais e futuros. Eles abriram e encerraram com suas conferências o Seminário, que dá origem a esta obra.

Finalmente, também meu reconhecimento pelo trabalho e compromisso com o Seminário e com esta obra aos integrantes da equipe que dá vida a este Centro, que com sua existência plasma a histórica relação da Universidade de Salamanca com a América e com o mundo luso, a Esther Gambi, Elisa Duarte e Vicente Justo, a eles, como sempre, meu agradecimento.

Salamanca, março de 2022.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BECK, U. (2008). *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida*. Traducción Carbó, Barcelona: Paidós Ibérica.
- ONU (1973). *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano. Estocolmo, 5-16 de junio de 1972*. Nueva York: Naciones Unidas. Recuperado em 31 de janeiro de 2021 de <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N73/039/07/PDF/N7303907.pdf?OpenElement>.

LA PROTECCIÓN DE LA AMAZONIA: UN RETO PARA EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

*A proteção da Amazônia:
um desafio para Direito penal internacional*

The protection of the Amazon:
a challenge for international criminal law

IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE
Universidad de Salamanca (USAL, España)

LA GLOBALIZACIÓN, uno de los rasgos de nuestra época, presenta distintas caras, que progresivamente aumentan en número e importancia. No hace mucho, Ulrich Beck (2008), en una monografía llena de sugerencias, profundizaba en los que calificaba como riesgos globales y señalaba, junto al riesgo económico y el terrorismo internacional, el riesgo medioambiental.

El derecho al medio ambiente, como consecuencia de la evolución del modelo de Estado, es reconocido en muchos textos constitucionales a partir de la década de los setenta del pasado siglo. Paralelamente, como una de las consecuencias de este reconocimiento, el medio ambiente, junto a otros bienes jurídicos colectivos, pasó a tener protección penal en muchas legislaciones nacionales frente a los ataques de mayor entidad. El denominado nuevo Derecho penal, asentado sobre bienes jurídicos colectivos, además de su significado político criminal, abre una importante serie de problemas, tanto en la relación del Derecho penal con otras ramas del ordenamiento jurídico,

muy especialmente con el Derecho Administrativo sancionador, como en el contenido de una dogmática construida sobre el Derecho penal de los códigos decimonónicos orientada a la tutela de bienes jurídicos individuales.

Pronto, la reflexión sobre las primeras grandes catástrofes ambientales provocadas por la mano del hombre puso de relieve la necesidad de una política criminal de carácter global, claro reflejo de la internacionalización de nuestras sociedades. Entre estas primeras manifestaciones de actuaciones del hombre con efectos negativos sobre el medio ambiente, está el uso del conocido como «factor naranja» en la guerra de Vietnam, que ocasionó deforestaciones que llegan hasta nuestros días.

En esta toma de conciencia colectiva de la necesidad de proteger el medio ambiente es obligada la referencia a la Conferencia de Estocolmo que, en 1972, entre los principios acordados estableció:

Los recursos naturales de la Tierra, incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante una cuidadosa planificación u ordenación, según convenga (ONU, 1973, p. 4).

Este punto de partida hacia una internacionalización de la protección del medio ambiente se ha visto dramáticamente reforzada por la constatación del calentamiento global y del innegable cambio climático. Parece cada vez más claro que la pasividad frente a hechos científicamente constatables conduce al suicidio colectivo de hacer inhabitable el planeta.

Pero la necesidad de adoptar políticas que afronten preventivamente el control del riesgo global medioambiental colisiona con los intereses económicos de grandes empresas y de Estados, plasmados en erróneas políticas desarrollistas a corto plazo.

También hay que tener presente que el menoscabo del medio ambiente, en sus manifestaciones de mayor importancia, trae consigo que sus efectos vayan por encima de las fronteras, aunque la concreta acción que quiere evitarse se desarrolle en el territorio de un determinado país. Por tanto, la diferencia entre el bien jurídico protegido, global, y el objeto en el que se plasma, nacional, adquiere aquí pleno sentido.

En este marco la respuesta penal frente a los riesgos globales conduce a una consideración de los mismos dentro del Derecho penal internacional. En este sentido, un importante sector de la doctrina penal propugna que los ataques más importantes al medio ambiente y al orden económico internacional sean delitos incluibles en el Estatuto de Roma o en un Convenio que abra la

posibilidad de su enjuiciamiento por una Corte Internacional. El argumento clave en esta línea es el carácter global de la titularidad del bien jurídico.

Cualquier reflexión sobre el medio ambiente como bien jurídico de necesaria protección debe tener presente que, como la incidencia negativa de la acción del hombre sobre el mismo puede ser de distinta intensidad, estamos por tanto ante un bien jurídico cuyo menoscabo es mensurable, lo que necesariamente tiene que traducirse en una política criminal que se plasme en una respuesta de distinta intensidad.

La protección de la Amazonia es el símbolo más emblemático para señalar el contenido de las políticas medioambientales, pues se trata del más extenso bioma del planeta, con una apabullante biodiversidad y vastos recursos hídricos.

La protección del Bioma Amazónico tiene un especial valor simbólico y una innegable trascendencia a nivel internacional. La Amazonia no se limita a Brasil, que es donde indudablemente tiene una mayor extensión, también está en Bolivia, Perú, Ecuador, Colombia, Venezuela, Surinam, la Guayana francesa y la Guayana inglesa.

La Amazonia es también un lugar donde la tensión entre políticas económicas y medioambientales tiene una elevada incidencia sobre las poblaciones originarias, sin ignorar tampoco sus consecuencias en las grandes concentraciones urbanas de la región: Manaus, Belém o Santarém, en gran medida hijas de la época del caucho amazónico.

El estudio de la Amazonia debe tener en cuenta la presencia de múltiples factores que condicionan la respuesta penal y que no son de fácil solución, lo que lleva al contenido de las páginas de este volumen. Aquí el lector podrá encontrar las ponencias presentadas en el Seminario Internacional «Reflexiones políticas y jurídicas sobre la protección del medio ambiente y las políticas de desarrollo en la Amazonia», que tuvo lugar –en formato virtual– entre el 4 de mayo y el 1 de junio de 2021.

Las páginas que siguen abordan muchos de los problemas que he ido enumerando y aspiran a profundizar en la protección del medio ambiente y en los problemas políticos y económicos que a ellos se vinculan. Los autores son todos académicos de universidades españolas, brasileñas o colombianas. La pluralidad de orígenes pretende ser expresión de esa globalización del medio ambiente y de sus consecuencias. Esto es, la protección del medio ambiente en la Amazonia no es un tema que solo sea de interés o responsabilidad de los brasileños, es un objetivo que nos debe interesar a todos y en el que todos deberíamos implicarnos.

El Centro de Estudios Brasileños de la Universidad de Salamanca, fundado hace ya más de dos décadas, tiene hoy como uno de sus signos de identidad

el estudio de la realidad amazónica. Como director del Centro no puedo dejar de mencionar, en primer lugar, a Jacques Marcovich, infatigable estudioso del Amazonas y colaborador de este Centro. Sin él no hubieran sido posibles muchas de nuestras acciones sobre el Amazonas y, junto a él, a João Meirelles, director del Instituto Peabiru (Belém, Pará, Brasil) presente en proyectos actuales y futuros. Ellos abrieron y cerraron con sus conferencias este Seminario.

Cómo no, detrás del Seminario y de este volumen, está la actividad y el compromiso de los integrantes del equipo que da vida a este Centro que con su existencia plasma la histórica relación de la Universidad de Salamanca con América y con el mundo luso. Me refiero a Esther Gambi, Elisa Duarte y Vicente Justo, a ellos como siempre mi agradecimiento.

Salamanca, marzo de 2022.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BECK, U. (2008). *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida*. Traducción de R. S. Carbó, Barcelona: Paidós Ibérica.
- ONU (1973). *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano. Estocolmo, 5-16 de junio de 1972*. Nueva York: Naciones Unidas. Recuperado el 31/01/2021, de <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N73/039/07/PDF/N7303907.pdf?OpenElement>.

PENSADORES E PESQUISADORES DA AMAZÔNIA

Pensadores e investigadores de la Amazonia

Amazon thinkers and researchers

JACQUES MARCOVITCH

Universidade de São Paulo (USP, Brasil)

RESUMO

Este artigo contém breves perfis e uma síntese das ideias e propostas formuladas por personalidades que se tornaram históricas em decorrência de seus estudos relacionados com a Amazônia brasileira em várias épocas e circunstâncias. Nos limites de um ensaio, descortina-se esta região imensa, complexa, quase indecifrável nas amstras de tentativas relevantes para interpretá-la.

Palavras-chave: Biodiversidade; cadeias de valor; ciência; desmatamento; extrativismo; valor.

RESUMEN

Este artículo incluye breves perfiles y una síntesis de las ideas y propuestas formuladas por personalidades que devinieron en históricas como resultado de sus estudios sobre la Amazonia brasileña en varias épocas y circunstancias. En los límites impuestos por un ensayo, se descubre una región inmensa, compleja, casi indecifráble en los ejemplos de tentativas relevantes para interpretarla.

Palabras clave: Biodiversidad; cadenas de valor; ciencia; deforestación; extractivismo; valor.

ABSTRACT

This article contains brief profiles and a synthesis of the ideas and proposals formulated by personalities who have become historic as a result of their studies related to the Brazilian Amazon in various eras and circumstances. Within the limits of an essay, this immense and complex region almost indecipherable in the samples of relevant attempts to interpret it is unveiled.

Keywords: Biodiversity; value chains; science; deforestation; extractivism; value.

1. CONTEXTO: RELAÇÕES INTERNACIONAIS E CRISE SOCIAL

A MAZÔNIA É HOJE UMA PREOCUPAÇÃO TRANSNACIONAL. Não haveria surpresa se outros países decidissem, como a Noruega e a Alemanha, cooperar em práticas de monitoramento florestal, recuperação de áreas degradadas e questões hídricas ou energéticas. A este esforço poderiam se associar, caso convocadas, ONGs, universidades estaduais e federais e movimentos da sociedade civil.

Em 2020, somando-se as áreas de queimadas na Amazônia e no Cerrado do Mato Grosso, chega-se a um espantoso total de 8,5 milhões de hectares. Isso corresponde a 50 vezes o tamanho da cidade de São Paulo. Em 2015, na Conferência Mundial do Clima, o Brasil assumiu o compromisso de restaurar 12 milhões de hectares devastados. Os governos estaduais das áreas atingidas poderão engajar-se neste processo de florestamento com um possível apoio internacional, sem qualquer contrapartida que não seja a restauração.

De modo geral, o discurso do governo brasileiro sobre a Amazônia antes da COP 26, lembrava o nacionalismo primário que via na cooperação internacional perigosa ameaça à soberania nacional. Pior que o discurso, as práticas na Amazônia sinalizam ainda o avesso das premissas desenhadas em Washington, Beijing e Bruxelas. No quadro atual, conviria uma positiva busca de alinhamento com a visão inovadora dos nossos parceiros comerciais na outra América, Europa e Ásia.

A crise sanitária escancarou a penúria social. Manaus, capital do estado quase homônimo do coletivo que nomeia a região, é um retrato da economia não sustentável. A Zona Franca foi impotente para evitar uma exclusão que hoje afeta 80% dos seus habitantes. Hoje, o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) da Amazônia é o mais baixo do país. Atrair indústrias não basta. A prioridade é manter a floresta em pé. O desenvolvimento, nas palavras do pioneiro amazonense Samuel Benchimol, deve ser “ecologicamente adequado, economicamente viável e socialmente justo” (Benchimol, 1977, p. 210).

A região Norte vivencia uma problemática social maior do que a existente na região Nordeste do Brasil. E aqui avulta o paradoxo de que, nas vizinhanças da floresta, ou dentro dela, onde residem as imensas potencialidades representadas pelas águas fartas, jazidas minerais de grandes proporções e riquíssima biodiversidade, mora uma gente sem benefícios mínimos para a vida civilizada.

A questão social na Amazônia é algo complexo, incluindo por vezes em sua análise o que se chamariam de “pegadinhas” na linguagem vulgar. Por exemplo, a relação desmatamento-IDH pode até refletir algum bem-estar coletivo transitório em municípios alcançados pelo desmate. Tal dado é observado no estudo “Boom-and-Bust Development Patterns Across the Amazon Deforestation Frontier”, publicado pela revista *Science* e liderado pela pesquisadora Ana Rodrigues, que confirmou trabalhos anteriores do Imazon. Configurou-se mais uma vez o ciclo *boom*-declínio. Durante o desmate, as comunidades próximas vivem uma fase de relativa prosperidade, com melhoramentos que fazem subir o IDH. Quando os devastadores deixam essas áreas, que apresentam já o solo empobrecido, e buscam outras áreas mais favoráveis às suas atividades, todo o crescimento experimentado começa a declinar. Fica bastante claro que a floresta em pé ou o seu manejo adequado constituem os únicos cenários capazes de gerar um desenvolvimento sustentável. A melhoria de curta duração raramente deixa benefícios permanentes, como a instalação de redes de esgoto.

São básicos os investimentos relativos à ocupação do solo urbano, saneamento básico, gerenciamento do lixo e geração de renda, fatores determinantes para que milhões de pessoas permaneçam em habitações insalubres nas cidades ou vilas do interior e até mesmo nas áreas metropolitanas. A inexistência de coleta e tratamento do esgoto nas residências ocasiona a internação anual de setecentos mil brasileiros em hospitais públicos. Em nenhuma outra área do país a infância carente enfrenta maiores perigos sanitários. Embora um conjunto de elementos tenha convergido para a melhora dos índices de mortalidade infantil entre 2001 e 2006, ainda não se conhece um plano específico em relação ao saneamento básico. As políticas públicas, mesmo evoluindo, não lograram erradicar tão grave problema, que é, certamente, um retrato sombrio da Amazônia e seu desafio mais distante de uma resposta satisfatória.

Diante da extensão e diversidade da região Norte do Brasil, este texto é uma reverência aos pensadores e pesquisadores da Amazônia brasileira. São incontáveis os cientistas que lidam ou lidaram com a Amazônia, e seria injusto fazer uma seleção dos melhores, contemplando apenas três nomes. O que se

fez aqui não teve como critério único a excelência dos homenageados, que foi real, mas não decisiva. Os nomes de Bertha Becker, Samuel Benchimol e Ab'Sáber foram escolhidos por seu valor, mas também porque o autor do artigo teve a oportunidade de trabalhar mais de perto com alguns deles e com outros, por meio de leituras a respeito de sua marcante trajetória.

2. DO NORDESTE PARA O NORTE

Em 1905, no auge de sua glorificação, Euclides da Cunha teve súbita e luminosa epifania. Escreveria outro monumento literário sobre uma região ainda carente, na época, de estudos abrangentes e com a mesma grandeza de *Os sertões*. Tinha em mente explicar a Amazônia e seus mistérios. Como anteriormente iniciara sua obra-prima com reportagens, decidiu viajar até as cercanias da grande floresta e lá produzir ensaios, que seriam exercícios preliminares da maior obra de sua vida. Há quem diga que o livro não saiu porque o autor faleceu logo depois. Até o título, inspirado na obra do poeta inglês John Milton, já escolhera: *Um paraíso perdido*. Não se conhece, porém, qualquer movimento mais assertivo de Euclides na direção de uma obra ciclópica.

Seus ensaios e cartas da época esboçaram um retrato do homem e da terra visitada. Foram estudados, em parte, o contexto seringueiro e a exploração da mão de obra nordestina, que lá chegou tangida pelas secas de 1879, 1889 e 1900, em busca do ouro e do látex. Uma frase de Cunha é categórica sobre o que os governos fizeram para estimular essas fugas de legiões de brasileiros do seu lugar de origem: “Expatriar dentro da pátria”. Assim definia algo que foi recorrente no desenrolar dos eventos ali ocorridos. Mais tarde, seria também com o trabalho dos retirantes que a ditadura militar, nos anos 1970, abriria a Transamazônica de triste memória. Depois de visitar Belém e Manaus, impressionado com os sinais de progresso, Euclides pensou que dali emergiriam benefícios da civilização: “Sanear, urbanizar, educar”.

Nesses ensaios, como nas páginas de *Os sertões*, nosso personagem surpreende pelas grandes intuições já expostas por Gilberto Freyre em sua obra inaugural. Ele passeia, com o desembaraço dos gênios, pelos caminhos adivinhados da geografia e da sociologia, e novamente crava um diagnóstico em frase solta que vale por um tratado: “Amazônia, uma terra sem história”. Outro pensamento, de certa forma tentando a dimensão do livro que tinha em mente, supunha aquela floresta uma última página do Gênesis a ser escrita. De fato, mais de um século depois desta referência épica, é possível repetir que o imensurável bioma é também uma etapa inconclusa da história do Brasil.

3. BERTHA BECKER: A CIENTISTA DA AMAZÔNIA

Deixemos os séculos XIX e XX e adentremos no século XXI, onde encontramos a pesquisadora Bertha Becker, falecida em 2013. Ela vislumbrou um futuro que ainda não alcançamos. Tão intensa foi a sua produção sobre a região que, no meio acadêmico, era referida como “a cientista da Amazônia”. Bertha sempre disse que era necessário atribuir valor à floresta, visando situá-la na disputa com as *commodities*. Para tanto, impunha-se no local uma verdadeira guinada científico-tecnológica. Em sua percepção, havia precedentes para isso, como a revolução que descobriu petróleo em águas profundas, outra na Mata Atlântica, transformando a cana-de-açúcar em etanol e mais uma no Cerrado, com a extraordinária expansão do cultivo da soja. Faltava, dizia ela, a revolução amazônica, envolvendo todos os níveis da floresta, desde os fármacos aos extratos e até uma agregação de valor aos resultados obtidos pelas comunidades tradicionais organizadas em cadeias produtivas.

Em 2011, Bertha foi uma das entrevistadas para o livro *A gestão da Amazônia*. Ela destacou a necessidade de dotar a região com centros de pesquisas focados no seu imenso capital natural. Além de centros voltados à inovação, propôs a implantação de laboratórios da floresta junto às próprias comunidades. Com referência às cadeias produtivas, ela observou que a mobilidade social dos produtores familiares e médios é freada por um acesso limitado ao mercado. Os entraves institucionais levam a uma assimetria nas informações, que inibe a sustentabilidade das parcerias produtivas construídas a partir da floresta. Parcerias que ambicionam gerar emprego, renda e condições de vidas dignas para os habitantes da Amazônia.

Nessa sua entrevista, Bertha Becker afirma:

As cadeias tecnoprodutivas deveriam ser construídas a partir do âmago da floresta – hoje desprotegida em termos econômicos e estratégicos –, agregando valor com base em novas técnicas a cada segmento da cadeia, de modo a inserir a população extrativista no mercado e lhes garantir condições de vida dignas. Cadeias tecnoprodutivas regionais devem ser completas, revertendo o padrão histórico da exploração dos recursos regionais em cadeias curtas, em que as etapas finais, mais lucrativas, situam-se fora da região (Marcovitch, 2011, p. 223).

No que se refere à infraestrutura de Ciência, Tecnologia e Inovação, Bertha Becker observa:

A atração de cientistas dá-se, suponho, por duas razões maiores. A primeira é a paixão pela temática que está sendo investigada; a segunda é pela remuneração. Certamente o peso de uma e outra razão varia muito entre os cientistas. A questão da remuneração há que ser resolvida pelo governo

– federal e estadual. O estado do Amazonas tem demonstrado iniciativas inovadoras nesse sentido, e a União deve rever suas regras. Quanto à paixão, é possível apostar na atração que a Amazônia desperta para múltiplos campos científicos, estimulando a migração de cientistas inclusive do exterior (Marcovitch, 2011, p. 228).

Bertha Becker enfatizou a importância de se debruçar sobre as dinâmicas sociais para elaborar políticas públicas e delinear sua governança. A sua contribuição levou à compreensão das forças que condicionam a territorialidade. Forças que incluem movimentos sociais, comunidades indígenas e grandes corporações. Defendeu que, partindo da cultura e dos valores locais, torna-se possível conceber e implementar projetos e programas inovadores que induzem a elevação da qualidade de vida e o bem-estar das famílias engajadas nas cadeias produtivas.

4. SAMUEL BENCHIMOL: PESQUISADOR E EMPREENDEDOR

Samuel Benchimol começou uma ambiciosa pesquisa de campo sobre a migração nordestina em direção à Amazônia. Deu-lhe, em 1942, o título de *O cearense na Amazônia*. Naquele contexto, havia um novo sopro de prosperidade na região, decorrente de acordo Brasil-Estados Unidos, em consequência da ocupação da Malásia pelas tropas japonesas, durante a Segunda Guerra Mundial. A excelência da tese ganhou ressonância internacional. Em 1946, Samuel obteve uma bolsa para pós-graduação nos Estados Unidos. Com o mestrado e o doutorado, acumulava a docência na Faculdade de Direito e a atividade empresarial que marcou a sua vida. Sua experiência consta da trilogia *Pioneiros & Empreendedores* (vol. 3). Trata-se neste ensaio apenas do seu percurso como intelectual e estudioso da Amazônia, documentado em vasta e reconhecida obra.

O livro *Amazônia – Um pouco-antes e além-depois*, lançado em 1977, com mais de mil páginas, reproduz textos diversos desse produtivo e sempre honesto pensador. Retrata, entre muitas páginas de conteúdo inquestionável, algumas convicções passageiras e equivocadas, o que ele mesmo reconheceu em um dos prefácios:

O leitor notará, por certo, muitas vezes, contrastes e contradições nos textos. Também os vejo, e os deixo, porque é inerente ao homem que amadurece repassar problemas, reciclar enfoques, na medida em que eventos e mudanças exigem novas angulações e posicionamentos. Afinal, a inteligência nada mais é do que a adaptação contínua a situações novas (Benchimol, 1977, p. 326).

O traço dominante é a interpretação certa de quem conviveu diretamente com o meio e extraiu do conjunto dos fatos as bases de sua obra:

O mundo amazônico não poderá ficar isolado ou alheio ao desenvolvimento brasileiro e internacional, porém ele terá que se autossustentar em quatro parâmetros e paradigmas fundamentais: economicamente viável, ecologicamente adequado, politicamente equilibrado e socialmente justo (Benchimol, 1977, p. 336).

Fixemo-nos aqui na associação, presente em seus estudos, do desmatamento com a pecuária na Amazônia. Essa interação negativa, hoje corrente na literatura ambiental, já era notada por ele em 1970. É interessante observar que Samuel via de forma indulgente, e com razão, o desmate moderado, naquele tempo, de pequenos sitiantes que acomodavam mínimos rebanhos e cuidavam de uma lavoura de subsistência. Lembra ele os rudimentares instrumentos agrícolas como serras de mão e machados. O fogo limitava-se ao varzeado, que é sabidamente mais fértil e de fácil recomposição. Porém, Samuel não mede palavras para condenar os grandes exploradores da mata ou mesmo os supostos “agentes do progresso” em 1973.

O autor reitera, em vários trechos, os efeitos nefastos dos incentivos fiscais do sistema 751/69, que resultara na invasão da Amazônia por ambiciosos projetos empresariais e pecuários do Sudeste. Ressalta o papel devastador das grandes “fazendas” que se aproveitaram do baixo preço das terras e do baixo custo das operações com recursos dedutíveis do Imposto de Renda:

Não se fez, naquela altura, nenhuma salvaguarda ecológica; fez-se contrariamente o desmatamento florestal intensivo e não discriminado, até que o problema fosse suscitado e as grandes clareiras abertas pelo fogo viessem a ser detectadas pelos satélites artificiais (Benchimol, 1977, pp. 389-393).

A voz de Samuel Benchimol, bem como a de outros pensadores (poucos em seu tempo), não foi ouvida. A realidade, hoje, confirma todas as suas previsões. Entre estudiosos e ambientalistas já ficou claro que passa de 70% o volume de árvores tombadas para dar lugar a pastagem de gado. Dos milhões de hectares desmatados no território amazônico, a pecuária ocupa 90%. Racionalmente, não há por que desmatar para criar gado. Este é, claramente, um dos problemas na gestão do uso do solo que é ocupado majoritariamente pelo governo. Problema, como já foi dito, agravado pelo financiamento ofertado aos pecuaristas por fonte oficial de crédito.

Quando, algum dia, estas práticas forem abolidas por um governo efetivamente empenhado na substituição, em definitivo, da pecuária extensiva por outra de natureza intensiva em todos os pastos existentes, as teses de Samuel Benchimol serão lembradas por seu conteúdo corajoso e sábio. Soaram, em 1970, como sinais de alerta, infelizmente ignorados.

5. AZIZ AB'SÁBER: DA GEOMORFOLOGIA AO PROJETO FLORAM

O pensador que encerra este artigo, Aziz Nacib Ab'Sáber, está com os pés dentro da floresta e os olhos postos em seus problemas contemporâneos. O geógrafo Aziz exorbita positivamente os domínios da ciência geográfica e nos proporciona, como Euclides, uma coletânea de ensaios. Mas, diferentemente dele, consumou uma obra-prima sobre a região: *Amazônia, do discurso à práxis*. Na obra, editada em 1996, estão as bases de quase tudo o que hoje se discute sobre a Amazônia: por exemplo, o zoneamento ecológico-econômico e as políticas que orientaram a sua ocupação, além do quadro social existente e seus inúmeros sofrimentos. Ele desenha, com extraordinário acerto, uma ética ecológica indispensável em todas as ações futuras.

Hoje, sendo Aziz o geomorfologista brasileiro mais respeitado em todo o mundo, podemos apontá-lo também como um agudíssimo *leitor do Brasil*. Não apenas leitor e intérprete de sua complexa natureza, que inclui o Nordeste seco, a Amazônia, o Cerrado e o Planalto das Araucárias, mas um analista atento dos nossos problemas socioeconômicos. O introdutor, entre nós, do conceito de “geografia humanista”, defendido por Antoine Bailly. A ideia que permeia a obra de Bailly coloca sempre o homem como centro das atenções, qualquer que seja a problemática geográfica em análise. A geografia humanista, segundo o autor, convida o geógrafo a explicar suas próprias atitudes, sua vida, seus sentimentos, integrando-se voluntariamente no universo de estudo. Sabemos todos que o professor Aziz Ab'Sáber sempre teve esta conduta ao longo de sua exitosa carreira científica.

Na elaboração do Projeto Floram, este brasileiro crítico e sábio se empenhava em construir uma ponte entre a universidade e os empresários. Ele fomentou um diálogo sempre difícil, mas não necessariamente condenado à inviabilidade. Numa entrevista concedida à revista *Ciência Hoje*, ele observa:

O Projeto Floram me deu acesso a áreas que estavam mais ou menos bloqueadas para debates. Os empresários não vinham a universidade porque a consideravam um antro da esquerda festiva e temiam que, ao revelar seus projetos, nós os combatêssemos. Através do Projeto Floram, eles passaram a ter informações que desconheciam e a receber conselhos impensados. Os contatos têm sido muito úteis para associar desenvolvimento com proteção ecológica. Muitos empresários aprenderam a respeitar a universidade e a aceitar, em tese, nossas propostas (Weingril & Costa, 1992, p. 54).

A respeito do Projeto Floram, a presença do professor Aziz Ab'Sáber foi decisiva para que o programa alcançasse a dimensão científica e o prestígio internacional que veio a conquistar. Todos os que nele trabalharam, no âmbito do Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, compartilham desta opinião. Deste Professor Emérito podemos dizer o mesmo

que ele próprio disse do seu mestre Pierre Monbeig, um dos fundadores da Universidade de São Paulo: de modo permanente e espontâneo é capaz de “refletir em voz alta, através de mensagens e conselhos do maior bom senso imaginável, dirigidos a seus alunos, colegas ou eventuais visitantes culturais” (Ab’Sáber, 1994, p. 224).

Aziz sempre falou de coisas que parecem novas e publicadas nos jornais da manhã. Tristemente novas porque, ditas há muitos anos, condenam um velho e pernicioso modelo. Já houve tempo, duas décadas atrás, em que o desmatamento foi tão reduzido que o julgamos, esperançosos, sem hipótese de retrocesso. Mas, a devastação voltou com força em 2020 e de forma tão brutal que, hoje, parece haveremos regredido a 1970. Naquele tempo, governantes proclamavam, para assombro do mundo civilizado, que um país subdesenvolvido não podia dar-se ao luxo de investir na limpeza do meio ambiente. Este mesmo bordão voltou, em 2020, na voz do ex-ministro Ricardo Salles, substituído por outro de igual perfil.

As palavras de Aziz Ab’Sáber muitas vezes foram ditas de improviso – o que revela ao leitor a força mental do entrevistado. Detalhando aspectos factuais do que estava a expor, ele acrescenta considerações técnicas com a veemência de quem trata de temas apaixonantes. Quem o conheceu percebe, na leitura de seus textos, o eco de uma entoação característica. De algum modo, os tópicos de sua escrita fazem parte da história do nosso país. E soam ainda mais atuais no tempo em que vivemos, quando a devastação parece transformada em política oficial na grande floresta. Fico a refletir sobre a indignação deste grande humanista em face da devastação incessante da região a que ele dedicou grande parte de suas horas de trabalho.

Aziz Ab’Sáber encerra este ensaio, escrito com a merecida reverência aos personagens escolhidos. A Amazônia, e aqui repito Euclides da Cunha, é uma página inconclusa na história do Brasil. Cabe-nos, ainda nesta primeira metade do século XXI, a superação dos riscos que ameaçam uma região estratégica para o nosso continente e para a humanidade.

6. UM OLHAR PARA O FUTURO

Concluído este artigo, chegou a notícia da partida de outro pensador, o biólogo Tom Lovejoy. Pesquisador com destacada contribuição para o estudo do Bioma Amazônia, ele formou centenas de pesquisadores e estudiosos dedicados ao desenvolvimento sustentável. Em entrevista concedida para o número especial Bioma Amazônia da *Revista de Estudios Brasileños*, do Centro de Estudos Brasileiros da Universidade de Salamanca, Tom compartilhou sua visão para a construção do futuro:

Uma das coisas que aprofundo com meus alunos é entender as origens da ciência e da conservação, para que eles compreendam de onde vieram e evitem a armadilha de repetir um erro ou provar algo já comprovado. Ao escrever um artigo acadêmico, lembre que um leitor externo à academia pode lê-lo e eventualmente chegar a uma conclusão equivocada. Certifique-se de declarar claramente quais são as implicações políticas que apoiem sempre uma conservação responsável (Val & Marcovitch, 2019, p. 201).

E, em seguida, convida os jovens a participar do trabalho para assegurar uma Amazônia sustentável:

Minha geração está deixando para vocês uma Amazônia muito diferente daquela que encontramos: muito disso é bom, mas obviamente houve uma destruição considerável e condenável. O trabalho de assegurar uma Amazônia sustentável, repleta de ecossistemas incríveis e a maior concentração de biodiversidade terrestre do mundo, mal está concluído e precisa de você (Val & Marcovitch, 2019, p. 201).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AB'SÁBER, A. (1990). Um plano diferencial para o Brasil. *Estudos Avançados*, 4(9), 19-62.
- AB'SÁBER, A. (1994). Pierre Monbeig: a herança intelectual de um geógrafo. *Estudos Avançados*, 8(22), 221-232.
- AB'SÁBER, A. (2004). *Amazônia: do discurso à práxis* (2ª ed.). São Paulo: Edusp.
- BAILLY, A. (2001). *Les concepts de la géographie humaine*. Paris: Armand Colin.
- BECKER, B. K. (2005). Geopolítica da Amazônia. *Estudos Avançados*, 19(53), 71-86.
- BECKER, B. K. (2009). *Amazônia geopolítica na virada do III milênio*. Rio de Janeiro: Ed. Garamond.
- BENCHIMOL, S. (1977) *Amazônia – Um pouco-antes e além-depois*. Manaus: Editora da Universidade Federal do Amazonas.
- BORELLI, D. (2005). Aziz Ab'Sáber: problemas da Amazônia brasileira. *Estudos Avançados*, 19(53), 7-35.
- FREYRE, G. (1987). *Perfil de Euclides e outros perfis*. Rio de Janeiro: Editora Record.
- MARCOVITCH, J. (2011). *A gestão da Amazônia. Ações empresariais, políticas públicas, estudos e propostas*. São Paulo: Edusp.
- RODRIGUES, A. S. L., EWERS, R. M., PARRY, L., SOUZA, C. JR., VERÍSSIMO, A., & BALMFORD, A. (2009). Boom-and-Bust Development Patterns Across the Amazon Deforestation Frontier. *Science*, 324(5933), 1435-1437.
- VAL, A. L., & MARCOVITCH, J. (2019). Entrevista con Thomas Lovejoy. *Revista de Estudios Brasileños*, 6(11), 187-201.
- WEINGRILL, C. & COSTA, V. R. da (1992). Entrevista do Prof. Aziz Ab'Sáber. *Revista Ciência Hoje*, Edição especial Meio Ambiente, 8(14).

AMAZÔNIA: DIVERSIDADES E DESAFIOS

Amazonia: diversidades y desafíos

Amazonia: diversities and challenges

ADALBERTO LUIS VAL

Instituto Nacional de Pesquisas da Amazônia (INPA, Brasil)

RESUMO

A formação da Amazônia é uma história de milhões de anos, desde a formação do cráton amazônico durante a fase proterozóica até os dias atuais. Uma história de contínuas mudanças tectônicas e climáticas com importantes repercussões biológicas, que ainda estão por ser desvendadas. O objetivo deste artigo é apresentar alguns dos principais desafios da biota aquática da região amazônica e, indicar alguns caminhos seguros para enfrentá-los.

Palavras-chave: Amazônia brasileira; biota aquática; cambio climático.

RESUMEN

La formación de la Amazonia es una historia que se extiende durante millones de años, desde la conformación del cratón amazónico durante la fase proterozoica hasta los días de hoy. Una historia de continuos cambios tectónicos y climáticos con importantes repercusiones biológicas, aún por descubrir. El objetivo de este artículo es presentar algunos de los principales desafíos de la biota acuática de la región amazónica y apuntar algunos caminos seguros para hacerles frente.

Palabras clave: Amazonia brasileña; biota acuática; cambio climático.

ABSTRACT

The formation of Amazonia is a story of millions of years, from the formation of the Amazon craton during the Proterozoic phase to the present day. A story of continuous tectonic and climatic changes with important biological repercussions, which are yet to be unravelled. The objective of this article is to present some of the main challenges of the aquatic biota of the Amazon region and to indicate some safe ways to face them.

Keywords: Brazilian Amazon; aquatic biota; climate change.

QUANDO A PANGAEA SE QUEBROU EM DOIS SUPERCONTINENTES, Laurasia ao Norte e Gondwana ao Sul, havia ainda uma longa história até a formação da Amazônia. Os supercontinentes foram se afastando um do outro e a Gondwana incluía, até cerca de 170 milhões de anos, o que conhecemos hoje como Antártica, América do Sul, África, Madagascar, Austrália, Nova Guiné e Nova Zelândia. Grupos de microrganismos, plantas, invertebrados e vertebrados já existiam e foram incorporando adaptações biológicas diversas para enfrentar os extremos ambientais que ocorriam. Os períodos Triássico e Jurássico, por exemplo, apresentavam níveis de oxigênio menores que os atuais, enquanto os níveis de dióxido de carbono eram bem mais altos (Dudley, 1998). Por volta da metade do período Jurássico, a Gondwana começou a se dividir, o que resultaria nos contornos dos continentes como os conhecemos. Contudo, a Amazônia só começou a ganhar as feições atuais com o soerguimento da cordilheira dos Andes, que teve início há cerca de 65 milhões de anos, e foi o evento mais espetacular na história geológica da região. O soerguimento dos Andes influencia até hoje a dinâmica das variações ambientais que ocorrem na região. Portanto, a formação da Amazônia é uma história de milhões de anos, desde a formação do cráton amazônico durante a fase proterozóica até os dias atuais, como assinalado por Hoorn & Wesselingh (2010). Uma história de contínuas mudanças tectônicas e climáticas com importantes repercussões biológicas, que ainda estão por ser desvendadas. Ilustra essas repercussões a belíssima contribuição recente que evidenciou a história dos marsupiais da floresta amazônica (Castro *et al.*, 2021), que nós conhecemos hoje como gambás, como os gambás de orelha branca, que podem ser encontrados em boa parte da América do Sul.

Nos últimos 2,5 milhões de anos, o bioma amazônico assume as feições que conhecemos hoje. Trata-se de uma vasta área, que se estende por todos os países do norte da América do Sul. São mais de 7,7 milhões de km², dos quais 5,01 milhões estão no Brasil. No Brasil, a Amazônia ocupa mais da metade do território, estendendo-se por nove estados brasileiros, isto é, desde as regiões de transição no Maranhão, Tocantins e Mato Grosso, até os limites

nacionais com os demais países amazônicos, o que inclui, ainda, os estados do Acre, Amapá, Amazonas, Pará, Rondônia e Roraima. Essa área não é uniforme; inclui muitos ambientes, com características específicas, que se interconectam por meio de zonas de transição definidas, sendo que a área florestal representa 77,5%, a savana representa, aproximadamente, 5%, e as áreas de inundação representam 15% (Adeney *et al.*, 2016; Hess *et al.*, 2015). Cada um destes ambientes tem características ambientais distintas com padrões únicos de temperatura e precipitação que impõem pressões seletivas distintas sobre os organismos que interagem ou vivem nestes ambientes. Contudo, as zonas de transição entre biomas (ecótonos) apresentam características mistas, como Amazônia-Cerrado e Amazônia-Pantanal. Estas zonas são, portanto, altamente sensíveis às alterações climáticas.

Esse imenso espaço transnacional contém uma bacia hidrográfica sem paralelo no planeta, cujo receptor central, o rio Amazonas, percorre 6.992 km desde sua nascente no Nevado Mismi nos Andes Peruanos até sua foz no Atlântico, recebendo vários nomes ao longo do seu trajeto e muitos afluentes igualmente muito longos, como são os rios Negro, Tapajós, Madeira, entre outros. Trata-se do rio mais longo do planeta, sendo rivalizado apenas pelo rio Nilo (Tabela 1). O rio Amazonas despeja em torno de 250 mil metros cúbicos de água a cada segundo no oceano Atlântico, o que representa aproximadamente 20% de toda a água doce que entra nos oceanos do mundo. Apenas o rio Negro, despeja em torno de 28 mil metros cúbicos por segundo no rio Amazonas.

TABELA 1. Extensão de rios selecionados do planeta.

RIO	COMPRIMENTO (KM)
Amazonas	6.992
Nilo	6.671
Yangtzé	6.380
Missouri	6.270
Amarelo (Yellow, Huang He)	5.464
Mekong	4.350
Negro (afluente do Rio Amazonas)	2.230

Fonte: Val *et al.* (2006) e fontes da web.

Biodiversidade, como mencionado acima, e dinamicidade ambiental são igualmente dois predicados importantes da Amazônia. Rios, lagos, paranás, igarapés com águas de diferentes cores, igapós (matas inundadas ao longo

dos rios de água preta), várzeas (regiões inundadas ao longo de rios de águas brancas), praias e cachoeiras, com características químicas, físicas, biológicas e funcionais distintas integram os diferentes ecossistemas da região. Esses ecossistemas se constituem em habitats para um sem-número de espécies de plantas, animais e microrganismos. As águas de diferentes cores são também distintas quanto às suas características químicas e físicas. Assim, as águas brancas, barrentas, como as águas do rio Amazonas, têm origem nos Andes. Essas águas possuem considerável quantidade de material em suspensão, pH próximo ao neutro, e concentrações de nutrientes relativamente mais altas que os dois outros tipos de água. As concentrações de carbono orgânico (COD) dissolvido também são mais baixas que aquelas encontradas no rio Negro. O material em suspensão chega até o Atlântico na foz do rio Amazonas, onde é depositado. As águas pretas, típicas do rio Negro, possuem uma concentração relativamente alta de COD, com pH em torno de 5, que pode chegar a pH 3 em algumas formações marginais ao rio principal, baixa quantidade de material em suspensão e, consequentemente, maior transparência, e concentrações de nutrientes muito baixas, assemelhando-se à água destilada. As águas claras, tipicamente encontrada no rio Tapajós e alguns afluentes, possuem baixas concentrações de COD, com pH entre 6 e 7, baixas concentrações de nutrientes e alta transparência. Os pulsos de inundação e consequente oscilação dos níveis de água dos rios da Amazônia, que acontecem em diferentes intensidades nos diferentes locais da região, resultam em variações sazonais das características físico-químicas das águas (Junk *et al.*, 1989; Schöngart & Junk, 2007).

Nos ambientes aquáticos diversos e dinâmicos, fungos, macrófitas aquáticas e peixes em profusão interagem entre si, se adaptam e se diversificam. As macrófitas aquáticas são visíveis nas várzeas amazônicas formando verdadeiros “tapetes” vulneráveis às próprias variações dos ambientes. Piedade *et al.* (2017) descrevem mais de 400 espécies de macrófitas aquáticas nas regiões de várzeas próximas à cidade de Manaus (Amazonas, Brasil), que fornecem alimentação e abrigo para os peixes. Quando os níveis de água começam a diminuir, essas plantas herbáceas começam a se deteriorar, afetando a qualidade da água, impondo desafios adicionais para os peixes, principalmente a diminuição dos níveis de oxigênio dissolvido e aumento dos níveis de dióxido de carbono e gás sulfídrico. No que se refere aos peixes, há muito que aprender. Já sabemos que são mais de 2.700 espécies, desde as mais basais até as mais especializadas (Dagosta & De Pinna, 2019). As espécies mais basais permitem contemplar os processos de ocupação do ambiente terrestre pelos vertebrados. Os invertebrados já tinham desenvolvido diversas estruturas que os permitiam viver, ainda que parcialmente, no ambiente terrestre. Algumas dessas estruturas já eram relativamente bem desenvolvidas como acontecia nos sarcopterígeos, entre eles o peixe pulmonado amazônico conhecido popular-

mente como piramboia (*Lepidosiren paradoxa*) (Imagem 1). Além do pulmão que permite a tomada de oxigênio diretamente do ar, as nadadeiras desse grupo de peixes são lobadas e possibilitavam uma locomoção primitiva em corpos d'água rasos, que ocorriam durante os períodos de seca, entre os períodos de chuva, no Devoniano. Referimo-nos a uma contribuição emblemática da Amazônia para a transição da vida na água para a vida na terra. Contudo, intensos processos de especiação continuavam a acontecer e resultariam nos grupos de peixes mais especializados, como os ciclídeos (Dagosta & De Pinna, 2019), mesmo que novas e singulares adaptações tenham aparecido para conseguir o precioso oxigênio. Entre estas adaptações, destaca-se a expansão dos lábios do tambaqui (*Colossoma macropomum*) para captar oxigênio da fina camada superficial da coluna d'água, quando expostos a baixas concentrações de oxigênio dissolvido, como revisto por Val & Oliveira (2021) (Figura 1). Fagundes (2012) analisou as mudanças na expressão dos genes nos lábios expandidos do tambaqui e observou que o fator de crescimento endotelial vascular (VEGFC), entre outros genes relacionados a canais iônicos, aumentou em relação aos animais expostos à normoxia.

IMAGEM 1. Exemplar do peixe pulmonado piramboia (*Lepidosiren paradoxa*), Lepidosirenidae. É o peixe pulmonado sul-americano, que ocorre em toda a Amazônia.



Foto gentilmente cedida por Efrem Ferreira e Jansen Zuanon (INPA).

IMAGEM 2. Exemplar juvenil do peixe tambaqui (*Colossoma macropomum*), Serrasalminae (A).

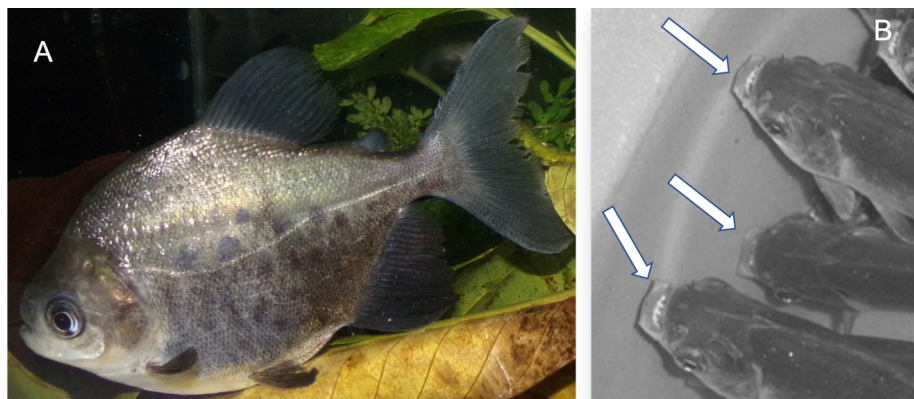


Foto: Waldir Caldas e Maria de Nazaré Paula da Silva (LEEM/INPA). No detalhe (B), as setas indicam os lábios do tambaqui quando exposto a água com pouco oxigênio dissolvido. Foto: Daniel Fagundes (LEEM/INPA).

Outra espécie emblemática entre os peixes é o pirarucu (*Arapaima gigas*), o maior peixe de escamas encontrado nas águas da Amazônia, alcançando dois metros e meio de comprimento e cerca de 250 quilogramas. É um peixe de respiração aérea após as primeiras semanas de vida. Nas células vermelhas de seu sangue, à medida que cresce, o inositol pentafofato passa a ser o principal modulador da afinidade das suas hemoglobinas com o oxigênio (Val *et al.*, 1992). Como se trata de um modulador raro, analisamos as células vermelhas do sangue do pirarucu adulto e descobrimos um aumento significativo da expressão dos genes de todas as principais enzimas envolvidas na biossíntese do IPP (Ribeiro, 2017).

Uma análise extensiva recente realizada por Jézéquel *et al.* (2020) contabilizaram 1.402 espécies endêmicas para a Bacia Amazônica das 2.406 espécies analisadas. Trata-se de um número significativo que reflete a riqueza ictiológica da região e, indiretamente, os processos ambientais que tornaram possível o surgimento de novas espécies durante a formação da bacia. A região abriga sem dúvida uma vasta diversidade biológica. Qualquer número citado aqui estará defasado em pouco tempo. Um destaque recente feito pelo Museu Paraense Emilio Goeldi indicou a descrição de 301 espécies novas de plantas e animais, entre elas duas espécies de primatas, entre os anos de 2014 e 2018. Dessa forma, é possível dizer que do ponto de vista biológico a Amazônia é, ainda, fragilmente conhecida, medida pelo imensurável (Val, 2019), um Eldorado de diversidades ambiental, biológica e cultural.

Essa riqueza esconde, também, uma vasta diversidade de informações que foram acumuladas no genoma dos organismos abrigados no bioma amazônico ao longo dos milhões de anos de sua existência. Não conhecemos sequer uma página inteira desse livro multivolumes que é o genoma dos organismos que vivem na floresta amazônica, e muito menos como são reguladas as informações ali inscritas. A regulação dessas informações permite que os organismos enfrentem as pressões naturais bem como aquelas causadas pelo homem, como são as mudanças climáticas e a convivência com microrganismos. Contudo, há limites na disponibilidade dessas informações. Muitos dos organismos, plantas e animais, são repositórios de uma infinidade de microrganismos e vírus que podem, em função dos desequilíbrios ambientais, passarem a causar problemas aos seus hospedeiros e mesmo buscar outros hospedeiros, entre eles o próprio homem, causando doenças de grande impacto, como epidemias e pandemias (Val, 2020).

Muitos dos organismos da Amazônia são utilizados como alimentos desde o estabelecimento do homem na região. São animais, plantas, frutos, sementes, cogumelos, entre outros. Além disso, entre as milhões de substâncias produzidas pelos organismos ao interagir com seus ambientes, nas diferentes fases de vida, certamente são úteis para o homem, como os exemplos indicados por Diniz *et al.* (2013). Outras são usadas na medicina popular e alcançam preços consideráveis, como a berginina, presente na planta conhecida localmente como uxi-amarelo ou uxi-liso (*Endopleura uchi*), que é usada como anti-inflamatório e imunoestimulante.

Não obstante, a imensa diversidade ambiental e biológica existente na Amazônia, a região enfrenta desafios de todas as ordens, entre os quais aqueles que poderiam ser resolvidos localmente, por meio do uso das informações e condições disponíveis. Muitas cidades amazônicas, por exemplo, enfrentam problemas de disponibilidade de água de boa qualidade nas residências. Note que a água é essencial para a qualidade de vida. Dessa forma, desenvolver meios para ampliar a distribuição de água tratada na Amazônia tem de deixar de ser um desafio e tornar-se uma oportunidade, já que a água existe em grande quantidade na região, contrastando com sua escassez em cidades de outras regiões, inclusive de países amazônicos. O desmatamento, a mineração e a abertura de estradas são outros desafios em várias partes da Amazônia. Cada árvore derrubada destrói uma comunidade associada de outros organismos, muitos dos quais desconhecidos da ciência. Além disso, o desmatamento envolvendo muitas árvores tem impactos significativos ao reduzir os processos de evapotranspiração e, se os processos de desmatamento estiverem associados a queimadas, há geração de quantidades significativas de dióxido de carbono. Em outras palavras, além de reduzir ou mesmo zerar o sequestro de carbono, o desmatamento por queimadas acaba aumentando a geração de

dióxido de carbono para a atmosfera, o que contribui para incrementar o efeito estufa e, por conseguinte, o aumento da temperatura ambiental.

O aumento da quantidade dos gases de efeito estufa na atmosfera ao longo das últimas dezenas de anos tem sido associado a vários distúrbios ambientais no planeta e, também, na Amazônia - ainda que esta relação necessite ser analisada em maior profundidade e comprovada. Cada um dos ambientes mencionados acima, com suas características distintas, apresenta respostas diferentes às mudanças climáticas. Os vários autores que vêm analisando as anomalias térmicas na Amazônia indicam que, na última década do século xx, a região experimentou aumentos de temperatura de 0,5 a 0,8 °C (Marengo *et al.*, 2018; Pablón, 1995; Quintana-Gomez, 1999). As mudanças térmicas associadas com a diminuição da precipitação podem causar extremos de vazante que, em conjunto com mudanças no uso da terra, podem levar a impactos significativos sobre a biodiversidade aquática, impondo pressões seletivas distintas aos organismos que interagem ou vivem nesses ambientes. Um estudo recente mostrou, inclusive, uma mudança importante e preocupante: uma área da Amazônia deixou de absorver e passou a emitir dióxido de carbono (Gatti *et al.*, 2021). A consequência aparente desse desequilíbrio em curso é evidente: as cheias e as secas são mais intensas com amplitudes (diferenças entre os picos de cheia de vazante) continuamente aumentadas nos últimos 25 anos (Schöngart & Junk, 2020).

Para entender os efeitos sinérgicos do aumento dos níveis de CO_2 e da temperatura, bem como da redução dos níveis de oxigênio dissolvido, salas climáticas simulando os cenários ambientais do ano 2100, de acordo com os modelos climáticos previstos pelo IPCC (IPCC, 2014), foram instaladas no INPA. Medidas em tempo real em um fragmento florestal são realizadas e transmitidas para o local, e as condições são ajustadas a cada dois minutos em cada uma das salas: uma sala controle e três outras simulando os cenários brando, intermediário e drástico. Essas salas climáticas têm sido utilizadas para estudar organismos da Amazônia incubados nelas. Aqui indicaremos dois exemplos contundentes dos impactos que essas condições extremas causam sobre uma espécie de peixe de importância comercial, utilizada amplamente como alimento. Larvas de tambaqui (*Colossoma macropomum*) incubadas por apenas quinze dias nas salas com cenários intermediário e drástico apresentaram aumento de anomalias esqueléticas como lordose, cifose e escoliose, comparado com as larvas mantidas sob as condições atuais (Lopes *et al.*, 2018). Evidentemente, sob condições naturais, esses organismos apresentariam uma alta predisposição à predação e, possivelmente, uma alta taxa de mortalidade em cativeiro. Um segundo exemplo, advém de animais maiores da mesma espécie, também mantidos nas salas climáticas. Esses animais apresentaram maior consumo de ração nos cenários intermediário e drástico e, consequentemente distúrbios no crescimento (Oliveira & Val, 2017).

No ambiente natural, os efeitos das mudanças climáticas são diversos nos diferentes lugares do mundo. Na Amazônia, muitas espécies de peixes vivem muito perto de seus limites térmicos como foi mostrado a partir da análise da tolerância térmica crítica de espécies de peixes coletados em igarapés da Reserva Ducke, uma reserva biológica localizada nos limites urbanos da cidade de Manaus (Campos *et al.*, 2018). O aquecimento do ambiente como uma das consequências das mudanças climáticas impõe a busca de novos ambientes, e isso vem sendo documentado para peixes da região andina da Amazônia (Herrera-R *et al.*, 2020). Esses autores têm mostrado, também, que a fragmentação de rios e a construção de barragens representa uma limitação adicional aos processos de dispersão daquelas espécies de peixes. Enfim, mudanças climáticas associadas ao rápido processo de mudanças físicas na Amazônia, como mineração, abertura de estradas, desmatamento, expansão urbana, entre outros, estão impondo desafios biológicos cada vez mais extremos aos peixes.

Neste contexto de desafios para a biota aquática é preciso ter em conta o que foi recentemente manifestado pela Organização das Nações Unidas (ONU): a produção de alimentos está cada vez mais ameaçada pela perda de biodiversidade. Portanto, é necessário desenhar ações que ajudem a reduzir os impactos antrópicos sobre a perda da diversidade biológica, de forma a reduzir seus impactos sobre a segurança alimentar. No caso do Brasil, devemos considerar os diferentes biomas, incluindo o imenso espaço amazônico, que escondem informações relevantes para melhorar a produtividade da agricultura e a manutenção da variabilidade genética, tão necessárias diante dos cenários ambientais atuais. A biodiversidade desses mesmos biomas é, também, vital para a inclusão social e geração de renda, que precisam ser fortalecidas a partir da bioeconomia.

Como enfrentar esses desafios e a urgência que eles representam? A educação, a ciência e a tecnologia são caminhos seguros e devem receber atenção especial. Um conhecimento robusto produzido a partir da realidade local é essencial para a conservação ambiental e para explicitar as informações escondidas no genoma das milhares de espécies que ocorrem no bioma amazônico. Para a produção de informações robustas, a educação é fundamental; para a apropriação da informação robusta pela sociedade, a educação é vital. Assim, a educação é a base desse processo. Contudo, a educação, a ciência e a tecnologia precisam chegar à Amazônia na dimensão e de acordo com a importância que a região tem para o mundo.

Por fim, considerando a transnacionalidade do bioma amazônico, é preciso uma coalização dos países amazônicos com vistas a reduzir a zero o desmatamento, implantar centros de produção da ciência, imprescindível para o desenvolvimento sustentável da região, implantar um centro de metadados (*bigdata*) e adotar integralmente os Objetivos do Desenvolvimento Sustentá-

vel (ODS) com vistas à inclusão social, sempre observando as características culturais e necessidades locais.

AGRADECIMENTOS

NOSSE AGRADECIMENTO ESPECIAL AO INCT ADAPTA que tem recebido apoio do CNPq, processo 465540/2014-7, CAPES - código 001, e FAPEAM processo 062.01187/2017.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADENEY, J. M., CHRISTENSEN, N. I., VICENTINI, A., & COHN-HAFT, M. (2016). White-sand ecosystemss in Amazonia. *Biotropica*, 48, 7-23.
- CAMPOS, D., VAL, A. L., & ALMEIDA-VAL, V. M. F. (2018). The influence of lifestyle and swimming behavior on metabolic rate and thermal tolerance of twelve Amazon forest stream fish species. *Journal of Thermal Biology*, 72, 148-154.
- CASTRO, M. C., DAHUR, M. J., & FERREIRA, G. S. (2021). Amazonia as the Origin and Diversification Area of Didelphidae (Mammalia: Metatheria), and a Review of the Fossil Record of the Clade. *Journal of Mammalian Evolution*, 28, 583-598.
- DAGOSTA, F. C. P., & De PINNA, M. (2019). The fishes of the Amazon: Distribution and biogeographical patterns, with a comprehensive list of species. *Bulletin of the American Museum of Natural History*, 431, 1-163.
- DINIZ, V. W. B., DANTAS FILHO, H. A., MÜLLER, R. C. S., FERNANDES, K. G., & PALHETA, D. C. (2013). Classificação multivariada de ervas medicinais da região amazônica e suas infusões de acordo com sua composição mineral. *Química Nova*, 36, 257-261.
- DUDLEY, R. (1998). Atmospheric oxygen, giant paleozoic insects and the evolution of aerial locomotor performance. *The Journal of Experimental Biology*, 201, 1043-1050.
- FAGUNDES, D. B. (2012). Identificação de genes potencialmente envolvidos na formação do edema labial na espécie *Colossoma macropomum* (Cuvier, 1818), Programa de pós-graduação em genética, conservação e biologia evolutiva - PPGCBEV. Manaus: INPA, 62.
- GATTI, L. V., BASSO, L. S., MILLER, J. B., GLOOR, M., DOMINGUES, L. G., CASSOL, H. L. G., TEJADA, G., ARAGÃO, L. E. O. C., NOBRE, C., PETERS, W., MARANI, L., ARAI, E., SANCHES, A. H., CORRÊA, S. M., ANDERSON, L., VON RANDOW, C., CORREIA, C. S. C., CRISPIM, S. P., & NEVES, R. A. L. (2021). Amazonia as a carbon source linked to deforestation and climate change. *Nature*, 595, 388-393.
- HERRERA-R, G., OBERDORFF, T., ANDERSON, E., BROSE, S., CARVAJAL-VALLEJOS, F., FREDERICO, R., HIDALGO, M., JÉZÉQUEL, C., MALDONADO, M., MALDONADO-OCAMPO, J., ORTEGA, H., RADINGER, J., TORRENTE-VILARA, G., ZUANON, J., & TEDESCO, P. (2020). The combined effects of climate change and river fragmentation on the distribution of Andean Amazon fishes. *Global Change Biology*, 26, 5509-5523.
- HESS, L. L., MELACK, J. M., AFFONSO, A. G., BARBOSA, C., GASTIL-BUHL, M., & NOVO, E. M. L. M. (2015). Wetlands of the lowland Amazon basin: Extent, vegetative cover, and dual-season inundated area as mapped with JERS-1 synthetic aperture radar. *Wetlands*, 35, 745-756.

- HOORN, C., & WESSELINGH, F. P. (2010). Introduction: Amazonia, landscape and species evolution. En C. Hoorn, & F. P. Wesselingh (Eds.). *Amazonia: Landscape and species evolution. A look into the past* (pp 1-6). Oxford: Wiley-Blackwell.
- IPCC (2014). Climate change 2014: Contribution of Working Groups I, II and III to the fifth assessment report of the Intergovernmental Panel on Climate Change. *Intergovernmental Panel on Climate Change*, 151.
- JÉZÉQUEL, C., TEDESCO, P. A., DARWALL, W., DIAS, M. S., FREDERICO, R. G., HIDALGO, M., HUGUENY, B., MALDONADO-OCAMPO, J., MARTENS, K., ORTEGA, H., TORRENTE-VILARA, G., ZUANON, J., & OBERDORFF, T. (2020). Freshwater fish diversity hotspots for conservation priorities in the Amazon Basin. *Conservation Biology*, 34, 956-965.
- JUNK, W. J., BAYLEY, P. B., & SPARKS, R. E. (1989). The flood pulse concept in River-Floodplain Systems. En D. P. Dodge (Ed.). *Proceedings of the International Large River Symposium. Canadian Special Publications in Fisheries and Aquatic Sciences*, 106, 110-127.
- LOPES, I. G., ATAÚJO-DAIKIRI, T. B., KOJIMA, J. T., VAL, A. L., & PORTELLA, M. C. (2018). Predicted 2100 climate scenarios affects growth and skeletal development of tambaqui (*Colossoma macropomum*) larvae. *Ecology and Evolution*, 8, 10039-10048.
- MARENGO, J., SOUZA, C., THONICKE, K., BURTON, C., HALLADAY, K., BETTS, R., ALVES, L., & SOARES, W. (2018). Changes in climate and land use over the Amazon region: Current and future variability and trends. *Frontiers in Earth Science*, 6, 228.
- OLIVEIRA, A. M., & VAL, A. L. (2017). Effects of climate scenarios on the growth and physiology of the Amazonian fish tambaqui (*Colossoma macropomum*) (Characiformes: Serrasalminidae). *Hydrobiologia*, 789, 167-178.
- PABLÓN, J. D. (1995). Búsqueda de series de referencia para el seguimiento de la señal regional del calentamiento global. *Cuadernos de Geografía*, 2, 164-173.
- PIEDEDE, M. T., LOPES, A., DEMARCHI, L. O., JUNK, W., WITTMANN, F., SCHÖNGART, J., & CRUZ, J. (2017). *Guia de campo de herbáceas aquáticas: várzea Amazônica*. Manaus: INPA.
- QUINTANA-GOMEZ, R. A. (1999). Trends of maximum and minimum temperatures in Northern South America. *Journal of Climate*, 12, 2104-2112.
- RIBEIRO, G. O. (2017). Biossíntese de inositol (1,3,4,5,6)-pentafosfato em eritrócitos de *Arapaima gigas* (SCHINZ, 1822), Programa de Pós-Graduação em Genética, Conservação e Biologia Evolutiva. Manaus: INPA, 51.
- SCHÖNGART, J., & JUNK, W. J. (2007). Forecasting the flood-pulse in Central Amazonia by ENSO-indices. *Journal of Hydrology*, 335, 124-132.
- SCHÖNGART, J., & JUNK, W. J. (2020). Clima e hidrologia nas várzeas da Amazônia Central. En W. J. Junk, M. T. F. PIEDEDE, F. WITTMANN & J. SCHÖNGART (Eds.). *Várzeas amazônicas: desafios para um manejo sustentável*. Manaus, AM, 44-65. INPA.
- VAL, A. L. (2019). Conservação da biota aquática da Amazônia. *Revista de Estudos Brasileños*, 6(11), 79-89.
- VAL, A. L. (2020). Biodiversity - the hidden risks. *Anais da Academia Brasileira de Ciências*, 92, e20200699.
- VAL, A. L., AFFONSO, E. G., SOUZA, R. H. S., ALMEIDA-VAL, V. M. F., & MOURA, M. A. F. (1992). Inositol pentaphosphate in erythrocytes of an Amazonian fish, the pirarucu (*Arapaima gigas*). *Canadian Journal of Zoology*, 70, 852-855.

- VAL, A. L., ALMEIDA-VAL, V., RANDALL, D. (2006). Tropical Environment. En A. L. Val, V. M. F. Almeida-Val, D. J. Randall (Eds.). *The Physiology of Tropical Fishes*. San Diego: Elsevier/Academic Press, 1-45.
- VAL, A. L., & OLIVEIRA, A. M. (2021). *Colossoma macropomum*-A tropical fish model for biology and aquaculture. *Journal of Experimental Zoology*, 335, 761-770.

TERRAS INDÍGENAS NA AMAZÔNIA: DEMARCAÇÕES, AMEAÇAS E RELEVÂNCIA

*Tierras indígenas en la Amazonia:
demarcaciones, amenazas y relevancia*

Indigenous lands in the Amazon:
demarcations, threats, and relevance

CAMILA LOUREIRO DIAS

Universidade Estadual de Campinas (Unicamp, Brasil)

RESUMO

Com a Constituição de 1988, o Estado brasileiro reconheceu os direitos históricos dos povos indígenas às suas terras, comprometendo-se a demarcá-las. Hoje (2019-2022), está no poder um grupo político que representa os setores interessados na exploração comercial dessas terras e de seus recursos naturais, e que tenta impor uma interpretação da Carta Magna no sentido de restringir demarcações e permitir a exploração das terras indígenas segundo modelo predatório de ocupação do território. Trata-se de uma política pública contrária à que se reconhece como indispensável ao enfrentamento dos desafios ambientais contemporâneos. Os povos indígenas e tradicionais detêm conhecimento estratégico para o planeta, não só porque conservam as porções de território que estão sob sua posse e usufruto exclusivo, contribuindo para a preservação ambiental e regulação do clima, mas também porque reproduzem biodiversidade, alimentando bancos genéticos importantes para a segurança alimentar em tempos de transição climática.

Palavras-chave: Amazônia; terras indígenas; conhecimentos tradicionais; preservação ambiental; biodiversidade.

RESUMEN

Con la Constitución de 1988, el Estado brasileño reconoció los derechos históricos de los pueblos indígenas sobre sus tierras, comprometiéndose a demarcarlas. Actualmente (2019-2022), está en el poder un grupo político que representa a los sectores interesados en la explotación comercial de estas tierras y de sus recursos naturales, que intenta imponer una interpretación de la Carta Magna en el sentido de restringir las demarcaciones y permitir la explotación de las tierras indígenas de acuerdo con un modelo depredador de ocupación del territorio. Es una política pública contraria a lo que se reconoce como fundamental para enfrentar los desafíos ambientales contemporáneos. Los pueblos indígenas y tradicionales tienen conocimientos estratégicos para el planeta, no solo porque conservan el territorio que está bajo su exclusiva posesión y uso, contribuyendo a la preservación ambiental y a la regulación del clima, sino también porque reproducen la biodiversidad, alimentando importantes bancos genéticos que garantizan la seguridad alimentaria en tiempos de transición climática.

Palabras clave: Amazonia; tierras indígenas; conocimiento tradicional; preservación del medio ambiente; biodiversidad.

ABSTRACT

In 1988, the Brazilian Constitution recognized the historic rights of indigenous peoples to their lands, committing to demarcate them. Today (2019-2022), the political group in power represents the sectors interested in the commercial exploitation of these lands and their natural resources and tries to impose an interpretation of the Constitution restricting demarcations and allowing the exploitation of indigenous lands according to a predatory model of occupation of the territory. It is a public policy contrary to what is recognized as essential to face contemporary environmental challenges. Indigenous and traditional peoples have strategic knowledge for the planet, not only because they conserve the portions of territory that are under their exclusive possession and use, contributing to environmental preservation and climate regulation, but also because they reproduce biodiversity, feeding important gene banks for food security in times of climate transition.

Keywords: Amazon; indigenous lands; traditional knowledge; environmental preservation; biodiversity.

1. INTRODUÇÃO

É COMUM, ao tratarmos da Amazônia, caracterizá-la nos termos superlativos que a qualificam. A região, sabe-se bem, é um bioma estratégico: ela é parte indispensável da reserva de biodiversidade mundial (detém a maior biodiversidade do planeta) e atua como reguladora do clima e do regime de chuvas do sudeste da América do Sul. Além disso, tem um significativo

potencial energético e concentra 20% do volume de água doce despejada nos mares e oceanos da Terra (Val, 2019). A região ocupa cerca de metade do território brasileiro e, ao mesmo tempo, 2/3 do seu território se encontram no Brasil, o que impõe ao país particular responsabilidade por políticas públicas que visem a sua preservação.

Além de todos esses aspectos, o bioma dispõe de diversos recursos minerais, sendo considerado a última fronteira mineral importante do planeta (Cordani & Juliani, 2019), e abrange terras supostamente disponíveis ao avanço da agricultura. Não é uma coincidência que a Amazônia tenha estado em evidência pelos alarmantes níveis de desmatamento e iminente ponto de irreversibilidade do processo de degradação da floresta, que está em vias de se transformar em uma savana (Nobre *et al.*, 2016; Sales, Galetti & Pires, 2020; Lovejoy & Nobre, 2019). Diante das mudanças climáticas em curso, uma das grandes questões da atualidade é a definição de um adequado modelo de desenvolvimento e exploração econômica da floresta. E o que tem sido imposto no Brasil, atualmente, é uma política predatória de exploração.

Já os povos indígenas e as comunidades tradicionais¹ têm a oferecer a experiência necessária para a promoção de um outro modelo, que privilegia precisamente aquilo pelo qual a Amazônia é mundialmente conhecida: a sua biodiversidade. O conhecimento construído a respeito da floresta e de técnicas para seu manejo, ao longo de milênios, foi responsável pela própria constituição da biodiversidade da floresta, e hoje garante a sua manutenção e reprodutibilidade. Trata-se de um conhecimento estratégico para o enfrentamento dos desafios ambientais contemporâneos.

Este artigo procura responder à questão colocada pelo seminário, propondo uma reflexão sobre a relevância das terras indígenas para as políticas de proteção ambiental e desenvolvimento da Amazônia brasileira. Primeiro, vamos analisar os direitos dos povos indígenas, tal como foram definidos na Constituição de 1988, especialmente no que diz respeito à demarcação de territórios reservados. Num segundo momento, vamos avaliar a política indigenista adotada pelo atual governo brasileiro, claramente ofensiva aos direitos indígenas. E, por fim, vamos abordar a função que as terras e o conhecimento indígena podem desempenhar nas políticas de preservação da floresta e na promoção da biodiversidade, conformando-se como estratégicos para o enfrentamento mundial dos desafios ambientais contemporâneos.

¹ Neste artigo, focamos nos dados sobre os povos indígenas, mas também são igualmente relevantes para o tema as comunidades quilombolas e demais comunidades tradicionais.

2. DIREITOS CONSTITUCIONAIS INDÍGENAS

Reduzida em números relativos - cerca de 0,5% da população nacional, de acordo com dados do último censo demográfico de 2010 -, a população indígena no Brasil é, ela também, bastante diversa: são 305 etnias e 274 línguas². Essa população teve um notável crescimento de 150% entre 1991 e 2000; fenômeno possível graças ao novo contexto criado pela Constituição de 1988, que promoveu um ambiente favorável à afirmação de identidades étnicas, antes reprimidas, e instituiu políticas públicas diferenciadas para essa parcela da população brasileira (IBGE, 2012). Atualmente, são consideradas indígenas aquelas pessoas que se identificam como tal e que são reconhecidas por suas comunidades: trata-se de um critério de autoidentificação (Castro, 2008).

Fruto da mobilização de diversos atores sociais e de associações indígenas, assim como de negociações na Assembleia Constituinte, a Constituição de 1988 estabeleceu uma política indigenista progressista, que se tornou referência mundial. Porém, ao mesmo tempo, admitiu algumas brechas e lacunas que hoje são alvo de disputas econômica, política e ideológica. O Capítulo VIII da Constituição (“Dos Índios”), composto de dois artigos e especialmente dedicado aos povos indígenas, inaugurou uma política indigenista inédita, inversa à que prevalecera desde o início da colonização das terras que vieram a se tornar o Brasil. O artigo 231 reconhece aos povos indígenas “sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”. Já o artigo 232, estabelece que os indígenas, suas comunidades e organizações têm legitimidade para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses.

Por um lado, isso significa que, a partir daquele momento, o Estado brasileiro passou a reconhecer aos povos indígenas o direito de se identificar como tais e de manter suas tradições socioculturais, interrompendo um grande ciclo histórico de política de assimilação, que visava transformar culturalmente as populações indígenas e fazê-las se diluírem no conjunto da população brasileira. Por outro lado, também foi revista a figura jurídica da tutela, que os

² No censo de 2010, foram contabilizados 897 mil indivíduos autodeclarados indígenas (IBGE, 2012). Realizado a cada dez anos, um novo censo estava previsto para acontecer em 2020. Foi adiado por conta da pandemia de covid-19, e depois cancelado em 2021 por restrição orçamentária. Fundamental para subsidiar políticas públicas, espera-se que seja realizado em 2022, por decisão do Superior Tribunal Federal, que obrigou o Executivo a realizar a pesquisa.

identificava na condição análoga a de menores, que deveriam ter seus bens e interesses administrados por órgãos estatais³.

Com isso, a partir de 1988, depois de vinte anos de regime militar (1964-1985) e de centenas de anos de uma política de caráter colonialista, o país abandonou o projeto de forçar um processo de diluição da identidade indígena na sociedade envolvente, sem, contudo, deixar de reconhecer a sua cidadania. A opção por se distinguir como indígena foi incluída no censo em 1991 e, na década de 2000, houve, portanto, o salto significativo no número de pessoas que passaram ou voltaram a se reconhecer como tais.

Hoje, os diferentes povos indígenas no Brasil vivem situações diversas. Existem ainda alguns grupos isolados – e que atualmente estão sendo ameaçados por um desmonte das políticas de proteção a seus territórios. Na outra ponta, 40% das pessoas que se consideram indígenas vivem em zonas urbanas. Daqueles que vivem em zona rural e em áreas demarcadas, existem grupos que ocupam terras extensas e contínuas, sobretudo na Amazônia, e outros que estão confinados em pequenos territórios, especialmente Centro-Oeste e Sul do país.

Segundo o Instituto Socioambiental (2021), há atualmente 725 terras indígenas em diferentes estágios de demarcação. Essas terras ocupam cerca de 13,8% do território nacional, mas 98% da sua extensão territorial está localizada na Amazônia, ocupando 23% da região⁴. Em um momento de ameaça ao bioma amazônico, o fato de que quase 1/4 do seu território esteja reservado ao usufruto exclusivo indígena proporciona a possibilidade de sua preservação, mas, ao mesmo tempo, incita o interesse daqueles que avançam predatoriamente sobre o território.

Ao mencionar “direitos originários” no artigo 231, a Constituição reconhece que os direitos dos povos indígenas à terra são históricos e precedem a própria formação do Estado. No mesmo capítulo, especifica-se que esses direitos originários incidem sobre as terras que os indígenas tradicionalmente ocupam. A definição de terras tradicionalmente ocupadas se encontra no parágrafo primeiro do artigo 231, que as especifica como sendo as “habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-

³ No entanto, a figura da tutela continua passível de ser evocada em decisões judiciais porque é reconhecida pelo Estatuto do Índio, Lei nº 6.001 de 19 de dezembro de 1973, que ainda está vigente.

⁴ Conferir mapa das terras indígenas em Instituto Socioambiental. Localização e extensão das TI's. Povos Indígenas do Brasil no link https://pib.socioambiental.org/pt/Localizacao_e_extensao_das_TIs.

estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições”.

Uma definição ampla e precisa de terra indígena, que engloba não apenas o lugar onde se encontram suas casas e suas roças, mas todo um território no entorno que venha a garantir a reprodução física e cultural das comunidades. É isso que explica a existência de terras extensas na Amazônia: foram demarcadas após a Constituição, respeitando a nova definição, e são muito diferentes de terras indígenas demarcadas em períodos anteriores, sobretudo na primeira metade do século xx, em um contexto em que mais serviam como campos de concentração destinados à aculturação e transformação dos povos indígenas em trabalhadores rurais.

A União se atribui a responsabilidade pela demarcação das terras. O procedimento compete ao poder executivo, por iniciativa e orientação da Fundação Nacional do Índio (Funai), que é órgão de assistência às populações indígenas⁵. O órgão deve realizar estudos antropológicos para verificar os indícios de ocupação da população que reivindica as terras. O processo é encaminhado ao Ministério da Justiça, que decide pela aprovação do pedido. Após aprovação, iniciam-se os trabalhos de demarcação física e a possível retirada de ocupantes do local. Ao fim do processo, a terra é homologada pelo presidente da República. Uma vez delimitada a terra indígena, os eventuais ocupantes não indígenas perdem domínio e posse sobre ela, devem ser desalojados e não têm direito à indenização, exceto quanto às benfeitorias, se derivadas de ocupação de boa fé.

Em outros dispositivos constitucionais, as terras indígenas são definidas como bens da União, isto é, são terras públicas (artigo 20). Além disso, as terras indígenas são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas são imprescritíveis. Os povos indígenas não podem ser delas removidos – exceto em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco a sua população ou no interesse da soberania do país, após deliberação do Congresso Nacional.

Sendo públicas, as terras reservadas aos indígenas destinam-se à sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, rios e lagos nela existentes. Não foi a primeira vez que uma Constituição brasileira reconheceu o direito indígena ao usufruto exclusivo de suas terras demarcadas.

⁵ O processo de demarcação é regulamentado pelo Estatuto do Índio e pelo Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996. Atualmente, há 121 terras indígenas em fase de identificação (seis delas em territórios de povos isolados); 43 com relatório antropológico aprovado pela Funai; 74 terras declaradas pelo Ministério da Justiça e 487 terras indígenas homologadas e reservadas, isto é, pelo homologadas pelo Presidente da República, adquiridas pela União ou doadas por terceiros (ISA, 2021).

Desde 1934, Constituições anteriores já haviam declarado esse direito ao uso coletivo e exclusivo de terras reservadas. Contudo, a prerrogativa se limitava ao tempo durante o qual seus habitantes fossem considerados indígenas e até o momento em que se integrassem cultural e socialmente à população brasileira. Nesse sentido, em 1988, pela primeira vez, o Estado reconheceu o direito desses povos de manter suas organizações e tradições, assumindo o direito à terra reservada como um dos fatores de garantia de reprodução sociocultural.

Há, no entanto, uma restrição quanto ao usufruto dos recursos existentes nas terras indígenas: o artigo 176 (do título VII, Da ordem econômica e financeira) estabelece uma distinção entre solo e subsolo, estipulando que os recursos minerais constituem propriedade distinta da do solo. Isso se aplica às terras indígenas, como inclusive está especificado no parágrafo segundo do artigo 231: tanto a exploração dos recursos hídricos e seu potencial energético quanto a lavra das riquezas minerais em terras indígenas podem ser efetivadas apenas com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas e com direito dessas à participação nos resultados. Trata-se de uma restrição não somente porque os recursos hídricos e minerais não são de usufruto exclusivo das comunidades indígenas em suas terras (como era uma das reivindicações do movimento indígena e indigenista durante os trabalhos da Assembleia Constituinte), mas também porque, no caso de exploração desses recursos, a atividade implicaria em restrição de uso também do solo. A matéria, contudo, não foi regulamentada e permanece sendo uma questão a ser resolvida.

Segundo as disposições constitucionais transitórias, a Constituição estabeleceu o prazo de cinco anos para a conclusão de todas as demarcações de terras indígenas (artigo 67). Nos primeiros anos após a sua promulgação, houve o maior número de processos homologados, mas esse número foi decaindo progressivamente e o prazo não foi cumprido. Os processos demoram décadas para serem concluídos, alimentando conflitos fundiários. Mediar esses conflitos é um dos mais relevantes, difíceis e urgentes desafios da sociedade brasileira: implica, de um lado, povos originários que sobreviveram a séculos de violência colonialista e que têm hoje o direito reconhecido pelo Estado de reivindicar as terras que ocupam e, por outro lado, setores fortes e politicamente organizados da economia nacional (agropecuária, mineração) interessados nas terras passíveis de demarcação e nos recursos nelas contidos.

Ou seja, a Constituição hoje vigente significou um ponto de inflexão na política indigenista de caráter colonialista que prevalecia até então. Representou uma vitória dos movimentos sociais que reclamaram os direitos indígenas à terra. Garantiu a demarcação de centenas de terras indígenas, perfazendo os atuais 13,8% do território nacional. Sendo a maior parte da extensão territorial situada na Amazônia, essa política tem garantido a preservação de 23%

do território desse bioma, junto com a garantia da reprodução sociocultural dos seus povos originários. No entanto, a morosidade do Estado em cumprir o disposto na Constituição, assim como algumas brechas por ela deixadas, tem alimentado conflitos fundiários, que hoje estão chegando a um extremo.

Em meio ao acirramento desses conflitos nos últimos anos, existe hoje uma intensa mobilização dos setores interessados na exploração econômica das terras indígenas e de seus recursos para pressionar a instituição de uma nova interpretação da Constituição, cuja consequência será a paralisação dos processos de demarcação em curso e impedimento de novas demarcações segundo o procedimento atualmente em vigor. Esse setor conta com apoio de parte do poder Legislativo e Judiciário, e do executivo, este que vem, além disso, adotando outras medidas que infringem os direitos constitucionais indígenas.

3. A POLÍTICA INDIGENISTA DO GOVERNO BRASILEIRO (2019-2022)

A política indigenista inaugurada pela Constituição de 1988 há muito é alvo de crítica de setores da sociedade que se sentem prejudicados por ela: parte da ala militar que hoje está no governo e que reivindica uma necessária associação entre a política indigenista e o processo histórico de colonização do país (Cavalcanti-Schiel, 2009); além dos setores que aspiram à exploração comercial das terras indígenas e de seus recursos. Há também conflitantes interesses econômicos de estados e municípios onde se situam as terras indígenas.

Vários são os argumentos levantados para exigir alteração de aspectos centrais da política indigenista inaugurada há pouco mais de trinta anos. Alega-se, por exemplo, que extensas áreas demarcadas em faixa de fronteira, supostamente “despovoadas”, criam ambiente propício à atuação de crimes de biopirataria, contrabando e tráfico de drogas, e inclusive riscos à soberania sobre o território. Afirma-se que a política indigenista traz prejuízos econômicos ao país ao restringir o acesso à terra por setores do agronegócio. Questionam-se os laudos antropológicos, acusando-os de aplicar critérios subjetivos e fundamentar a demarcação de grandes e desproporcionais parcelas do território nacional. Além disso, mencionam-se os diversos conflitos com proprietários de terras cujos títulos foram emitidos pelo próprio Estado brasileiro em períodos anteriores à Constituição, que, de fato, se caracterizavam por uma política colonizadora e de expansão territorial; tais proprietários se veem prejudicados pela demarcação de terras reservadas aos indígenas ao serem obrigados

a deixar suas propriedades, regularmente adquiridas⁶. Com a lentidão dos processos de demarcação, os conflitos no campo em torno de terras indígenas foram se acirrando desde a Constituição e, ultimamente, estão chegando a um extremo de violência. Não é coincidência que região amazônica concentre a maior porcentagem de mortes por conflitos no campo (CPT, 2021).

Uma mudança radical na política indigenista tem sido promovida nos últimos três anos no Brasil. Ligado aos setores que têm interesse na exploração comercial das terras disponíveis - não só indígenas, mas terras públicas de modo geral, incluindo áreas de proteção ambiental - o atual governo está promovendo ações para restaurar a política indigenista anterior a 1988. Ideologicamente, significa negar o direito à diferença; economicamente, significa liberar a exploração dos recursos das terras demarcadas, tirando o caráter exclusivo aos povos indígenas. Com isso, estamos vivendo hoje no Brasil um novo ciclo de ocupação da Amazônia, que reedita políticas de ocupação predatória empregadas por governos anteriores, entre as décadas de 1950 e 1970 (Capobianco, 2019). Trata-se, hoje, de um modelo neoextrativista, orientado para a exploração intensiva de recursos naturais destinados à exportação, mas agora associado a políticas ultraliberais de privatização e desregulação (Wanderley, Gonçalves & Milanez, 2020).

Algumas modificações na política indigenista têm sido realizadas sem interferir diretamente nos parágrafos da Constituição. Logo no início do atual mandato, houve tentativas de atribuir a tarefa da demarcação das terras da Funai para o Ministério da Agricultura (Medida Provisória 870, de 1º de janeiro de 2019; Medida Provisória 886, de 18 de junho de 2019) - constituindo flagrante conflito de interesses. A medida foi primeiramente rejeitada no Congresso, apresentada novamente, sendo afinal impedida pelo Superior Tribunal Federal. Mas, além disso, cortes no orçamento da Funai, substituição dos técnicos do trabalho de reconhecimento das terras indígenas e, mais recentemente, mudanças nas regras de licenciamento ambiental em terras indígenas (Instrução normativa conjunta nº 1, de 22 de fevereiro de 2021, questionadas pelo Ministério Público Federal por autorizar que produtores não indígenas explorem esses territórios a partir de associações), e nas regras para contestação daqueles que se sentem prejudicados pelas demarcações, são algumas das medidas administrativas adotadas (Instrução normativa nº 9, de 16 de abril de 2020).

Soma-se a isso, um ato normativo da Funai, de janeiro de 2021, que procurou instituir novos parâmetros de identificação das populações indígenas, estabelecendo que esse reconhecimento deve se dar por meio de critérios

⁶ Argumentos levantados nos diversos projetos apensados ao Projeto de Lei nº 490/2007.

“técnicos/científicos”, exigindo que as comunidades tenham características culturais “distintas daquelas presentes na sociedade não índia” (Resolução nº 4 de 22 de janeiro de 2021). Ou seja, modificando o critério de autoidentificação atualmente em uso e reintroduzindo um conceito de cultura há muito em desuso no meio científico. Essa identificação é fundamental para a definição daqueles que têm direito às políticas públicas diferenciadas⁷. E certamente também incide na identificação das terras reservadas. Com relação aos povos isolados, tem havido diversas tentativas de alteração do regime de proteção, acompanhadas de discursos promovidos, pelo próprio Executivo, que evocam os projetos de assimilação anteriores ao período democrático (ISA, 2020).

Dentre as mais graves ameaças aos direitos constitucionais está a tese conhecida por “marco temporal”, atualmente em julgamento no Superior Tribunal Federal e presente no Projeto de Lei 490, de 2007 - ao qual foram anexados outros 13 projetos de lei - e que está em tramitação. Na sua maioria, esses projetos propõem regulamentar o artigo 231 da Constituição, além de alterar o procedimento de demarcação das terras indígenas. De acordo com as propostas, devem ser consideradas terras tradicionalmente ocupadas aquelas em que as comunidades indígenas se encontravam na data da publicação da Constituição, isto é, em 5 de outubro de 1988. A interpretação do texto constitucional que tenta se impor é claramente contrária ao espírito da Constituição e, além disso, opera por um apagamento histórico das situações violentas de expropriação vividas por esses povos nos períodos anteriores à 1988.

Além disso, os projetos procuram modificar o procedimento de demarcação, especialmente no que se refere ao laudo antropológico. Exige-se que as informações orais utilizadas no procedimento tenham efeito probatório apenas quando realizadas em audiência pública ou quando registradas; cobra-se a participação ampla dos municípios atingidos; veda-se a demarcação em área contínua no caso de agrupamentos de etnias diversas, e há uma proposta de vedação à ampliação das terras já demarcadas. Os projetos propostos também procuram anular a proibição constitucional à indenização quando os ocupantes de terras indígenas são desalojados dos territórios demarcados: defendem o direito à indenização aos indivíduos que ocupam terras indígenas em decorrência de título expedido pelo Estado, e nelas se encontram de boa-fé e propõem que a destituição dos ocupantes não indígenas seja realizada somente após trânsito em julgado.

⁷ Efeitos dessa nova orientação são imediatamente sentidos, por exemplo, nas ações de combate à pandemia de covid-19: considerados grupos prioritários para a vacinação, ela só esteve disponível para os indígenas aldeados e não para parte da população indígena habitando em zonas urbanas.

Algumas dessas proposições podem parecer bem fundamentadas. Porque, afinal, pequenos produtores rurais que receberam títulos do governo em períodos anteriores podem ter dificuldade de se reassentar. O próprio programa mínimo do movimento indígena, durante os debates na Constituinte, reivindicava o reassentamento em condições dignas e justas dos posseiros pobres que se encontrassem em terras indígenas (Missões, 1987). No entanto, o problema consiste em que, muitas vezes, a titulação das terras decorre de fraudes, isto é, de ocupações ilegais e que deliberadamente buscam embaraçar os direitos indígenas. A própria Funai, no passado, já emitiu certidões que atestavam a não existência de índios em regiões que de fato eram habitadas por povos indígenas. Além disso, não se trata apenas de pequenos produtores rurais, mas de grandes latifundiários, que detém poder político no Legislativo e que são responsáveis pelos atuais alarmantes índices de desmatamento da floresta. Essa é a base de apoio do atual governo que, ao assumir o Executivo, vem decretando uma série de medidas contrárias ao espírito da Constituição.

Há ainda outros projetos de lei em tramitação que incidem sobre os direitos indígenas: dentre eles, um projeto de autoria do Executivo que procura viabilizar a exploração mineral e hídrica em terras indígenas (PL 191/2020), um projeto que dispõe sobre a regularização fundiária das ocupações em terras da União (PL 2633/2020), assim como outro projeto que busca alterar as regras do licenciamento ambiental, flexibilizando o procedimento e propondo que, em alguns casos, seja feito por autodeclaração (PL 3729/2004).

Em suma, o atual governo assume abertamente a intenção de descontinuar as demarcações de terras indígenas. E, em contradição com os direitos que foram inscritos na Constituição, também intenciona liberar a exploração dos recursos das terras indígenas por terceiros, tirando o caráter do usufruto exclusivo. A atual política indigenista é complementar ao programa de desmonte das políticas de proteção ambiental que tem sido imposto no país, a despeito do fato de que, comprovadamente, as mudanças climáticas têm ocorrido por conta de atividades humanas (segundo o sexto relatório do Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas) e por conta de um modelo predominante de exploração predatória de recursos ambientais.

Essas mudanças já estão afetando o próprio agronegócio brasileiro, que depende do bioma amazônico para manter o equilíbrio climático que garante o regime de chuvas adequado para seu cultivo. Impõe-se, portanto, a necessidade de se implementar políticas de planejamento que considerem as mudanças climáticas e seus impactos na produção de alimentos. Diante disso, qual o papel dos povos indígenas para reversão desse quadro?

4. PAPEL ESTRATÉGICO DOS TERRITÓRIOS E CONHECIMENTO INDÍGENA PARA O FUTURO DO PLANETA

Como já observado anteriormente, as terras indígenas ocupam 23% do território amazônico. Elas comprovadamente cumprem função de preservação ambiental. Segundo dados levantados pelo Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia (IPAM, 2015), a perda de vegetação dentro de área indígena na Amazônia foi menor do que 2% entre os anos 2000 e 2014; ao passo que, no mesmo período, a média de área desmatada no país foi de 19%.

Outros estudos mostram, em especial, a importância da presença humana em territórios protegidos para a contenção do desmatamento. Entre 2000 e 2018, 87% da área desmatada estava fora de áreas protegidas, o que inclui reservas indígenas, mas também reservas florestais. Dos 13% de desmatamento ocorrido em áreas protegidas, 8% foram em reservas florestais e apenas 5% em reservas indígenas. Ou seja, a presença dessas populações reduz o índice já menor de desmatamento em áreas de proteção ambiental. Nesse sentido, um importante aspecto a ser ressaltado é o fato de que o reconhecimento legal das terras indígenas favorece a proteção ambiental (Blackman *et al.*, 2017; Baragwanath & Bayi, 2020). Trata-se de um primeiro movimento de políticas públicas adequadas aos desafios contemporâneos e consoantes a um Estado democrático, e que foi efetuado pela Constituição de 1988.

Porém, mais do que preservar porções do território, as comunidades indígenas e tradicionais também prestam um outro serviço à sociedade: parte da biodiversidade pela qual o bioma Amazônia é reconhecido nada mais é do que um legado deixado por seus povos originários, os povos indígenas do passado, mantido e reproduzido pelos povos indígenas e comunidades tradicionais do presente. Se hoje o território é megadiverso, a ciência tem demonstrado o papel ativo que os povos originários exerceram, e ainda hoje exercem, na conformação, manutenção e reprodutibilidade dessa diversidade (Cunha, Magalhães & Adams, 2021).

Para compreender esse aspecto da questão, podemos partir de um dos postulados da ecologia histórica de que todas as sociedades humanas exercem algum tipo de influência no meio natural em que vivem, modificando-o. Nesse sentido, os povos indígenas não são primitivos que viveram ou vivem em uma floresta tropical intocada ou pouco alterada por eles, como tenderia a afirmar o senso comum. Ao contrário, como toda população humana, os povos originários modificaram e modificam o meio ambiente. No caso da região amazônica, a diferença com relação ao modelo de produção capitalista atualmente predominante é o efeito da intervenção humana na floresta: o impacto das atividades indígenas teve por consequência o aumento da biodiversidade e a melhoria do solo (Schann, 2014).

Evidências mais marcantes desse processo de interferência no meio ambiente são as chamadas “terras pretas de índio”, que se disseminaram por grandes áreas da bacia amazônica há dois mil anos e são utilizadas ainda hoje para cultivo (Neves, 2021). Atribui-se essa diferença de impacto no meio ambiente ao foco de cada intervenção: no caso do modelo capitalista, almeja-se a produtividade, em detrimento da diversidade, enquanto as sociedades tradicionais buscam a própria diversidade. Nesse sentido, parte da biodiversidade amazônica, daquela que se refere à cobertura vegetal, à paisagem, foi formada por seres humanos na sua relação com não-humanos, plantas e animais, ao longo de 10 a 12 mil anos. As populações indígenas e tradicionais contemporâneas, descendentes desses povos ancestrais, têm se ocupado em dar continuidade a essa reprodução genética.

De modo inverso, a produção agrícola mecanizada e a pecuária, no modelo que vem se desenvolvendo desde a chamada Revolução Verde, têm causado a exaustão do solo e a desertificação. A utilização de agrotóxicos, fungicidas, herbicidas, fertilizantes químicos, produção sementes e organismos geneticamente modificados buscam eliminar a diversidade para obter produtividade. O problema é que a consequência de se eliminar a biodiversidade natural é a redução das espécies consumidas a algumas variedades mais rentáveis comercialmente. Esse método induz a uma expressiva redução das opções genéticas, implicando um problema de segurança alimentar grave, por exemplo, na ocasião de pestes ou de mudanças climáticas.

Para minimizar esses riscos, existem bancos de sementes. Na Noruega, está localizado o maior banco do mundo, para onde o Brasil também envia sementes. Ele está estrategicamente posicionado em um lugar que tem capacidade para resistir a catástrofes naturais e foi concebido para atuar como uma espécie de cópia de segurança para a conservação de longo prazo de bancos de germoplasma (Marsicano & Cipriano, 2020). Contudo, as sementes estão congeladas, e elas são adaptadas para as condições ambientais atuais. Talvez possam não servir em breve, com todas as mudanças climáticas que o mundo está vivendo (diminuição do volume de chuvas, águas mais quentes, águas mais ácidas, menos oxigênio). Por isso, é importante que haja um banco de sementes que seja vivo e que esteja em constante experimentação, que preserve a diversidade em situação real. E é justamente essa a contribuição do conhecimento indígena e das sociedades tradicionais (Cunha, 2021). Não se trata apenas de preservação do meio ambiente e da biodiversidade, mas é necessário promover a produção de biodiversidade.

Por isso, são necessárias políticas públicas que, na direção diametralmente oposta à que vem sendo adotada atualmente pelo governo brasileiro, reconheçam a relevância das terras indígenas para a conservação da floresta e, portanto, regulação do clima mundial, além do papel estratégico do conhe-

cimento indígena para a reprodução de agrobiodiversidade, capaz de gerar desenvolvimento que possa se sustentar ao longo do tempo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARAGWANATH, K. & BAYI, E. (2020). Collective property rights reduce deforestation in the Brazilian Amazon. *Proc. Natl. Acad. Sci.*, 117(34), 20495-20502.
- BLACKMAN, A.; CORRAL, L.; LIMA, E.S. & ASNER, G. P. (2017). Titling indigenous communities protects forests in the Peruvian Amazon. *Proc. Natl. Acad. Sci. U S A.*, 114(16), 4123-4128.
- CAPOBIANCO, J. P. R. (2019). Avanços e recuos da sustentabilidade na Amazônia: uma análise da governança socioambiental na Amazônia. *Revista de Estudos Brasileños*, 6(11), 61-78.
- CASTRO, E. V. de (2008). No Brasil todo mundo é índio, exceto quem não é. En R. Sztutman (Org.). *Encontros: Eduardo Viveiros de Castro* (pp. 132-161). Rio de Janeiro: Beco do Azougue.
- CAVALCANTI-SCHIEL, R. (2009). A política indigenista, para além dos mitos da Segurança Nacional. *Estudos Avançados*, 23(65), 149-164.
- COMISSÃO PASTORAL DA TERRA. (2021). *Conflitos no campo: Brasil 2020*. Centro de Documentação Tomás Balduino, Goiânia: CPT Nacional.
- CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. (1988). Brasília: Centro Gráfico.
- CORDANI, U. G & Juliani, C. (2019). Potencial mineral da Amazônia: problemas e desafios. *Revista de Estudos Brasileños*, 6(11), 61-78.
- CUNHA, M. C. da (2021, 22 de abril). *Conhecimentos dos povos tradicionais, biodiversidade e políticas públicas* [Apresentação]. Sesc Ideias. Recuperado em 6 de outubro de 2021 de https://www.youtube.com/watch?v=9NT3Yy7AZrY&ab_channel=SescS%C3%A3oPaulo.
- CUNHA, M. C. da; Magalhães, S. B. & Adams, C. (Orgs.). (2021). *Povos tradicionais e biodiversidade no Brasil: contribuições dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais para a biodiversidade, políticas e ameaças*. São Paulo: SBPC.
- DECRETO Nº 1.775, de 8 de dezembro de 1996. (1996). Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências. Brasília, DF. Recuperado em 26 de março de 2023, de https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1775.htm.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. (2012). *Os indígenas no censo demográfico 2010: primeiras considerações com base no quesito cor ou raça*. Rio de Janeiro.
- IPAM. INSTITUTO DE PESQUISA AMBIENTAL DA AMAZÔNIA. (2015). Terras Indígenas na Amazônia Brasileira: reservas de carbono e barreiras ao desmatamento. Brasília. Recuperado em 6 de outubro de 2021, de <https://shorturl.at/djJL8>.
- INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL (2021). *Terras indígenas no Brasil*. Recuperado em 6 de outubro de 2021 de <https://terrasindigenas.org.br>.

- INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL; COMISSÃO ARNS; CONECTAS DIREITOS HUMANOS. (2020). *Relatório: Ameaças e violação de direitos humanos no Brasil: Povos indígenas isolados*. Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações – UNHRC. Recuperado em 6 de outubro de 2021, de <https://shorturl.at/fBDNT>.
- INSTRUÇÃO NORMATIVA CONJUNTA Nº 1, DE 22 DE FEVEREIRO DE 2021. (2021). Dispõe sobre os procedimentos a serem adotados durante o processo de licenciamento ambiental de empreendimentos ou atividades localizados ou desenvolvidos no interior de Terras Indígenas cujo empreendedor seja organizações indígenas. Recuperado em 5 de outubro de 2021, de <https://shorturl.at/fANP9>.
- INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 9, DE 16 DE ABRIL DE 2020. (2020). Disciplina o requerimento, análise e emissão da Declaração de Reconhecimento de Limites em relação a imóveis privados. Recuperado em 5 de outubro de 2021, de <https://shorturl.at/ruFG2>.
- LEI Nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Brasília, DF. Recuperado em 26 de março de 2023, de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16001.htm.
- LOVEJOY, T. E. & NOBRE, C. (2019). Amazon tipping point: last chance for action. *Sci. Adv.*, 5(12), eaba2949.
- MARSICANO, K. & Cipriano, R. (2020). Material genético brasileiro segue para depósito no Banco de Sementes da Noruega. Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária. Recuperado em 3 de outubro de 2021, de <https://shorturl.at/xyP68>.
- MEDIDA PROVISÓRIA 870, DE 1º DE JANEIRO DE 2019. (2019). Recuperado em 5 de outubro de 2021, de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv870.htm.
- MEDIDA PROVISÓRIA Nº 886, DE 18 DE JUNHO DE 2019. (2019). Altera a Lei nº 13.844, de 18 junho de 2019, a Lei nº 8.171, de 17 de janeiro de 1991, a Lei nº 12.897, de 18 de dezembro de 2013, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, e a Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, para dispor sobre a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios. Brasília, DF. Recuperado em 26 de março de 2023, de https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/mpv/mpv886.htm.
- MISSÕES (1987). Consolata, ano XIV, nº 2. Recuperado em 26 de março de 2023, de <https://acervo.socioambiental.org/sites/default/files/documents/J1D00033.pdf>.
- NEVES, E. (Coord.). (2021). Biodiversidade e agrobiodiversidade como legados de povos indígenas. En M. C. DA CUNHA; S. B. MAGALHÃES, & C. ADAMS (Eds.). (2021). *Povos tradicionais e biodiversidade no Brasil: contribuições dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais para a biodiversidade, políticas e ameaças*. São Paulo: SBPC.
- NOBRE, C. A.; SAMPAIO, G; BORMA, L.; CASTILLA-RUBIO, J. C.; SILVA, J. S.; CARDOSO, M. (2016). Land-use and climate change risks in the Amazon and the need of a novel sustainable development paradigm. *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, 113(39), 10859-10768.
- PROJETO DE LEI Nº 490/2007. (2007). Brasília, DF. Recuperado em 5 de outubro de 2021, de <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345311>.

- RESOLUÇÃO Nº 4 DE 22 DE JANEIRO DE 2021. (2021). Recuperado em 5 de outubro de 2021, de <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-4-de-22-de-janeiro-de-2021-300748949>.
- SALES, L.; GALETTI, M. & PIRES, M. (2020). Climate and land-use change will lead to a faunal ‘savannization’ on tropical rainforests. *Global Change Biology*, 26(12), 7036-7044.
- SCHANN, D. P. (2014). Arqueologia para etnólogos: colaborações entre arqueologia e antropologia na Amazônia. *Anuário Antropológico*, 39(2), 13-44.
- VAL, A. L. (2019). Conservação da biota aquática da Amazônia. *Revista de Estudios Brasileños*, 6(11), 79-89.
- WANDERLEY, L. J; GONÇALVES, R. F. & MILANEZ, B. (2020). O interesse é no minério: o neoextrativismo ultraliberal marginal e a ameaça de expansão da fronteira mineral pelo governo Bolsonaro. *Revista da ANPEGE*, 16(29), 549-593.

DESENVOLVIMENTO PLANEJADO? O DESTINO DA AMAZÔNIA FRENTE AOS INVESTIMENTOS NA SUA MODERNIZAÇÃO

*¿Desarrollo planificado? El destino de la Amazonia
ante las inversiones para su modernización*

Planned development? The fate of the Amazon
in terms of investments in its modernization

MARIA DOLORES LIMA DA SILVA

Universidade Federal do Pará (UFPA, Brasil)

RESUMO

A partir de estudos bibliográficos se observa, desde o século XIX a exploração econômica extrativa alimentava a opulência das elites políticas e econômicas regionais e setores comerciais externos à região. De meados do século XX em diante, uma nova perspectiva de desenvolvimento se delineou para a região, que vai se afirmar a partir da ação dos governos militares na década de 1960. O Estado brasileiro elaborou um projeto para a integração regional com o propósito de inseri-la em modernas relações econômicas de produção. Os conflitos advindos dos impactos socioambientais, gerados em função do contraste entre formas de vida tradicionais e as novas práticas e interesses de uso da terra e seus recursos, são apontados como um problema ainda sem solução. Até o contexto atual não se apresentaram alternativas produtivas que representem uma mudança no destino traçado para a Amazônia como fornecedora de produtos naturais. O cenário político interno é desfavorável ao enfrentamento desses problemas e aponta para uma reversão das conquistas alcançadas nas duas últimas décadas em benefício da preservação ambiental e do reconhecimento de direitos às populações tradicionais.

Palavras-chave: Amazônia; desenvolvimento; Estado; impactos socioambientais.

RESUMEN

A partir de estudios bibliográficos, se observa que desde el siglo XIX, antes de que se planificara el desarrollo económico de la Amazonia, la producción extractiva había alimentado la opulencia de las élites políticas y económicas. A partir de mediados del siglo XX, se esbozó una nueva perspectiva de desarrollo para la región, que se afirmaría a partir de la acción de los gobiernos militares de los años sesenta. El Estado brasileño elaboró un proyecto de integración regional con la intención de incluir a la Amazonia en las modernas relaciones económicas de producción. Los conflictos derivados de los impactos socioambientales, generados como consecuencia del contraste entre las formas de vida tradicionales y las nuevas prácticas e intereses sobre el uso de la tierra y sus recursos, se apuntan como un problema aún sin resolver. Hasta el momento, no existen alternativas productivas que supongan un cambio en el destino de la Amazonia como proveedora de productos naturales. El escenario político interno es desfavorable para hacer frente a estos problemas y apunta a una reversión de los logros alcanzados en las últimas décadas a favor de la preservación ambiental y del reconocimiento de derechos a las poblaciones tradicionales.

Palabras clave: Amazonia; desarrollo; Estado; impactos socioambientales.

ABSTRACT

Based on bibliographical studies, it can be observed that, before the economic development of the Amazon was planned, extractive production had fed the opulence of political and economic elites since the 19th century. From the mid-twentieth century onwards, a new development perspective was outlined for the region, which was to assert itself after the action of the military governments in the 1960s. The Brazilian State elaborated a project for a regional integration with the purpose of inserting it in modern production relations. Conflicts arising from socio-environmental impacts as result of the contrast between traditional ways of life and new practices and interest in the use of land and its resources are pointed out as a problem that has yet to be resolved. Until the current context, there were no productive alternatives that represent a change in the destiny of supplier of natural products traced to the Amazon. The domestic political scenario is unfavorable to confronting these problems. In addition, it points to a reversal of the achievements reached in the last two decades in favor of environmental preservation and recognition of the rights of traditional populations.

Keywords: Amazon; development; State; socio-environmental impacts.

1. INTRODUÇÃO

QUANDO SE FALA EM AMAZÔNIA A ATENÇÃO DE TODOS SE CONDUZ PELA IMAGINAÇÃO a respeito de uma região natural, exuberante, rica em biodiversidade e com enormes problemas socioambientais. São as especificidades

das relações sociais no bioma amazônico, que norteiam as reflexões a respeito dos impactos das políticas públicas nesse território, especialmente a partir da segunda metade do século xx. Contudo, as políticas de desenvolvimento para a Amazônia foram traçadas para serem implementadas na região administrativa denominada de Amazônia Legal, que não se confunde plenamente com o bioma natural amazônico.

A abordagem aqui apresentada se norteará pelas tensões e conflitos entre as formas de exploração econômica, que historicamente se estabelecem na Amazônia, e a carência retratada na realidade vivida pela maior parte da população. O guia condutor dessa reflexão são as políticas conduzidas pelo Estado brasileiro com o objetivo de promover o desenvolvimento econômico. O propósito dessa abordagem é fomentar reflexões que possam contribuir para que políticas públicas mais assertivas na promoção do bem-estar da população sejam concretizadas.

Três seções, além desta introdução, organizam o argumento aqui apresentado. A primeira introduz a reflexão apresentando algumas especificidades históricas anteriores ao projeto de desenvolvimento fomentado pelo Estado brasileiro. Na segunda seção trataremos do contexto em que a Amazônia se torna foco de políticas que visam inseri-la em relações modernas de produção econômica, destacando os desdobramentos negativos derivados da ação do Estado. Na terceira seção mostro que foram criadas leis e instituições para nortear o sistema produtivo, visando a sustentabilidade socioambiental, contudo não há interrupção nos impactos negativos gerados pelos projetos governamentais voltados para o desenvolvimento. Por fim, traço algumas considerações finais onde destaco que a Amazônia continua em uma posição de fornecedora de produtos naturais ao mercado internacional, produzindo grandes riquezas que não se revertem em benefício da maior parte dos grupos sociais locais e, tampouco, da manutenção de seu rico ecossistema.

2. DE “ANTES DO DESENVOLVIMENTO” AO PERÍODO DEMOCRÁTICO DE 1946 A 1964

A discussão sobre desenvolvimento na Amazônia permite uma breve digressão sobre o período anterior ao que é enfocado como políticas públicas desenvolvimentista na Amazônia. A breve passagem por questões históricas de “antes do desenvolvimento” tem como propósito destacar elementos da realidade socioeconômica que marcaram o período em que a região estava relativamente distanciada de decisões políticas externas que traçassem um destino contundente para a vida social, econômica e política da região.

Oficialmente, o controle político da Amazônia se estabeleceu em 1616 com a fundação de Belém, hoje capital do estado do Pará, demarcando o domínio português com o fim de expandi-lo a oeste do delta amazônico. A colônia estabelecida na região amazônica mantinha relação direta com Portugal e só se integrou ao Brasil em 1823¹. Em meados do século XVIII recebeu a denominação de Estado do Grão Pará e Maranhão, atestando a importância que as terras “conquistadas” adquiriram para os domínios de Portugal. No ano seguinte é separada do Maranhão e passa a formar uma nova região administrativa, juntando-se à capitania do Rio Negro, hoje estado do Amazonas.

A colonização da Amazônia teve como primeira atividade econômica a exploração das chamadas “drogas do sertão”, que mobilizava o avanço dos colonizadores pelos rios e matas exuberantes, apoiados no conhecimento e trabalho dos diversos povos nativos. Quando os indígenas não eram dizimados por doenças ou pela guerra, acabavam como servos dos colonizadores. O tráfico de escravos foi inserido em menor proporção para sustentar a agricultura, contudo o extrativismo era preponderante (Salles, 1971).

A economia extrativa teve seu auge com a exploração da borracha, especialmente no do final do século XIX ao início do século XX. São marcas da opulência econômica gerada nesse período, a construção, em Belém, do teatro da Paz e do teatro Amazonas, em Manaus, que espelham o luxo da arquitetura europeia. As obras de urbanização, luz elétrica e cinema distinguiram a cidade de Belém no início do século XX, o estilo de vida dos mais abastados inspirava-se na *belle époque* europeia.

Uma pequena elite que dominava latifúndios no interior da província também controlava a política nos núcleos urbanos. Apesar de nada excepcional, na área do delta amazônico se desenvolveu uma agricultura de arroz, tabaco, cacau, algodão e cana de açúcar, que se sustentava no trabalho do escravo africano, ao passo que do extrativismo se incumbiam os povos indígenas (Salles, 1971). O domínio da terra e as relações de trabalho de semi-servidão, fundamentavam a base econômica do poderio das elites regionais.

Com o declínio da economia da borracha a partir de 1912 restou, além dos sinais das riquezas produzidas, uma população pobre que migrou para as terras amazônicas em busca de sobrevivência, principalmente das regiões secas do nordeste brasileiro. Esses novos habitantes se integraram à vida local,

¹ O capitão-mor Francisco Caldeira Castelo Branco seguiu do Maranhão, onde a coroa portuguesa atuava para expulsar os holandeses, rumo ao delta amazônico, onde construiu o Forte do Castelo, fundando Belém. O Estado do Maranhão e Grão Pará (1651) – depois denominado de Estado do Grão Pará e Maranhão (1771) – era uma colônia de Portugal separada do Brasil.

misturando-se com os nativos na composição da feição demográfica regional, seja como “caboclos” embrenhados nas florestas ou como moradores das periferias nas cidades.

Durante a Segunda Guerra Mundial, acordo de cooperação com os EUA levou a criação da chamada “batalha da borracha”, com o objetivo de fornecer esse produto que estava impedido de ser comercializado com os países asiáticos. Essa política promoveu a migração de nordestinos para a Amazônia, que ficaram conhecidos como “soldados da borracha”. Para sustentar essa empreitada foi necessário fomento institucional na região. Foram criados órgãos públicos como o Banco de Crédito da Borracha (BCA) e o Serviço Especial de Mobilização de Trabalhadores para a Amazônia, em 1942. Em 1943 foi criado o Serviço Especial de Saúde Pública (SESP). Trata-se de iniciativas importantes para a construção de um aparato administrativo que posteriormente foi aperfeiçoado e incrementado (Ferreira & Bastos, 2016).

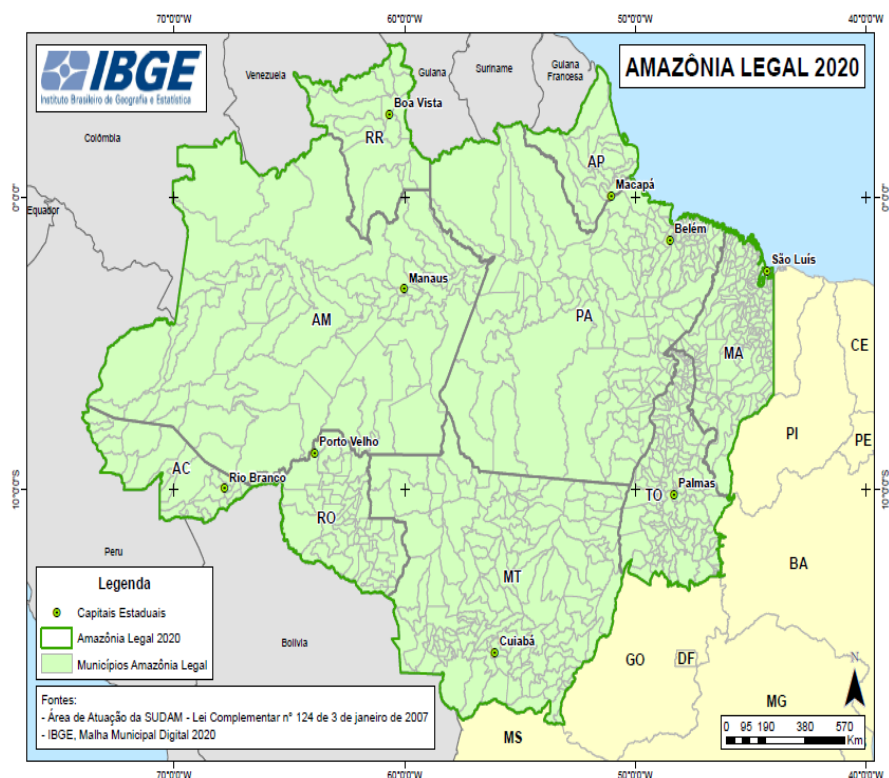
A memória da opulência vivida na *belle époque* amazônica alimentava o desejo de se reativar a economia extrativista. Isto se evidencia na atuação de lideranças políticas durante o período democrático iniciado em 1946. Por iniciativa dos deputados dos estados do Amazonas e Pará ficou determinado na Constituição (art. 199) que 3% da renda nacional deveria ser direcionado para a Valorização Econômica da Amazônia.

No entanto, na primeira metade do século xx a Amazônia ainda era uma região relativamente isolada do resto do Brasil. Destaca-se nesse período, também, a implementação de subdivisões político-administrativas, com a criação dos distritos federais de Rio Branco (hoje estado de Roraima), Guaporé (hoje estado de Rondônia) e do Amapá, em 1942. Com a Constituição de 1988 esses territórios adquiriram o status de estados da federação com autonomia administrativa. Junto à criação do estado do Tocantins, desmembrado do norte do estado de Goiás, essas unidades federativas completam a região norte do Brasil, ao lado dos estados do Pará, Amazonas e Acre.

A região norte costuma ser identificada como a região amazônica, mas é uma delimitação geográfica que não corresponde plenamente ao bioma amazônico e nem tampouco com a área da Amazônia Legal. Esta é uma divisão político-administrativa que corresponde à área de atuação da Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia - SUDAM e possui uma superfície aproximada de 5.015.067,75 km², que corresponde a cerca de 58,9% do território brasileiro² abrangendo toda região norte e áreas de estados vizinhos.

² O estado do Mato Grosso faz parte da região Centro-Oeste e o estado do Maranhão faz parte da região Nordeste do Brasil, ambos têm áreas do bioma amazônico e de transição.

MAPA 1. Mapa da Amazônia Legal.



Fonte: <https://www.ibge.gov.br/geociencias/cartas-e-mapas/mapas-regionais>.

3. A CHEGADA DO DESENVOLVIMENTO: DA DÉCADA DE 1950 AO PLANEJAMENTO TECNOCRÁTICO DOS GOVERNOS MILITARES PARA A AMAZÔNIA

Na década de 1950 começaram a se esboçar políticas desenvolvimentistas no Brasil e a percepção sobre o potencial econômico da Amazônia ia além da exploração da borracha. Em 1953 foi criada a Superintendência da Valorização Econômica da Amazônia (SPVEA) para alavancar ações para o desenvolvimento na região. Já se previa, então, o uso das bacias hidrográficas para a produção de energia, entre outras propostas voltadas para a agricultura e a indústria. Mas, a criação da SPVEA não foi capaz de enfrentar os desequilíbrios entre regiões e, ainda, evidenciou a desigualdade entre a Amazônia ocidental e a Amazônia oriental (Ferreira & Bastos, 2016).

Conforme Loureiro & Pinto (2005), até meados da década de 1960 na Amazônia se praticava a lavoura em apenas 1,8% do território, existiam fazenda

seculares de pastos naturais onde se criava o gado em cerca de 11% do território e nos demais 87% o caboclo da terra firme ou ribeirão praticava o extrativismo vegetal e animal.

Destaca-se como ação de significativo impacto na feição regional no período democrático de 1946-1964, a construção da rodovia Belém-Brasília que conectou mais facilmente a Amazônia ao poder central que se instalava no centro do país³. Em uma região aonde só se chegava através de avião e barco, a construção de rodovias criou oportunidades para ganhos econômicos e facilitou a chegada de novas levas de imigrantes. As novas vias de transporte foram as portas de entrada para a exploração mais intensiva de recursos naturais na Amazônia.

Em 1964 a democracia brasileira foi interrompida por um golpe militar. O apoio das elites econômicas à ditadura alimentou-se no propósito de silenciamento das demandas populares, em uma sociedade cada vez mais urbanizada⁴, assim como nas promessas de dinamização econômica inspiradas no nacionalismo e no desenvolvimentismo. A partir desse período o Estado foi aparelhado com instituições e especialistas importantes para planejar políticas de desenvolvimento, apostando-se no universalismo de procedimentos em algumas áreas estratégicas de insulamento burocrático (Nunes, 2010).

No que se refere à Amazônia, as políticas existentes foram reformuladas em uma concepção de Planos Regionais e durante o governo Castelo Branco (1964-67) foi lançada a “Operação Amazônia”. Esta investida apelava ao espírito nacionalista com o slogan “integrar para não entregar”⁵ e substituiu o BCA pelo Banco da Amazônia (Lei 5.122/1966), a SPEVEA deu lugar a Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia (SUDAM - Lei 5.173/1966) e a Zona Franca de

³ Os governos de Getúlio Vargas e de Juscelino Kubitschek (1956-1961) se destacaram com ações de promoção do desenvolvimento, este último criou o slogan “50 anos em 5” para apresentar um Plano Quinquenal para alavancar a economia. A construção de Brasília e da rodovia Belém-Brasília também foram concretizadas por suas iniciativas.

⁴ As reivindicações da sociedade civil não se restringiam a direitos para a classe trabalhadora do meio urbano, sendo a reforma agrária uma pauta central a acirrar os conflitos entre os reformistas e os setores conservadores do meio urbano e rural. As principais forças partidárias do período foram o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), o Partido Social Democrático (PSD) e a União Democrática Nacional (UDN).

⁵ No contexto da guerra fria foi propagado que a “ameaça comunista” poderia se concretizar no território brasileiro, tal como ocorreu em Cuba, o que insuflava o espírito nacionalista a apoiar as políticas autoritárias dos governos militares.

Manaus foi regulamentada (Dec-Lei 288/1967). Nesta área de livre comércio no estado do Amazonas se desenvolveu um moderno polo industrial.

No governo Médici (1969-1974) foi criado o Plano de Integração Nacional (PIN – Decreto-lei nº 1106/1970) onde a região foi apresentada como “terra sem homens para homens sem-terra” com a finalidade de atrair colonos para o meio rural, face a baixa densidade demográfica de um território de densa floresta e rios abundantes. Imagens construídas ao longo do processo de colonização da Amazônia⁶ foram reforçadas pela estratégia de propaganda governamental que a apresentava como um “espaço vazio”.

Grandes rodovias, como a Transamazônica, a Cuiabá-Santarém e a Cuiabá-Porto Velho, foram definidas para serem vias de ligação com as outras regiões do Brasil. O Decreto nº 1164/1971 determinou que 100 quilômetros de cada lado das estradas deveriam ser destinados ao assentamento de colonos que se interessassem em explorar economicamente a terra. A apropriação dessas áreas promoveu o que os analistas chamam de “federalização das terras amazônicas”⁷ com o propósito de venda, implantação de grandes projetos econômicos e de colonização oficial. No decorrer desse processo fazendeiros e grileiros aproveitaram a oportunidade para usá-las na criação extensiva de gado e na especulação.

Nesse contexto foram criados os Planos Nacionais de Desenvolvimento e vinculados a eles os planos regionais. Os Planos de Desenvolvimento da Amazônia começaram a direcionar as políticas públicas com o I PDA (1972-1974) e se estenderam até o final da ditadura militar. Os investimentos em infraestrutura e incentivos fiscais para toda a Amazônia Legal foram ações traçadas para colocar em prática a criação de polos de desenvolvimento. A região foi afirmada como fronteira econômica onde teria terra para todos e os grandes investimentos seriam financiados pelo Estado (Lira, 2005).

Com o do II PDA (1975-1979) entrou em vigência o POLAMAZONIA⁸ (Polos Agropecuários e Agrominerais da Amazônia), voltado para o atividades com maior capacidade de gerar grandes retornos econômicos e se constituíssem em po-

⁶ A visão romanceada que os navegadores espanhóis e portugueses alimentaram sobre a Amazônia, a partir do século XVII (Gondim, 1994) foram reforçadas ao longo do tempo, como na percepção do romancista Euclides da Cunha no início do século XX. Como observa Silva (2020, p. 4) “El Dourado” e “inferno verde” são duas versões imagéticas que sinalizam a percepção de riquezas inestimáveis a serem exploradas e, também, as dificuldades em acessá-las’.

⁷ Segundo Loureiro & Pinto (2005) foram apropriadas 70% das terras do estado do Pará.

⁸ Decreto nº 74.607/1974.

los de crescimento. A perspectiva de tornar a pecuária industrializada e de vultosos investimentos de capital nacional e internacional na mineração não considerava como um ônus a destruição da floresta. Não havia entraves legais à ação da indústria e sim premiação para aqueles que aceitassem o desafio de enfrentar a floresta, domá-la ou destruí-la quando necessário.

A agropecuária se destaca como a atividade capaz de explorar os recursos florestais e posteriormente ocupar a área desmatada com o gado. Décadas depois a cultura da soja vem desempenhar esse mesmo papel (Loureiro & Pinto, 2005; Domingues *et al.*, 2014). Alia-se à venda da madeira de alto valor econômico a queima da mata restante propagando-se exponencialmente a destruição dos ecossistemas.

O III PDA (1980-1985) sofreu com a falta de recursos em função da forte crise econômica da década de 1980, mas as vias de desenvolvimento traçadas permaneceram e moldaram a história econômica da região até os dias atuais.

Não é possível reconstituir as estratégias de desenvolvimento planejadas para a Amazônia sem destacar suas consequências sobre a natureza e as populações nativas. Com a chegada de grandes levas de imigrantes, pequenos produtores rurais, grandes empresas e grupos sociais tradicionais passaram a disputar o território. Como observa Almeida (1989; 1991), existiam sistemas de apossamento preexistentes onde ribeirinhos, quilombolas, povos indígenas, posseiros – grupo sociais genericamente chamados de caboclos – praticavam a agricultura e o extrativismo de subsistência sem um documento que lhes atestassem a propriedade da terra.

Aqueles que aceitaram o convite para ocupar a terra, propagandeada como “sem homens” se acharam no direito de expulsar os diversos grupos sociais dos territórios tradicionalmente ocupados. Nesse contexto, a figura do especulador de terras alavancou os maiores índices de violência no campo a partir do final da década de 1970⁹. No estado do Acre, a luta pela permanência nas terras ocupadas desde o primeiro ciclo de exploração da borracha levou à criação da primeira reserva extrativista (RESEX) na Amazônia, sob a liderança do seringueiro Chico Mendes (Allegretti, 2008).

À infraestrutura de energia através de hidrelétricas e de transporte, com a opção pelas rodovias, juntou-se a instalação de grandes projetos como o Programa Grande Carajás, voltado para a extração de minério no estado do Pará.

⁹ Os conflitos no campo foram tratados como problemas de segurança nacional pelos governos militares e sua intensidade não pôde mais ser ignorada na década de 1980, visto que ameaçavam o planejamento do Estado (Almeida, 1991).

A materialidade de tais empreendimentos definiram a racionalidade econômica que deveria nortear a geração de riquezas na região.

Os custos socioambientais decorrentes dos impactos sobre um território até então pouco conhecido se manifestam, fortemente, na década de 1980.

As queimadas, o desmatamento e os crimes no campo desenharam o perfil da “modernidade econômica” que se instalou na maior floresta tropical do mundo.

Em função da ausência de titularidade legal das terras habitadas por povos tradicionais, das liberdades autorizadas pelo poder público aos novos desbravadores para que derrubassem e explorassem a floresta, e ao desconhecimento sobre os mecanismos naturais de sua biodiversidade, a imagem de Amazônia que se projetou a partir de então foi de destruição e violência. A pistolagem permanece como componente da questão agrária regional (Loureiro & Pinto, 2005; Almeida, 1991)¹⁰.

Acompanharam a queda do regime militar, na segunda metade da década de 1980, as demandas por participação na definição de políticas públicas, a saliência da bandeira em defesa do meio ambiente e a necessidade de reconhecimento de direitos para as populações tradicionais. Tais temas passaram a ser presença permanente nos discursos de lideranças políticas nacionais e internacionais. O destino da Amazônia passou a ter centralidade na atenção mundial.

4. A AMAZÔNIA NO CONTEXTO DA DEMOCRACIA INSTITUCIONALIZADA EM 1988

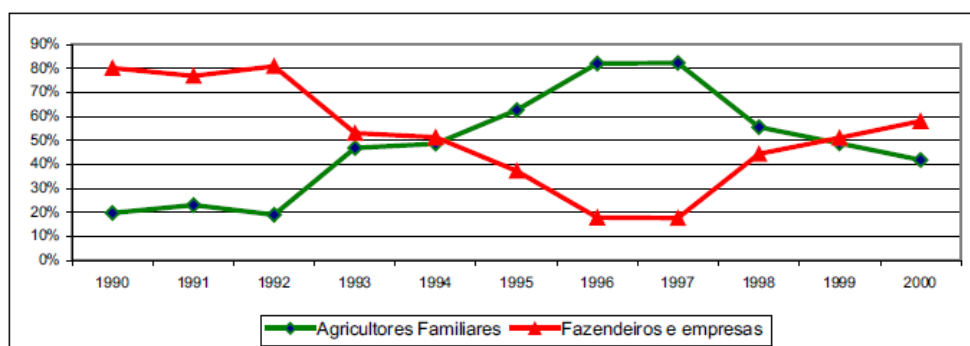
As inovações criadas pela Constituição de 1988 resultaram em processos importantes na abordagem dos problemas que se instalaram na Amazônia a partir das políticas voltadas para o seu desenvolvimento. A participação social passou a ser assegurada através de audiências públicas, favorecendo o debate público sobre os impactos gerados por grandes investimentos econômicos e de infraestrutura. Através da alocação de 3% dos impostos federais para o financiamento produtivo das regiões menos desenvolvidas foi criado o Fundo Constitucional de Desenvolvimento do Norte-FNO (Lei 7.827/1989).

Segundo Costa (2005) existem dois tipos antagônicos de produção agrária na Amazônia, o latifundiário monocultural, hegemônico no recebimento de incentivos da SUDAM, e a estrutura familiar-pluricultural, cujo sucesso se converte em distribuição de renda e equidade social. Na década de 1990 houve intensa mobilização dos movimentos sociais do campo, reivindicando investimentos públicos à agricultura familiar, que foi ignorada pelas políticas das

¹⁰ <https://www.cptnacional.org.br/component/jdownloads/send/41-conflitos-no-campo-brasil>.

décadas anteriores. Mas as conquistas alcançadas foram efêmeras, logo os investimentos públicos retornaram aos grandes produtores¹¹.

GRÁFICO 1. Evolução da participação dos financiamentos do FNO por porte/tipo do beneficiário, 1990 a 2000.



Fonte: Costa, 2005, p. 137.

A proteção do meio ambiente foi reconhecida como direito fundamental pela CF-1988 (Art, 225), o que conferiu a instrumentos legais anteriores, como a Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985) e a Política Nacional de Meio Ambiente (Lei nº 6.938-1981), uma via mais consistente para a atuação do Ministério Público e dos movimentos ambientalistas (Alonso, 2007). Uma concepção mais ampla sobre meio ambiente, a partir do final da década de 1980, permitiu que os grupos sociais tradicionais também sejam incluídos como atores e parte das políticas ambientais (Silva & Cabral, 2018; Silva & Rosa, 2013; Silva, 2015).

O funcionamento democrático do Congresso Nacional, a criação dos Conselhos de Políticas Públicas, do IBAMA (1989) e, posteriormente, do Instituto Chico Mendes (2007) formaram o cenário institucional em que grandes problemas instalados na Amazônia passaram a ser abordados. Avanços importantes foram alcançados com a criação de um amplo sistema legal, onde se pode destacar a Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 6.902/1998) e o Sistema Nacional de Unidades de Conservação-SNUC (Lei nº 9.985/2000).

¹¹ As condições burocráticas de elegibilidade aos financiamentos não se adequavam ao perfil da produção familiar, que, conforme Costa (2005) precisa de algum tipo de associativismo para se apoiar. Além disso, os parâmetros de desenvolvimento sustentável impostos pelas autoridades técnico-científicas desprezaram as experiências do pequeno agricultor tradicional e exigiram práticas produtivas modernas que representaram um grande custo para esse público.

Em função dos esforços dos governos federal e dos estados do Acre, Amazonas, Amapá e Pará, foi criada a maior área de Unidades de Conservação, a partir de 2003, durante a vigência do Programa Áreas Protegidas da Amazônia (Arpa). Essa realização foi encarada como uma estratégia de combate ao desmatamento ilegal e, também, para atender as demandas das populações tradicionais e de produção florestal sustentável (Veríssimo, 2011). Investimentos do Programa Piloto Para Proteção das Florestas Tropicais Brasileiras (PPG-7), a partir dos compromissos assumidos na CONUMAD em 1992, apoiaram a formação de corredores ecológicos na Amazônia.

TABELA 1. Evolução na criação de UCS (federais e estaduais), por período de governo.

Período	UCs criadas (km ²)*		Proporção em relação ao total de UCs (%)
	Federais	Estaduais	
Até 15/03/1985	124.615	5.047	10,6
de 15/03/1985 a 15/03/1990	85.882	97.030	14,9
de 15/03/1990 a 31/12/1994	16.841	69.765	7,1
de 01/01/1995 a 31/12/1998	41.316	83.726	10,2
de 01/01/1999 a 31/12/2002	91.442	30.595	10,0
de 01/01/2003 a 31/12/2006	200.053	287.065	39,8
de 01/01/2007 a 31/12/2010	59.383	32.071	7,5
Total até dez/2010	619.532	605.299	100,0

* Considerando as áreas oficiais das Unidades de Conservação, com suas configurações em dezembro de 2010.

Fonte: Veríssimo, 2011, p. 24.

As RESEX e os assentamentos agroextrativistas foram inovações imaginadas para assegurar o direito legal de uso da terra pelos habitantes tradicionais na região. Ao mesmo tempo, o desmatamento se mantém como uma prática regular na Amazônia que resiste aos avanços institucionais de controle. A especulação pela posse da terra, assim como o avanço da monocultura, pressiona pela derrubada da floresta nativa e desafiam os benefícios advindos da criação de áreas protegidas.

Na década de 1990 a retomada do planejamento governamental definiu como pauta prioritária, em governos democráticos de diferentes espectros ideológicos, grandes projetos de infraestrutura voltados para a dinamização da exportação de *commodities*¹². A estratégia de criação de “Eixos Nacionais

¹² Os Planos Plurianuais (PPA) são os instrumentos governamentais de planejamento definidos pela CF-1988. Os PPAS só foram efetivamente formulados a partir do gover-

de Integração e Desenvolvimento”, visando a inserção do Brasil na economia globalizada durante o governo FHC (PSDB), priorizou investimentos em transporte hidroviário e rodoviário abrindo novas vias de escoamento de produtos¹³. O papel de fornecedora de energia, através dos abundantes recursos hídricos, também foi retomado da região, destacando-se a polêmica construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, inaugurada durante o governo Dilma Rousseff (PT).

A extração de minério e madeira, a produção pecuária e da soja são, atualmente, os maiores vilões a gerar impactos socioambientais negativos na região. Os controles institucionais e a legislação socioambiental não são capazes de configurar um modelo de produção sustentável onde as populações nativas se vejam contempladas com bem-estar social, autonomia e preservação dos territórios em que habitam. No caminho das fazendas, mineradoras, estradas e hidrelétricas existem índios, quilombolas, ribeirinhos e pequenos camponeses.

A “racionalidade” de desenvolvimento que se estabeleceu desde a década de 1970 não se transformou em um novo modelo que possa sustentar a complexidade do ecossistema amazônico e respeitar os interesses de grupos sociais mais fragilizados (Vasconcelos, 2018). Onde se vê pequenas mudanças incrementais no sentido de uma modernização ecológica do sistema produtivo e gerencial, com uso de tecnologias mais modernas e processos decisórios menos fechados, tais experiências se mostram bastante restritas.

No avançar do novo milênio observa-se uma perspectiva “modernizada” de extrativismo, calcada na reestruturação do capitalismo mundial. No discurso “neo-desenvolvimentista” terras, água, floresta, minérios, são vistos como insumos de mercado. Os conflitos ambientais que se manifestam nos territórios são indicadores da hierarquização de direitos e culturas onde os sujeitos coletivos se veem ameaçados de expropriação e são vistos como custo da gestão empresarial (Acsehrad, 2014).

Além dos impactos socioambientais violentos, no final da segunda década dos anos 2000 se fortaleceram posições políticas que trabalham para destruir os mecanismos institucionais de controle e anular a presença das populações tradicionais nas decisões sobre políticas públicas na região. Ainda que o poder dos atores que participam da construção de políticas públicas seja assimé-

no de Fernando Henrique Cardoso (1995-98; 1999-2002), com a estabilização econômica.

¹³ No Programa “Avança Brasil” investimentos em três novos eixos de transporte Norte-Sul foram programados para as rodovias do estado do Acre visando a ligação com o Peru. Junto às ações nas hidrovias Araguaia-Tocantins e Rio Madeira, visaram facilitar o escoamento da soja cultivada no estado do Mato Grosso para o mercado internacional (Cardoso, 2008).

trico, a governança ambiental construída no período democrático aproxima os grupos sociais que são afetados por essas políticas dos centros de poder decisório e cria canais de manifestação (Pereira, 2014; Sequeira & Silva, 2014). Entretanto essa “participação” ampliada dos atores é vista como indesejada.

O avanço no Congresso nacional da representação do agronegócio tenta impor como modelo único e inquestionável de desenvolvimento a grande propriedade monocultora e os grandes projetos de exploração mineral, desprezando o lugar e o papel das populações tradicionais na manutenção da floresta. Com o governo eleito em 2019 abriu-se uma janela de oportunidade para que as instituições se tornassem instrumentais, pela ação ou pela inação, a esses propósitos (Araújo, 2020)¹⁴.

A chamada “nova política bolsonarista” defendeu a “flexibilização” da legislação ambiental para atender aos interesses dos grandes investidores, pavimentando grandes mudanças no sistema de políticas públicas ambientais (Capelari *et al.*, 2020)¹⁵. O licenciamento ambiental sob controle dos produtores (PL nº 3729/2004), a anistia aos infratores ambientais através da chamada MP da grilagem (PL nº 2633/2020) e os embates durante a tramitação do novo Código Florestal (Lei nº 12.651/2012) para reduzir o tamanho da reserva legal na Amazônia, são exemplos dessa intentona de destruição.

Nessa agenda de governo não se manifesta interesse na economia verde, onde o manejo adequado dos recursos naturais e a tecnologia possam ser aliados. Os setores produtivos mais atrasados da região se sentiram apoiados para desmatar e para eliminar seus opositores. Recuperar territórios degradados e produzir o manejo florestal foi tido como demasiadamente custoso nessa tradição de “derrubar a mata em prol do progresso”.

Políticas de desenvolvimento onde a floresta e as formas de vida tradicionais sejam respeitadas e integradas em um modelo que gere benefícios distributivos equilibrados aos diversos grupos sociais não tem vigor nessa agenda pública. O uso da terra de forma inadequada e a especulação resistem como atividades que geram lucro, principalmente quando os órgãos ambientais são enfraquecidos em suas atividades para coibir infrações socioambientais. As

¹⁴ Ver a fala do Ministro do Meio Ambiente Ricardo Sales, na Reunião Ministerial de 22 de abril de 2020: <https://www.youtube.com/watch?v=TjndWfgiRQQ>.

¹⁵ Manifestações públicas do presidente deixam claro os propósitos dessa política: “Bolsonaro: ‘enquanto eu for presidente, não tem demarcação de terra indígena’ <https://www.cartacapital.com.br/>; ‘Interesse na Amazônia não é no índio nem na (...) árvore, é no minério’, diz Bolsonaro”. <https://oglobo.globo.com/sociedade/interesse-na-amazonia-nao-no-indio>; “Bolsonaro diz que discute com governadores revisão de áreas de preservação” <https://www1.folha.uol.com.br/>.

consequências dessas investidas sobre a floresta e os grupos sociais mais vulnerabilizados são previsíveis e apontam para a barbárie de capitalismo predatório.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na trajetória histórica de inserção da Amazônia na economia mundial destaca-se o grande contraste entre as riquezas produzidas, apropriadas por poucos, e a carência em que vivem a maior parte da população nativa da região. O Estado impulsionou uma concepção moderna de produção econômica que se apresenta incompatível com a sustentabilidade da floresta e seus recursos, assim como é um modelo intrinsecamente autoritário, na medida em que se sustenta no desprezo à possibilidade de reinvenção de trajetória a partir das contribuições dos povos tradicionais.

As políticas de proteção social e a criação de unidades de proteção ambiental não foram suficientes para modificar o cenário que se instalou a partir da década de 1970, onde o desenvolvimento se equaliza às divisas geradas e apropriadas pelos investidores privados e pelo Estado. Muitas conquistas do período democrático ainda se encontram incompletas, requerem incrementos e concretude, tais como a regularização da propriedade da terra, a efetividade da fiscalização e punição de infrações ambientais.

Considerando-se a posição central da geração de riqueza para a manutenção da vida social e sustentação do Estado, a perspectiva de mudanças na realidade das relações sociais que se desdobram na Amazônia é improvável que se realize a curto prazo. Contudo, seu enfrentamento com propósitos firmes no sentido de se avançar para um modelo de desenvolvimento mais coerente com a sustentabilidade é urgente. A extração de riqueza mantendo a floresta e seus ecossistemas e tendo as populações tradicionais como aliadas nessa empreitada, traz benefícios diversificados e parece ser um caminho possível.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACSELRAD, H. (2014). Disputas cognitivas e exercício da capacidade crítica: o caso dos conflitos ambientais no Brasil. *Sociologias*, 16(35), 84-105.
- ALMEIDA, A. W. (1989). Terras de preto, terras de branco, terras de índio – uso comum e conflito. En E. M. R. CASTRO, & J. HEBETTE (Orgs.). *Na trilha dos grandes projetos. Modernização e conflito na Amazônia* (pp. 163-196). Belém: NAEA-UFPA.
- ALMEIDA, A. W. (1991). O intransitivo da transição: o Estado, os conflitos agrários e a violência na Amazônia (1965-1989). En F. Léna, & A. E. Oliveira (Orgs.). *Amazônia. A fronteira agrícola 20 anos depois* (pp. 259-290). Belém: MPEG.

- ALLEGRETTI, M. (2008). A construção social de políticas públicas: Chico Mendes e o movimento dos seringueiros. *Desenvolvimento e Meio Ambiente*, 18, 39-59.
- ALONSO, A. *et al.* (2007). Identidade e estratégia na formação do movimento ambientalista brasileiro. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, vol. 79, 151-167.
- ARAÚJO, S. M. V. G. (2020). Environmental policy in the Bolsonaro government: The response of environmentalists in the Legislative arena. *Brazil Political Science Review*, 14(2). DOI: 10.1590/1981-3821202000020005.
- CAPELARI, M. G. M. *et al.* (2020). Mudança de larga escala na política ambiental: Análise da realidade brasileira. *Revista de Administração Pública*, 54(6), 1691-1710.
- CARDOSO, F. H. (2008). Avança, Brasil: proposta de governo [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais. Recuperado em 6 de maio de 2020 de <https://static.scielo.org/scielobooks/62rp6/pdf/cardoso-9788599662687.pdf>.
- CASTRO, E. (2004). Transformações ambientais na Amazônia: problemas locais e desafios internacionais. En A. D. MENDES (Org). *Amazônia, terra e civilização: uma trajetória de 60 anos* (Vol. 1, 2º Ed.). Belém: Banco da Amazônia.
- COSTA, F. A. (2005). Questão agrária e macropolíticas para a Amazônia. *Estudos Avançados*, 19(53), 131-156. Recuperado em 6 de maio de 2020 de <https://www.scielo.br/j/ea/a/8rsg3k9zJ789RrrZV5jM6Cj/abstract/?lang=pt>.
- CONFLITOS NO CAMPO: BRASIL 2019 (2020). Goiânia, *CPT Nacional*. Recuperado em 6 de maio de 2020, de <https://www.cptnacional.org.br/component/jdownloads/send/41-conflitos-no-campo-brasil-publicacao/14195>.
- DOMINGUES, M. S. *et al.* (2014). A produção de soja no Brasil e sua relação com o desmatamento na Amazônia. *RPGeo*, nº 1, 32-47.
- FERREIRA, S. M. P., & BASTOS, P. P. Z. (2016). As origens da Política Brasileira de Desenvolvimento Regional: O caso da Superintendência da Valorização Econômica da Amazônia (SPVEA). Texto para discussão (266). *Instituto de Economia da UNICAMP*. Recuperado em 6 de maio de 2020 de <https://www.eco.unicamp.br/images/arquivos/artigos/3461/TD266.pdf>.
- GONDIM, N. (1994). *A invenção da Amazônia*. São Paulo: Marco Zero.
- LIRA, S. B. (2005). *Morte e ressurreição da SUDAM. Uma análise da decadência e extinção do padrão de planejamento regional na Amazônia*. Belém: NAEA-UFFPA.
- LOUREIRO, V. R., & PINTO, J. N. A. (2005). A questão fundiária na Amazônia. *Estudos Avançados*, 19(53), 1-14.
- NUNES, E. O. (2010). *A gramática política do Brasil. Clientelismo, corporativismo e insulamento burocrático*. Rio de Janeiro: Garamond.
- PEREIRA, A. K. (2014). Desenvolvimentismo, conflito e conciliação de interesses na política de construção de hidrelétricas na Amazônia brasileira. En A. A. Gomide, & R. R. C. PIRES (Org.). *Capacidades estatais e democracia: arranjos institucionais de políticas públicas* (pp. 161-185). Brasília: Ipea.
- SALES, V. (1971). *O negro no Pará, sob regime da escravidão*. Rio de Janeiro, FGV/UFFPA.
- SEQUEIRA, J. E., & SILVA, D. (2014). O ativismo judicial transnacional e a “*Transnational Advocacy Network*” na construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte. *Revista Política Hoje*, 23(1), 177-201.

- SILVA, D. (2015). Socioambientalismo e políticas públicas. En M. Souza *et al.* (Org). *Meio Ambiente debate político central do século XXI*. (pp. 181-194). Belo Horizonte: PUC Minas.
- SILVA, M. D. L. (2020). A Amazônia e o desenvolvimento: aspectos da trajetória das políticas públicas na região. *Revista de Estudios Brasileños*, 7(15), 219-232.
- SILVA, M. D., & CABRAL, E. R. (2018). Produção de legislação ambiental em dois contextos institucionais. *O Social em Questão*, ano XXI (4). Recuperado em 6 de maio de 2020 de http://osocialemquestao.ser.puc-rio.br/media/osq_40_art_3.
- SILVA, M. D. L., & ROSA, B. N. L. (2013). Socioambientalismo e políticas públicas - em perspectiva as RESEXs na Amazônia paraense. *Conexões*, 6(1), 171-197.
- SISTEMATIZAÇÃO DA PRODUÇÃO BIBLIOGRÁFICA DO PROGRAMA DE PÓLOS AGROPECUÁRIOS E AGROMINERAIS DA AMAZÔNIA – POLAMAZÔNIA (2019). Belém: SUDAM. Recuperado em 6 de maio de 2020 de www.sudam.gov.br.
- VASCONCELOS, P. M. C. (2018). Hidrelétricas do Madeira e o acesso à justiça. *Quaestio Iuris*, 11(4), 3049-3068.
- VERÍSSIMO, A. *et al.* (2011). Áreas Protegidas na Amazônia brasileira: Avanços e desafios (2011). Belém: *Imazon*; SP: *Instituto Socioambiental*. Recuperado em 6 de maio de 2020 de <https://www.socioambiental.org/pt-br/o-isa/programas/monitoramento>.

O DIREITO À AMAZÔNIA E SEUS SERVIÇOS ECOSSISTÊMICOS¹

*El Derecho a la Amazonia
y sus Servicios Ecosistémicos*

The Right to the Amazon
and its Ecosystem Services

JOÃO MEIRELLES FILHO
Instituto Peabiru (Pará, Brasil)

FLAVIA WITKOWSKI FRANGETTO
Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea, Brasil)

RESUMO

Os autores discutem questões que podem explicar a constituição de direitos especiais de manutenção do ambiente da Amazônia, assim como suscitam a recomendação de que maneira o Pagamento por Serviços Ambientais e a valorização dos usos do território praticado pelos povos originários podem contribuir ao desenvolvimento. Consideram que o não-uso dos recursos ambientais se justificaria em muitos casos, visando manter os serviços ecossistêmicos, a biodiversidade e a expressão humana

¹ As opiniões emitidas nesta publicação são de exclusiva e inteira responsabilidade dos autores, não exprimindo, necessariamente, o ponto de vista das instituições das quais ambos façam parte, no caso, do Instituto Peabiru, do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada ou do Ministério do Planejamento e Orçamento.

e cultural do patrimônio ecológico da maior floresta tropical do planeta. Os autores apresentam duas propostas: a) priorizar a resolução dos passivos, o que compreende responsabilizar por impactos ambientais causados e evitar a sobrevivência de impactos no futuro; e, b) promover o conceito de Direito à Amazônia, o que subentende o direito à real participação (de diferentes grupos sociais – indígenas, quilombolas, povos e comunidades tradicionais e assentados) nos processos de tomada de decisões. Por fim, indicam a importância de se criar um arcabouço jurídico supranacional que, envolvendo a participação da sociedade civil organizada e a representação dos diferentes grupos, estabeleça o Observatório da Amazônia; um Fundo de Concertação Climática; o Tribunal da Amazônia; e, promovam o debate continental sobre a região.

Palavras-chave: Direito ao controle dos recursos naturais; Amazônia; meio ambiente natural; povos originários; serviços ambientais.

RESUMEN

Los autores discuten cuestiones que pueden explicar la constitución de derechos especiales de mantenimiento del ambiente de la Amazonia, además de plantear que el Pago por Servicios Ambientales y la valorización de los usos del territorio practicados por los pueblos originarios, pueden contribuir al desarrollo. Consideran que la no utilización de los recursos ambientales estaría justificada en muchos casos, con el propósito de mantener los servicios ecosistémicos, la biodiversidad y la expresión humana y cultural del patrimonio ecológico de la mayor selva tropical del planeta. Los autores presentan dos propuestas: a) priorizar la resolución de los pasivos, lo que incluye rendir cuentas por los impactos ambientales ocasionados y evitar el advenimiento de impactos futuros; y, b) promover el concepto de Derecho a la Amazonia, lo que sobreentiende el derecho a la participación real (de diferentes grupos sociales: indígenas, quilombolas, pueblos y comunidades tradicionales, y asentados) en los procesos de toma de decisiones. Finalmente, señalan la importancia de crear un marco jurídico supranacional que, al incluir la participación de la sociedad civil organizada y la representación de diferentes grupos, establezca un Observatorio de la Amazonia; un Fondo de Concertación Climática; el Tribunal de la Amazonia; y, promueva el debate continental sobre la región.

Palabras clave: Derecho al control de los recursos naturales; Amazonia; medio ambiente natural; pueblos originarios; servicios ambientales.

ABSTRACT

The authors discuss issues that may explain the constitution of special rights in maintaining the Amazonian environment, as well as recommend how the Payment for Environmental Services and the valorization of native peoples' uses of the territory can contribute to development. They consider that the non-use of environmental resources is justified in many cases, aiming to maintain ecosystemic services, biodiversity, and the human and cultural expression of the ecological heritage of the planet's

largest tropical forest. The authors present two proposals: a) prioritizing the resolution of liabilities, which includes taking responsibility for environmental impacts caused and avoiding the occurrence of future impacts; and b) promoting the concept of the Right to the Amazon, which implies the right to real participation (by different social groups – indigenous, *quilombolas*, traditional peoples and communities, settlers) in decision-making processes. Finally, they indicate the importance of creating a supranational legal framework, which, involving the participation of organized civil society and the representation of the different groups, establishes the Amazon Observatory; a Climate Repair Fund; the Amazon Court; and promotes continental debate on the region.

Keywords: Right to natural resources control; Amazon; natural environment; original peoples; environmental services.

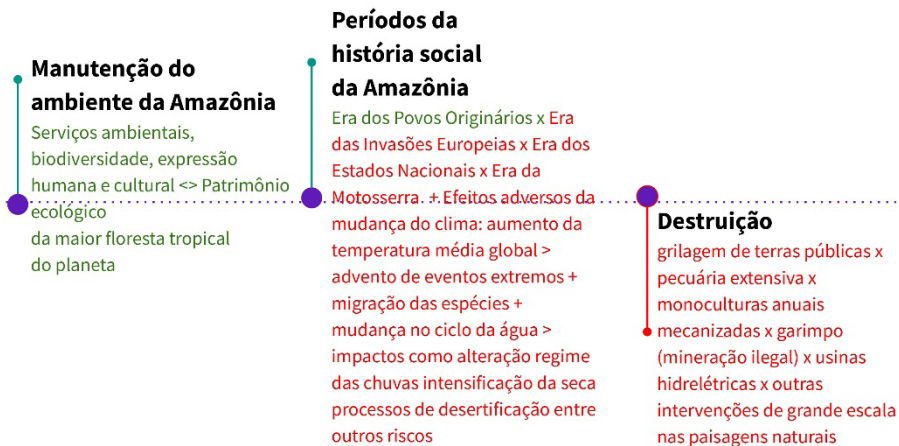
I. AS ERAS DA AMAZÔNIA

EM UMA PERSPECTIVA TEMPORAL, seria possível propor a distribuição da história social da Amazônia em quatro períodos. Um primeiro, usualmente enunciado como pré-colombiano, mas que preferimos denominar Era dos Povos Originários, cobrindo algo como 110 séculos, ou mais, de presença humana no bioma Amazônia - o que corresponderia, aproximadamente, ao Holoceno. A segunda, a Era das Invasões Europeias, representaria os séculos XVI ao XVIII, em que muitos dos povos originários foram exterminados, escravizados, espoliados, seus territórios ocupados e a sua cultura oprimida. A Era dos Estados Nacionais, no século XIX até aproximadamente a metade do século XX, manteria boa parte da exploração que caracterizou a era anterior, com a diferença de os algozes-colonizadores serem os próprios estados nacionais, que se autolegitimaram no poder. Nesse contexto, a Amazônia se encontra retalhada em oito estados nacionais – Bolívia, Brasil, Colômbia, Equador, Guiana, Peru, Suriname e Venezuela, além do posto colonial da França, o Departamento Ultramarino da Guiana, a Guiana Francesa.

A era atual seria a Era da Reconquista dos Direitos, ou resumidamente, como aqui formulada, Era dos Direitos, que poderia ser proposta também como a Era da Concertação –, como a reação à destruição aumentada em escala geométrica por força, principalmente, pela grilagem de terras públicas, a pecuária extensiva, as monoculturas anuais mecanizadas, o garimpo (mineração ilegal), as usinas hidrelétricas e outras intervenções de grande escala nas paisagens naturais.

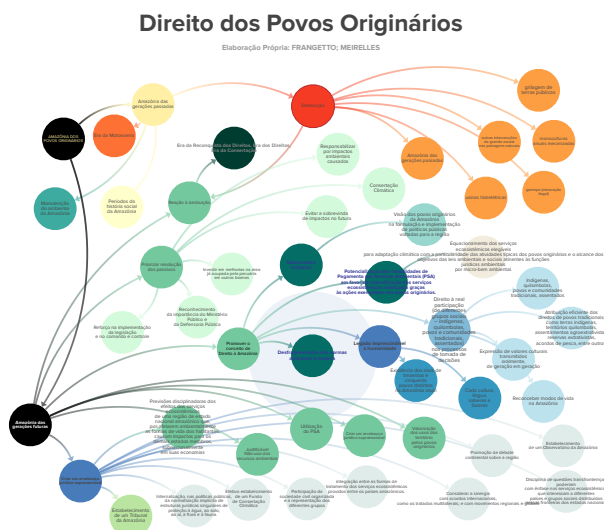
QUADRO 1. Amazônia das gerações passadas.

Amazônia das gerações passadas



Fonte: Elaboração dos autores.

IMAGEM 1. Amazônia das gerações passadas.



Fonte: Elaboração dos autores.

Essa é uma fase de crescente questionamento político diante do modelo de desenvolvimento que se impõe à Amazônia e seus povos desde o século XVI.

Ante um suposto pretexto de tomar posse do território, fato acelerado a partir da ditadura militar brasileira, o Brasil fez o maior movimento de mudança de uso do solo da história humana no planeta, com a transferência de cerca de 40% de seu rebanho bovino para a Amazônia, compreendendo cerca de 70 milhões de cabeças de gado e destruindo, em pouco mais de meio século, mais de 70 milhões de hectares de floresta e paisagens associadas. Esta é uma decisão do Brasil como nação, que prefere expandir a grilagem e a pecuária bovina extensiva de baixa qualidade a investir em melhorias na área já ocupada pela pecuária em outros biomas.

Na era atual, os estados nacionais estão enfraquecidos pela dinâmica da globalização econômica, pela corrupção e por outras formas de organização da sociedade de risco. Vale comentar, ainda, que a violência, a grilagem, a escravização (injustiças em larga escala desde a Era das Invasões Europeias) seguem na totalidade da Amazônia como práticas correntes e dominantes, não obstante representem total violação aos direitos individuais e coletivos.

Eis uma das razões que lhe conferem a denominação de Era da Motosserra, conforme proposição do pesquisador Herbert Shubart na década de 1970, em representação à introdução desse equipamento, símbolo da destruição. Enquanto manualmente, mediante uso de ferramentas básicas, como machados e enxadas, um hectare de floresta exigia muitos homens e diversas semanas para ser limpo para a finalidade agropecuária; o uso combinado de motosserra, tratores de esteira e o fogo (que é imposto décadas a fio nas áreas derrubadas) requer trabalho realizado em poucos dias (Meirelles, 2004).

Essa era atual, se caracteriza, ademais, pelos efeitos adversos da mudança do clima adjetivada como emergência climática –, conforme o aumento da temperatura média global provoque o advento de eventos extremos, migração das espécies, mudança no ciclo da água, com impactos como alteração regime das chuvas, intensificação da seca, processos de desertificação, entre outros riscos apontados no 6º Relatório do Painel Intergovernamental sobre Mudança do Clima (IPCC, 2021).

Passado o tempo em que os esforços de mitigação dos níveis de concentração de gases de efeito estufa (GEE) na atmosfera poderiam ter evitado a mudança do clima (um dano configurado) na dimensão a que chegou, Sir David King (2019) lançou a expressão *Climate Repair* passível da tradução Reparação Climática ou Concertação Climática para designar o aumento da ambição nas ações climáticas em enfrentamento a esta emergência, por exemplo a prevenção do desflorestamento na Amazônia. Como medida de adaptação aos efeitos adversos da mudança do clima, serviços ecossistêmicos passam a ser demandados, fazendo-se necessário reconceber modos de vida na Amazônia.

Cientistas das geociências fervorosamente intitulam o Antropoceno, como uma nova era geológica que substituiria o Holoceno, a partir do marco tem-

poral da metade do século xx – coincidindo, destarte, com o início da Era dos Direitos. O termo foi fixado por Paul Crutzen e Eugene Stoermer, no ano 2000, apesar de Stoermer já empregá-lo desde a década de 1980 (Crutzen & Stoermer, 2000, pp. 17-18).

Sucintamente, o Antropoceno representaria a era em que o ser humano se torna ameaça à sua própria existência, conforme a irreversibilidade dos danos aos ecossistemas e a outras expressões da vida inviabilizam a manutenção da espécie humana no planeta. Na Amazônia, as duas eras anteriores se caracterizaram pelo extermínio de um grupo, os povos indígenas; pela migração forçada de povos africanos escravizados, orquestrada outrora pelo conquistador europeu. O grupo dominante de agora segue eliminando os povos indígenas, mesmo com a reação da maior parte da sociedade, e a comprovação científica de que destruir a região representa ameaça à manutenção da vida na Terra, atingindo todos os grupos sociais – escravizadores e escravizados, eliminadores e eliminados.

Para Kanie Norichika:

A governança ambiental no século xxi (a era do Antropoceno, na qual as questões ambientais estão na vanguarda) é diferente dos tipos de governança do século xx. Alcançar esse novo tipo de governança exigirá uma rede de stakeholders de diversas áreas, trabalhando juntos para resolver alguns de nossos problemas mais urgentes, assegurando, ao mesmo tempo, o sistema de suporte de vida da Terra. A chave para encontrar soluções viáveis e duradouras é encontrar a forma correta de configurar e envolver esta rede de partes interessadas para uma maior resiliência. Mas não será possível fazer isso sem uma política pública orientada para captar a dinâmica da rede de atores e delegar autoridades a eles (Norichika *et al.*, 2013, p. 29).

Consensuamos serem as redes de apoio legitimadoras e altamente relevantes. A ausculta às múltiplas vozes das partes interessadas (*stakeholders*), contudo, é pouco exercitada na Amazônia e em questões que dizem respeito à Amazônia – o que em boa parte explicaria o drama socioambiental e o caos econômico atual na região. Preocupados com esse cenário de destruição, aconselha-se a adoção de uma governança inclusiva por meio da qual todas as partes interessadas de dentro da Amazônia possam se sentir convidadas a se envolver nas estratégias de Reparação (Concertação) Climática em plena reverência aos direitos de cada grupo, fazendo jus à Era dos Direitos, devidamente atendidos.

2. O DIREITO DA NATUREZA

O Direito Ambiental dispõe sobre formas de proteção jurídica dos recursos da natureza como macrobem e microbem ambiental. Para Frangetto (2006):

O microbem ambiental refere-se aos bens que, reunidos, compõem o meio ambiente em sua universalidade. Em outras palavras, o macrobem ambiental vem a ser este ambiente em sua universalidade e resultado da reunião de microbens ambientais. Vistas em suas individualidades, porém, as facetas do ambiente são particularidades equivalentes aos microbens ambientais. Os microbens ambientais, portanto, correspondem aos recursos ambientais presentes no ecossistema: se elementos da biosfera, exemplares da fauna e da flora; se demais integrantes do ecossistema, solo, água, ar e criações humanas que passam a fazer parte do ambiente (como os monumentos históricos) (Frangetto, 2006, pp. 32-34).

O direito recai sobre os microbens ambientais, protegendo-os em si, enquanto elementos da natureza, e com efeitos aos setores de atividade econômica e sociais. Nessas formas de proteção, torna-se imprescindível considerar a visão dos povos originários da Amazônia na formulação e implementação de políticas públicas voltadas para a região. Algumas similaridades entre os povos da Amazônia e os povos originários das diferentes partes do planeta poderiam ser destacadas, guardando-se as devidas proporções entre contextos distintos, mas que historicamente se justificam como nações originárias.

Devemos reconhecer a existência dos mais de 350 povos distintos na Amazônia atual, cada qual com sua cultura, língua, saberes e fazeres e um legado imprescindível à humanidade. É uma condição que lhes possibilita viver conforme os modos ancestrais e em perfeita conexão com seus meios. Para todos esses povos, sem exceção, a natureza é parte intrínseca à existência, além de ser motivo de mantê-los preservados como tribos em suas tradições. Ocorre que o número de etnias diminuiu. E é bem capaz de, na chegada dos invasores europeus, a presença dos povos indígenas ter sido muito maior do que pudemos assimilar do registrado nas raras crônicas coloniais.

Entre as riquezas dessas nações, os povos da Amazônia exprimem valores culturais que vêm sendo transmitidos oralmente, de geração em geração, e exalam visões mitopoéticas que traduzem toda essa importância conferida à natureza para as suas vidas. Como resultado de formas especiais de acesso aos bens naturais e aos espaços, demonstraram ter incomparável conhecimento acerca das leis da natureza, em tal estágio de aprimoramento e contínua adaptação, que vêm superando obstáculos intrínsecos às eras que se sucedem e se mantendo por incontáveis gerações em seus modos de viver harmonicamente com o meio ambiente natural e, isto, apesar das barreiras colocadas pelos outros grupos. Podemos afirmar que os povos originários compuseram uma normatização implícita de estruturas jurídicas singulares de proteção à água, ao solo, ao ar, à flora e à fauna. Nossa sensação é de que os seus costumes, como fontes de direito, definem o principal destino do patrimônio ecológico brasileiro.

A partir da Constituição Federal de 1988, o Brasil consagra expressamente aos indígenas um entre os capítulos da ordem social e lhes atribui explicitamente titularidade de direitos a terras, ao exemplo do usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes (Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, art. 231, § 2º). A prática, porém, evidencia insuficiência do mandamento, prevalecendo pressões externas diárias por violações dos direitos, como se fizesse pouca diferença terem passado a constar da Carta Maior.

Nesse contexto, cabe indagar em qual direito a natureza encontra proteção jurídica, a ponto de os povos da Amazônia (como pessoas da natureza) estarem amparados pela qualidade de viverem em harmonia com ela. Em resposta, enquadram-se no Direito da Natureza. Ele é diverso do Direito à Natureza, pois esse poderia levar à interpretação equivocada de, como foi entendido desde a Era das Invasões Europeias, termos o direito a usufruir da natureza a nosso bel prazer, sem nos preocuparmos com a eventual reposição do que foi retirado ou do ambiente dilapidado, não reconhecendo a sua capacidade de suporte e o eventual limite de resiliência.

Uma tradução mais alinhada aos desafios contemporâneos possibilita entender o espectro de Direito da Natureza, para incluir a noção de a natureza ser titular de direitos e o Direito aos Serviços Ambientais ser uma das formas de expressar os serviços ecossistêmicos como demanda das pessoas que julgam importante proteger a Amazônia. Destaquemos os serviços ecossistêmicos, em suas funções ecológicas. Uma vez reguladas, as funções ecológicas podem suscitar funções jurídicas ambientais, assim explicadas:

Cada um tem seu papel a exercer no processo de desenvolvimento sustentável. As pessoas (naturais ou jurídicas, públicas ou privadas) têm uma função a cumprir na gestão do meio ambiente. Isoladamente, mantendo ao menos uma conduta ambiental não-destrutiva; e, em conjunto, sendo proativos na administração e recuperação dos bens ambientais. A essa forma conjunta de participação dos atores ambientais, costuma-se dar o nome de “função jurídica ambiental” (Frangetto, 2006).

A Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais (PNPSA) foi instituída no Brasil por meio da Lei nº 14.119, de 13 de janeiro de 2021, que definiu serviços ecossistêmicos como sendo benefícios relevantes para a sociedade gerados pelos ecossistemas, em termos de manutenção, recuperação ou melhoria das condições ambientais. Quando se trata do esforço humano em conservar os serviços ecossistêmicos, então, se utiliza a expressão serviços ambientais: são as atividades individuais ou coletivas que favorecem a manutenção, a recuperação ou a melhoria dos serviços ecossistêmicos. Observe-se que muitos desses serviços ecossistêmicos são invisíveis (ou culturalmente inviabilizados como

serviços ambientais, pois os consideramos gratuitos, como algo dado, que comumente acabam por usufruir sem atenção a cuidado algum).

Além da carência de diligência ambiental, outra característica a comentar é lidarmos com uma administração dos recursos ambientais pulverizada. Alguns dos serviços ambientais vêm sendo privatizados, ora em nome de um país, ou grupo de países ou mesmo de indivíduos, empresas e outros arranjos institucionais, sem contar o uso privado de bens públicos, bens comuns. O acesso à água é um dos serviços ambientais que mais tem causado questionamentos e gerado conflitos, como injustiças de toda a ordem. O debate acerca da questão no caso da Amazônia ainda é bastante incipiente, embora seja uma das regiões do planeta com o maior excedente de água, provendo inclusive serviços de irrigação aérea (rios voadores) para outras regiões. Entre as discussões estão aqueles referentes a impactos decorrentes de barragens hidrelétricas, poluição dos rios por garimpos, esgotamentos urbanos e industriais.

Entre os serviços ecossistêmicos, mencionamos alguns, com suas essenciais funções ecológicas ora sucintamente descritas segundo o bem ambiental ou ciclo ao qual pertencem:

- Gases atmosféricos: especialmente os gases cujo aumento dos níveis de concentração na atmosfera ocasionam a mudança do clima. A demanda por monitoramento de emissões atmosféricas no âmbito internacional data especialmente da década de setenta. Com o advento da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (UNFCCC, na sigla em inglês), passou a ser obrigação dos países inventariarem as suas emissões (de Dióxido de Carbono, CO₂; Metano, CH₄; Óxido Nitroso, NO₂; os Perfluorcarbonetos, PFCs, entre outros) e contribuírem para reduzi-las seguindo metodologias cada vez mais apuradas;
- Água (Recursos Hídricos): precisam ser compreendidos em suas diversas formas – oceanos, águas superficiais doces (bacias hidrográficas – na Amazônia, destacam-se as bacias transnacionais e os rios fronteiriços); e as águas subterrâneas (aquíferos);
- Condições climáticas: aqui o destaque é para a água presente na atmosfera, em forma de umidade, e a circulação da umidade, também conhecida como “rios voadores”; a própria manutenção da qualidade do ar, necessária à vida no planeta;
- Energia (fontes renováveis): solar, eólica, energia das marés, geotérmica, etc., e
- Biota: polinização, produtos madeireiros e não madeireiros e produtos faunísticos.

Faz-se oportuno salientar que a Lei nº 14.119, de 13 de janeiro de 2021, estabeleceu o marco legal sobre a matéria. A PNPSA admitiu serem modalidades dos serviços ecossistêmicos os seguintes:

- Serviços de provisão: que fornecem bens ou produtos ambientais utilizados pelo ser humano para consumo ou comercialização, tais como água, alimentos, madeira, fibras e extratos, entre outros;
- Serviços de suporte: que mantêm a perenidade da vida na Terra, tais como a ciclagem de nutrientes, a decomposição de resíduos, a produção, a manutenção ou a renovação da fertilidade do solo, a polinização, a dispersão de sementes, o controle de populações de potenciais pragas e de vetores potenciais de doenças humanas, a proteção contra a radiação solar ultravioleta e a manutenção da biodiversidade e do patrimônio genético;
- Serviços de regulação: concorrem para a manutenção da estabilidade dos processos ecossistêmicos, tais como o sequestro de carbono, a purificação do ar, a moderação de eventos climáticos extremos, a manutenção do equilíbrio do ciclo hidrológico, a minimização de enchentes e secas e o controle dos processos críticos de erosão e de deslizamento de encostas; e
- Serviços culturais: constituem benefícios não materiais providos pelos ecossistemas, por meio da recreação, do turismo, da identidade cultural, das experiências espirituais e estéticas e do desenvolvimento intelectual, entre outros.

Note-se que todas as modalidades apresentam potencial de aplicação à infinidade de contribuições proporcionadas pelo modo de viver dos povos originários.

2.1. *Alguns aspectos operacionais do marco legal*

Entre os países com bioma amazônico, o Brasil é o que mais se destaca por sua dimensão em relação à presença no continente. A Amazônia do Brasil tem sido, em alguns períodos da história, tratada como uma questão de soberania por representantes brasileiros perante países estrangeiros que manifestem interesse pelo ambiente amazônico.

Investimentos estrangeiros, porém, são recorrentemente feitos em prol da conservação do bioma. Há uma certa competição entre os países do continente por receberem esses recursos. Mas, quando juntos, Brasil, Bolívia, Colômbia, Equador, Guiana, Peru, Suriname e Venezuela, no âmbito da Organização do Tratado de Cooperação Amazônica (TCA, Decreto nº 85.050, 1980), encontram consenso quanto à importância de terem as respectivas soberanias respeitadas, desenvolvimento integral da região promovido e o bem-estar de suas populações alcançado nos termos do TCA.

Mesmo com a promoção de discussões sobre a Amazônia, há, na carência de integração entre as formas de tratamento dos serviços ecossistêmicos providos entre os países amazônicos, questões transfronteiriças que poderiam ser disciplinadas com ênfase nos serviços ecossistêmicos que interessam a diferentes países e grupos sociais distribuídos nessas fronteiras dos estados nacionais. Faltam, também, previsões disciplinadoras dos efeitos dos serviços ecossistêmicos de uma região de estado nacional amazônico que, por afetarem ambientalmente as formas de vida dos habitantes, causam impactos para os demais estados membros, subnacionalmente em suas economias. É um exemplo: o envio de umidade da Amazônia (rios voadores), que possibilita uma função ecológica ao centro-sul brasileiro, principal polo agropecuário do país.

A lei brasileira que instituiu a PNPSA, mencionada no item anterior, trouxe um elemento de segurança jurídica para atividades potencialmente objeto de serviços ecossistêmicos, relacionados a bens ambientais tutelados no ordenamento jurídico brasileiro. A Política Nacional de Meio Ambiente (PNMA), instituída pela Lei nº 6.938/1981, foi o grande marco na proteção geral do meio ambiente. Políticas especiais foram instituídas ao longo do tempo: a Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH), Lei nº 9.433/1997; a Política Nacional de Educação Ambiental, via Lei nº 9.795, de 25 de abril de 1999; a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), via Lei nº 12.305, de 2010; o Estatuto das Cidades, que estabelece diretrizes gerais da política urbana por meio da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001; entre outras.

Com o Pagamento por Serviços Ambientais (PSA), quando um bem ambiental é valorizado pelo serviço ecossistêmico que presta, a sua preservação pode ser viabilizada por um esforço espontâneo de uma pessoa em favor de uma outra que lhe retribua por isso. Há alguns anos que determinadas atividades são realizadas fazendo-se uso de PSA, mas com a PNPSA essas puderam ser recepcionadas por suas previsões e institucionalidade.

O PSA teve sua origem no direito estrangeiro, norte-americano. Sob a sigla TEEB (<http://teebweb.org/>), a Economia dos Ecossistemas e Biodiversidade (*The Economics of Ecosystems & Biodiversity*), o capital natural reverberou internacionalmente como tendo valor econômico *se per se*, passível de contabilidade. A iniciativa auxiliou no reconhecimento internacional da biodiversidade e dos serviços ecossistêmicos. Sobre esse panorama, o PSA tem preenchido um espaço de crescente demanda por conservação dos serviços ecossistêmicos, ainda que a relação entre esse instrumento não esteja tão clara comparativamente a mecanismos semelhantes. Afora a viabilização da preservação dos serviços ecossistêmicos proporcionada pelo PSA, há um conjunto de formas de proteção contempladas em políticas públicas nacionais e de acordos bilaterais ou multilaterais.

No Brasil, defender e conservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um dever da coletividade e do Poder Público. O país é parte de tratados internacionais ambientais, cujas previsões auxiliam na quitação das responsabilidades internas do Brasil para com os brasileiros e, também, relativamente a interesses convergentes perante à comunidade internacional. Ainda assim, é compreensível que o acesso externo aos serviços ecossistêmicos no âmbito dos Estados nacionais seja limitado.

Consideramos que a agenda ambiental se mostra hesitante em avançar quando Estados nacionais não aceitam qualquer intervenção no sentido de manifestações de opinião vinda de outros - sejam países, organizações científicas ou sociedade civil. Essa postura se traduz em um nacionalismo explícito, que prevalece às necessidades de apoio em favor do patrimônio ambiental. Não se trata de delegar competências ou renunciar ao bem ambiental de um território. Ao contrário, trata-se da solidariedade, cooperação, respeito ao meio ambiente em favor das futuras gerações.

Para a agenda ambiental assumir seu merecido posto, de prioridade para a vida, uma premissa é o reconhecimento ao fato do meio ambiente não se restringir aos limites de um país e, como consequência, o Direito ao Meio Ambiente ultrapassar as fronteiras nacionais, na medida em que os interesses juridicamente protegidos para com o futuro sustentável passaram a constituir direitos das civilizações em favor da humanidade, da própria manutenção da vida - como apregrado com o Antropoceno.

Com relação à Amazônia, as iniciativas transfronteiriças ou engatinham ou são tão frágeis que as expectativas do momento das negociações ficam frustradas, como se pôde verificar em relação aos efeitos do Pacto Amazônico (TCA). Os efeitos do acordo regional são pouco visíveis, talvez porque pouca atenção lhe é dada por parte da comunidade política e econômica em comparação a outras temáticas. Sem protagonismo, fica difícil identificar quais estratégias implantar em conjunto para a Amazônia sem comprometê-la em suas particularidades e riquezas naturais.

Conforme a Organização de Cooperação para o Desenvolvimento Econômico (OCDE) inclua a conservação da Amazônia entre seus indicadores, terá um papel fundamental para reverter os cenários regionais de certa indiferença. Igualmente, alguns dos tratados internacionais ambientais, cuja implementação subentende investimentos de países doadores para recebedores.

Ante a auto articulação regional enfraquecida, a esfera internacional toma corpo e passa a funcionar como uma resposta à voz mundial de apelo pela conservação e preservação da Amazônia. Os escopos de acordos internacionais ambientais nela encontram formas práticas de os objetivos comuns neles inscritos serem alcançados.

Ações de campo (no bioma Amazônia), decorrentes de previsões voluntárias ou mandatórias adotadas na base do consenso internacional, passam a integrar programas, planos e estratégias de cumprimento de responsabilidades compartilhadas.

Sucessivas conferências internacionais relacionadas a serviços ecossistêmicos têm marcado a história mostrando haver um espírito de cooperação internacional aplicável à matéria ambiental. A predisposição pela união de esforços fica globalmente evidente em 1972, com a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, conhecida como Conferência de Estocolmo.

Vinte anos depois, são discutidos e negociados os textos legais que marcariam a comunidade internacional da adesão à abordagem integrada do desenvolvimento sustentável, sintetizada no denominador comum espírito Eco-92 (ou Rio-92), constante da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente. Os tratados da Rio-92 resultam do processo multilateral travado no Rio de Janeiro, a partir da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Em seus dispositivos, são definidos caminhos assumidos como compromisso internacional para enfrentar questões da Biodiversidade, da Mudança do Clima e da Desertificação.

Quarenta anos depois de Estocolmo, e duas décadas da Rio-92, foi realizada a Rio+20: Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (2012), em que a questão ambiental foi apontada como claramente relacionada ao desenvolvimento econômico e social. Em uma perspectiva de Economia Verde, os Objetivos do Milênio (ODM) foram avaliados como importantes, embora não suficientes. Em 2015, as Nações Unidas lançaram os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) em reforço ao entendimento da erradicação da pobreza, em todas as suas formas, como indispensável para o desenvolvimento sustentável. Eis a razão de os ODS estarem totalmente inter-relacionados, alcançá-los representa suprir essa necessidade ampla. As Convenções Rio-92 já haviam absorvido essa visão, em especial a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Combate à Desertificação e à Erradicação da Pobreza, no título original.

Da consecução dos objetivos desses acordos extraem-se benefícios para o ambiente da Amazônia, ao mesmo tempo em que a preservação da Amazônia também se torna uma maneira de alcançá-los. Precisamos atentar, no caso amazônico, ao que essas conferências, resoluções e decisões correlatas aportam internamente para a disciplina dos países amazônicos. Os mecanismos internacionais desses acordos são capazes de influenciar o destino da região. Os painéis científicos apontam direções. O IPCC (1988), como visto, alerta aos impactos da mudança do clima na Amazônia. Há também a Plataforma Inter-governamental sobre Biodiversidade e Serviços Ecossistêmicos (IPBES, 2003)

que sugere caminhos de integração de agendas para recuperar terra degradada e catalisar processos de equilíbrio ecológico.

Se os alertas são compreendidos de maneiras distintas país a país, não obstante esses painéis intergovernamentais serem compostos por eminentes cientistas nacionais, destaca-se que, no caso do Brasil, prevalece uma hesitação governamental em acompanhar recomendações provenientes de fora, como se o processo interno de convencimento precisasse estar atrelado à sobrevivência de recursos externos para que provas científicas e compromissos gerais assumidos fossem levados a sério.

Sempre que assim se coloca, o Brasil, quando muito, transmite a aparente mensagem de se proteger por seus próprios meios, mas perde uma liderança inata e dá espaço para outros países, que mais facilmente vêm aderindo a oportunidades concebidas internacionalmente, se adiantarem na organização de ações com as quais contribuem proporcionalmente para prevenir ou diminuir efeitos dos impactos ambientais concomitantemente sobre seus territórios e sobre a sociedade internacional. Entendemos ser necessária uma postura mais coerente por parte do Brasil, fazendo jus aos esforços nacionais já empreendidos como fruto de implementação de políticas públicas e da cooperação internacional; além de possibilitar respeito à sociedade brasileira que vê na questão ambiental um valor nacional com repercussões perante a humanidade.

O argumento de os tratados internacionais implicarem normas brasileiras fragmentadas é realista; não pode ser, todavia, motivo de escusa para conceder prioridade à questão ambiental. As diretrizes gerais provenientes da União são, nesse contexto, fundamentais para que os agentes públicos dos órgãos executores de políticas ambientais, dos Estados-Membros do Brasil e dos governos locais, assim como os administrados tenham como reconhecidas, pela Administração Pública, as respectivas contribuições em torno da busca de resultados concretos das normas ambientais como contribuição subnacional ao compromisso do país perante a comunidade internacional que lhe ofertou mecanismos de implementação fundados em metodologias que possibilitam comparar desempenhos ambientais. Quanto à Amazônia ante ao desafio, é lamentável verificar que a própria sociedade civil dos países amazônicos se depara com muitas barreiras para o debate ir além da esfera dos especialistas ou adeptos das formas de vida em harmonia com a Natureza e se veem constantemente ameaçadas de exercer o seu direito de fala.

2.2. *Vantagens de reforço do direito à polinização*

Entre os serviços ecossistêmicos menos conhecidos está a polinização. Os serviços ambientais associados à polinização ainda são pouco valorizados

em relação ao que se faz necessário para a sua conservação. As atividades correspondentes acabam por ficar inviabilizadas e, no entanto, poderiam ser desempenhadas pela maior parte dos atores da sociedade, mesmo entre quem depende da agricultura ou dos recursos florísticos para viver.

Na Amazônia, se as abelhas nativas desaparecerem, a biodiversidade local será seriamente comprometida, pois acredita-se que de 35% a 90% das espécies de árvores dependem das abelhas nativas como polinizadores primários (Kerr *et al.*, 2001). Reconhecer e monitorar a polinização é crítico, inclusive, para a segurança alimentar planetária. Por meio da polinização, as abelhas, besouros, aves e morcegos, entre outros, promovem profundo impacto na biodiversidade de espécies vegetais e na produção de alimentos, permitindo a perpetuação das espécies polinizadas. Cerca de 75% das lavouras e 80% das plantas que têm flores dependem desse serviço ecológico (Gallai *et al.*, 2008; Klein *et al.*, 2006). A polinização aumenta a quantidade e a qualidade dos frutos, e agrega mais valor no mercado, contribuindo com melhor sabor, maior doçura e formato mais atraente (frutos melhor formados). Pesquisas recentes destacam o importante papel das abelhas sem ferrão na polinização de espécies vegetais nativas e de interesse agrícola (Gallai *et al.*, 2008). Neste contexto, as abelhas têm papel de destaque e são consideradas os seres vivos mais importantes do planeta (Earthwatch Institute, 2019).

Uma das maneiras de compreender os serviços ambientais é por meio de sua valoração econômica. Um dos estudos mais difundidos é de Constanza *et al.* (2014), em que procura calcular os serviços ambientais para o globo como um todo. A renda anual pelo não-uso da Amazônia seria de cerca de US\$1,83 trilhões (Constanza, 2014). Neste trabalho, a polinização anual na agricultura, por exemplo, está valorada em US\$200 bilhões/ano (Constanza, 2014).

Na mesma linha, em 2018, Britaldo Soares Filho e colegas, fizeram a seguinte pergunta: quanto a Amazônia, em pé, rende ao Brasil? Isso gerou grupos de respostas para formar uma compreensão da dimensão dessa contribuição. Por exemplo, a chuva gerada por 62 milhões de hectares de florestas públicas da região resultam em US\$422 milhões/ano para produção agropecuária, isto equivale a 35% da renda líquida das lavouras de soja no Mato Grosso, principal estado produtor brasileiro desse grão.

Mais relevante foi demonstrar que somente a castanha-do-Brasil (também conhecida como Castanha-do-Pará) gera, apenas com a sua coleta, cerca de US\$40/hectare ao ano, mesma renda da pecuária bovina extensiva média. Os ambientes naturais também tiveram os seus valores estimados. Assim, um hectare médio de florestas na região gera cerca de US\$ 5.400/ano, sendo que um ecossistema com menores atributos de serviços ecossistêmicos geraria cerca US\$ 735,00/ano, enquanto os manguezais, no outro extremo, são capazes de

gerar US\$ 193.000/hectare/ano. Justamente nessa linha, o Instituto Peabiru, em parceria com o Laboratório de Manguezais da Universidade Federal do Pará executa o projeto *Mangues da Amazônia*, com o patrocínio da Petrobras, que tem entre os seus desafios aprimorar as metodologias de contabilização de carbono fixado pelos manguezais amazônicos.

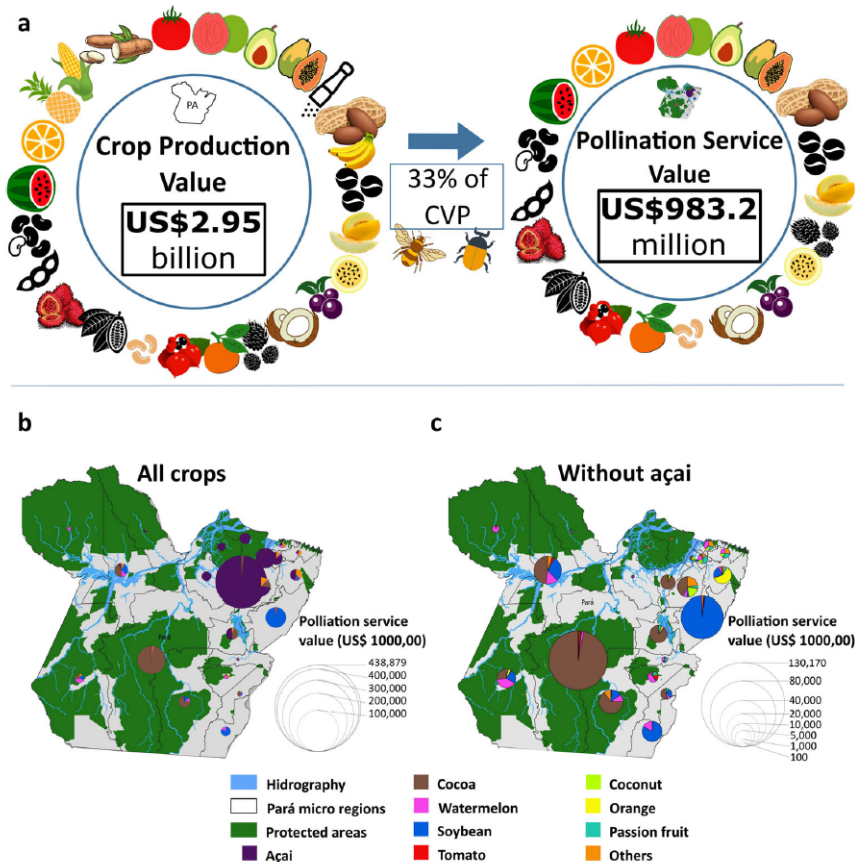
IMAGEM 2. Mangues da Amazônia (Bragança, Pará, Brasil).



Foto: Rafael Araújo, Instituto Peabiru.

Em 2020, Borges e colegas demonstraram que para o estado do Pará, um dos oito estados brasileiros do bioma Amazônia, das trinta e seis culturas agrícolas estudadas, 55% dependem da polinização animal (abelhas e outros insetos como besouros, aves etc.). Chama a atenção que, em relação aos dois principais produtos agrícolas de espécies tipicamente amazônicas, o açaí (*Euterpe oleracea*) e o cacau (*Theobroma cacao*), o valor da polinização alcança um alto percentual no valor total do produto. Isso significa que, sem a polinização animal o valor da produção seria irrisório: 65% do valor do açaí refere-se à polinização (US\$ 635 milhões, para um total de US\$ 977 milhões) e, no caso do cacau, 95% do valor desta *commodity* depende da polinização, US\$ 187 milhões, de um total de US\$ 197 milhões (Borges, 2020). Isso demonstra a importância de discutir políticas públicas claras e de longo prazo para a polinização, pois esta ação não é valorizada e não é paga.

FIGURA 1. O valor da produção e o serviço de polinização no estado do Pará (b, c) produtos com alto valor de serviço de polinização para cada microrregião do estado do Pará (b) todos os produtos agrícolas e (c) sem o açaí.



Fonte: Borges (2020).

O Instituto Peabiru, que trabalha para o desenvolvimento da criação de abelhas sem ferrão (meliponicultura) de agricultores familiares em diferentes localidades da Amazônia há mais de uma década, tem observado que mesmo populações tradicionais pouco despertaram para o impacto da polinização como um fator de sucesso para a manutenção dos ecossistemas naturais ou de suas culturas comerciais (Oliveira, 2020).

A meliponicultura é uma tecnologia social em desenvolvimento com externalidades ambientais positivas e com potencial de contribuir para a segurança

alimentar e geração de renda às famílias produtoras. Os meliponários (loais de manejo das abelhas), por sua disposição espacial, possibilitam que a meliponicultura possa ser inclusive um demarcador da territorialidade camponesa das famílias produtoras (Cavalcante, Matos & Pinheiro, 2009).

A polinização é apenas um dos elementos-chave que, com uma multiplicidade de condições, garantem a manutenção das espécies e das condições de vida no planeta. De forma simplificada, significa buscar um ambiente de gestão planetária e conhecimento científico para prover um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Esse esforço merece ser acompanhado de implementação de legislação especial própria e não se restringir à manutenção dos serviços ecossistêmicos promovida por particulares em determinados biomas ou mesmo ecossistemas e grupos culturais. A PNPSA, no geral configura um regime jurídico aplicável em favor da polinização na medida em que atende à demanda social por sua preservação e, em decorrência, remunere serviços ambientais associados, como as atividades econômicas que mantêm os ecossistemas em bom estado, no caso, a meliponicultura, inclusive podendo ser realizada com impactos mensurados que respondam em alguma medida a necessidades de adaptação da Era da Concertação Climática.

Além da previsão de serviços ecossistêmicos enquadráveis na polinização no bioma amazônico, da modalidade designada serviços de suporte, há outros potencialmente bastante apropriados para a manutenção das particularidades dos povos originários que vivem na região. Entre eles, vale citar os serviços culturais, que constituem benefícios não materiais providos pelos ecossistemas, por meio, exemplificativamente, da recreação, do turismo, da identidade cultural, de experiências espirituais e estéticas e do desenvolvimento intelectual.

2.3. *A abrangência do direito à água em tempos de mudança do clima*

Os crescentes eventos extremos climáticos, como secas mais drásticas e períodos chuvosos mais intensos, tempestades e outros têm sido acompanhados de um volume maior de modificações ambientais e impactos socioeconômicos. Em uma reflexão sobre a questão da água no Brasil, a partir desse contexto, observamos como a sociedade civil pode desempenhar um importante papel de monitoramento da implementação da PNRH, por exemplo, por meio de debates que corroborem para atribuição de valor aos serviços ecossistêmicos da água em favor da população.

O tema é amplo - fundamento econômico da água; tratamento especial por natureza; água subterrânea; água superficial; água - rios voadores; água no

sistema; controle Ambiental, qualitativo e quantitativo; classificação: doces; salinas; salobras; por destinação/ usos.

Um dos serviços ecossistêmicos prestados em matéria de água são os rios voadores, expressão criada pelo pesquisador Antônio Nobre, do INPE, para explicar o fluxo de água nas correntes aéreas, carregadas pelos ventos da Amazônia para o centro-sul brasileiro do continente sul-americano, provendo umidade ao norte da Argentina, ao Paraguai, leste da Bolívia e ao centro-oeste, sul e sudeste brasileiros – note-se que essa área coincide justamente com o celeiro agropecuário do continente, do qual resulta parte substantiva da renda econômica desses países.

Os rios voadores são um típico serviço ecossistêmico geradores de valor, dada a renda que eles transportam da Amazônia a regiões vizinhas. Tratando-se de valor transfronteiriço, a legislação poderia contemplar de modo especial o fenômeno proveniente dos oito países amazônicos e com repercussão para outros países beneficiários, como ao Paraguai, à Argentina e mesmo ao Uruguai. Conjecturando, um acordo transnacional nessa temática poderia estar agregado à disciplina de acesso a águas superficiais, como a navegação em rios ou mares, a pesca etc. Certamente, abordagem similar deveria mirar os rios amazônicos multinacionais e os aquíferos, haja vista que certos aquíferos, tanto os aquíferos da Amazônia, como o Aquífero Guarani, mais ao sul, não reconhecem as fronteiras dos estados nacionais.

2.4. *Direitos e deveres que limitam o acesso aos bens do subsolo e ao uso do solo*

Na Constituição brasileira, o subsolo é patrimônio exclusivo da União, que cede o seu uso, sob concessão, para diferentes arranjos jurídicos explorarem. O direito de lavra em território de terceiro (autorização do Ministério de Mineração e Energia / Agência Nacional de Mineração - MME/ANM) é regido pelo Código de Mineração. No caso do subsolo em terras indígenas, a exploração mineral para fins comerciais e por terceiros é proibida.

Desde o período colonial, a ocupação do território sul-americano pelo invasor europeu se deu, em boa parte, movida pela busca e a exploração de metais preciosos de forma aleatória e irresponsável – o garimpo. Na Amazônia Brasileira, o garimpo permanece um dos principais fatores de destruição ambiental, caos social e evasão de divisas econômicas. O garimpo é o principal ponto de discórdia entre o Brasil e a França na Guiana Francesa, assim como é uma das ameaças no Suriname, Guiana e Venezuela. Calcula-se que a horda desgovernada de garimpeiros seja de mais de quinhentas mil pessoas, número

que cresce à medida que a crise econômica e conflitos nacionais (como na Venezuela) persistem e representam uma área sem domínio do estado brasileiro.

A minerodependência do garimpo precisa ser substituída por dinâmicas mais harmônicas na relação entre a economia local e a busca por maior justiça social e ecológica. Uma possibilidade seria apregoar pelo valor do não-uso intensivo, no sentido de deixar de explorar o bem ambiental para guardá-lo à sorte das próximas gerações. Nesse sentido, a conservação da Natureza e o valor cultural da Amazônia é que condicionam o valor.

Ao mesmo tempo, quando ocorre a mineração em larga escala, em grandes projetos minero-metalúrgicos, como na Província Mineral de Carajás, no sudeste do Pará, esses empreendimentos se tornam o motor econômico da região, atraindo forte migração e com significativo impacto na ocupação dos territórios vizinhos. Ainda que a mineração exija pequenas áreas para o seu uso específico, o acesso às minas e a infraestrutura implementada (transporte, energia, etc.) resultam em vastas áreas acessíveis à invasão e grilagem se a destinação das terras públicas não for anterior à mineração, defendida e monitorada com atenção.

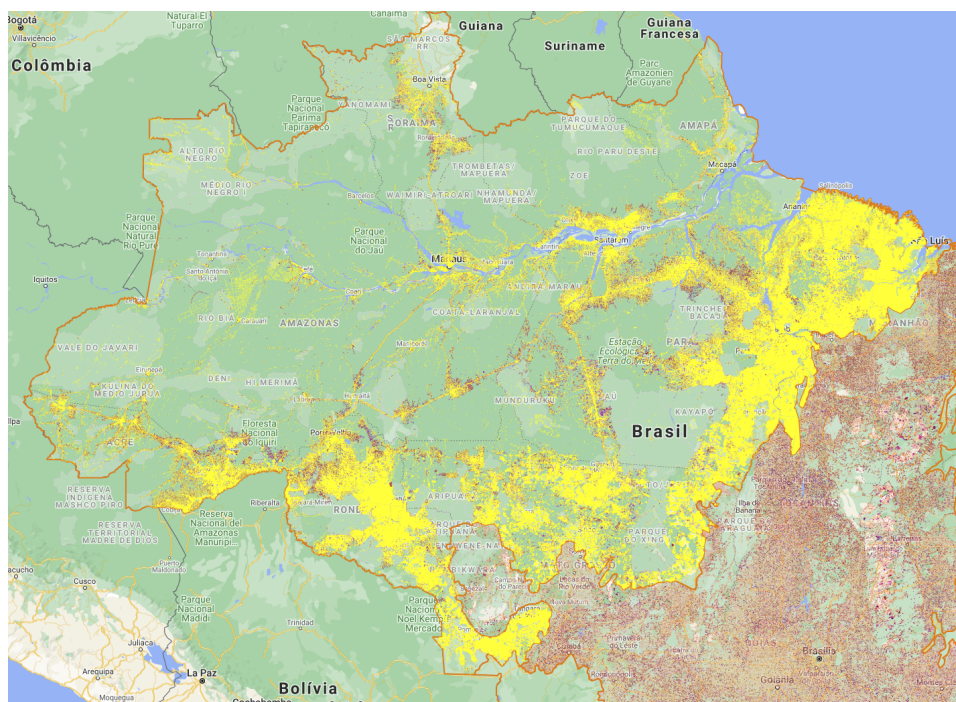
As populações indígenas, quilombolas e tradicionais são as mais vulneráveis aos grandes empreendimentos. Houve avanços na legislação se comparados à implementação dos grandes projetos no período da ditadura militar, mas se teme que recentes movimentos na legislação federal brasileira e estadual (Rondônia, por exemplo) estejam travestidos de retrocessos. Por outro lado, a atuação do Ministério Público (Federal e Estaduais no Brasil) e da Defensoria Pública, a maior sensibilidade das grandes corporações à opinião pública e a cumprir os seus propósitos também resultaram em maior diálogo e reconhecimento de direitos, com uma sensível melhora no impacto socioambiental de novos empreendimentos, como atestado em Juruti, no extremo oeste paraense.

A questão do garimpo tem que ser entendida, entretanto, de forma ampliada. A mentalidade garimpeira da exploração da Amazônia nos últimos cinquenta anos é que deve ser o centro de nossas preocupações, e que a legislação não consegue cooptar. A exploração de todos os bens de valor da região, como uma pilhagem, é o que rege a economia de alto impacto socioambiental, seja na retirada da madeira, na pesca industrial, no garimpo mineral, ou na pecuária e agricultura mecanizada.

Nessas últimas atividades – a pecuária e agricultura mecanizada –, a dependência do corte raso, ou seja, a extirpação da floresta e todo o ecossistema com os seus serviços ecossistêmicos (e a expulsão dos povos tradicionais) é um verdadeiro garimpo do solo e da água. Isto porque não se repõe e não se pretende repor o recurso utilizado, retirado na forma de carne bovina, de soja ou outros produtos. Assim, quando se garimpa a Amazônia com boi, é para aproveitar o seu solo e sua água, escassos em outras partes do planeta.

De forma genérica um quilo de carne bovina exige quinze toneladas de água para ser produzida e provavelmente mais de uma tonelada de solo. O mais grave é que a maior parte da sociedade brasileira acha “natural” e “culturalmente aceitável” a espoliação dos bens públicos por um pequeno grupo de garimpeiros e pecuaristas etc.

MAPA 1. Área desmatada da Amazônia (em amarelo).



Fonte: Inpe, Terra Brasilis (Prodes, desmatamento, 2020).

3. DIREITO AO BIOMA AMAZÔNIA, A SÍNTESE DE UMA REUNIÃO DE VALORES

Os tópicos abordados no presente texto mostram a necessidade de definir o direito ao bioma Amazônia íntegro, em que são reconhecidos – e valorizados – os serviços ecossistêmicos, a diversidade de seu subsolo, solo e aos diferentes ecossistemas que se estabeleceram como paisagem amazônica. Só no Brasil o IBGE considera 70 ecossistemas e 224 subsistemas (IBGE, 2005).

Como experiência, vale comentar que, em 2009, com o apoio da Petrobras, o Instituto Peabiru em parceria com o Museu Goeldi, no projeto Casa da Virada, identificou um novo tipo de ecossistema na Amazônia: a Mata Amazônica

Atlântica, o que demonstra como ainda temos muito a aprender sobre a Amazônia e suas paisagens.

O Direito à Amazônia, por assim dizer, subentende diversos interesses juridicamente protegidos que recaem sobre microbens presentes na região. Por exemplo, as espécies, disciplinadas no bojo do direito à biodiversidade.

O Brasil é Parte de inúmeros acordos internacionais relacionados à biodiversidade. Nacionalmente, o ordenamento jurídico brasileiro previu mecanismos de proteção e acesso à biodiversidade, como a criação e a manutenção de Unidades de Conservação, Territórios Quilombolas e Terras Indígenas. Não se trata apenas de reconhecer os direitos ancestrais de povos tradicionais, especialmente os povos originários, como compreender também a relevância dessas áreas do território em favor deles e as funções que acabam por repercutir na manutenção dos serviços ecossistêmicos proporcionados por serviços ambientais realizados graças a seus modos de vida em que o usufruto exclusivo do bem ambiental não ultrapassa a escala da sua capacidade de suporte e condicionamento do equilíbrio ecológico.

Nessa linha, há um crescente número de estudos demonstrando a importância dos povos tradicionais para a manutenção das paisagens naturais. Apesar da legislação em vigor e políticas por vezes cambiantes, a falta de percepção e valorização da presença dos povos originários e dos papéis que desempenham perante a Natureza revela a baixa compreensão da sociedade e de grupos vizinhos a essas unidades quanto à importância, às dimensões e a quem servem como público primário.

Quanto ao acesso à biodiversidade, tema que vem sendo tratado no âmbito internacional e no Brasil, a legislação tem buscado definir, de forma pioneira, o acesso ao patrimônio genético, incluindo-se a proteção ao acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade (Decreto nº 8.772/2016, regulamenta a Lei nº 13.123/2015). Outra legislação que contribui para a definição das áreas a conservar, ampliando-a para o âmbito privado, é o Código Florestal (Lei nº 12.651/2012), que atualizou o texto da década de sessenta e que regula, entre outras questões, sobre a autorização para supressão de vegetação. Já as intervenções de maior porte, e que estão reguladas desde 1986 pela primeira Resolução Conama (Conselho Nacional de Meio Ambiente), vêm sofrendo forte questionamento nos últimos anos, visando simplificá-las e, mais grave, deixando de incluir partes interessadas essenciais, como os povos e comunidades tradicionais.

4. CONCLUSÃO

O mínimo que o Direito em favor das próximas gerações exige como incumbência da geração atual, que comanda o processo socioeconômico dos países amazônicos, é lhes entregar, pelo menos, uma Amazônia em melhores condições daquela que elas próprias receberam. Para isso ser possível teremos que reverter o processo de sistemática extinção dos povos tradicionais; de desmatamento e destruição a partir das atividades econômicas garimpeiras priorizadas até agora no Brasil, para que os serviços ambientais sejam o grande impulsionador da geração de riqueza.

Nessa linha, valha mais o não-uso, isto é, vigore o valor do não uso intensivo. Por exemplo, que atividades de baixo impacto e com a participação efetiva dos diferentes públicos locais sejam tomadas como primordiais: agricultura de baixo impacto; agricultura perene em sistemas agroflorestais ou sistemas mistos - exóticas (café, palma) e nativas (açaí, cacau, frutas); estoque de carbono, umidade etc.; credenciamentos ao REDD+ (incluindo as abelhas no REDD+, ou seja, o REDD+ Abelhas e outros; turismo sustentável; manejo florestal sustentável; manejo pesqueiro (podendo envolver acordos de pesca locais e regionais). Em consequência, que haja uma transferência do valor desses serviços ambientais realizados para a conservação dos serviços ecossistêmicos a quem verdadeiramente os presta no território: aos guardiões dos recursos naturais que mantêm os bens ambientais. Para tanto, recomendamos:

- Fortalecimento da sociedade civil organizada, para que essa garanta voz a todos os grupos sociais, o acesso aos direitos desses grupos e a estrutura institucional operacional de seus planos e projetos;
- Reforço na implementação da legislação e no comando e controle;
- Reconhecimento da importância do Ministério Público e da Defensoria Pública;
- Atribuição eficiente dos direitos de povos tradicionais, como terras indígenas, territórios quilombolas, assentamentos agroextrativistas, reservas extrativistas, acordos de pesca, entre outros.

Para esse efeito, apresentamos duas propostas de ações, a saber:

Proposta 1 – Resolução dos passivos: acesso à justiça para averiguar e imputar sanções nos casos tipificados como crimes contra os serviços ecossistêmicos e como irregularidades civis ou administrativas aos bens comuns – o que compreende responsabilizar por impactos ambientais causados e evitar a sobrevida de impactos no futuro.

Proposta 2 – (a) Promover o conceito de Direito à Amazônia, o que subentende o direito à real participação (diferentes grupos sociais – indígenas,

quilombolas, povos e comunidades tradicionais, assentados) no processo de tomada de decisões do Executivo; o direito a voz quando da tramitação dos projetos legislativos que tenham repercussão sobre os povos tradicionais. (b) Estruturar um arcabouço jurídico supranacional, que envolvendo a participação da sociedade civil organizada e a representação dos diferentes grupos, estabeleça: b.1.) Observatório da Amazônia; Fundo de Concertação Climática; Tribunal da Amazônia; e, b.2.) Debate continental sobre a Amazônia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BORGES, R. C; PADOVANI, K., IMPERATRIZ-FONSECA, V. L. e GIANINI, T. C. (2020). The value of crop production and pollination services in the Easter Amazon. *Neotrop Entomol*, 49, 545-556.
- CANAL CAMBRIDGE CLIMATE LECTURE SERIES (25 DE FEVEREIRO DE 2019). Sir David King “Climate Repair” CCLS 2019. Recuperado em 21 de julho de 2022 de https://www.youtube.com/watch?v=YBhAraEg_LY.
- CAVALCANTE, D. G.; MATOS, L. L. DE, E PINHEIRO, E. DA S. (2019). Meliponicultura como fator de permanência do homem nas zonas de várzea do município de Boa Vista do Ramos, Amazonas. *XIX Encontro Nacional de Geografia Agrária*, São Paulo, 1-12.
- CONSTANZA, R. *et al.* (2014). Changes in the global value of ecosystem services, *Global Environmental Change*, 26, 152-158.
- CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. (s.d.). Brasília. Recuperado em 21 de julho de 2022 de https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm
- CRUTZEN, P. J. & STOEMER, E. F. (2000). The “Anthropocene”. *Global Change Newsletter*. 41, 17-18.
- DECRETO Nº 85.050, de 18 de agosto de 1980. (1980). Promulga o Tratado de Cooperação Amazônica, concluído entre os Governos República da Bolívia, da República Federativa do Brasil, da República da Colômbia, da República do Equador, da República Cooperativa da Guiana, da República do Peru, da República do Suriname e da República da Venezuela. Brasília, DF. Recuperado em 20 de julho de 2022 de https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/atos/decretos/1980/d85050.html.
- EARTHWATCH INSTITUTE (2019). Global pollinator watch. Recuperado em 20 de julho de 2020 de <https://earthwatch.org/global-pollinator-watch>.
- FRANGETTO, F. W. (2006). *Arbitragem ambiental: solução de conflitos (r)estrita ao âmbito (inter)nacional?* Campinas: Millennium.
- GALLAI, N. *et al.* (2008). Economic valuation of the vulnerability of world agriculture confronted with pollinator decline, *Ecological economics*, 68(3), 810-821.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE) (2005). Recuperado em 20 de julho de 2022 de <https://n9.cl/ww4gm>.

- INTERNATIONAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC). (1988). *The Regional Impacts of Climate Change: An Assessment of Vulnerability*. Recuperado em 20 de julho de 2022 de <https://n9.cl/vznoc>.
- IPCC (2021). Summary for Policymakers. En Climate Change 2021: The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change [MASSON-DELMOTTE, V., P. ZHAI, A. PIRANI, S. L. CONNORS, C. PÉAN, S. BERGER, N. CAUD, Y. CHEN, L. GOLDFARB, M. I. GOMIS, M. HUANG, K. LEITZEL, E. LONNOY, J. B. R. MATTHEWS, T. K. MAYCOCK, T. WATERFIELD, O. YELEKÇI, R. YU and B. ZHOU (Eds.)]. Cambridge University Press. Recuperado em 19 de agosto de 2021, de <https://n9.cl/digpt>.
- KERR, W. E. (2001). Aspectos pouco mencionados da biodiversidade amazônica. Recuperado em 20 de julho de 2022 de <http://www.apacame.org.br/mensagemdoce/80/biodiversidade.htm>.
- KLEIN, A. M. *et al.* (2006). Importance of pollinators in changing landscapes for world crop. *Proceeding of the Royal Society*, 274, 303-313.
- KING, D. (25 feb. 2019). Cambridge Climate Lecture Series (CCLS). Vídeo de YouTube. Disponible en: https://m.youtube.com/watch?v=YBhAraEg_LY
- LEI Nº 14.119, de 13 de janeiro de 2021. (2021). Institui a Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais; e altera as Leis números 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973, para adequá-las à nova política. Brasília, DF. Recuperado em 20 de julho de 2022 de <https://shorturl.at/erC49>.
- MEIRELLES, J. C. S. (2004). *Livro de Ouro da Amazônia*. Rio de Janeiro: Ed. Ediouro.
- NORICHKA, K., HAAS, P. M., ANDERSEN, S., AULD, G., CASHORE, B., S. CHASEK, P., PUPPIM DE OLIVEIRA, J. A., RENCKENS, S., SCHRAM STOKKE, O., STEVENS, C., VANDEVEER, S. D., & IGUCHI, M. (2013). Green Pluralism: Lessons for Improved Environmental Governance in the 21st Century. *Environment: Science and Policy for Sustainable Development*, 55(5), 14-30.
- OLIVEIRA, H. (2020). *Dossiê Cadeia de valor das abelhas sem ferrão da Amazônia*. Belém: Instituto Peabiru.
- PEDRO, A. F. P.; FRANGETTO, F. W. (2004). Direito Ambiental Aplicado. En A. PHILIPPI JR, M. DE ANDRADE ROMÉRO. *Curso de gestão ambiental*. Barueri: Manole.
- PRODES. PROJETO DE MONITORAMENTO DO DESMATAMENTO NA AMAZÔNIA LEGAL POR SATÉLITE (2020). Nota técnica. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações. Recuperado em 20 de julho de 2020 de <https://n9.cl/1ddbb>.
- SOARES FILHO, B. *et al.* (2018). Spatially explicit valuation of the Brazilian Amazon Forest's Ecosystem Services. *Nature Sustainability*, 1(11), 657-664.

POLÍTICAS SOCIOAMBIENTAIS DA AMAZÔNIA ATÉ O GOVERNO BOLSONARO: O PAPEL DA SOCIEDADE CIVIL

*Políticas socioambientales de la Amazonia hasta
el Gobierno Bolsonaro: el papel de la sociedad civil*

Socio-environmental policies in the Amazon
up to the Bolsonaro government:
the role of civil society

RAIMUNDA N. MONTEIRO

Universidade Federal do Oeste do Pará (Ufopa, Brasil)

MAURO OLIVEIRA PIRES

Universidade de Brasília (UnB, Brasil)

RESUMO

Nos últimos anos, a Amazônia sofre com a intensificação da crise socioambiental. À luz da experiência de planos de desenvolvimento regional sustentável, pactuados entre a sociedade civil e o poder público, analisamos os novos desafios e perspectivas, em especial sobre a iniciativa dos governadores que, por meio do Consórcio de Governadores da Amazônia Legal, apresentam o Plano de Recuperação Verde (PRV). Mesclando observações de campo e análise documental, concluímos que o engajamento da sociedade civil nas múltiplas esferas de poder, nacional e subnacionais, é condição essencial, embora não suficiente, para conter os retrocessos e impulsionar mudanças.

Palavras-chave: Amazônia; biosocioeconomia; planejamento territorial.

RESUMEN

En los últimos años, la Amazonia ha sufrido una intensificación de la crisis socioambiental. A la luz de la experiencia de planes de desarrollo regional sostenible, consensuados entre la sociedad civil y el Gobierno, analizamos los nuevos desafíos y perspectivas, especialmente en lo que respecta a la iniciativa de los gobernadores que, a través del Consorcio de Gobernadores de la Amazonia Legal, presentan el Plan de Recuperación Verde (PRV). Combinando observaciones de campo y análisis documental, llegamos a la conclusión de que la participación de la sociedad civil en múltiples esferas de poder, nacional y subnacional, es condición esencial, aunque no suficiente, para contener los retrocesos e impulsar el cambio.

Palabras clave: Amazonia; biosocioeconomía; planificación territorial.

ABSTRACT

In recent years, the Amazon has suffered from the intensification of the socio-environmental crisis. Considering the experience of sustainable regional development plans, agreed between civil society and the government, we analyze the new challenges and perspectives, especially regarding the initiative of the governors who, through the Consortium of Governors of the Legal Amazon, present the Plan of Green Recovery (PRV). Combining field observations and documentary analysis, we conclude that the engagement of civil society in multiple spheres of power, national and subnational, is an essential condition, although not sufficient, to contain setbacks and drive change.

Keywords: Amazon; biocioeconomics; territorial planning.

1. INTRODUÇÃO

A TERCEIRA DÉCADA DESTE SÉCULO XXI se inicia, para a Amazônia brasileira, com as tentativas de desmonte das conquistas institucionais alcançadas nas décadas passadas. Enquanto a estruturação de políticas públicas para aliar desenvolvimento econômico, conservação ambiental, cidadania e direitos humanos custou muito tempo e energia, o desmantelamento ocorre rápido e atinge não apenas a região. Os anos 20 começam enfrentando obstáculos que se imaginava superados. Desmatamento, degradação florestal, incêndios criminosos, garimpo ilegal, degradação dos rios, invasão de terras indígenas e unidades de conservação, violência e assassinatos no campo, entre outros, compõem um cenário que se supunha de outrora.

Estimulados pelo apoio recebido de Brasília, grileiros (pessoas que se apropriam ilicitamente de terras públicas), pecuaristas, madeireiros, garimpeiros, mineradoras e outros agentes aproveitam o momento para avançar

sobre glebas públicas, terras indígenas, unidades de conservação, territórios quilombolas e assentamentos de reforma agrária.

Vistas de fora para dentro, as diversas estratégias socioeconômicas e culturais do *viver na Amazônia* são tensionadas pela disputa territorial e pela via de integração ao mercado como fornecedoras de ativos em forma de conhecimentos ou de matérias-primas. As populações que habitam as florestas se apresentam como guardiãs de ativos de importância global, pelos saberes milenares, por ecologias construídas nas relações de uso com impacto assimilável pela natureza e por deterem o domínio territorial de cerca de 70% das florestas do Bioma.

A mercantilização de ativos da biodiversidade (REDD+, arranjos econômicos entre empresas e comunidades, pagamento de serviços ambientais, prospecção para comoditização de bioativos, entre outros) está entre as propostas que arregimentam técnicos dos governos, organizações não-governamentais e empresas. Por outro lado, as cosmovisões das populações originárias, de não-acumulação capitalista, ainda são pouco assimiladas quando se trata de arranjos econômicos mais complexos.

A geopolítica global acena com políticas de clima com metas para promover a descarbonização da economia. O *European Green Deal*¹ promete reduzir as emissões de CO₂ em 55% até 2050, em relação aos níveis de 1990. Está em curso a discussão de políticas que visam uma nova pactuação de comércio internacional com regras de importação que restringem o ingresso de produtos cuja fabricação tenha provocado a emissão de CO₂ acima dos limites aceitos na Comunidade Europeia (Alcântara, 2020).

O *Green New Deal* americano (Senate, 2021) se apresenta na geopolítica internacional com a disposição de os Estados Unidos liderarem uma nova pactuação de crescimento fomentando uma nova ordem econômica, que tem na redução das emissões de gás carbônico e na melhoria das condições de vida da população o meio de gerar empregos verdes.

A China, a maior compradora de *commodities* agrícolas da Amazônia, e que emerge de um ciclo altamente intensivo no uso de combustíveis fósseis na economia e tem proporcionado a inclusão de massas no consumo de bens industrializados (Zago, 2017; Marinelli, 2018), redireciona sua matriz industrial para ações de governança global e doméstica, no plano denominado Civilização Ecológica, com metas até 2060.

¹ Acessível em https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal/delivering-european-green-deal_pt.

Os pactos que visam a governança global das ações de combate às mudanças climáticas influenciam as políticas produtivas e comerciais de países fornecedores de *commodities* alimentares e minerais, como o Brasil.

A interação complexa de todos esses fatores nos desafia à reflexão: entender o que se passa, como se chegou até aqui e, mais que tudo, é possível ver sinais de mudança no horizonte? Sabemos que o futuro não é predeterminado nem garantido, mas talvez os pequenos movimentos de transformação, percebidos aqui e acolá – a despeito da predominância dos retrocessos –, ganhem força, se combinados. Se o devir é uma disputa, que lições do passado devemos recuperar para não incorrer nos mesmos tropeços, que alianças podem ser feitas, que caminhos são mais prósperos?

O presente texto é uma análise sobre as últimas décadas na Amazônia brasileira, tendo como foco a relação Estado-Sociedade, mais especificamente entre as políticas do governo federal, de um lado, e, de outro, o movimento socioambiental, que abrange os extratos da sociedade civil formados por indígenas, extrativistas, organizações não governamentais socioambientais (ONGs), organizações da agricultura familiar e intelectuais.

Analizamos a participação da sociedade civil (Sherer-Warren, 2006) na construção das políticas socioambientais e territoriais desde a redemocratização do país, em termos de conquistas e derrotas, mas sobretudo lições, para o quadro atual, marcado por retrocessos realizados pelo governo Bolsonaro (2019 em diante). Buscamos entender, ainda, se a ação recente dos governadores da Amazônia na agenda climática tem a aderência da sociedade civil. Na primeira parte do artigo, fazemos um apanhado sobre o planejamento e a ação estatal para a Amazônia e como que os movimentos sociais foram relevantes para a conformação da política socioambiental. Essa seção compreende do período militar até o fim do governo Dilma, em 2016. As duas seções seguintes se ocupam do breve governo Temer (2016-2018) e, especialmente, do que a gestão Bolsonaro tem feito para o desmonte da política socioambiental, o que abriu brecha para maior visibilidade à ação conjunta dos governadores da região. Em seguida, essa concertação política subnacional é analisada, tendo em conta a documentação disponível.

2. PLANEJAMENTO GOVERNAMENTAL PARA A AMAZÔNIA E A INCIDÊNCIA DOS MOVIMENTOS SOCIOAMBIENTAIS ATÉ 2016

Dos ciclos de exploração de recursos naturais da Amazônia, sobressai uma característica: o papel do Estado, responsável por tornar viável e lucrativa a participação de grupos privados no acesso e mercantilização de matérias-primas de interesse de cada época. Para o Estado, a região é vista como fonte

inesgotável de riquezas e recursos disponíveis ao capital privado (Monteiro, 2021).

Beneficiados, os grupos empresariais receberam e ainda contam com diferentes incentivos públicos diretos – tais como, financiamento subsidiado, terras e isenções fiscais –, e indiretos – como a infraestrutura para se instalarem na região. Empresas do porte da Volkswagen, bancos como o Bradesco e várias outras corporações não precisaram arriscar o próprio capital em fazendas na Amazônia. Essa parceria público-privada foi especialmente marcante durante a ditadura militar (1964-1985), no planejamento estatal centralizado.

Os Planos Nacionais de Desenvolvimento (I, II, III PND) dos governos militares são evidências de como o Estado foi central na integração da região aos mercados nacional e internacional, combinando o uso de instrumentos de diferentes setores: infraestrutura, políticas agrária, fiscal e creditícia, migração de trabalhadores e expropriação territorial. A forma autoritária da ação estatal ignorava as populações nativas, como os povos indígenas, ribeirinhos, seringueiros e caboclos. Para o poder central, ainda prevalecia a ideia do século XIX de que a região se constituía como um grande vazio demográfico (Loureiro, 1992, p. 131).

Mas, apesar do autoritarismo da época, frentes de resistência regionais, de cunho sindicalista e socioambiental, entre outras, apoiadas ou não pela Igreja Católica Progressista, tiveram grande protagonismo, a partir dos anos 1970 (Almeida, 2009; Almeida, 2012; Allegretti, 2002). O ideário contra o modelo autoritário e de degradação humana e ambiental foi expandido com a tese de que era possível conciliar o desenvolvimento econômico, a garantia dos modos de vida das populações tradicionais e a conservação da floresta.

Como parte dessa tese, o nascente Conselho Nacional dos Seringueiros (CNS) formulou, em 1985, a proposta de criação das reservas extrativistas a serem destinadas às populações que viviam da floresta. Após o assassinato do líder Chico Mendes (1944-1988), essa proposição foi incorporada à política pública, sendo vista como marco histórico da contribuição do movimento social da Amazônia para o arcabouço da legislação socioambiental brasileira (Allegretti, 2002). O CNS juntamente com os movimentos indígenas e camponeses, formaram a Aliança dos Povos da Floresta, com o objetivo de defender os direitos das populações tradicionais, quanto à segurança em seus territórios.

Na redemocratização do país, o questionamento da sociedade civil sobre as decisões autoritárias do Estado e aos grandes projetos de infraestrutura (rodovias, Usinas Hidrelétricas, complexos de mineração, entre outros) não pôde ser mais contido. Ilustra essa realidade a foto tirada em 21 de fevereiro de 1989 pelo fotógrafo Paulo Jares (1968-2019), durante a audiência pública realizada no ginásio de Altamira (Pará, Brasil), que mostra a líder Kayapó Tuíra apontando

o facção para o então presidente da Eletronorte, José Antônio Muniz Lopes, explicitando a oposição dos indígenas à tentativa de construir, naquela época, a hidrelétrica Kararaô (posteriormente denominada Belo Monte), o que contribuiu para que o projeto da usina ficasse congelado por vinte anos.

As críticas à associação entre financiamento de organismos multilaterais e grandes projetos de infraestrutura na Amazônia impuseram redirecionamentos. Com o objetivo de diminuir os impactos da pavimentação da BR 364 no trecho Porto Velho – Rio Branco sobre as comunidades indígenas e extrativistas, o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), se viu responsável por financiar o Programa de Proteção do Meio Ambiente e das Comunidades Indígenas (PMACI) na segunda metade dos anos 1980, dada a ampla pressão de lideranças como Chico Mendes (1944-1988).

Anos mais tarde, o Banco Mundial, em virtude do empréstimo ao Brasil para a pavimentação da mesma rodovia (BR 364) no trecho Cuiabá – Porto Velho, financiou como medida mitigatória, tanto o Plano Agropecuário e Florestal de Rondônia (PLANAFLORO), em Rondônia, quanto o Programa de Desenvolvimento Agro Florestal (PRODEAGRO) no Mato Grosso.

Ainda nos anos 1980, os movimentos sociais e entidades civis influenciaram na elaboração da Carta Magna, promulgada em 1988, após dois anos de Assembleia Nacional Constituinte. Considerada moderna em temas socioambientais, a nova Constituição Federal trouxe um capítulo específico para o meio ambiente. Embaladas por este, a política e a legislação ambientais deram passos expressivos na década seguinte, realçando o país nas negociações internacionais, dentre as quais se destaca a realização da Conferência do Rio, em 1992.

No campo institucional, a criação do Ministério do Meio Ambiente (MMA), em 1992, e o fortalecimento do Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA), instituído em 1981, expandiram as instâncias compartilhadas entre Estado e Sociedade na formulação da política ambiental brasileira. Nos estados e municípios, aumentou-se o número de secretarias e conselhos de meio ambiente. A mobilização social em torno das questões socioambientais passou a dificultar as decisões de viés político-tecnocrático e de interesse empresarial.

Ainda na década de 1990, como reflexo da Conferência do Rio92, veio o reforço da cooperação internacional ao financiamento de medidas para o enfrentamento dos problemas ambientais da Amazônia. A doação dos países do G7, anunciada em 1991, deu origem ao Programa Piloto de Proteção das Florestas Tropicais do Brasil (PPG7). Por meio de empréstimo do Banco Mundial, teve início o Programa Nacional do Meio Ambiente (PNMA) (Moura, 2016, p. 18), e recursos do BID permitiram a alavancagem do apoio a projetos pelo Fundo Nacional do Meio Ambiente (FNMA), criado em 1989. A cooperação internacio-

nal também financiou diretamente ONGs, centros de pesquisa e associações de agricultores familiares.

Para acompanhar a aplicação dos recursos do PPG7, foi criado o Grupo de Trabalho Amazônico (GTA), que congregou centenas de organizações civis, entre as quais as associações e sindicatos de agricultores familiares, entidades ambientalistas e de populações tradicionais, constituindo-se como espaço dinâmico de discussão e formulação de alternativas para o desenvolvimento econômico, a geração de renda, a proteção da floresta e o reconhecimento dos direitos indígenas, entre outras.

Nessa década, a capacidade da sociedade civil foi fortalecida no campo organizativo, na formação de lideranças e na interlocução com setores do governo e da cooperação internacional. O amadurecimento influenciou, na década seguinte, a configuração de políticas e instrumentos para o desenvolvimento sustentável na região. Os movimentos sociais, as ONGs e as entidades representativas dos diferentes segmentos da Amazônia são movidos pela luta social (Gohn, 2003), com conquistas significativas. Na década de 1990, as diferenças de interesse, formato e representatividade não impediram a unidade em prol da defesa das florestas e de populações locais. Com o apoio de recursos de doação internacional, foi possível experimentar arranjos produtivos associados à conservação ambiental, a capacidade de formulação, de acompanhamento e de avaliação de políticas e grandes obras de infraestrutura deu visibilidade aos questionamentos e críticas, forçando o governo e o setor privado a aprimorar seus projetos.

Nos anos 1980, o aumento expressivo do desmatamento e das queimadas na Amazônia teve na crise inflacionária a principal causa. Nos anos 1990, as políticas neoliberais favoreceram a expansão do desmatamento. Como consequência, o avanço da fronteira agrícola sobre áreas de floresta expandiu o chamado arco do desmatamento (Banco Mundial, 2003; Castro, Monteiro, Castro, 2002) e amplificou as tensões agrárias, das quais os massacres de trabalhadores sem-terra em Corumbiara (Rondônia), em 1995, e em Eldorado dos Carajás (Pará), em 1996, são os mais conhecidos. A esses, se somam os assassinatos de Ademir Federicci (2001) e da Irmã Dorothy Stang (2005).

É importante registrar que, na década de 1990, e a despeito da correlação de forças, houve a demarcação de várias terras indígenas, a aprovação da Lei de Crimes Ambientais (nº 9.605, de 1998) e da Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação (nº 9.985, de 2000) e a criação de assentamentos de reforma agrária. A agricultura familiar conquistou financiamentos do Fundo Constitucional de Financiamento do Norte (FNO), abrangente aos extrativistas (Costa, 2000) e em seguida, o Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (PRONAF).

Na virada do milênio, à medida que os instrumentos da política ambiental eram mais aplicados, aumentavam as críticas do setor empresarial. O licenciamento ambiental e o Código Florestal passaram a ser cada vez mais questionados pelos segmentos privados, que se beneficiavam da fronteira aberta. A capacidade de mobilização e pressão da sociedade civil garantiram uma redação razoável ao texto definitivo da Medida Provisória (MP) nº 2.166, que alterou o Código Florestal de 1964. Mas, continuaram as tentativas de flexibilização da legislação ambiental, em particular do licenciamento ambiental, sob o argumento de que se tratava de mecanismo oneroso, burocrático e ineficaz.

Os programas “Avança Brasil” e “Brasil em Ação”, de Fernando Henrique Cardoso, retomaram grandes projetos na Amazônia, associados aos projetos da Iniciativa para a Integração da Infraestrutura Regional Sul-americana (BID, 2010), tendo no BID o principal financiador. A retomada do asfaltamento da rodovia BR 163, trecho Cuiabá-Santarém, cuja pavimentação compunha o portfólio do programa federal, provocou uma onda especulativa com a perda de florestas, na ordem de até 500%. Esse fenômeno se alastrou por toda a Amazônia (Castro, 2008).

A pecuária bovina expandiu-se velozmente, transformando vastas áreas de floresta em pastos, degradados logo em seguida; a grilagem em terras públicas, como, por exemplo, no entorno da rodovia acima mencionada, avançou; e a soja se constituiu como expressivo vetor de expansão do Arco do Desmatamento (Becker & Vieira, 2015). Pode-se dizer que o fosso da desigualdade social se ampliou, e muitos dos danos ambientais provocados foram irreversíveis, como os ocasionados pelo garimpo, mineração e instalação de usinas hidrelétricas.

Durante o período de Lula na presidência e de Marina Silva no Ministério do Meio Ambiente (MMA), entre 2003 e 2008, houve uma sequência de elaboração e implementação de planos multissetoriais orientados tanto a reduzir o desmatamento quanto a promover o que deveria ser o desenvolvimento sustentável na Amazônia. O Plano Amazônia Sustentável (PAS), lançado em abril de 2003, apresentou diretrizes macro para o ordenamento territorial, infraestrutura, inclusão social e geração de renda.

O ordenamento territorial teve na ampliação das áreas de Zoneamentos Econômicos e Ecológicos (ZEEs) e na promulgação da Lei de Gestão de Florestas Públicas, instrumentos para orientar o uso da terra e gerir as concessões de florestas públicas (Araújo *et al.*, 2008). Debatidos com a sociedade civil, objeto de consultas públicas e negociações com os governos estaduais e com outros ministérios, surgiram o Plano de Ação para a Prevenção e Controle do Desmatamento da Amazônia Legal (PPCDAM) e o Plano de Desenvolvimento Regional Sustentável da BR 163. Posteriormente, a esses planos se somaram outros de recorte geográfico mais específicos, com os da Ilha do Marajó, do Xingu e do Tapajós. A governança de todos eles se dava por instâncias de controle e participação social, que se constituíram como espaços de intenso diá-

logo e aprendizagem. A participação social estava entre as diretrizes oficiais do governo, que não apenas acolheu proposições advindas das discussões com as organizações da sociedade civil de diferentes matizes como encontrou nelas força de sustentação em momentos críticos (Avritzer, 2012).

Dos mandatos de Lula, no que se refere à Amazônia, destacam-se: a redução consistente da taxa do desmatamento; a criação de 25 milhões de hectares de unidades de conservação; a homologação de 10 milhões de hectares de terras indígenas; e o aperfeiçoamento dos sistemas de monitoramento ambiental e das operações de fiscalização. Houve também a expansão do ensino superior, com a criação de cursos e universidades no interior da Amazônia, assim como a ampliação maciça do crédito para a agricultura familiar, que ocupa 7% do território da Amazônia Legal e uma nova legislação para a regularização fundiária na região.

Por outro lado, a continuidade das obras de infraestrutura iniciadas nos governos anteriores permaneceu como pressão constante de setores que vislumbravam expandir atividades dependentes dos recursos naturais. Esse viés se materializou no Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) que orientou, entre outras obras, a instalação de grandes hidrelétricas, duas no rio Madeira e a de Belo Monte, sendo esta última mais cercada de controvérsias e forte oposição do movimento social, da academia e do movimento socioambiental.

Na segunda década do século XXI, houve dois períodos distintos. O primeiro compreendeu o primeiro mandato de Dilma (2011-2014) e o início do segundo mandato (2015-2016). A ruptura institucional em 2016 deu início ao segundo período. As mudanças de orientação política e a correlação de forças desfavorável, no governo Dilma Rousseff, revelaram a necessidade de dar mais solidez aos mecanismos de participação social, para além da criação das instâncias colegiadas e regionalização dos planos e políticas (WWF, 2018). Nesse período, a taxa de desmatamento continuou a cair até 2013, quando iniciou uma nova curva ascendente. O Código Florestal de 1964 foi substituído pela Lei nº 12.651, de 2012, que chancelou o que se convencionou chamar de “anistia” aos desmatamentos irregulares anteriores a 2008, embora tenha mantido o percentual de 80% de reserva legal nos imóveis rurais da região e incorporado um novo instrumento de controle, denominado Cadastro Ambiental Rural (CAR).

Parte das lideranças do agronegócio compôs o arco de aliança de boa parte do período Lula, e esteve com a presidenta Dilma até o fim do primeiro mandato. No segundo mandato – mesmo trazendo a senadora ruralista Kátia Abreu como ministra da Agricultura –, esse setor econômico aderiu em cheio à campanha do *impeachment* (Pompeia, 2021). A presença do agronegócio no arco de aliança teve um peso considerável e explica parcialmente as tensões internas e externas do governo, notadamente quanto ao reconhecimento dos direitos indígenas e unidades de conservação, ou seja, a disputa territorial.

3. DE TEMER A BOLSONARO (2016 A 2018)

Nesta seção amplia-se a análise tratando dos acontecimentos que afetaram o país e a região no período posterior a 2016, isto é, os mandatos de Temer (2016-2018) e de Bolsonaro (2019-2022).

Uma primeira observação é que os dois governos formam um *continuum*, com diferenças entre si. No governo Temer, a quebra da matriz das políticas públicas de impacto mais profundo foi a promulgação da Emenda Constitucional 95, congelando investimentos por vinte anos, mas manteve políticas e instrumentos do sistema de gestão ambiental. O Fundo Amazônia, por exemplo, funcionou normalmente entre 2016 e 2018. O Acordo de Paris, em que o Brasil tomou parte, em dezembro de 2015 durante o mandato de Dilma, não apenas foi assumido por Temer, como este até o incorporou ao ordenamento jurídico nacional ao assinar o Decreto nº 9.073, de 5 de junho de 2017. Os órgãos ambientais (MMA, IBAMA, Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade – ICMBio, Serviço Florestal Brasileiro, CONAMA, FNMA, Fundo Clima etc.) continuaram a exercer suas atribuições, sem descontinuidades.

No período Temer, milhares de hectares foram adicionados ao Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC), por meio da criação de novas reservas extrativistas, no Pará, e a ampliação do Parque Nacional da Chapada dos Veadeiros, em Goiás. Destaca-se ainda que, por astúcia ou conveniência, Temer nomeou o deputado federal e ex-ministro, Zequinha Sarney, ambientalista amplamente reconhecido, para a pasta do MMA (2016-2018). Nos dois mandatos (Temer e Bolsonaro) a força de sustentação social e política de ambos foi basicamente a mesma. Os principais setores que atuaram pela saída de Dilma garantiram o apoio ao governo que a sucedeu. E com a chegada de Bolsonaro na presidência em janeiro de 2019, esses mesmos segmentos continuaram a encontrar as portas do Palácio do Planalto abertas a seus pleitos.

No Congresso Nacional, boa parte desses se expressa por meio da coalizão conhecida como Centrão, que arregimenta parlamentares de diferentes partidos de centro-direita, direita e extrema direita, essenciais para a manutenção da gestão Bolsonaro, garantindo-lhe maioria nas duas casas legislativas. Por meio do Centrão, os interesses da mineração, do agronegócio, do armamentismo, das indústrias, do setor financeiro e dos evangélicos estiveram representados.

O governo Bolsonaro continuou as reformas de cunho ultraliberal iniciado por Temer, aprofundando o enfraquecimento do pacto social estabelecido pela Constituição de 1988 (Reinholz, 2018), cortando direitos e submetendo notadamente as políticas sociais ao ajuste fiscal numa escala sem precedentes. A

mudança na legislação trabalhista e previdenciária, a imposição de teto aos gastos públicos (mediante a promulgação da Emenda Constitucional nº 95) e a reforma administrativa pelo setor desejada, entre outras medidas, diminuiram a capacidade de intervenção do Estado na economia e na sociedade.

A noção de continuidade entre os dois governos faz sentido também quando se verifica, em perspectiva, o que ocorreu na região Amazônica. Em termos de desmatamento, embora a tendência de aumento da taxa tenha se iniciado em 2013, foi entre 2016 e 2018 que a média anual oscilou acima dos 7 mil km², ultrapassando os 10 mil km² no período Bolsonaro, como a tabela abaixo.

TABELA 1. Taxa do desmatamento da Amazônia Legal (2000-2020).

ANO	AMAZÔNIA LEGAL
2000	18.226,00
2001	18.165,00
2002	21.651,00
2003	25.396,00
2004	27.772,00
2005	19.014,00
2006	14.286,00
2007	11.651,00
2008	12.911,00
2009	7.464,00
2010	7.000,00
2011	6.418,00
2012	4.571,00
2013	5.891,00
2014	5.012,00
2015	6.207,00
2016	7.893,00
2017	6.947,00
2018	7.536,00
2019	10.129,00
2020	10.851,00

Fonte: INPE, s. d.

O desmatamento na Amazônia é um fenômeno complexo, mas seu dinamismo guarda relação com o contexto político regional e nacional (Rodrigues-Filho *et al.*, 2015) em que se insere. Os agentes privados interessados no corte raso da floresta consideram em seu cálculo se a conjuntura está mais ou menos compensatória, se há mais ou menos disposição governamental para o combate à ilegalidade.

Tal disposição é percebida pelos agentes privados de diferentes maneiras, uma das quais tem a ver com a realização de operações de fiscalização ambiental com a consequente aplicação de multas, de perdimento ou apreensão de maquinários, embargo de áreas e até a arresto da produção agrícola ou bovina ilegal. Eles também observam se o governante lançará mão de outros instrumentos e políticas disponíveis, seja para coibir, seja para estimular o desmatamento, tais como, o crédito rural, a pavimentação de rodovias, a instalação de obras infraestruturais e a destinação de terras públicas, conforme se apontou na primeira seção.

As ações de fiscalização ambiental entre 2016 e 2018 continuaram a ocorrer. A presença de um ministro ambientalista no MMA era garantia de que a agenda de combate ao desmatamento continuaria. Assim mesmo, nossa hipótese é de que o conjunto das sinalizações de Brasília, iniciadas no governo Temer e intensificadas por Bolsonaro, passaram a indicar o afrouxamento das medidas destinadas à redução do desmatamento, o que repercutiu no aumento da taxa. Por sua vez, o governo Bolsonaro, não satisfeito com as flexibilizações concedidas por seu antecessor, encaminhou nova medida provisória sinalizando claramente sua visão favorável à ocupação – quando não a grilagem explícita – das glebas públicas na Amazônia. Mediante sua assinatura na Medida Provisória nº 910, de 10 de dezembro de 2019, o prazo referencial para a regularização fundiária, anteriormente ampliado por Temer para 22 de julho de 2008, foi novamente estendido, desta vez para 5 de maio de 2014.

Na verdade, por um subterfúgio, a nova regra permitia que tal prazo chegasse até mesmo a 10 de dezembro de 2018, isto é, apenas a um ano antes da data de sua publicação. Além disso, a obrigatoriedade de vistoria prévia para as áreas acima de quatro módulos fiscais foi substituída pela simples autodeclaração do interessado, sem necessidade sequer de manifestação dos confrontantes. Essa medida também estendeu os benefícios da regularização fundiária para todo o território nacional, inclusive na região de fronteira, a despeito do alegado apelo à soberania nacional. Todavia, dada a ampla repercussão nacional e internacional, vindas até de setores do mercado financeiro global, a MP não foi apreciada pelo Congresso, vindo a caducar e a perder a vigência. Em seu lugar, entrou o projeto de lei nº 2.633, de 2020.

As semelhanças entre as administrações de Temer e Bolsonaro também podem ser encontradas na edição da MP nº 756, assinada pelo primeiro em 19 de dezembro de 2016. Esse dispositivo legal reduziria a Floresta Nacional do Jamanxim, de 1,3 milhão de hectares para menos de 560 mil hectares. Essa unidade de conservação, como se sabe, se localiza numa das áreas mais críticas do desmatamento e sua criação em 2006 cumpria o objetivo de evitar a expansão de atividades predatórias sob a floresta. Embora tenha chegado a ser aprovada pelo Congresso, o próprio presidente Temer viu-se obrigado a vetá-la integralmente, pois além da manifestação contrária do MMA houve uma ampla campanha contrária no movimento socioambiental.

4. OS TERRÍVEIS ANOS BOLSONARO PARA A AMAZÔNIA

Embora tenhamos ressaltado acima alguns dos traços similares entre os dois últimos governos, é preciso enfatizar que a gestão Bolsonaro foi além do aprofundamento da agenda neoliberal iniciada por Temer. Em matéria de política para a Amazônia, de política socioambiental, sanitária e outras, a nova administração se revelou incomparável.

Embora não tenha conseguido submeter formalmente a pasta Ambiental ao Ministério da Agricultura, em razão de reação contrária até de segmentos do agronegócio, o seu primeiro ato após a posse foi a assinatura de uma medida provisória alterando a estrutura e as competências do MMA, assim como de vários outros ministérios (Monteiro, 2021). Ao nomear Ricardo Salles – advogado do setor ruralista que ganhou projeção por ter sido secretário do governador de São Paulo –, Geraldo Alckmin, realizou claramente a submissão outrora anunciada. Numa canetada, o MMA deixou de ter setores estratégicos para a execução de políticas de combate ao desmatamento, mudanças climáticas, promoção do uso sustentável, gestão de florestas públicas e outras.

Nos primeiros meses, a nova gestão promoveu a militarização do Ministério e especialmente do IBAMA e do ICMBio, retirando os técnicos concursados de postos estratégicos e substituindo-os por policiais militares. Os servidores foram proibidos de prestar informações à imprensa e a perseguição e assédio institucional se estabeleceram (Ascema, 2021). O ministério passou a perder analistas ambientais, como evidenciou reportagem da BBC Brasil informando a saída de 17% dos servidores (BBC, 2019). E ordem ministerial passou, em alguns casos, a divulgar antecipadamente o local das operações de fiscalização ambiental, dando tempo para que o ilícito ambiental fosse encoberto.

O orçamento da área ambiental foi drasticamente encolhido, tanto que, na proposta do executivo para o Plano Plurianual 2020-2023, houve a redução de 98% dos recursos para as áreas de mudanças climáticas, biodiversidade e

qualidade ambiental (Araújo & Feldmann, 2019). O Fundo Amazônia paralisou suas operações, mesmo com bilhões de reais em caixa. E projetos dos órgãos ambientais em parceria com ONGs foram proibidos pelo ministro Salles. E embora o Supremo Tribunal Federal (STF) tenha definido que parte dos recursos da multa da Petrobrás, determinada pela operação Lava-jato, deveria ser alocada ao combate ao desmatamento e queimadas na Amazônia, menos de 10% foram destinados às operações do IBAMA.

Em linha com a política de militarização da agenda ambiental, a maior fração desses recursos seguiu para o Ministério da Defesa, no âmbito das Operações Verde Brasil I e II, coordenadas pelo vice-presidente da República e realizadas em 2019 e 2020 como resposta tardia ao incremento dos incêndios florestais. Dessas operações também participaram as tropas da Força Nacional de Segurança, totalmente compostas por policiais militares que, quando a serviço do governo federal, recebem adicional financeiro.

Enquanto os órgãos ambientais sofriam com o arrocho orçamentário, o governo solicitou mais de R\$ 410 milhões (cfr. o Projeto de Lei do Congresso Nacional – PLN nº 17, de 2020) adicionais para a fase 2 da Operação em 2020, tendo ciência do levantamento independente demonstrando que parte dos recursos foram aplicados para reformas dos quartéis, inclusive os de fora da região Amazônica.

Levantamento da associação dos servidores ambientais aponta que o custo de um mês dessas operações equivale a todo o recurso da fiscalização do IBAMA por um ano, ou para pagar os salários de 1.000 novos fiscais ambientais (Ascema, 2020). Essa mesma entidade alerta para o fato de que as forças policiais não possuem conhecimento técnico nem experiência para realizar as atividades específicas de fiscalização ambiental, não podendo até mesmo aplicar multas (Ascema, 2020). Ademais, houve casos em que garimpos ilegais em terras indígenas deixaram de ser fiscalizados, evitando-se a apreensão ou destruição dos maquinários, conforme reportagem de *O Globo*, de 28 de setembro de 2019 (*O Globo*, 2019).

Uma das características centrais da política ambiental brasileira é a participação social, conforme tentamos expor na primeira seção. Todavia, com a edição do Decreto nº 9.759, de 2019, o governo extinguiu uma série de conselhos e outras instâncias de participação, transparência e prestação de contas, como a Comissão Nacional de Biodiversidade (CONABIO), o Fórum Brasileiro de Mudanças Climáticas, a Comissão Nacional de Gestão de Florestas Públicas. Além disso, o CONAMA teve drástica redução do número de representantes da sociedade civil, aumentando proporcionalmente o peso do setor empresarial e governamental.

Também faz parte da estratégia de enfraquecimento da política socioambiental o envio para o Congresso Nacional do Projeto de Lei nº 191/2020 que libera a mineração e outras atividades de alto impacto ambiental nas terras indígenas que, vale dizer, vêm sofrendo inúmeras ameaças, roubo de madeira, garimpo e invasões. Levantamento do Conselho Indigenista Missionário (CIMI) aponta o aumento de 44% dos ataques apenas em 2019 se comparados a 2018.

Igualmente compõem essa estratégia os atos da presidência da Fundação Nacional do Índio (Funai), que, se dependesse da medida provisória do primeiro dia do governo Bolsonaro, estaria submetida ao comando do Ministério da Agricultura, o que não ocorreu por decisão do STF e do Congresso. O presidente desse órgão publicou uma norma permitindo a certificação de terras privadas dentro das terras indígenas ainda não homologadas. Isto estabelece extrema dificuldade de regularização fundiária das Terras Indígenas (TI). Ademais, não se pode esquecer a atuação coordenada entre a bancada ruralista e o governo pela aprovação da tese do “marco temporal” que, se decidida pela alta corte, impedirá a demarcação de terras indígenas que não estivessem ocupadas pelos povos indígenas após 1988.

Bolsonaro também interferiu no Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE), irritado com os números do monitoramento do desmatamento e das queimadas na Amazônia. Demitiu seu diretor-presidente, o prestigiado cientista Ricardo Galvão. Noutra ponta, o Comando da Aeronáutica, mesmo com o parecer contrário da equipe técnica do INPE, assinou contrato, sigiloso e sem licitação, de compra de satélite de observação terrestre avaliado em R\$ 175 milhões, evidenciando o interesse governamental por outro sistema de monitoramento independente do INPE (*Poder 360*, 2020).

Ao mesmo tempo, em igual sobreposição ao trabalho do INPE, o então ministro Salles publicou edital para a aquisição de imagens de satélites para monitorar o desmatamento na Amazônia, destinando R\$ 7 milhões. Assim mesmo, os dados tornados públicos pelo INPE evidenciam que, entre 2019 e 2021, não apenas a taxa do desmatamento na Amazônia aumentou expressivamente, conforme apontado no quadro acima, como também o número e a extensão das queimadas e os incêndios florestais, confirmando o cenário temido.

Nada mais simbólico no que se refere à política ambiental no governo Bolsonaro, do que ocorreu durante a sua reunião com seus ministros no dia 22 de maio de 2020, em plena pandemia, a qual os brasileiros posteriormente tomaram conhecimento. Na ocasião, o ministro Salles falou o seguinte:

Então pra isso precisa ter um esforço nosso aqui enquanto estamos neste momento de tranquilidade no aspecto de cobertura de imprensa, porque só se fala de Covid, e *ir passando a boiada e mudando todo o regramento e simplificando normas* (grifos nossos).

A despeito da saída do ministro Salles, em 23 de junho de 2021, acusado de corrupção por liberação de madeira ilegal da Amazônia, a mudança de titularidade no MMA não significou alteração na condução da política de Bolsonaro para o meio ambiente.

5. A AÇÃO DOS GOVERNADORES DA AMAZÔNIA

Em 2017, foi tomada a decisão de constituir o Consórcio de Governadores da Amazônia Legal (CGAL), como decorrência das discussões realizadas no âmbito do Fórum de Governadores da Amazônia Legal, que reúne os titulares estaduais desde maio de 2008, no contexto da oficialização do PAS pelo governo Lula. O CGAL é oficialmente uma autarquia na modalidade “associação pública” e integra a administração indireta dos nove estados da região (CGAL, 2019 p. 21). A sua função é facilitar a ação coordenada entre os governos, desenvolver projetos e captar recursos. Em junho de 2019, o Consórcio publicou o seu Planejamento Estratégico para o período 2019-2030. Seguindo a metodologia *Balance Score Card* (BSC), o documento traz a seguinte missão para o planejamento: “acelerar o desenvolvimento sustentável da Amazônia Legal, de forma integrada e cooperativa, considerando as oportunidades e os desafios regionais” (CGAL, 2019, p. 60), que, para ser alcançada, se desdobra em 14 resultados agregados em quatro áreas de intervenção: 1) economia verde, competitividade e inovação; 2) integração regional; 3) governança territorial e ambiental; e 4) gestão, governança pública e serviços públicos prioritários.

Associado ao planejamento estratégico, o Consórcio publicou, em junho de 2021, o Plano de Recuperação Verde (PRV). O PRV traz as diretrizes, os programas e as ações destinados a promover a transição para a “economia de baixo carbono” na Amazônia (CGCAL, 2021, p. 42). São apresentados quatro eixos de intervenção: 1) freio ao desmatamento ilegal; 2) desenvolvimento produtivo sustentável; 3) Tecnologia verde e capacitação; e 4) Infraestrutura verde.

Três pontos se sobressaem na análise do planejamento estratégico e do PRV. O primeiro se refere à maturidade institucional da ação coordenada dos governadores. Ambos os documentos partem de um diagnóstico da região e formulam estratégias para a superação dos desafios, levando-se em conta, de um lado, o papel da Amazônia em termos ambientais e climáticos globais e, de outro, a necessidade de desenvolver modalidades econômicas que incluam a população, majoritariamente urbana e demandante de infraestrutura. Os documentos oferecem ideias para orientar investimentos futuros capazes de favorecer a manutenção da floresta em pé e a geração de emprego e renda.

Os outros dois pontos têm a ver com as ausências. Curiosamente, o governo federal quase não é mencionado. No planejamento estratégico, há apenas duas menções a ele: a primeira, quando se fala genericamente da possibilidade de

o Consórcio firmar parcerias com os poderes públicos federal e municipais (p. 95); e a segunda quando se diz que os estados realizarão operações conjuntas de fiscalização com o governo federal na faixa de fronteira (p. 83). No PRV, sequer genericamente ele aparece. A presença do governo federal nos desígnios da região é evidente. E, analisando-se o conjunto das cartas emitidas ao final de cada edição do Fórum dos Governadores, desde sua criação em 2008, o governo federal figura como um dos principais endereçados.

Portanto, ganha força a hipótese de que essa ausência seja um nítido recado da insatisfação dos titulares dos estados quanto à gestão do presidente da República. Basta lembrar que os estados amazônicos eram os principais beneficiários dos recursos advindos do Fundo Amazônia, paralisado pela gestão Bolsonaro, prejudicando os investimentos estaduais. Além disso, na pandemia, o chefe do poder executivo federal tem transferido para os governadores a culpa pela crise sanitária. Outra diferença é que, ao menos no PRV, os governadores percebem que o desmatamento não traz aumento da qualidade de vida e do desenvolvimento humano por onde é praticado (p. 14 do PRV), ao contrário do que afirma o presidente e seu ministro enviado a Glasgow para a Conferência do Clima (novembro de 2021).

A segunda ausência, nas tratativas observadas até o presente, se refere à sociedade civil. A região tem uma rica diversidade social consubstanciada em centenas – talvez milhares –, de ONGs, associações, cooperativas, entidades representativas etc. Mas, ambos os documentos do Consórcio, pelo que se sabe, não passaram por nenhuma instância de diálogo e interlocução social, sequer com a academia na extensão necessária de envolvimento do setor. Essa é uma diferença em comparação, por exemplo, com a elaboração do PAS ou outros planos de desenvolvimento territorial já mencionados.

Pode-se aludir que o calendário político provavelmente tenha inviabilizado a tentativa de diálogo. Assim mesmo, não deixa de ser lacuna, mesmo que a elaboração dos documentos tenha tido o apoio de três ONGs atuantes junto ao movimento socioambiental (IPAM, Conservação Internacional e Funbio). Se, por um lado, a consulta pública envolve tempo e implica eventual alteração nas propostas originais, quando ela não acontece aumenta-se o risco de esvaziamento das propostas. A ausência de interlocução com a sociedade civil é uma característica presente no Fórum de Governadores desde sua criação em 2008. As reuniões são restritas, sem envolvimento de organizações do movimento socioambiental e nem das organizações de incidência nas economias locais, Universidades, Institutos Federais e representações corporativas que muito têm a contribuir no diálogo com os governadores.

E não foi diferente com o que houve na 24ª reunião, que ocorreu em outubro de 2021, na cidade de Belém (Pará), por ocasião do “Fórum Mundial de Bioeconomia”, patrocinado pelo governo estadual paraense. Note-se que a

bioeconomia, especialmente no PRV, é a mola mestra das propostas adotadas pelos governadores para que a região transite em direção à economia de baixo carbono aproveitando-se dos ativos da floresta sem implicar novos desmatamentos. Note-se ainda que, na carta final da 24ª reunião, foram anunciados investimentos de R\$ 100 milhões para a formação de “cadeias produtivas da bioeconomia”. Para a alavancagem dessas cadeias, até mesmo muitos dos palestrantes do evento de bioeconomia reconheceram como é importante a interlocução com os povos e comunidades da floresta, pois eles dominam a sociobiodiversidade amazônica. Olinda Canhoto, da Superintendência da Zona Franca de Manaus (Suframa), em palestra no Fórum Mundial de Bioeconomia (Belém, Brasil) em outubro de 2021, ao se referir aos conhecimentos tradicionais, salienta que “com o conhecimento científico estes processos podem ser melhorados, o que contribui para aumentar a produtividade e qualidade dos produtos” (Suframa, 2021).

Como romper com a visão de que esses povos e comunidades são apenas repassadores de conhecimento e fornecedores de matérias-primas a serem capturados por empresas de biotecnologia sem repartição justa e equitativa dos benefícios? O paradigma de sustentabilidade continua orientando as lutas dos movimentos sociais amazônicos pelo respeito à vida (BOFF, 2020).

Questões como essas motivaram 101 organizações civis a realizarem um evento paralelo ao Fórum Mundial da Bioeconomia. Ao final, lançaram a Carta de Belém (Grupo Carta de Belém, 2021), com o seguinte subtítulo: “por uma economia capaz de conviver com a floresta, garantir direitos e distribuir renda de forma justa”. Nela, consta o seguinte trecho:

Defendemos o protagonismo dos povos indígenas, comunidades tradicionais, agricultores familiares e camponeses/as para a conservação dos territórios, da biodiversidade e dos bens comuns; Trabalhamos para o fortalecimento de iniciativas agroecológicas, que contribuem para a conservação da sociobiodiversidade, encurtamento dos circuitos de comercialização e a soberania alimentar; Consideramos que é preciso discutir amplamente o caminho para uma Transição Justa e Popular, conforme a qual uma economia mais integrada e consciente dos limites da natureza não acirre a já dramática situação de desemprego e restrição da renda de famílias da classe trabalhadora (Carta de Belém, 2021).

Esse posicionamento reafirma proposições que marcam o movimento socioambiental tanto da parte brasileira quanto de toda a Pan-Amazônia. Também sugere que a ação coordenada dos governadores, mesmo em se tratando de segmentos tão expressivos, ainda não foi capaz de promover uma interlocução apropriada com eles.

De toda forma, não há dúvida de que o Fórum dos Governadores vem obtendo maior relevância tanto no cenário nacional quanto internacional. Cada vez mais são vistos como interlocutores diretos das embaixadas de países como Noruega, Alemanha, Reino Unido, França e Estados Unidos e de fundos privados interessados em investir em projetos de redução das emissões de GEE.

É o caso, por exemplo, da *Leaf Coalition* (<https://leafcoalition.org/pt-pt/>). A Coalizão *Lowering Emissions by Accelerating Forest Finance* (LEAF) conseguiu mobilizar pelo menos US\$ 1 bilhão para financiar projetos de redução das emissões por desmatamento e degradação florestal e manejo florestal (REED+). Lançada pelo presidente norte-americano Joe Biden em abril de 2021, conta com recursos dos Estados Unidos, Noruega, Reino Unido e um número expressivo de grandes multinacionais. Durante a Conferência do Clima realizada em novembro de 2021, em Glasgow (Escócia), o Consórcio dos Governadores teria sido credenciado como possível beneficiário dessa iniciativa, algo inédito pois não contou com o apoio do governo brasileiro. O fato de que o Consórcio conseguiu ser tratado como legítimo representante da região é uma clara demonstração dos governadores e dos países doadores quanto à posição adotada pelo governo Bolsonaro em paralisar o Fundo Amazônia. No curto prazo, parece uma medida necessária para a retomada do apoio internacional a projetos na Amazônia. Entretanto, há dúvidas se a médio e longo prazos essa medida não implicará perdas em termos de governança pública, controle, participação social e transparência. Afinal, o Fundo Amazônia foi uma das fórmulas do país para coordenar o apoio de países e demais doadores a projetos de REED+ no país, mantendo as decisões mais estratégicas sob a liderança brasileira.

Nesse sentido, é importante realçar que uma das lições aprendidas ao longo das décadas de apoio da cooperação internacional para os assuntos socioambientais amazônicos, especialmente durante o PPG7, é que o lado brasileiro precisa contar com instâncias de governança suficientemente robustas, em que a liderança brasileira seja alcançada tanto na qualidade dos projetos, mas fundamentalmente no desenho e implementação de estratégias alinhadas com os interesses da sociedade local.

Sem participação e controle social, além de inviabilizar tal aprendizagem, afasta eventuais doadores que receiam que seus recursos fiquem presos nas mãos de quem não tem interesse na consolidação da agenda socioambiental na Amazônia.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo analisou a trajetória de ação entre Estado e sociedade no planejamento territorial com vistas à governança socioambiental na Amazônia, em

que Estado e sociedade regional desenvolveram planos de desenvolvimento sustentável em escalas regionais, com lições que podem informar os novos arranjos liderados pelos governadores em seu PRV. Mostrou que o desmonte do sistema de gestão socioambiental agravado no governo Bolsonaro impõe a necessidade de retomada da governança e de instrumentos de controle por meio do Estado, destacando o papel das sociedades amazônicas.

A iniciativa do Consórcio de Governadores da Amazônia Legal, embora caminhe, na atual conjuntura, numa linha independente da posição refratária do governo brasileiro, pela ausência de instâncias de diálogo com a sociedade civil, enfrenta posições críticas dos movimentos sociais e socioambientais, a exemplo da Carta de Belém. Especialmente, contrárias às estratégias de mercantilização da natureza.

Conclui-se pela necessidade de envolvimento orgânico da sociedade em suas múltiplas escalas subnacionais para o sucesso dos planos, para que sejam instrumento de planejamento compartilhados entre Estado e sociedade e em escalas territoriais que facilitem a compreensão e estratégias produtivas com amplo envolvimento dos atores econômicos, sociais e culturais da Amazônia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALCÂNTARA, L. (2020, 29 de setembro). Green new deal. Que diacho é isso? Grupo Carta de Belém. Recuperado em 26 de março de 2023, de <https://www.cartadebelem.org.br/green-new-deal-que-diacho-e-isso/>.
- ALLEGRETTI, M. H. (2002). *Construção social de políticas ambientais: Chico Mendes e o Movimento dos Seringueiros*. Tese de doutorado, Universidade de Brasília, Brasília, Distrito Federal.
- ALMEIDA, A. W. B. (2009). *Tierras tradicionalmente ocupadas*. Buenos Aires: Editorial Teseo.
- ALMEIDA, A. W. B. (2010). Agroestratégias e desterritorialização – direitos territoriais e étnicos na mira dos estrategistas dos agronegócios. En A. W. B. ALMEIDA, A. ZHOURI, A. A. R. IORIS, C. BRANDÃO, C. BERMAN, F. M. HERNÁNDEZ, G. N. BEZERRA, H. ACSELRAD, J. A. PAULA, K. LASCHEFSKI, M. C. N. COELHO, M. A. MONTEIRO, L. F. N. GARZON, L. H. CUNHA & L. J. WANDERLEY. *Capitalismo globalizado e recursos territoriais: fronteiras da acumulação no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Editora Lamparina.
- ALMEIDA, A. W. B. (2012). Territórios e Territorialidades específicas na Amazônia: entre a “proteção” e o “proteccionismo”. *Caderno CRH*, 25(64), 63-71.
- ARAÚJO, R. *et al.* (2008). Estado e Sociedade na BR-163: desmatamento, conflitos e processos de ordenamento territorial. E. M. R. de Castro (Org.). *Sociedade, Território e Conflitos: BR-163 em questão*, Belém: NAEA/UFGA.
- ARAÚJO, S. & Feldmann, F. (2019, 3 de outubro). Onde está o meio ambiente no Plano Plurianual? *O Valor Econômico*. Recuperado em 22 de outubro de 2021, de rb.gy/qidx7.
- ARAÚJO, T. B. (2013). Desenvolvimento regional brasileiro e políticas públicas federais. En E. Sader (Org.). *Dez anos de governos pós-neoliberais no Brasil: Lula e Dilma*. Rio de Janeiro: Flacso.

- ASCEMA. (2021). Denúncia de assédio moral coletivo apresentada ao Procurador do Ministério Público Federal do Distrito Federal. Recuperado em 22 de outubro de 2021, de rb.gy/mcmqh.
- AVRITZER, L. (2012). *Conferências Nacionais: ampliando e redefinindo os padrões de participação social no Brasil*. Brasília: IPEA.
- BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO (2010). Os dez anos do BID na IIRSA (2000 – 2010). Recuperado em 22 de outubro de 2021 de rb.gy/zqzop.
- BANCO MUNDIAL (2003). *Causas do Desmatamento da Amazônia Brasileira* (1ª ed.), Brasília. Recuperado em 22 de outubro de 2021, de rb.gy/8x2lr.
- BECKER, B. K. STENNER, C. (2015). Um futuro para a Amazônia. En *As amazônias de Bertha K. Becker*. v. 3. Rio de Janeiro: Garamond.
- BOFF, L. (2020, 24 de junho). A transição ecológica para uma sociedade biocentrada. *Eco Debate*. Recuperado em 22 de outubro de 2021, de rb.gy/n37ov.
- CASTRO, E. M. R. (Org.) (2008). *Sociedade, Território e Conflitos: BR-163 em questão*. Belém: NAEA/UFGPA.
- CASTRO, E. R., MONTEIRO, R. & CASTRO, C. P. (2002). *Atores e Relações Sociais em Novas Fronteiras na Amazônia: Novo Progresso, Castelo de Sonhos e São Félix do Xingu*. Cadernos NAEA/UFGPA, Belém.
- CELENTANO, D., & Veríssimo, A. (2007). *O avanço da fronteira na Amazônia: do boom ao colapso*. Belém: Instituto do Homem e Meio Ambiente da Amazônia.
- CONSÓRCIO DE GOVERNADORES DA AMAZÔNIA LEGAL (2019). Planejamento Estratégico. Brasília, DF. Recuperado em 22 de outubro de 2021 de <https://consorcioamazonialegal.portal.ap.gov.br/>.
- CONSÓRCIO DE GOVERNADORES DA AMAZÔNIA LEGAL. (2021). Plano de Recuperação Verde. Brasília, DF. Recuperado em 22 de outubro de 2021 de rb.gy/a358m.
- COSTA, F. A. (2000). *Formação agropecuária na Amazônia: os desafios do desenvolvimento sustentável*. Belém: NAEA/UFGPA.
- COSTA, F. A. (2014). Dinâmicas produtivas e inovativas: perspectivas para o desenvolvimento sustentável da Região Norte. En N. Siffert *et al.* (Orgs.). *Um Olhar Territorial para o Desenvolvimento: Amazônia*. Rio de Janeiro: BNDES.
- DAGNINO, E. (2004). Construção democrática, neoliberalismo e participação: os dilemas da confluência perversa. *Política e Sociedade*, 3(5), 139-164.
- DECRETO Nº 9.073, de 5 de junho de 2017. (2017). Promulga o Acordo de Paris sob a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, celebrado em Paris, em 12 de dezembro de 2015, e firmado em Nova Iorque, em 22 de abril de 2016. Brasília, DF. Recuperado em 22 de outubro de 2021, de https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9073.htm.
- FALCÓN, M. L. *et al.* (2014). A importância da visão territorial para o desenvolvimento. En G. Montoro *et al.* (Orgs.). *Um Olhar Territorial para o Desenvolvimento: Sul*. Rio de Janeiro: BNDES.
- GRUPO CARTA DE BELÉM (2021). Em nome do clima, avança a espoliação dos territórios. Recuperado em 26 de março de 2023, de <https://www.cartadebelem.org.br/manifesto-rumo-a-cop-26/>.
- INSTITUTO NACIONAL DE PESQUISAS ESPACIAIS (s.d.). *Monitoramento do Desmatamento da Floresta Amazônica Brasileira por Satélite*. Recuperado em 26 de março de 2023, de <http://www.obt.inpe.br/OBT/assuntos/programas/amazonia/prodes>.

- INSTITUTO DE ENGENHARIA (2020). *Amazônia e bioeconomia sustentada em ciência, tecnologia e inovação*. São Paulo: Recuperado em 26 de março de 2023 de <https://n9.cl/fqnrnb>.
- KOHLHEPP, G. (2018). O Programa Piloto de Proteção das Florestas Tropicais no Brasil (1993-2008): as primeiras estratégias da política ambiental e de desenvolvimento regional para a Amazônia Brasileira. *NERA*, ano 21, núm. 42, 309-331.
- LASTRES, H. M. M. (2019). *A importância de uma política brasileira para o desenvolvimento territorial e regional*. Texto para Discussão, RedeSist.
- LOUREIRO, V. R. (1992). Estado, Homem e Natureza. Belém: Ed. Cejup, Coleção Amazoniana.
- MARINELLI, M. (2018). How to Build a ‘Beautiful China’ in the Anthropocene. The Political Discourse and the Intellectual Debate on Ecological Civilization. *Journal of Chinese Political Science*, 23(3), 365-386. <http://doi.org/10.1007/s11366-018-9538-7>
- MONTEIRO, R. (2021). *Espaço-Estoque, a negação da vida e esperanças teimosas*. Belém: Editora Dalcídio Jurandir.
- MOURA, A. M. M. de. (2016). Trajetória da política ambiental federal no Brasil. En A. M. M. DE. MOURA (Org.). *Governança ambiental no Brasil: instituições, atores e políticas públicas*. Brasília: Ipea.
- O GLOBO (28/9/2019). *Poder360* (31/12/2020). Recuperado em 23 de outubro de 2023 de <https://n9.cl/8ay4c>.
- POMPEIA, C. (2021). *A formação política do agronegócio*. São Paulo: Ed. Elefante.
- REINHOLZ, F. (2018, 3 de outubro). Emenda 95, o enfraquecimento do pacto social. *Brasil de Fato*, 6 Recuperado em 23 de outubro de 2021, de rb.gy/sulgx.
- RODRIGUES-FILHO, S. et al. (2015). Election-driven weakening of deforestation control in the Brazilian Amazon. *Land Use Policy*, 43, 111-118.
- RODRIGUES, A. S. L., EWERS, R. M., PARRY, L., SOUZA JR., C., VERÍSSIMO, A., & BALMFORD, A. (2009). Boom-and-Bust Development Patterns Across the Amazon Deforestation Frontier. *Science*, 324(s/n), 1435-1437.
- SENATE (2021, 20 DE ABRIL). Senate resolution 166 – Recognizing the duty of the Federal Government to creat a Green New Deal (S2086). Recuperado em 26 de março de 2023, de rb.gy/ogxbz.
- SHERER-WARREN, I. (2006). Das Mobilizações às Redes de Movimentos Sociais. *Revista Sociedade e Estado*, 21(1), 109-130.
- SUFRAMA (2021, 18 DE OUTUBRO). *Fórum Mundial de Bioeconomia reforça relevância da Amazônia*. Recuperado em 22 de outubro de 2021, de rb.gy/kf8s7.
- WEINS, N. W., FERREIRA, L. C., & FEODRIPPE, R. C. O. (2020). O papel da “Civilização Ecológica” chinesa na nova ordem ambiental internacional: ideias para um mundo pós-covid. *Geosul*, 35(77), 504-530.
- WOHLGELMUTH, R., Twatdowski, T., & Aguilar, A. (2021, 25 de março). Bioeconomy moving forward step by step. *A Global Journey. New Biotechnology*, 61, 22-28.
- WORLD WILDLIFE FUND (2018). Desenvolvimento Territorial: diretrizes para a Região da BR-163 (Vol. 2). Brasília.
- YOUNG, C. E. (2020). Exclusão ambiental e desigualdade no Brasil. En J. MATHIAS & L. Saraiva (Orgs.). *Igual-desigual: história e economia das desigualdades antes, durante e após a pandemia* (Cap. 17, pp. 255-265). São Paulo: Hucitec.
- ZAGO, L. (2017). A questão ambiental na China de Mao Zedong e Deng Xiaoping. En L. C. Ferreira (Org.). *O desafio das mudanças climáticas: os casos Brasil e China* (Capítulo 3, pp. 83-110). Jundiaí: Paco.

PUNTOS DE INFLEXIÓN Y PARA LA REFLEXIÓN EN LA RESPUESTA PENAL A LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

*Pontos de inflexão e para reflexão sobre a resposta
penal à proteção do meio ambiente*

Points of inflection and for reflection
on the criminal response to environmental protection

NURIA PILAR MATELLANES RODRÍGUEZ
Universidad de Salamanca (USAL, España)

RESUMEN

El sector medioambiental constituye uno de esos ejemplos de extensión del derecho penal debido a «las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja» (Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal). Esto no tiene porqué representar una utilización viciada de los instrumentos penales, ni significa un ataque a los presupuestos que legitiman su empleo, sino que obedece a una actualizada redefinición de la idea de necesidad de intervención. El uso del derecho penal para la protección del medio ambiente se ha consagrado desde hace varias décadas como un camino sin retorno. Son ya décadas durante las que el sistema penal español acoge una respuesta específica ante los graves perjuicios que sufre el entorno natural. Evidentemente que cuatro décadas dan para mucho: decisiones, revisiones y vacilaciones. En estas líneas se trata de hacer un recorrido rápido por aquellos aspectos que han marcado e identificado el área ambiental del derecho penal. Hay algunos que, con más o menos intensidad, han existido siempre y se puede decir que trazan el modo de ser distintivo del derecho penal ambiental como el reenvío a las normas extrapenales o el recurso a delitos de peligro; en cambio, otros, como la internacio-

nalización o la responsabilidad de las personas jurídicas, representan un rumbo cualitativamente diferente respecto de lo conocido hasta ahora.

Palabras clave: Delitos ambientales; personas jurídicas; Administración pública y medio ambiente; Derecho penal internacional.

RESUMO

O setor ambiental é um exemplo de extensão do Direito penal devido a “*las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja*” (Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal). Isso não tem razão para representar uma utilização viciada dos instrumentos penais nem significa um ataque aos supostos que legitimam seu emprego, mas obedece a uma redefinição atualizada da ideia de necessidade de intervenção. O uso do Direito penal para a proteção ao meio ambiente vem se consagrando há várias décadas, como um caminho sem volta. São já quase quatro décadas nas quais o sistema penal espanhol acolhe uma resposta específica frente aos graves danos que sofre o entorno natural. Evidentemente, quatro décadas dão para muitas coisas: decisões, revisões e dúvidas. Nestas linhas, se trata de percorrer aqueles aspectos que marcaram e identificaram a área ambiental do Direito penal. Alguns desses aspectos, com mais ou menos intensidade, existiram sempre e podemos dizer que traçam um modo de ser diferenciado do Direito penal ambiental, como o reenvio das normas extrapenais ou o recurso a delitos de perigo. Por outra parte, outros, como a internacionalização ou a responsabilidade das pessoas jurídicas, representam um caminho qualitativamente diferente com relação ao que conhecemos até agora.

Palavras-chave: Delitos ambientais; pessoas jurídicas; Administração pública; meio ambiente; Direito penal internacional.

ABSTRACT

The environmental sector is one of those examples of extension of criminal law due to “the growing needs for protection in an increasingly complex society”. This does not imply a wrong use of penal instruments. Nor does it mean an attack on the bases that legitimize its use, but rather it is due to an updated redefinition of the idea of need for intervention. The use of criminal law for the protection of the environment has been consecrated for several decades as a path of no return. For almost four decades now, the Spanish penal system has received a specific response to the serious damage suffered by the natural environment. Obviously, four decades go a long way: decisions, revisions, and hesitations. These lines try to take a quick view over those aspects that have identified the environmental area of criminal law. Some of them, with more or less intensity, have always existed and it can be said they trace the distinctive way of being of environmental criminal law, such as the referral to extrapenal norms or the use of dangerous crimes. Others, such as internationalization or the criminal liability of legal entities, represent a qualitatively different path with respect to what has been known until now.

Keywords: Environmental crimes; legal persons; public administration and environment; International Criminal Law.

I. PUNTOS DE INFLEXIÓN: ASPECTOS DETERMINANTES EN LA CONFORMACIÓN DE LOS DELITOS AMBIENTALES

I.1. *La dependencia respecto al derecho administrativo*

I.1.1. La inevitable intervención administrativa para la gestión y el control ambiental

LA NORMATIVA ADMINISTRATIVA AMBIENTAL resulta imprescindible para ordenar, gestionar y controlar el entorno natural. Los riesgos a los que está inevitablemente expuesto demandan un instrumento ordenador de las formas y límites a los que deben plegarse los riesgos, de modo que se pueda garantizar una estabilidad ambiental acorde con las necesidades del desarrollo económico e industrial. Los recursos naturales requieren decisiones de planificación, de gobierno, de medidas relativas a su explotación, distribución, ordenación de sus límites y adecuación a los condicionantes económicos que, a su vez, vienen determinados por políticas nacionales, europeas e internacionales y, para ordenar todo ello, las herramientas jurídicas más idóneas son las que reporta el sistema administrativo.

Junto a lo anterior, el carácter de *ultima ratio* del derecho penal es un enunciado sobre los límites y el uso legítimo del derecho penal que está fuera de toda duda. Sin embargo, en las últimas décadas se observa un debilitamiento de este principio ordenador del *ius puniendi*. Por una parte, porque nunca hay certeza absoluta de que realmente se ha comprobado y experimentado una inutilidad de los medios de control previos al derecho penal. Por otro, porque el sistema administrativo sancionador ambiental ofrece «sorpresas», tales como la mayor gravedad de algunas sanciones administrativas que su equivalente penal o la incorporación al sistema penal de conductas que son idénticas materialmente a las reguladas administrativamente.

En este panorama se mueve el sistema sancionador ante los daños ambientales, presidido por una presencia abrumadora del sector administrativo y, al mismo tiempo, completado por un sistema penal que ha ido adquiriendo cada vez un mayor desarrollo, tanto por la indiscutible necesidad de intervención penal, como por el empuje que la política criminal ambiental europea ha ido desarrollando en los últimos tiempos, dando un notable impulso al recurso punitivo.

Así las cosas, derecho penal y derecho administrativo se encuentran cara cara en la regulación y sanción de los ataques al medio ambiente (Medeiros Francilaide Campos, 2016), produciéndose filtraciones e interferencias de un sector a otro, lo cual ha hecho que este ámbito sea el prototipo del fenómeno de la «administrativización» del derecho penal, al tiempo que el sector punitivo ha pasado a ser una pieza relevante de la gestión de riesgos (Silva Sánchez, 2001).

1.1.2. Indicadores concretos de la «administrativización»

a) La «administrativización» se refleja en la voluntad preventiva de los tipos, que tratan de impedir que los riesgos ambientales se traduzcan en lesión, adoptando para ello la figura de delitos de peligro. Superada una etapa inicial en la que se defendía que la fórmula que adoptaba el delito ecológico en España era la de peligro concreto, ha ido ganando terreno en la doctrina y jurisprudencia la posición que estima que, para la realización típica, se ha de constatar que las conductas contaminantes cuentan con la aptitud y posibilidad de causar un grave perjuicio al equilibrio de los sistemas naturales. En línea con los llamados delitos de peligro hipotético esto llevaba a exigir, junto al desvalor real de acción (la peligrosidad real de la acción), la posibilidad de producción del resultado dañoso (desvalor potencial de resultado) (Cuesta Arzamendi, 2015, p. 12). Como señala la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 370/2016 de 21 de abril), citando una ya estable línea jurisprudencial, «no se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido», lo cual elimina la necesidad de la prueba de conexión entre una conducta contaminante y un resultado peligroso.

Ahora bien, esta simplificación de la prueba, que tantas dificultades generaba en la práctica de los tribunales propiciando numerosos casos de sobreseimiento, no ha sido tampoco la gran solución para despejar el camino judicial y facilitar el dictado de sentencias, puesto que la indefinición continúa, esta vez respecto al objeto del peligro. ¿Peligro respecto a qué? El medio ambiente como interés jurídicamente tutelado incorpora *per se* la cualidad de ser un sistema. El medio ambiente es un sistema de factores en equilibrio e interdependientes que funcionan formando una unidad. Es innegable esta condición, que va adherida a su propia esencia. Y así lo presenta el Código Penal, en el párrafo 2 del artículo 325, cuyo resultado típico se refiere al riesgo para el equilibrio de los sistemas naturales. Este juicio de peligrosidad, es decir, el pronóstico de futura lesión, respecto a la alteración de un equilibrio en el sistema natural, presenta tres rasgos de inseguridad notables: primero el inherente al propio juicio de peligro o hipótesis de futura lesión, en segundo lugar, hay que identificar si el inicial (y supuesto) equilibrio está en riesgo, lo cual exige un conocimiento previo de qué es y cuándo hay equilibrio en el sistema natural, y en tercer lugar, la identificación de qué es ecosistema, su mayor o menor amplitud y los elementos que contiene, desde los propios elementos naturales bióticos, como los abióticos, llegando incluso a incluir al ser humano y todo su entorno, asunto este que sigue sin perfilarse con exactitud (Colás Turégano y Morelle Hungría, 2021, p. 18).

Todas estas dudas han contribuido a una deriva hacia una revisión de las exigencias típicas del peligro pues, desde la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, se ha añadido la opción de que las conductas de contaminación sean riesgosas para factores naturales específicos, como la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o animales o plantas (artículo 325.1), lo cual es, de nuevo, otra clara simplificación del objeto de prueba. Con ello, se ahonda en una visión ecocéntrica del medio ambiente tutelado penalmente (Colás Turégano y Morelle Hungría, 2021, p. 12), pero también con ello, en cierta medida la respuesta penal se olvida del carácter funcionalmente sistemático y dinámico que compone su esencia. Es más, se mantiene en el párrafo 2 del artículo 325 la versión tradicional, la del peligro para el equilibrio de los ecosistemas, de manera que conviven en el mismo texto dos visiones del bien jurídico (Cuesta Arzamendi, 2015, p. 13).

Esta nueva conformación del resultado típico en el artículo 325 ha traído problemas interpretativos a la hora de delimitar el espacio de cada una de las dos opciones, surgiendo dudas acerca del encaje típico de determinadas conductas que bien podrían incorporarse a los dos apartados del artículo 325. Considero que en ambos apartados se está protegiendo un mismo bien jurídico y que en el párrafo segundo representa una modalidad más lesiva, por lo que constituye un tipo agravado, que como tal entra en concurso de leyes con el tipo básico del artículo 325.1, por lo que será aplicable cuando las conductas descritas en el apartado primero no solo afecten o puedan afectar sustancialmente a la calidad de los elementos naturales señalados, sino que además sean aptas para producir un perjuicio grave en la capacidad de estabilización del ecosistema (Alastuey Dobón, 2016, p. 523; Baucells Lladòs, 2019, p. 17).

b) La «administrativización» tiene una plasmación técnica inevitable en la fórmula de tipificación adoptada: ley penal en blanco. A estas alturas, se trata de una opción alojada en el sistema penal parece que de manera definitiva y, en particular, en buena parte de los tipos penales ambientales de nuestro Código. Los potenciales déficits de legalidad que acechan al modelo han sido «salvados» por una jurisprudencia constitucional que se mantiene firme en que, bajo ciertas condiciones, los beneficios de su utilización en el sistema penal ambiental superan las críticas¹. La fórmula de ley penal en blanco, aun

¹ La Sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de julio de 1990 y que se ha mantenido en la jurisprudencia posterior (STC 118/1992, de 16 de septiembre, o STC 120/1998, de 15 de junio) acepta la opción siempre que: «Que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea

siendo rescatable desde la perspectiva de los principios limitadores del *ius puniendi*, tiene un problema de partida que entorpece la efectividad de los tipos penales que la adoptan en su conformación típica: la dependencia del derecho administrativo hace que el derecho penal herede las deficiencias que existan en el primero. Si la norma de reenvío no existe o es inadecuada, al derecho penal solo le queda declarar la atipicidad de la conducta o asumir los efectos de una legislación administrativa ineficaz.

Junto a ello, la normalización de este sistema de reenvío parece estar generando una suerte de inercia a la aceptación de fórmulas en blanco cada vez más laxas, que van acabando por vaciar del mínimo contenido de ofensividad que la antijuridicidad material penal requiere, conformándose los tipos como simples ilícitos formales de desobediencia, protectores de funciones administrativas de control. Los tipos penales de este perfil se despojan de su verdadera naturaleza y pasan a convertirse en elementos extraños, insertos en un cuerpo penal, pese a tratarse de una norma materialmente administrativa (Arroyo Alfonso, 2018, p. 8). Una muestra de esta situación es el delito del artículo 335.1 del Código Penal² que ejemplifica la total confusión entre los planos penal y administrativo, convierte al tipo en un instrumento tutelador de las funciones administrativas de control ambiental y acerca su estructura a la de los delitos de peligro abstracto, generando una jurisprudencia que fuerza a los jueces a localizar un mínimo de ofensividad material en la conducta para poder aplicar este tipo (Matallín Evangelio, 2015, p. 1067).

Todo lo anterior, además, saca a relucir un efecto práctico de primer orden que enrarece las relaciones entre los órganos de justicia y los órganos administrativos, el principio *non bis in idem* que emerge directamente en la aplicación de los tipos penales y exige una labor de coordinación entre ambos órdenes sancionadores, que no siempre se logra, siendo el ciudadano infractor el receptor y pagador de la disfuncionalidad del sistema (Boix Reig, 2005; Picón Arraz, 2019).

c) Indica Arroyo Alfonso (2012, p. 11) que el «proceso de aceptación de la mera antijuridicidad formal para la punición de la conducta es muy acusado

satisfecha la exigencia de certeza o... se dé la suficiente concreción, para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada» (STC 127/1990 de 5 de julio, Fundamento Jurídico 3º).

² «El que cace o pesque especies distintas de las indicadas en el artículo anterior, cuando esté expresamente prohibido por las normas específicas sobre su caza o pesca, será castigado con la pena de...» (Código Penal Español, art. 335.1).

en la categoría de los ‘delitos de acumulación’. Como ha expuesto Berdugo Gómez de la Torre (2012, p. 222), en ellos «aisladamente el potencial de lesión o puesta en peligro para el bien jurídico de la conducta tipificada es mínimo o irrelevante, pero adquiere una gran lesividad si se acumulan a ella la realización de la misma conducta por otros miembros de la sociedad», por lo tanto, en estos delitos, «la legitimación de la respuesta penal y su intensidad no se hace depender de la entidad de la conducta concreta sino de la agregación a la misma de posibles daños producidos por comportamientos futuros de otras personas». Respecto al bien jurídico medio ambiente, es evidente que se temen daños masivos a gran escala como efecto de conductas repetidas (Donini, 2003, pp. 97-98). Aceptar la opción de la acumulación supondría reaccionar ante acciones individuales que incluso evaluadas de modo *ex ante*, no se consideran peligrosas, incluso pueden ser bagatelas, y que no producen la puesta en peligro de aquel, pero ante la repetición de estos comportamientos por diferentes personas, cada uno se percibe peligroso. La única «lesividad» posible en estos casos vendría dada por los estándares de contaminación que fija el derecho administrativo, lo que de nuevo nos sitúa ante una confusión de planos administrativo y penal (Bustos Rubio, 2017, p. 307) y ofrece una cara más desde la que contemplar el rasgo de la «administrativización» del derecho penal (Alcacer Girao, 2002, como citado en Gómez Vélez, 2015, p. 321). Considero que debe sostenerse la ilegitimidad de la consagración de la modalidad acumulativa dada la falta del mínimo de lesividad (González Uriel, 2018, p. 150; Alcacer Girao, 2002, pp. 11 y ss.; Liberatore S. Bechara, 2011, pp. 245 y ss.) y, en línea con esta opción, entiendo que la referencia del artículo 325 a que los actos de contaminación provoquen «por sí mismos o conjuntamente con otros» no va referida a los sujetos sino a los actos de contaminación, imputables a una misma persona o personas (Marques i Banqué, 2015, p. 671), en el sentido de considerar típicos la serie de vertidos continuados que causen la contaminación, aunque esta no se produzca con un solo vertido. Estos son valorados de forma conjunta al no llegar a colmar por separado las exigencias requeridas en la tipicidad de la conducta, atendiendo a la exigencia de idoneidad, pero de manera conjunta por acumulación sí que puede configurarse con esta nueva posibilidad (Colas Turégano y Morelle Hungría, 2021, p. 16; Alastuey Dobón, 2016, p. 521)³.

³ Alastuey Dobón (2016) entiende que el 325 es una manifestación de los delitos acumulativos.

1.2. *Las directivas europeas en materia de medio ambiente*

La integración europea no ha alcanzado a la atribución de competencia penal, que se mantiene como espacio propio de cada soberanía estatal. No obstante, el proceso de acercamiento de los sistemas jurídicos, necesario para ofrecer una respuesta común a intereses comunes y evitar lagunas, alcanza también al ámbito penal, y en particular a la materia medioambiental, que ha sido uno de los máximos exponentes de la armonización de los sistemas penales, como puso de manifiesto la Decisión marco 2003/80/JAI del Consejo, de 27 de enero de 2003, *relativa a la protección del medio ambiente a través del derecho penal*. El Parlamento y la Comisión, sin embargo, consideraron que la base jurídica utilizada para hacer realidad la tutela del entorno natural en la Unión Europea no era la procedente y plantearon su nulidad ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), justamente por considerar que por este medio se daba entrada a un pretendido sistema penal europeo de contenido ambiental. La Sentencia (STJUE) de 13 de septiembre de 2005, Comisión c. Consejo, asunto C-176/0350, reconoció que la protección del medio ambiente es uno de los objetivos comunitarios primordiales y afirmó que, para garantizar el completo cumplimiento de las normas comunitarias en materia ambiental, el legislador comunitario podrá prescribir medidas penales cuando se consideren indispensables para luchar contra los delitos medioambientales, siempre que se planteen medidas efectivas, proporcionadas y disuasorias. El TJCE planteó este proceso como un supuesto de armonización de normas de los Estados miembros, que se traduce en una armonización parcial de los derechos penales ambientales de los Estados miembros, lo cual deriva en una especie de «competencia implícita» en este sector. El resultado de este proceso fueron dos Directivas en materia penal ambiental: a) Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y el Consejo de 19 de noviembre de 2008 *relativa a la protección del medio ambiente mediante el derecho penal*, y b) Directiva 2009/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de octubre de 2009, por la que se modifica la Directiva 2005/35/CE, *relativa a la contaminación procedente de buques*. Ambas han significado un punto de inflexión relevante en nuestro derecho penal medioambiental, ya que buena parte de su contenido, y hasta su más estricta literalidad, con los inconvenientes de adaptación sistemática que ello acarrea (Baucells Lladòs, 2019, pp. 4-6), se ha concretado en las reformas al Código por LO 5/2010, de 22 de junio y LO 1/2015, de 30 de marzo. Realmente, las «innovaciones» en los tipos penales ambientales no son creaciones propias del legislador español, sino de las instituciones comunitarias por medio de dichas Directivas.

Esas directrices europeas se extienden en especial a tres áreas específicas: la acogida de delitos de resultado lesivo, la recepción expresa de responsabilidad penal para las personas jurídicas y la incorporación de nuevos tipos penales en materia de gestión de residuos.

1.2.1. Delito de lesión y/o peligro

Dada la voluntad preventiva de la regulación penal ambiental, parecía cerrado el debate acerca de la estructura del tipo respecto a la configuración del resultado típico. Se afirmaba sin rodeos que «el debate sobre la naturaleza del delito ecológico, desde la perspectiva de su relación de ofensividad con el bien jurídico medio ambiente, parte de un acuerdo: el rechazo de la posibilidad de que sea un delito de lesión» (Fuentes Osorio, 2012, p. 2). Hoy, sin embargo, el efecto de la copia literal de las indicaciones de la Directiva 2008/99/CE ha acabado de un mazazo con esta trayectoria, sin previa discusión, y supone la introducción del resultado de lesión material al bien jurídico en la conformación de los tipos penales incluidos en los artículos 325, 326 y 326 bis, situándolo al mismo nivel que la modalidad de ofensividad de peligro, lo cual puede generar un efecto criminógeno, que echa por tierra el pretendido afán preventivista. La evidente desviación de las reglas de la proporcionalidad se ve acrecentada por el alto riesgo de distorsiones a la hora de la interpretación del precepto y, sobre todo, de la delimitación del alcance de un delito, que como dice Cuesta Arzamendi (2015, p. 13), debería haberse construido simplemente sobre el poder causar, remitiendo a cualificación el hecho de la causación de daños sustanciales.

1.2.2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas

Tanto a raíz de la Directiva 2009/123/CE, como, sobre todo, de la 2008/99/CE, se acometió una importante tarea armonizadora en materia de protección penal del medio ambiente. Gracias sobre todo a esta última (artículo 6), se justificó en nuestro ordenamiento la previsión *ex novo* de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, incorporada a través de la reforma de 2010 y la «revisión» del sistema, operada por la reforma del 2015 (artículo 31 bis). Con ello, por la vía de los hechos consumados, quedó cerrado debate doctrinal acerca de su aptitud en el sistema penal.

La introducción, en 2010, de la responsabilidad penal de las personas jurídicas para determinados delitos, entre otros, los delitos ambientales, supuso una revolución en el panorama penal, avivada por los debates acerca del modelo de atribución de responsabilidad adoptado por nuestro derecho. No

es que con ello se haya acabado con el debate teórico sobre los presupuestos dogmáticos de la imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, pues sigue en pie la pregunta sobre si hay una propia culpabilidad de las personas jurídicas (autorresponsabilidad) o una construcción que ha posibilitado imponerles una condena en determinadas circunstancias por los delitos de las personas físicas que actúan en su nombre o por su cuenta (responsabilidad vicaria)⁴. Aún más revolucionaria fue si cabe la extensión de la eficacia eximente para los programas de *compliance*⁵ (artículo 31 bis. 2 del Código Penal): si previo al delito cometido por las personas físicas, se cuenta con un programa de cumplimiento normativo «idóneo y adecuado», según las exigencias previstas en el artículo 31 bis. 5 (y, además, se dan los requisitos establecidos en el artículo 31 bis. 2), la persona jurídica queda exenta de responsabilidad.

Los programas de *compliance* son una manifestación más del carácter fronterizo de la regulación penal ambiental y de la conveniencia de una entente entre sectores normativos diversos, puesto que son un instituto externo al sistema penal, cuyo sentido primordial no es ni mucho menos el ser utilizados como instrumento para justificar una exención de responsabilidad penal, sino que tienen un fundamento claramente preventivo y de autorregulación empresarial, tendente a instaurar una nueva cultura de la empresa, de tal manera que mediante la instauración de criterios de organización preventivos, se evite de forma proactiva la comisión de delitos. Es decir, su sede natural es externa al derecho penal, pese a que el sistema penal se sirve de ellos para modelar su propio sistema sancionador para los entes jurídicos.

1.2.3. Nuevos tipos penales: la gestión y explotación de residuos

Con base en lo dispuesto por la Directiva 2008/99/CEE, en especial su artículo 3 el Código Penal español ha seguido ampliando el elenco de tipos penales en materia de residuos y explotaciones de almacenamiento de sustancias peligrosas (artículos 326 y 326 bis). El proceso de trasposición de la directiva

⁴ Las respuestas son variadas y han constituido en los últimos tiempos un auténtico *best seller* (Moral García, 2019, pp. 466 y ss.).

⁵ La Circular de la Fiscalía General del Estado de 2011 negaba la posibilidad de hacer uso de los programas de *compliance* para eximir de responsabilidad penal a las personas jurídicas, aunque luego tuvo que aceptarla, en la Circular 1/2016, con la «boca pequeña» al advertir que no se está modificando sino «aclarando el modelo establecido en 2010» e intentando proporcionar una interpretación «razonable» a tan llamativo cambio de actitud (Vercher Noguera, 2016).

al derecho interno adolece de cualquier rigor y ha dejado en herencia un precepto cuya ubicación, contenido y alcance merece ser censurado, en el entendimiento de que revela una pérdida de criterio acerca de qué se tutela: ¿el medio ambiente, los elementos naturales autónomos?, y de cómo se debe hacer: ¿equiparando delito a lesión?⁶ Junto a ello, de nuevo el tipo se engancha directamente de la regulación administrativa, que hace de él una muestra de una clase de regulación penal que afecta a la gestión de riesgos más propia de la lógica del derecho administrativo ambiental (Montaner Fernández, 2020, p. 5).

2. PUNTOS PARA LA REFLEXIÓN: NUEVOS ASPECTOS DETERMINANTES EN LA CONFORMACIÓN DE LOS DELITOS AMBIENTALES

Sobre el marco anterior, la realidad de la delincuencia ambiental adopta nuevos perfiles derivados de la magnitud advertida en los daños ambientales. Hay un cambio de paradigma que obliga a repensar si el modelo tradicional de delito ambiental, concebido sobre una responsabilidad individual y para perjuicios ambientales «locales» es realmente el camino adecuado para dar respuesta penal a lo que de verdad está sucediendo: que los daños ambientales vienen propiciados por sujetos con una capacidad de repercusión sobre el entorno muy superior al de personas físicas individuales y que es un problema con dimensión global y repercusiones, incluso, a nivel de derechos humanos.

2.1. *Nuevos sujetos responsables: empleados públicos, personas jurídicas*

a) La responsabilidad penal por daños al medio ambiente ha pivotado básicamente sobre la imputación a personas físicas individuales. Ya desde la primera andadura de los tipos ambientales se advirtió que los daños al entorno natural tenían una mayor repercusión cuando se vinculaban a actividades realizadas por empresas. La práctica venía confirmando que los daños ambientales protagonizados por sujetos particulares apenas alcanzaban ese grave resultado de lesividad que demandaban los tipos y sólo en pocos casos llegaban las condenas, en muchos casos de meras bagatelas. Como quiera que la opción de responsabilizar a las industrias estaba inicialmente descartada, se comenzó a llamar la atención sobre la conveniencia de hacer responsable a la

⁶ Ya lo advirtió Cuesta Arzamendi (2014, pp. 1124 y ss.), en relación a la redacción presente, artículo 328.

Administración, que desde su complacencia, cuando no su autorización directa, facilitaba la comisión de delitos ambientales en el contexto de actividades industriales, donde, por otra parte, cada vez se constataba con mayor claridad lo difícil que resultaba identificar a la persona física responsable a la que imputar la responsabilidad penal (Memoria de la Fiscalía General del Estado, 1997)⁷. Sólo habrá una protección eficaz del medio ambiente, cuando se fije la atención sobre aquellos sujetos que, desde posiciones privilegiadas, tienen capacidad para evitar o producir destrozos ambientales graves: es decir, las autoridades y los funcionarios públicos que controlan la actividad industrial como encargados de autorizar su funcionamiento y vigilar que su desarrollo se efectúe conforme a la legalidad vigente.

Desde el año 1995 existe una tipificación expresa de delitos ambientales para los funcionarios públicos con responsabilidad ambiental, que ha adoptado en esencia la forma de prevaricación especial. Al margen del debate sobre si es adecuada o no la fórmula de tipificación adecuada (Górriz Royo, 2014), lo que quiero destacar es la vinculación de este tipo de conductas con un fenómeno más amplio, en el que se pueden insertar: la corrupción. Los intereses económicos que se mueven tras la puesta en marcha de actividades industriales con repercusión ambiental están detrás de prácticas funcionariales ilegales. No es infrecuente que se otorguen licencias ambientales ilícitas. La Administración no es un simple gendarme sino un actor social, con sus propios intereses, pretensiones y proyectos, de ahí que sus normas o actos no siempre se ajustan a la protección del ambiente en un sentido amplio. Incluso también en el contexto de su labor de vigilancia de cumplimiento de la legalidad ambiental, los funcionarios están expuestos a presiones procedentes de las empresas, que buscan maximizar beneficios a costa de gozar de un régimen ambiental más favorable, aunque apartado de la legalidad, o a base de no ser sancionados al detectarse sus irregularidades ambientales. En la medida en que el cumplimiento de las

⁷ En ella se reconocía expresamente «la escasa o nula voluntad de cooperación con la Justicia (...), dado que frente a los hechos denunciados existen numerosas actividades delictivas relativas a la contaminación, singularmente industrial, de las que la referida Administración Pública tiene conocimiento perfecto con motivo de sus funciones de inspección y control y que sin embargo (...), ni se denuncian ni se comunican» e, igualmente, que «a ello se une la escasa o nula cooperación que en las actuaciones de la Fiscalía y de los Juzgados y Tribunales demuestran de facto distintos responsables y funcionarios (...) a la hora de evacuar informes, remitir documentos e intervenir como testigos o peritos en la fase de instrucción judicial o en los juicios orales» (Memoria de la Fiscalía General del Estado, 1997, p. 451).

normas ambientales y el sometimiento a controles tiene un coste económico, los «negocios» con los empleados públicos para burlar la legalidad convierten al medio ambiente en un campo fértil para la lacra de la corrupción (López Donaire, 2013). En este sentido, una decidida intervención penal, que no privilegie a los funcionarios y gobiernos que propician los daños ambientales, es una apuesta decidida por cortar uno de los espacios de corrupción posiblemente menos estudiados⁸. Se trata, además de un fenómeno aún más visible en el ámbito internacional y transnacional, al ser protagonizado por empresas multinacionales, que expolian los recursos naturales de países en los que, además, hay un derecho ambiental más blando, todo ello con consecuencias devastadoras sobre el entorno natural mundial.

b) En unas líneas anteriores comentábamos cómo el derecho europeo ha sido determinante a la hora de impulsar esta nueva categoría de sujetos penalmente responsables. En el caso del medio ambiente, la conveniencia práctica de esta opción queda fuera de duda, puesto que abre el recurso a la vía judicial para casos de daños ambientales graves, mucho más lesivos que los que puedan cometer las personas físicas, en la medida en que la potencialidad ofensiva de las empresas supera con mucho la de las personas físicas y facilita la integración del elemento típico «gravedad» que en muchos casos de actuaciones personales no podía acreditarse, generando un gran número de pronunciamientos absolutorios. El derecho positivo se ha decantado por una solución práctica que permite imputar responsabilidad a las personas jurídicas. Esta ampliación del elenco de sujetos potencialmente responsables en el área penal ambiental generó una auténtica convulsión en el sector empresarial, que se convertía de un día para otro en blanco del sistema penal.

Los requisitos de atribución de responsabilidad penal para las personas jurídicas ubicaron a los programas de cumplimiento normativo en el centro de los criterios de imputación y, sobre todo, a raíz de la reforma del año 2015, en la base de las opciones de exención de responsabilidad.

En nuestro país, la adopción de *criminal compliances* ambientales puede entenderse como una estrategia indirecta de regulación pública de los autocontroles establecidos en la empresa para evitar incurrir en el riesgo de cometer delitos ambientales, desde el momento en que el Código Penal ofrece la opción de eximir o atenuar la responsabilidad penal a aquellos entes que adopten «modelos de organización y gestión» (Górriz Royo, 2019, p. 37).

⁸ Sintéticas e interesantes son las observaciones a este problema que realiza Pablo Serrano (2020).

La asunción por parte del sistema penal de una figura absolutamente desconocida para él y procedente del ámbito de la organización empresarial y la gestión de riesgos complica enormemente la identificación de cuál debe ser su adecuado contenido para poder servir a todos los campos en los que despliega efectos, el empresarial, el sancionador, y, por supuesto, el penal. Montaner Fernández (2020) describe con claridad esta dificultad cuando destaca que:

Cuando en una persona jurídica se decide incorporar un sistema de gestión que asegure el devenir empresarial en un contexto organizativo adecuado –o estado de cosas adecuado– es imprescindible identificar los elementos y factores que van a permitir la consecución de este objetivo. Y, para ello, hay que estar a todo aquello que defina la concreta organización empresarial: su naturaleza jurídica, su objeto social, su estructura organizativa, el perfil de sus miembros, sus socios de negocio, su área geográfica de actividad, su sector de actividad, los canales de comunicación internos, etc. Ahora bien, esta perspectiva configuraría solamente lo que podríamos denominar como la parte general de un modelo de gestión de riesgos o programa de cumplimiento. En tanto que los incentivos que pretende generar el derecho penal en las empresas persiguen la evitación o la reducción significativa de riesgos concretados en delitos, se hace necesario incorporar una parte especial en el objeto de análisis del *criminal compliance* (...). En función de cuál sea la concreta actividad empresarial, el *compliance* deberá tener en cuenta los posibles escenarios delictivos en los que podría degenerar el desarrollo de aquella. Y, precisamente, los delitos contra el medio ambiente podrían protagonizar uno de estos escenarios delictivos. Sin duda, la realización de la mayoría de las actividades empresariales genera un impacto ambiental que, en los supuestos más graves, puede dar lugar a un delito ambiental (Montaner Fernández, 2020, p. 1).

De este modo, los programas de cumplimiento tienen también en cuenta los parámetros de actuación y estándares previstos en reglas y normas que son producto de la autorregulación sectorial. En suma, una compleja tarea de identificación de las actividades empresariales en cuyo ámbito se pueden derivar conductas delictivas, y en concreto delitos ambientales, de individualización de los riesgos ambientales de cada empresa según el sector de actividad de esta, y de elección de los protocolos y medidas de vigilancia y control idóneas y adecuadas para prevenir delitos ambientales o para reducir «de forma significativa» el riesgo de su comisión, que ocupa en la actualidad páginas y páginas de doctrina, no precisamente penal, y que nos obliga a los penalistas, una vez más, a mirar fuera de nuestras normas, para poder delimitar el alcance de la responsabilidad penal. Describir ese contenido «adecuado» para que el programa despliegue sus efectos penales exoneratorios, o en su caso atenuadores, no es tarea sencilla, teniendo en cuenta el dato de la difícil

precisión del contorno de tipicidad de los delitos ambientales. El reenvío al derecho administrativo y sus constantes revisiones y actualizaciones, la propia indeterminación del bien jurídico medio ambiente, cuya definición jurídico penal dista mucho de ser unívoca, la complejísima identificación de cuándo se ha producido su ofensa a efectos penales, sea en forma de lesión o en forma de peligro, son todas ellas piezas que complican el diagnóstico penal de una determinada conducta. Esta imprecisión lleva a la paradoja de poder conocer cuáles son las actividades de la empresa con una incidencia perjudicial para el medio ambiente sin que se pueda garantizar con una razonable fiabilidad si quedarían comprendidas o no bajo un tipo penal. Si no se puede identificar aquello que se trata de prevenir, el potencial eximente de los programas de cumplimiento puede quedar bastante tocado. De hecho, el nuevo interrogante que se abre entre nosotros es si los instrumentos autorregulatorios pueden servir de complemento a las leyes penales en blanco, contribuyendo a delimitar los perfiles de los tipos penales ambientales.

2.2. *Nueva dimensión cualitativa: el derecho penal internacional como instrumento frente a la degradación ambiental global*

Los conflictos intrínsecos que crea la «administrativización» del derecho penal, la dificultad de la prueba del peligro y la apresurada inclusión asistemática de tipos ha derivado en un sistema penal ineficaz e ineficiente (Colás Turégano y Morelle Hungría, 2021, p. 28 y ss.). Siendo así que los sistemas penales nacionales no han dado con la respuesta adecuada al problema, la situación de la protección ambiental a nivel internacional no ha corrido diferente suerte. Recientemente, el informe del Programa de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente (PNUMA), *Perspectivas del medio ambiente mundial (GEO-6)* (ONU, 2019), evaluó desde la ciencia la salud ambiental del planeta e hizo un llamamiento a los responsables de la toma de decisiones para que aborden de inmediato los apremiantes problemas ambientales a los que nos enfrentamos, con el fin de lograr los Objetivos de Desarrollo Sostenible establecidos en la Agenda 2030, entre otros objetivos ambientales acordados internacionalmente, como aquellos que figuran en el Acuerdo de París. Es cierto que ha habido varios esfuerzos por atender a la dimensión internacional del problema ambiental, y que reflejan una conciencia de la necesidad de ofrecer respuestas orquestadas de manera uniforme por parte de los Estados para que el deterioro ambiental se frene. Pero la conciencia ha sido lenta y la razón sigue estando fragmentada, porque esta construcción se ha gestado a base de una acumulación de textos dispersos tanto a nivel internacional o global (Estocolmo, 1972; Río, 1992; Kioto, 1997; Doha, 2012; Nueva York, 2014), supranacional, particularmente en el ámbito europeo (Carta de los Derechos

Fundamentales, 2000, y el papel de los dos Tribunales Europeos), como a nivel nacional (en Francia, la Constitución, 2005, y las leyes «Grenelle I y II», 2009 y 2010), o gubernativo (por ejemplo, la Cumbre Internacional sobre Cambio Climático, París, 9-II de octubre de 2014). Es necesario convertir esta acumulación de textos en un mecanismo capaz de «racionalizar» la protección del medio ambiente (Delmas-Marty, 2015 p. 7). En el estado actual del derecho internacional y europeo hay una falta de tratamiento integral de los delitos contra el medio ambiente y de las sanciones conexas a nivel transnacional. Estas deficiencias dejan la puerta abierta a un tratamiento diferenciado de la lucha contra los delitos contra el medio ambiente en función del tipo de delito y de los Estados, creando así un espacio cuajado de lagunas, que para lo único que sirve es para trasladar la actividad delictiva a los lugares en los que esta sale más barata (Neyret, 2015, p. 15). De ahí que el derecho penal esté tomando un rumbo hacia la internacionalización de las respuestas penales.

En el ámbito de Naciones Unidas, la inclusión en el Estatuto de Roma de un delito de causación intencional de graves y duraderos daños ambientales como crimen competencia de la Corte Penal Internacional no fraguó, debido a la reticencia de buena parte de los Estados. La protección penal del medio ambiente sólo se mantiene, de manera indirecta, cuando el ataque al medio ambiente pueda ser catalogado como crimen de guerra⁹. Pero hasta ahí se ha llegado. La opción de incluir un quinto crimen a la competencia de la Corte, el «ecocidio», no ha llegado a concretarse, pese a los intentos desarrollados por grupos de trabajo de expertos, comisiones y movimientos civiles (Vicente Martínez, 2018, pp. 260 y ss.; Paor, 2020, pp. 289-325). Uno de los últimos, el 6 de diciembre de 2019, cuando dos Estados Miembros del el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, Vanuatu y las Maldivas, solicitaron oficialmente, por primera vez en la historia, la adopción del delito de ecocidio, con una definición (sin establecerla) que abarca impactos del cambio climático, como quinto crimen internacional.

Estas dificultades no han frenado los estudios que continúan incansablemente en la tarea de delimitar qué tipo de conductas tendrían que tener esta consideración de delito de naturaleza internacional. Una de las grandes delimitaciones que se abordan radica en la finalidad de la conducta de des-

⁹ El artículo 8.2. b) iv) del Estatuto de Roma dispone que constituye crimen de guerra las siguientes violaciones de las leyes y costumbres aplicables a los conflictos armados: «Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea».

trucción ambiental, siendo este *mens rea* uno de los principales caballos de batalla en las propuestas de tipificación del ecocidio (Pablo Serrano, 2020). No es lo mismo devastar el entorno natural para eliminar total o parcialmente un grupo humano, sería la versión ecológica del delito de genocidio (Berdugo Gómez de la Torre, 2021, pp. 1246 y ss.), que la gran destrucción ambiental, normalmente derivada de la desidia y el descuido, protagonizada por las grandes empresas, y para la que se prefiere la denominación de «ecocidio». Otras propuestas son la creación de un «crimen de agravación del cambio climático» (Paor, 2020, pp. 289-325) o un «delito de expolio de los recursos naturales» (Pablo Serrano, 2020).

El frenazo a los trabajos en el seno de Naciones Unidas lleva a poner en valor los esfuerzos del grupo de trabajo encabezado por el Prof. Neyret, que ha elaborado dos propuestas de Convención internacional, una sobre eco-crímenes y otra sobre el delito de «ecocidio». Se trata de una opción cautelosa, que parte del conocimiento de lo costoso que resulta generar en la comunidad internacional una mayoría que apueste decididamente por la incriminación a nivel internacional de los grandes destrozos ambientales que están desestabilizando el equilibrio del planeta, habida cuenta de los elevados intereses económicos que subyacen. Por eso, se plantea optar por un modelo de intervención gradual. El primer nivel de internacionalización será la tipificación de eco-crímenes cuyo resultado es la creación de un peligro de degradación sustancial de los ecosistemas y que admiten la comisión imprudente. El segundo nivel sería, propiamente, el delito de ecocidio que requiere tanto un mayor desvalor de la acción, como del resultado y cuyo bien jurídico es, debido a la entidad del daño, la propia seguridad del planeta. Esta graduación propone un derecho penal internacional del medio ambiente a dos velocidades. El ecocidio pasaría a formar parte de los *core crimes* del derecho internacional, lo que supone adoptar reglas como la imprescriptibilidad, el principio de justicia universal y, finalmente, integrarse en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, como quinta figura delictiva o, tal como se propone en las Convención sobre ecocidio (artículo 18), ser competencia de una Corte penal internacional *específica* sobre medio ambiente (Serra Palao, 2020, p. 28). Los eco-crímenes, en cambio, «perseguirían crear un derecho armonizado en los Estados miembros» (Nieto Martín, 2015, p. 19), tanto en lo relativo a las figuras penales, como los sujetos responsables, incluyendo inevitablemente a las personas jurídicas, como en las sanciones aplicables.

Ambas propuestas de convención se alinean hacia una política criminal preventiva, estructurada en la exigencia de programas de cumplimiento y presentan una visión realista del problema ambiental a nivel global. El camino para precisar y delimitar su contenido y alcance no es fácil, por lo que el reto de que cristalicen en una regulación positiva es tan grande como la

convicción del potencial de estas herramientas internacionales para revertir la actual degradación ambiental aparejada a la actuación irresponsable y antinatural del ser humano. Pero como indica Serra Palao (2020, p. 6), «la voluntad de ver nacer este crimen como realidad jurídica y en consecuencia constituir un genuino derecho penal internacional del medio ambiente, encuentra su fundamentación ético-filosófica en el necesario reajuste de los valores antropocéntricos propios de la envejecida respuesta penal a la problemática medioambiental».

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALCÁCER GUIRAO, R. (2002). La protección del futuro y los daños cumulativos, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 04-08. Recuperado el 23 de enero de 2022, de http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_04-08.pdf.
- ALASTUEY DOBÓN, C. (2016). Derecho penal: la nueva reforma de los delitos contra el medio ambiente. En F. López Ramón (Coord.). *Observatorio de Políticas Ambientales* (pp. 517-534). Madrid: Centro de Investigaciones Energéticas, Medioambientales y Tecnológicas, CIEMA.
- ARROYO ALFONSO, S. (2018, 1 de oct.). Apuntes sobre la administrativización del derecho penal del medio ambiente. *Actualidad Jurídica Ambiental*, 83, 7-41.
- BAUCELLS LLADÒS, J. (2019). Tentativa inacabada de protección penal del medio ambiente. *Revista Catalana de Dret Ambiental*, 10(1), 1-31.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (2012). *Viejo y nuevo derecho penal. Principios y desafíos del derecho penal de hoy*. Madrid: Iustel.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (2021). Los retos del derecho penal internacional en la Amazonia Brasileña. En R. de Vicente Martínez et al. (Eds.). *Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero. Un derecho penal humanista*, vol. II. (pp. 1235-1274). Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- BOIX REIG, F.J. (2005). La jurisprudencia constitucional sobre el principio “*non bis in idem*”. En F. Boix Reig, R. Campos Cristóbal y A. Bernardi (Coords.). *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores* (pp. 65-100). Madrid: Iustel.
- BUSTOS RUBIO, M. (2017). Delitos acumulativos y delitos de peligro abstracto: el paradigma de la acumulación en derecho penal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LXX, 293-327.
- COLÁS TURÉGANO, A. y MORELLE HUNGRÍA, E. (2021). El derecho ambiental frente a los delitos ecológicos: la eficacia y eficiencia penal a debate. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 23-13. Recuperado el 23 de enero de 2022, de <http://criminnet.ugr.es/recpc/23/recpc23-13.pdf>.
- ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL (1998). Recuperado el 23 de enero de 2022, de [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf).

- CUESTA ARZAMENDI, J. L. de la (2015). Contaminación ambiental, residuos e instalaciones peligrosas para los recursos naturales y el ambiente. *Revista Penal México*, 8, 9-27.
- DELMAS-MARTY, M. Introducción (2015). En M. MUÑOZ DE MORALES ROMERO (Ed.). *Hacia un derecho penal internacional del medio ambiente. Propuesta de una Convención Internacional sobre Ecocidio y Ecocrímenes* (pp. 7-11). Recuperado el 23 de enero de 2022, de <https://n9.cl/168tm5>.
- DONINI, M. (2003). ¿Una nueva edad media penal? Lo viejo y lo nuevo en la expansión del derecho penal económico. *Nuevo Foro Penal*, 65, 92-119.
- ESPAÑA. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado [en línea], 24 de noviembre de 1995, nº 281, Última actualización publicada el 14/09/2022. Recuperado el 23 enero 2022, de: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444&tn=1&p=20220914>.
- ESPAÑA. Tribunal Constitucional (1990). Sentencia 127 de 5 de julio. Recuperado el 23 enero 2022, de <https://vlex.es/vid/1-stc-15356899>.
- ESPAÑA. Tribunal Supremo (2016). Sentencia 370 de 28 de abril. Recuperado el 23 enero 2022, de <https://n9.cl/9crdf>.
- FUENTES OSORIO, J. L. (2012). ¿Delito ecológico como delito de peligro abstracto?. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 14-17.
- GONZÁLEZ URIEL, D. (2018). Dificultades en la sanción de los delitos contra el medio ambiente en la normativa española. *Revista de Derecho*, 25, 129-157.
- GÓRRIZ ROYO, E. (2014). Prevaricaciones ambientales: función inspectora, omisión e informes favorables, a tenor del art. 329 CP apartado 1. *Revista General de Derecho Penal*, 22.
- LIBERATORE S. Bechara, A. E. (2011). *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. São Paulo: Universidade de São Paulo.
- LÓPEZ DONAIRE, M.^a B (2013). *El impacto del derecho medioambiental en la empresa*. Tesis doctoral. Universidad de Castilla la Mancha: Toledo. Recuperado el 23 enero 2022, de <https://ruidera.uclm.es/xmlui/handle/10578/3806>.
- MARQUES I BANQUÉ, M. (2015). Delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos. En G. Quintero Olivares (Dir.). *Comentario a la Reforma Penal del 2015*. (pp. 667-683). Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters.
- MATALLÍN EVANGELIO, A. (2015). Protección penal de la biodiversidad (Arts. 332, 334 y 33 CP). J. L. GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.). *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MEDEIROS FRANCILAIDE CAMPOS V. de (2016). *Cuestiones del ius puniendi ambiental en el escenario de la prevención del cambio climático*. Tesis doctoral. Universidad de Granada. Recuperado el 23 enero 2022, de <https://digibug.ugr.es/handle/10481/40028>.
- MEMORIA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (1997). Madrid. Recuperado el 23 enero 2022, de <https://www.fiscal.es/documentaci%C3%B3n?category=36784>.
- MENDO ESTELLA, Á. (2007). Problemática ambiental y derecho penal: acerca de la necesidad y eficacia de la protección penal del medio ambiente. *Anuario de la Facultad de Derecho* (Universidad de Alcalá), 0, 157-193.
- MONTANER FERNÁNDEZ, R. (2020). El “criminal compliance” preventivo y la delimitación del riesgo penal ambiental empresarial (1). *La Ley Penal*, 142.

- MORAL GARCÍA, A. del (2019). Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Cuestiones generales. En A. Camacho (Dir.). *Tratado de Derecho Penal Económico* (pp. 513-576). Valencia: Tirant lo Blanch.
- NEYRET, L. (2015). El derecho penal como mecanismo de protección del medio ambiente. Sobre el informe del 11 de febrero de 2015. En A. Muñoz de Morales Romero (Ed.). *Hacia un derecho penal internacional del medio ambiente. Propuesta de una Convención Internacional sobre Ecocidio y Ecocrímenes*. Recuperado el 23 enero 2022, de <https://n9.cl/168tm5>.
- NIETO MARTÍN, A. (2015). El derecho penal internacional del cambio climático. En M. Muñoz de Morales Romero (Ed.). *Hacia un derecho penal internacional del medio ambiente. Propuesta de una Convención Internacional sobre Ecocidio y Ecocrímenes*. (pp. 18-21). Recuperado el 23 enero 2022, de <https://n9.cl/168tm5>.
- ONU (2019). Informe del Programa de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente (PNUMA), *Perspectivas del medio ambiente mundial (GEO-6). Planeta saludable, gente saludable*. Nairobi. Recuperado el 23 enero 2022, de <https://www.unep.org/es/resources/perspectivas-del-medio-ambiente-mundial-6>.
- PABLO SERRANO, A. de (2020). El expolio de recursos naturales. De la *green criminology* a un nuevo y necesario derecho penal internacional del medio ambiente. *Revista General del Derecho Penal*, 33.
- PAOR, R. de (2020). Hacia la criminalidad climática: creación de una quinta categoría de crimen bajo el Estatuto de Roma para penalizar la agravación del cambio climático. *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 36, 289-325.
- PICÓN ARRANZ, A. (2019). El principio “*non bis in idem*” en la protección del medio ambiente. *Revista Vasca de Administración Pública*, 114, 381-402.
- SERRA PALAO, P. (2020). Cómo hacer frente a la impunidad ambiental: hacia una Convención Internacional contra el ecocidio. *Actualidad Jurídica Ambiental*, 100, 6-35.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2011). *Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF.
- VERCHER NOGUERA, A. (2016). La persona jurídica y el sistema de *compliance* en el Código Penal. Su aplicación en el contexto ambiental. *Diario La Ley*, nº 8833.
- UNIÓN EUROPEA. Decisión Marco 2003/80/JAI del Consejo de 27 de enero de 2003 relativa a la protección del medio ambiente a través del derecho penal. Diario Oficial de la Unión Europea. L 29/ 55-58. Recuperado el 23 enero 2022, de <https://n9.cl/5g92u>.
- UNIÓN EUROPEA. Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y el Consejo de 19 de noviembre de 2008 relativa a la protección del medio ambiente mediante el derecho penal (DO L 328 de 6.12.2008, pp. 28-37). Recuperado el 23 enero 2022, de <https://n9.cl/geqpx>.
- UNIÓN EUROPEA. Directiva 2009/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de octubre de 2009, por la que se modifica la Directiva 2005/35/CE, relativa a la contaminación procedente de buques. Recuperado el 23 enero 2022, de <https://n9.cl/wygqdi>.
- VICENTE MARTÍNEZ, R. de (2018). Hacia un Derecho penal internacional medioambiental. En MAROTO CALATAYUD y MARCO FRANCIA (Coords.); Demetrio Crespo y Nieto Martín (Dirs.). *Derecho penal Económico y Derechos Humanos*, (pp. 245-277). Valencia: Tirant lo Blanch.

EL DERECHO INTERNACIONAL ANTE EL RETO AMAZÓNICO¹

O Direito internacional diante do desafio amazônico

International Law facing the Amazon challenge

ANA MANERO SALVADOR

Universidad Carlos III de Madrid (UC3M, España)

RESUMEN

El deterioro medioambiental de la Amazonia, consecuencia fundamentalmente de su deforestación, está generando una profunda preocupación medioambiental. En este contexto, se plantea la necesidad de considerar diferentes vías para hacerle frente, que son analizadas en la presente aportación.

Palabras clave: Deforestación; Amazonia; responsabilidad internacional; personalidad jurídica internacional.

RESUMO

A deterioração da Amazônia, principalmente como resultado do desmatamento, está gerando uma profunda preocupação ambiental. Neste contexto, é necessário considerar diferentes formas de lidar com ela, que são analisadas nesta contribuição.

¹ Este trabajo es resultado del proyecto nacional de investigación «Vacíos normativos y desarrollo progresivo de la Agenda 2030 y del principio de sostenibilidad. Especial relevancia para España» (PID2022-138333OB-100).

Palavras-chave: Desmatamento; Amazônia; responsabilidade internacional; personalidade jurídica internacional.

ABSTRACT

The environmental deterioration of the Amazon, mainly as a result of deforestation, is generating deep environmental concern. In this context, there is a need to consider different ways of dealing with it, which are analyzed in this contribution.

Keywords: Deforestation; Amazon; international responsibility; international legal personality.

1. INTRODUCCIÓN

LOS RETOS MEDIOAMBIENTALES QUE ATENAZAN AL MUNDO son de enorme magnitud y se evidencian, especialmente, en zonas altamente sensibles, como es el caso de la Amazonia. Este enorme espacio natural, con una extensión de 7 millones de km², y que abarca 9 países, está sufriendo graves alteraciones medioambientales, entre las que destacan la deforestación causada por los incendios y la explotación agrícola y ganadera, el acaparamiento ilegal de tierras o los cultivos ilícitos, lo que supone una seria amenaza para los conocidos como pulmones del planeta.

En el actual contexto de cambio climático, la preservación y conservación de la Amazonia constituye un enorme reto que va más allá de los efectos devastadores del deterioro ambiental de este bosque tropical en sí mismo considerado.

Para abordar los retos que desde el Derecho internacional plantea la crisis ambiental de la Amazonia, hay que señalar que no existe un régimen internacional aplicable a la Amazonia, sino que este es un espacio sometido a la soberanía de los 9 Estados de la cuenca, fundamentalmente de Brasil.

Desde el año 2019, cuando los incendios que assolaban la región dieron lugar a una enorme preocupación internacional, se plantea con más intensidad el debate acerca del papel que la comunidad internacional debe jugar en relación con la Amazonia, tal y como se evidenció en el G7 celebrado en Biarritz ese mismo año.

Frente a las ofertas de ayuda promovidas por este grupo de Estados, el presidente brasileño las calificó de neocolonialistas y fueron rechazadas (Mendoça, 2019). No obstante, la comunidad internacional no ha dejado de manifestar su preocupación por la degradación a la que están sometidos los pulmones del planeta.

En este sentido conviene aludir a varias cuestiones relacionadas con la protección de la Amazonia y la respuesta que desde el Derecho internacional se está produciendo.

En primer lugar, se va a plantear la posibilidad de determinar la responsabilidad internacional de Brasil por la deforestación de la Amazonia, en segundo lugar, los intentos de los pueblos indígenas de poner fin a deterioro de la región a través de los cauces que puede llegar a proveer la Corte Penal Internacional y, finalmente, se aludirá a las implicaciones que la atribución de personalidad jurídica a la Amazonia puede tener en este contexto.

2. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE BRASIL Y LA DEFORESTACIÓN DE LA AMAZONIA

Como indica Richard Perez (2021, p. 214 y ss.), a pesar de que la deforestación de la selva amazónica tiene claras implicaciones internacionales, el marco internacional actual carece de mecanismos suficientes para hacerle frente.

Así, la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (1992) recoge en su artículo 4 que:

Todas las Partes, teniendo en cuenta sus responsabilidades comunes pero diferenciadas y el carácter específico de sus prioridades nacionales y regionales de desarrollo, de sus objetivos y de sus circunstancias, deberán: (...) d) Promover la gestión sostenible y promover y apoyar con su cooperación, la conservación y el reforzamiento, según proceda, de los sumideros y depósitos de todos los gases de efecto invernadero no controlados por el Protocolo de Montreal, inclusive la biomasa, los bosques y los océanos, así como otros ecosistemas terrestres, costeros y marinos.

A lo que el Acuerdo de París (2016) añade en su artículo 5:

2. Se alienta a las Partes a que adopten medidas para aplicar y apoyar, también mediante los pagos basados en los resultados, el marco establecido en las orientaciones y decisiones pertinentes ya adoptadas en el ámbito de la Convención respecto de los enfoques de política y los incentivos positivos para reducir las emisiones debidas a la deforestación y la degradación de los bosques, y de la función de la conservación, la gestión sostenible de los bosques, y el aumento de las reservas forestales de carbono en los países en desarrollo, así como de los enfoques de política alternativos, como los que combinan la mitigación y la adaptación para la gestión integral y sostenible de los bosques, reafirmando al mismo tiempo la importancia de incentivar, cuando proceda, los beneficios no relacionados con el carbono que se derivan de esos enfoques.

Como puede apreciarse a simple vista, estamos ante disposiciones que adolecen de un fuerte carácter programático, por lo que difícilmente se derivan de ellas derechos y obligaciones, lo que conduce a que con dificultad podamos considerarlas como normas a aplicar en relación con la lucha contra de deforestación de la Amazonia.

Por otro lado, el Tratado de cooperación amazónica, firmado en Brasilia en 1978 y del que son partes Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Guyana, Perú, Surinam y Venezuela, se configura como un instrumento de cooperación en la región, que persigue el estrechamiento de los lazos entre los diferentes Estados partes en diferentes ámbitos, como la cooperación científica, el intercambio de información, la navegación, etc., pero difícilmente puede considerarse como un instrumento útil para determinar la responsabilidad.

Así, su artículo 1 dispone: «Los Estados partes deben perseguir acciones conjuntas [que] produzcan resultados equitativos y mutuamente beneficiosos y logren también la preservación del medio ambiente, y la conservación y utilización racional de los recursos naturales de esos territorios».

En definitiva, como indica Bendel (2019), no puede decirse que cree obligaciones específicas para cada Estado, sino que fomenta la cooperación internacional.

Así pues, la opción más adecuada podría ser la establecida a través de las obligaciones consuetudinarias en materia medioambiental, como el principio *sic utere tuo*, en cuya virtud, podría atribuirse responsabilidad por los daños transfronterizos de naturaleza medioambiental.

En esta línea, conviene traer a colación el Dictamen de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017), donde se señala que «el derecho a un medio ambiente sano está consagrado en el artículo 11 del Protocolo de San Salvador» (párr. 56), reiterando

la interdependencia e indivisibilidad entre los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales, puesto que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante las autoridades que resulten competentes para ello (párr. 57).

Por otro lado, la Corte afirma que «los daños ambientales pueden afectar a todos los derechos humanos, en el sentido de que el pleno disfrute de todos los derechos humanos depende de un medio propicio» (párr. 64).

Ahora bien, en lo que nos atañe, la interpretación más relevante la realiza la Corte en relación con las obligaciones frente a daños transfronterizos. Así, la Corte dice que «muchas afectaciones al medio ambiente entrañan daños transfronterizos. La contaminación de un país puede convertirse en el problema

de derechos ambientales y humanos (...), en particular cuando los medios contaminantes, como el aire y el agua, cruzan fácilmente fronteras» (párr. 96), y continúa señalando que

las actividades que se emprendan dentro de la jurisdicción de un Estado Parte no deben privar a otro Estado de la capacidad de asegurar a las personas en su jurisdicción el goce y disfrute de sus derechos bajo la Convención. La Corte considera que los Estados tienen la obligación de evitar daños ambientales transfronterizos que pudieran afectar los derechos humanos de personas fuera de su territorio (párr. 101).

y que

el ejercicio de la jurisdicción por parte del Estado de origen frente a daños transfronterizos se basa en el entendimiento de que es el Estado, en cuyo territorio o bajo cuya jurisdicción se realizan estas actividades, quien tiene el control efectivo sobre las mismas y está en posición de impedir que se cause un daño transfronterizo que afecte el disfrute de los derechos humanos de individuos fuera de su territorio (párr. 102).

En este sentido, los posibles daños transfronterizos que pueda causar la deforestación de la Amazonia, podrían dar lugar a la responsabilidad internacional de Brasil, a pesar de que, como indica Bendel (2019), no parece fácil hacer efectiva la responsabilidad de este Estado ante una corte internacional.

3. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE BOLSONARO

Tres son actualmente las denuncias que se han presentado ante la Corte Penal Internacional contra Bolsonaro por su política en la Amazonia y los efectos de esta sobre los pueblos indígenas de la región.

Como indica Grifasi (2020), es importante destacar que muchos de los crímenes cometidos contra los pueblos indígenas de Brasil tienen un marcado componente medioambiental, lo que podría poner en entredicho el hecho de que la Corte Penal Internacional se considere competente, en la medida en que el ecocidio no está tipificado en el Estatuto de Roma. No obstante, esta autora considera que los hechos ilícitos cometidos por Bolsonaro sí que son subsumibles en los tipos penales previstos en este instrumento normativo. Veamos de qué manera.

El *Coletivo de Advogados de Direitos Humanos* y la *Comissão ARNS* solicitaron a la Fiscalía de la Corte iniciar un examen preliminar, al considerar que las prácticas desarrolladas por el gobierno brasileño eran constitutivas de incitación al genocidio y crímenes de lesa humanidad contra los pueblos in-

dígenas. Como señala esta autora (Grifasi, 2020), las tasas de violencia contra los pueblos indígenas han aumentado durante el mandato de Bolsonaro, especialmente por lo que respecta al acaparamiento de tierras para desarrollar labores de extractivismo minero o agrícola, lo que ha provocado también el asesinato de líderes indígenas -un 20% más en 2020 que en 2018-, a lo que se suma que el contacto con estos individuos ha dado lugar a la expansión de enfermedades, especialmente dramático en el caso de la COVID-19.

Si bien, como ya se ha señalado, el ecocidio no se encuentra tipificado en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, esta publicó un *Policy Paper* en el que señalaba que

the Office will also seek to cooperate and provide assistance to States, upon request, with respect to conduct which constitutes a serious crime under national law, such as the illegal exploitation of natural resources, arm trafficking, human trafficking, terrorism, financial crimes, land grabbing or destruction of the environment (International Criminal Court [ICC], 2016, párr. 7),

lo que se concretaba en la consideración de que

the impact of the crimes may be assessed in light of, inter alia, the increased vulnerability of victims, the terror subsequently instilled, or the social, economic and environmental damage inflicted on the affected communities. In this context, the Office will give particular consideration to prosecuting Rome Statute crimes that are committed by means of, or that result in, inter alia, the destruction of the environment, the illegal exploitation of natural resources or the illegal dispossession of land (ICC, 2016, párr. 41).

Dada esta interpretación, pareciera que no es necesaria la introducción del ecocidio mediante una enmienda al Estatuto, sino que los tipos penales ya presentes en este podrían dar cabida a los crímenes de naturaleza ambiental, esto es, estas violaciones de derechos humanos podrían ser consideradas como crímenes de lesa humanidad o genocidio.

Y es que, como se ha señalado, ya son tres las solicitudes de investigación realizadas por la crisis ambiental en la que se encuentra la Amazonia y que afecta con especial gravedad a las comunidades indígenas (Diplomacia Indígena, 2021).

4. LA ATRIBUCIÓN DE PERSONALIDAD JURÍDICA A LA AMAZONIA

La Corte Suprema colombiana ha dado lugar a unos fallos muy avanzados por lo que atañe a las cuestiones medioambientales. En uno de ellos, es es-

pecialmente relevante la atribución de personalidad jurídica a la Amazonia (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 5 de abril de 2018).

Varias son las consideraciones que merece la pena extraer de esta histórica sentencia.

La primera de ellas es la claridad con la que se expone la vulnerabilidad del medio natural y la responsabilidad de la humanidad en su deterioro:

Los ecosistemas están expuestos a situaciones muy extremas que impiden su subsistencia; ello trae consigo un agotamiento de los recursos naturales, sean o no renovables. Nos enfrentamos a i) una ascendente dificultad para obtener los medios indispensables de subsistencia para la población mundial; y ii) a la contaminación y mutación de nuestro entorno por la colonización irracional de bosques y ampliación de las fronteras urbanas, agrícolas, industriales y extractivas que aumentan la deforestación (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 5 de abril de 2018, párr. 4, p. 15).

Y continúa señalando:

La humanidad es la principal responsable de este escenario, su posición hegemónica planetaria llevó a la adopción de un modelo antropocéntrico y egoísta, cuyos rasgos característicos son nocivos para la estabilidad ambiental, a saber: i) el desmedido crecimiento demográfico; ii) la adopción de un vertiginoso sistema de desarrollo guiado por el consumismo y los sistemas político-económicos vigentes y iii) la explotación desmedida de los recursos naturales (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 5 de abril de 2018, párr. 4, p. 15).

En este sentido, la Corte plantea un cambio de paradigma, en el que se abogue por la protección de la alteridad, que no sólo incluya a las personas, sino «también a las otras especies animales y vegetales», así como a las generaciones futuras (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 5 de abril de 2018, párr. 5.2), lo que se recoge en un corpus normativo, que, a juicio de la Corte, «constituye un orden público ecológico mundial y sirve de criterio orientador para las legislaciones patrias» (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 5 de abril de 2018, párr. 6), lo que ocurrió en Colombia con la Constitución de 1991, y ha reiterado la Corte Constitucional en su jurisprudencia (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 5 de abril de 2018, párr. 7 y ss.).

En relación con la Amazonia, la Corte afirma que su conservación se configura como «una obligación nacional y global», ya que «se trata del principal eje ambiental existente en el planeta» (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 5 de abril de 2018, párr. 10). En este sentido, se alude al Tratado de cooperación amazónica, ya mencionado, y los compromisos que

asumió Colombia en el ámbito de del Acuerdo de París de 2015, entre los que destaca la reducción de la deforestación de la Amazonia colombiana, por lo que impulsó «la iniciativa Colombia sostenible» y el «Fondo Visión Amazonia» (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 5 de abril de 2018, párr. 10).

Ahora bien, la deforestación de la región no se ha frenado, y la inacción de los poderes públicos ante prácticas como el acaparamiento de tierras, los cultivos ilícitos, la minería ilegal o la agricultura, según los demandantes, vulneran el derecho «a la vida y a la salud, así como los derechos ambientales de las generaciones futuras» (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 5 de abril de 2018, párr. 11).

La Corte afirma que aquellas prácticas «generan directamente la deforestación de la Amazonia, provocando a corto, mediano y largo plazo, un perjuicio inminente y grave (...) todos los habitantes del territorio nacional, tanto para las generaciones presentes como para las futuras» (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 5 de abril de 2018, párr. 11).

Tras constatar los daños que ya se han producido en la región y la gravedad de sus consecuencias, la Corte toma una decisión de calado, de manera que afirma con rotundidad que

en aras de proteger ese ecosistema vital para el devenir global (...) se reconoce a la Amazonia colombiana como entidad, «sujeto de derechos», titular de protección, de la conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las entidades territoriales que la integran (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 5 de abril de 2018, p. 45).

Las consecuencias prácticas de esta decisión las apunta Brilman (2018), que considera que la sentencia permitiría que se pueda reclamar en nombre de la Amazonia. Rodríguez-Garavito (2018) señala que

reconocer que la Amazonia tiene derechos (por ejemplo, a la supervivencia y a la integridad) es decir que todos los ciudadanos podemos exigir su protección, incluso ante los tribunales, sin importar si somos habitantes de la región. Es más: no hace falta mostrar que la deforestación afecta a los derechos de seres humanos porque, en sí misma, ella viola los derechos de una entidad (la Amazonia) que los tiene (Rodríguez-Garavito, 2018, s/p).

5. REFLEXIÓN FINAL

La grave situación que vive la Amazonia se ha convertido en una preocupación internacional. Lejos queda considerar sus problemas como un asunto

interno de Brasil, y es que desde el derecho en general y desde el Derecho Internacional en particular, se busca dar respuesta a los enormes retos que la deforestación de la Amazonia genera.

No obstante, no existe una única respuesta a la crisis, y en esencia, creo que la alternativa más sólida es la que ofrece la prohibición de daños transfronterizos, base del Derecho Internacional del medio ambiente, aunque las opciones existentes para hacer efectiva la responsabilidad son muy limitadas. Ello no impide que desde el ámbito de la responsabilidad penal internacional o desde las cortes de los Estados vecinos, se busquen posibles vías de solución. El enorme reto al que se enfrenta el mundo merece la búsqueda de alternativas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BENDEL, J. (2019). Bringing Deforestation before an International Court?. *EJIL: Talk!*, December 6. Recuperado el 7 de octubre de 2021, de <https://n9.cl/znpeo>.
- BRILMAN, M. (2018). Environmental Rights and the Legal Personality of the Amazon Region. *EJIL: Talk!*, April 24. Recuperado el 12 de octubre de 2021, de <https://n9.cl/ebibm>.
- GRIFASI, L. (2020, Nov. 10). Prosecuting International Environmental Crime Committed Against Indigenous Peoples in Brazil. *Columbia Human Rights Law Review*. Recuperado el 4 de octubre de 2021, de <https://n9.cl/p12fv>.
- MENDOÇA, H. (2019, 27 ago.). Bolsonaro rechaza la ayuda del G7 para los incendios en la Amazonia hasta que Macron retire sus “insultos”. *El País*.
- PEREZ, R. (2021). Deforestation of Brazilian Amazon Under Jair Bolsonaro’s Reign: A Growing Ecological Disaster and How It May Be Reduced. *University of Miami Inter-American Law Review*, 52(2), 214-234.
- RODRÍGUEZ-GARAVITO, C. (2018, abr. 18). Amazonía, sujeto de derechos. *dejusticia.org*. Recuperado el 12 de octubre de 2021, de <https://n9.cl/4zj4q>.

ASPECTOS INSTITUCIONAIS DA GOVERNANÇA DA AMAZÔNIA BRASILEIRA

Aspectos institucionales de la gobernanza de la Amazonia brasileña

Institutional aspects of governance in the Brazilian Amazon

PEDRO B. A. DALLARI

Universidade de São Paulo (USP, Brasil)

RESUMO

O presente artigo examina diversas perspectivas relacionadas com a governança da Amazônia brasileira, a partir da análise de marcos normativos nacionais – como a Constituição Federal, as constituições dos estados e leis orgânicas principais – e internacionais – os tratados aos quais o país se vincula e que são de observância obrigatória no território nacional. A consideração desses dois elementos leva a um quadro de pluralidade normativa e seu estudo é imprescindível para enfrentar os desafios impostos à região.

Palavras-chave: Amazônia brasileira; Constituição Federal; direito internacional público; sistemas jurídicos.

RESUMEN

El presente artículo examina diversas perspectivas relacionadas con la gobernanza de la Amazonia brasileña, a partir del análisis de los marcos normativos nacionales – como la Constitución Federal las constituciones de los estados y las leyes orgánicas

municipales – e internacionales – los tratados a los cuales se vincula el país y que son de obligado cumplimiento en el territorio nacional. La consideración de estos dos elementos conduce a un marco de pluralidad normativa para la región, y su estudio resulta imprescindible para hacer frente a los desafíos impuestos a la Amazonia.

Palabras clave: Amazonia brasileña; Constitución Federal; Derecho internacional público; sistemas jurídicos.

ABSTRACT

This article examines various perspectives related to the governance of the Brazilian Amazon from the analysis of national normative frameworks –such as the Federal Constitution, state constitutions and municipal organic laws– and international ones, the treaties to which the country is bound, and which are of mandatory observance in the national territory. The consideration of these two elements leads to a picture of normative plurality and its study is essential to face the challenges imposed on the region.

Keywords: Brazilian Amazon; Federal Constitution; international law; legal systems.

O EXAME DAS DIVERSAS PERSPECTIVAS relacionadas à governança da Amazônia brasileira – políticas, econômicas, sociais – pressupõe a consideração da pluralidade de sistemas jurídicos oficiais vigentes na região, cuja aplicação se dá de forma simultânea, superposta e até mesmo antagônica. Esse quadro resulta do fato de que a Amazônia brasileira se encontra submetida a sistemas jurídicos que decorrem do regime federativo estabelecido na Constituição do Brasil, e da vinculação do país a normas de direito internacional público.

No plano interno, as competências jurídicas da União e do governo federal convivem com aquelas reservadas a estados e municípios e suas respectivas instâncias de governo. No plano internacional, tratados em matéria de direito ambiental aos quais o Brasil esteja vinculado são de observância obrigatória no território nacional, tendo suas disposições a qualidade de normas de proteção aos direitos humanos, o que lhes confere destaque no plano da hierarquia das normas jurídicas vigentes no país. Essa pluralidade de sistemas jurídicos tem forte impacto na governança da Amazônia brasileira. Sobrepostos, apresentando diferenças e contradições, geram desafios institucionais relevantes para a governança da parcela brasileira do território amazônico. Tem-se um número elevado de instâncias legislativas e de governo, e se verifica a superposição de órgãos judiciais.

Instituída em 1953¹, a *Amazônia Legal*, como é denominada na literatura, corresponde à estipulação oficial da área brasileira da bacia do rio Amazonas no direito do país. Preservando a configuração estabelecida originalmente, o art. 2º da Lei Complementar nº 124, de 3 de janeiro de 2007, ao estabelecer a abrangência territorial de atuação da Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia (SUDAM), órgão da União, indica as unidades políticas constitutivas da Amazônia Legal:

Art. 2º A área de atuação da SUDAM abrange os Estados do Acre, Amapá, Amazonas, Mato Grosso, Rondônia, Roraima, Tocantins, Pará e do Maranhão na sua porção a oeste do Meridiano 44º.

Parágrafo único. Os Estados e os Municípios criados por desmembramento dos Estados e dos entes municipais situados na área a que se refere o caput deste artigo serão automaticamente considerados como integrantes da área de atuação da SUDAM (Lei Complementar, nº 124, de 3 de janeiro de 2007).

Conforme dados disponibilizados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), essa configuração equivale a uma superfície de 5.015.067,749 km², que corresponde a cerca de 58,9% do território brasileiro. Segundo o censo de 2010, vivem na área 23 milhões de pessoas, cerca de 12,32% da população nacional. Somam 772 os municípios dos nove estados da federação, cujos territórios integram a Amazônia Legal, sendo a seguinte a distribuição por estado: Acre: 22; Amapá: 16; Amazonas: 62; Mato Grosso: 141; Pará: 144; Rondônia: 52; Roraima: 15; Tocantins: 139; e Maranhão: 181 (número de municípios situados a oeste do meridiano 44º, de um total de 217 municípios do estado).

Tem-se, assim, um conjunto de sistemas jurídicos que envolve as ordens legais de nove estados e 772 municípios, além da ordem legal de âmbito federal, pertinente à União. Essa estrutura política e normativa complexa está fundada na atual Constituição Federal brasileira, promulgada em 1988, mas que, no tocante a essa dimensão organizacional, preserva as diretrizes da primeira Constituição republicana, de 1891, e de quase todos os textos constitucionais nacionais que se seguiram. Essa tessitura institucional é explicitada logo no art. 1º e reafirmada ao longo da atual Constituição Federal, sendo exemplar, nesse sentido, o art. 18:

¹ Os marcos da Amazônia Legal resultam de diversos diplomas normativos, destacando-se, nesse rol, a Lei nº 1806, de 6 de janeiro de 1953, que a conformou geograficamente, bem como a Lei nº 5.173, de 27 de outubro de 1966, que criou a Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia (SUDAM), e a Lei Complementar nº 124, de 3 de janeiro de 2007, determinante da atual moldura jurídica da matéria.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (...). Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

Importa observar que, a essa segmentação, corresponde efetivamente um quadro de autonomia política e jurídica dos entes federados, que emergiu do contexto político de elaboração da atual Constituição Federal – saía-se do regime ditatorial, encerrado em 1985, e houve a preocupação da Assembleia Nacional Constituinte que funcionou em 1987 e 1988 em recusar o modelo centralizador que perdurara no Brasil no período de governos militares iniciado em 1964. E essa autonomia dos entes federados tem ganhado corpo ao longo do tempo, com respaldo na interpretação do texto constitucional que vem sendo afirmada pelo Supremo Tribunal Federal. Essa tendência foi recentemente evidenciada na reiterada conduta da suprema corte em favor do reconhecimento da capacidade de estados e municípios fixarem normas de combate à pandemia de covid-19, mesmo em contraposição a diretrizes do governo federal.

A evolução desse entendimento em prol da identificação de maior protagonismo jurídico e normativo para estados e municípios encontra fundamento em dois fatores presentes na Constituição Federal. De um lado, a robustez do arcabouço legal previsto para esses entes federados; de outro, a ampla gama de matérias que, por meio do exercício de competências a eles assinaladas, podem ensejar ação normativa específica. Com efeito, estados e municípios contam inclusive com Constituições próprias – denominadas Leis Orgânicas, no caso dos municípios –, produzidas pelos respectivos parlamentos, sem ingerência externa; ou seja, não são, na cena constitucional brasileira, meras unidades administrativas descentralizadas, constituindo-se, na verdade, em polos dotados de poder político. E, quanto à distribuição de competências, se é certo que há um rol de matérias disciplinadas de forma estrita na Constituição Federal – de que é exemplo a estrutura tributária –, bem como outras para os quais é explícita a exclusividade da alçada federal – como ocorre com os assuntos de defesa –, há todo um universo temático que se abre para iniciativas dos diferentes tipos de entes da federação brasileira, sendo nítida essa possibilidade no tocante à regulação do meio ambiente.

A Constituição Federal fixa para a União um extenso arco de competências (artigos 21 e 22), mas abre espaço aos demais entes federados ao reservar para os estados as competências que não lhes sejam vedadas no texto constitucional (art. 25) e, ainda, ao prever para os municípios, entre outras, a competência para legislar sobre assuntos de interesse local e para suplementar a

legislação federal e a estadual no que couber (art. 30). Adicionalmente a essas atribuições particularizadas, a Constituição Federal lista matérias relativamente às quais todas as três esferas – federal, estadual e municipal – guardam competência (matérias de competência comum, previstas no art. 23), além daquelas para as quais todos os entes dessas mesmas esferas podem legislar, competindo à União apenas estabelecer normas gerais (matérias de competência legislativa concorrente, apontadas no art. 24).

O progressivo empoderamento de estados e municípios decorrente da falta de rigidez que caracteriza a matriz de competências estipulada na Constituição Federal é particularmente relevante no âmbito da disciplina jurídica do meio ambiente, conforme já se assinalou. Isso fica claramente evidenciado por meio da identificação de alguns tópicos da relação de matérias de competência comum e de competência legislativa concorrente:

Art. 23 - É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;

Art. 24 - Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;

VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

Esse cenário jurídico emanado da Constituição Federal é, assim, determinante de uma das dimensões do quadro de pluralidade de sistemas jurídicos vigente na Amazônia brasileira e que incide na governança da região, a que se fez referência na abertura deste artigo. A multiplicidade de normas federais, estaduais e municipais com aplicação simultânea, superposta e até mesmo antagônica – bem como de órgãos públicos voltados, nos diferentes entes, à produção e ao controle da efetividade desse acervo normativo – contribui para a configuração de uma estrutura regulamentar bastante complexa e sujeita a intensa controvérsia. Isso porque, se é certo que essa fragmentação tende a dificultar a adoção de políticas públicas nacionais abrangentes, confere, todavia, maior legitimidade no manejo dos assuntos de interesse público. No contexto das políticas públicas ambientais, essa controvérsia ganhou maior realce, inclusive com frequente acionamento do Judiciário, a partir do advento

do governo do presidente Jair Bolsonaro que, revertendo orientação consolidada nos governos anteriores, passou a patrocinar, em âmbito federal, medidas flagrantemente contrárias à proteção do meio ambiente.

Uma segunda dimensão inerente ao quadro de pluralismo jurídico que vigora na Amazônia brasileira – adicional àquela emanada da estrutura federativa do país – concerne à crescente presença do direito internacional público, por meio especialmente de tratados de que o Brasil é parte e de atos de organizações internacionais que contam com a afiliação brasileira, inclusive de natureza judicial. Conforme entendimento que foi sendo consolidado no direito brasileiro a partir do quarto final do século passado, esse acervo jurídico integra o *corpus iuris* nacional e produz efeitos na conduta dos entes públicos e na vida social. Assim, a governança da chamada Amazônia Legal se vê impactada não só pelo sistema jurídico da União, dos estados e dos municípios, mas, também, pelas diretrizes emanadas das normas e dos atos internacionais com validade no país.

O conjunto de normas internacionais compreende principalmente aquelas que guardam relação diretamente com o espaço amazônico, as que, ao versarem sobre matéria ambiental, têm aplicação relevante nesse âmbito territorial e as de direitos humanos, na medida em que o direito ao meio ambiente equilibrado já é reconhecido no rol dos direitos fundamentais do ser humano. Evidentemente, essa enumeração focalizada não exclui a aplicação, no território amazônico que é parte do território brasileiro, da generalidade das normas internacionais vinculantes para o Brasil – que alcançam todo tipo de matéria e com impacto cada vez mais significativo, nos marcos do mundo globalizado. A focalização se presta, no entanto, a identificar um acervo normativo internacional prioritário na consideração das balizas jurídicas que tutelam a Amazônia brasileira.

Lugar de destaque nessa perspectiva mais específica cabe ao Tratado de Cooperação Amazônica, celebrado em 1978 com a finalidade de promover ações integradas para a gestão, a preservação e o desenvolvimento da região correspondente à bacia do rio Amazonas². O tratado tem como partes todos os países amazônicos, com exceção da França, em que pese sua soberania sobre o território da Guiana Francesa; o Brasil se alinha, assim, a Bolívia, Colômbia, Equador, Guiana, Peru, Suriname e Venezuela. Em 1998, esses mesmos oito países celebraram o Protocolo de Emenda ao Tratado de Cooperação Amazônica, através do qual foi criada a Organização do Tratado de Cooperação Amazônica (OTCA), sediada em Brasília e constituída justamente com o

² O Tratado de Cooperação Amazônica foi adotado em 3 de julho de 1978, tendo sido promulgado no Brasil por meio do Decreto nº 85.050, de 18 de agosto de 1980.

propósito de propiciar maior efetividade às ações adotadas em consonância com as diretrizes do tratado de 1978.

Mesmo tratados ambientais desprovidos do escopo regional são importantes para a governança da Amazônia brasileira, dado o papel significativo da região para o ecossistema planetário. É o que ocorre, entre outros, com os tratados que compõem o regime internacional sobre mudança climática: a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, de 1992, que foi complementada pelo Protocolo de Quioto, de 1997, e pelo Acordo de Paris, de 2015³. A acentuada crítica ao crescente desmatamento da floresta amazônica promovido pelo governo Bolsonaro se deve justamente à correlação entre essa política e a preocupante intensificação do aquecimento da temperatura média global.

Cabe referência, por fim, aos tratados e demais fontes de direito internacional público que perfazem os sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos. Isto, como já observado, pelo fato de que, desde o final do século passado, a preocupação com a sustentabilidade ambiental, tendo em vista, inclusive, a proteção das futuras gerações, vem sendo realçada no contexto da progressiva identificação dos direitos humanos de terceira geração⁴. Essa correspondência entre direitos humanos e meio ambiente é explicitamente assumida no art. 225 da Constituição Federal, que também contém menção à Amazônia brasileira em um de seus parágrafos:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

³ A Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima foi adotada em 9 de maio de 1992, sendo seguida por dois tratados adicionais de grande relevância que a complementaram, o Protocolo de Quioto, adotado em 11 de dezembro de 1997, e o Acordo de Paris, adotado em 12 de dezembro de 2015. O Brasil é parte dos três tratados, que foram promulgados, respectivamente, através do Decreto nº 2.652, de 1º de julho de 1998, do Decreto nº 5.445, de 12 de maio de 2005, e do Decreto nº 9.073, de 5 de junho de 2017.

⁴ A descrição desse processo evolutivo foi realizada pelo autor no artigo “Desenvolvimento sustentável em favor da justiça social no Brasil” (Dallari, 2009).

Essa dimensão consubstanciada no arcabouço de direito internacional público – adicional àquela concernente aos sistemas próprios dos entes federados – não é de menor relevância no quadro de pluralismo jurídico que marca a Amazônia brasileira. Diversos dispositivos da Constituição Federal conferem função significativa aos tratados, em especial os de direitos humanos, para os quais se reconhece a possibilidade da equiparação a preceitos constitucionais; e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já cuidou de consagrar para a generalidade dos tratados – mesmo os que não versam sobre direitos humanos – posição hierárquica superior à das leis federais. Dois parágrafos do art. 5º indicam a proeminência dos tratados de direitos humanos:

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

A evolução da relevância conferida no direito brasileiro aos tratados se refletiu na criação, por meio de emenda constitucional de 2004, de instituto de direito processual bastante inovador, o incidente de deslocamento de competência, que possibilita a transferência para a Justiça Federal de casos que estejam associados ao acatamento, pelo Brasil, de obrigações decorrentes de tratados de direitos humanos. Buscou-se, com essa medida, a garantia de efetividade para esses tratados, tendo em conta, inclusive, a maior possibilidade de responsabilização do país face a um sistema jurisdicional internacional em franco processo de fortalecimento. Um dos parágrafos do art. 109 regula o procedimento:

§ 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

Não deixa de ser simbólico da relevância do direito internacional público na gestão da Amazônia brasileira que o primeiro caso de incidente de deslocamento de competência do direito brasileiro tenha recaído sobre evento ocorrido na região – o assassinato, em fevereiro de 2005, no estado do Pará,

da religiosa Dorothy Stang, cuja intensa dedicação à defesa dos direitos dos pequenos agricultores em contexto de conflito fundiário e ameaça ao meio ambiente levou à sua morte⁵.

A coexistência desse amplo e crescente acervo de direito internacional público com os sistemas jurídicos próprios dos entes da federação brasileira conforma, na Amazônia brasileira, um quadro de pluralidade normativa bastante complexo. A consideração desse quadro é indispensável no estudo e enfrentamento dos enormes desafios relacionados à governança de região de relevância indiscutível para o país e para o mundo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. (1998). Brasília, DF. Recuperado em 29 de janeiro de 2022, de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.
- DALLARI, P. (2009). Desenvolvimento sustentável em favor da justiça social no Brasil. En J. A. Pádua (Org.). *Desenvolvimento, justiça e meio ambiente*. Belo Horizonte: Ed. UFMG; São Paulo: Ed. Peirópolis.
- DECRETO Nº 2.652, DE 1º DE JULHO DE 1998 (1998). Promulga a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, assinada em Nova York, em 9 de maio de 1992. Recuperado em 29 de janeiro de 2022, de https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2652.htm.
- DECRETO Nº 4.387, DE 25 DE SETEMBRO DE 2002 (2002). Promulga o Protocolo de Emenda ao Tratado de Cooperação Amazônica. Brasília, DF. Recuperado em 29 de janeiro de 2022, de https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4387.htm.
- DECRETO Nº 5.445, DE 12 DE MAIO DE 2005 (2005). Promulga o Protocolo de Quioto à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, aberto a assinaturas na cidade de Quioto, Japão, em 11 de dezembro de 1997, por ocasião da Terceira Conferência das Partes da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima. Brasília, DF. Recuperado em 29 de janeiro de 2022, de https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5445.htm.
- DECRETO Nº 85.050, DE 18 DE AGOSTO DE 1980 (1980). Promulga o Tratado de Cooperação Amazônica, concluído entre os Governos República da Bolívia, da República Federativa do Brasil, da República da Colômbia, da República do Equador, da Repú-

⁵ Superior Tribunal de Justiça (STJ), IDC nº 1-PA, Terceira Seção, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgamento em 6 de outubro de 2005. Embora o Superior Tribunal de Justiça não tenha dado provimento ao pedido do Procurador Geral da República de transferência do processo criminal para a Justiça Federal, esse primeiro caso motivou intenso debate, que acabou por dar publicidade e viabilizar que o instituto passasse a ser utilizado.

- blica Cooperativa da Guiana, da República do Peru, da República do Suriname e da República da Venezuela. Recuperado em 29 de janeiro de 2022, de rb.gy/ufrzw.
- DECRETO Nº 9.073, DE 5 DE JUNHO DE 2017* (2017). Promulga o Acordo de Paris sob a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, celebrado em Paris, em 12 de dezembro de 2015, e firmado em Nova Iorque, em 22 de abril de 2016. Brasília, DF. Recuperado em 29 de janeiro de 2022, de https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9073.htm.
- LEI COMPLEMENTAR Nº 124, DE 3 DE JANEIRO DE 2007* (2007). Institui, na forma do art. 43 da Constituição Federal, a Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia – SUDAM; estabelece sua composição, natureza jurídica, objetivos, área de competência e instrumentos de ação; dispõe sobre o Fundo de Desenvolvimento da Amazônia – FDA; altera a Medida Provisória nº 2.157-5, de 24 de agosto de 2001; revoga a Lei Complementar nº 67, de 13 de junho de 1991; e dá outras providências. Brasília, DF. Recuperado em 29 de janeiro de 2022, de https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp124.htm.
- LEI Nº 1806, DE 6 DE JANEIRO DE 1953* (1953). Dispõe sobre o Plano de Valorização Econômica da Amazônia, cria a Superintendência da sua execução e dá outras providências. Brasília, DF. Recuperado em 29 de janeiro de 2022, de https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/Li806.htm.
- LEI Nº 5.173, DE 27 DE OUTUBRO DE 1966* (1966). Dispõe sobre o Plano de Valorização Econômica da Amazônia; extingue a Superintendência do Plano de Valorização Econômica da Amazônia (SPVEA), cria a Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia (SUDAM), e dá outras providências. Recuperado em 29 de janeiro de 2022, de https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5173.htm#art63.

LA CUESTIÓN AMAZÓNICA Y EL DELITO DE ECOCIDIO

A questão amazônica e o crime de ecocídio

Ecocide and the Amazon Rainforest

EDUARDO SAAD-DINIZ

Universidade de São Paulo (USP, Brasil)

RESUMEN

En este ensayo, se discute lo que podrían ser las bases para una criminología de la Amazonia, asumiendo como punto de partida la necesidad del control social del medio ambiente y la evaluación del impacto de la proposición del ecocidio para frenar el proceso sistemático de destrucción del bioma amazónico. Se investigan algunas especificidades del contexto brasileño, sobre todo el «factor Bolsonaro» y la regresión regulatoria (*regulatory rollback*), además de los debates sobre el rol del ecocidio y lo que podría ser concebido como un escalonamiento (*scaling up*) del comportamiento socioambientalmente dañoso (con referencia a las tragedias de Mariana y Brumadinho) hasta la configuración del delito de ecocidio, en régimen de complementariedad. La sistematización del cuerpo teórico de lo que puede ser el nuevo tipo penal de ecocidio presupone nuestra capacidad de estructurar normativamente el lugar de la Amazonia en la sociedad global.

Palabras clave: Criminología de la Amazonia; daño socioambiental; tragedias socioambientales; ecocidio; complementariedad.

RESUMO

Neste ensaio se discute o que poderiam ser as bases de uma criminologia da Amazônia, assumindo como ponto de partida a necessidade do controle social do meio ambiente e a avaliação do impacto da proposta do ecocídio para frear o processo sistemático de destruição do bioma amazônico. Investigam-se algumas especificidades do contexto brasileiro, sobretudo o “fator Bolsonaro” e a regressão regulatória (*regulatory rollback*), além dos debates sobre o papel do ecocídio e o que poderia ser concebido como um escalonamento (*scaling up*) do comportamento socioambientalmente danoso (com referência às tragédias de Mariana e Brumadinho) até a configuração do delito de ecocídio, em regime de complementaridade. A sistematização do corpo teórico sobre o que pode ser o novo tipo penal de ecocídio pressupõe nossa capacidade de estruturar normativamente o lugar da Amazônia na sociedade global.

Palavras-chave: Criminologia da Amazônia; dano socioambiental; tragédias socioambientais; ecocídio; complementariedade.

ABSTRACT

In this essay, we discuss what could be the bases for a criminology of the Amazon Rainforest, taking as a starting point the need for social control of the environment and the evaluation of the impact of the proposal of the ecocide to stop the systematic process of destruction of the environment Amazon biome. Some specificities of the Brazilian context are investigated, overall “Bolsonaro factor” and the regulatory regression (*regulatory rollback*), in addition to the debates on the role of ecocide and what could be conceived as an escalation (*scaling up*) of socio-environmentally harmful behavior (with reference to the tragedies of Mariana and Brumadinho) until the configuration of the delict of ecocide, in the regime of complementarity. The systematization of the theoretical body of what could be the new criminal offense of ecocide presupposes our ability to normatively structure the place of the Amazon in global society.

Keywords: Criminology of the Amazon; socioenvironmental damage; socioenvironmental tragedies; ecocide; complementarity.

1. INTRODUCCIÓN¹

DEFINITIVAMENTE, LA CUESTIÓN AMAZÓNICA no es exclusivamente brasileña. Hay nueve países fronterizos, con instrumentos regulatorios de alcance internacional y leyes que generan conflictos de interpretación

¹ El texto fue originalmente presentado en el Seminario Internacional en Homenaje al Prof. Luis Arroyo Zapatero, Ciudad Real, España, 02.12.2021.

y déficit institucional en múltiples jurisdicciones. Sin embargo, a pesar de su globalidad, Brasil sigue siendo protagonista y su liderazgo en la región, para bien o para mal, es indiscutible. Mucho más allá de su relevancia territorial, lo que más llama la atención –como no podría ser de otra manera– es el impacto de la gestión del Presidente Jair Bolsonaro en la vulneración de la Amazonia, con una postura negacionista que se extiende desde la disolución del diseño institucional hasta el *enforcement* local hasta la desregulación de la actividad empresarial predatoria y explotación indiscriminada de recursos naturales, pasando por la retórica política negacionista de los efectos del calentamiento global en la Amazonia.

Este ensayo, por lo tanto, asume un lugar muy brasileño de discurso, a pesar de que intentaré hacer comentarios globales al tratar de la cuestión amazónica. El interrogante científico de primer orden, de hecho, es qué hacer, desde el punto de vista del control social, para proteger el medio ambiente, y, más específicamente, cuál sería el impacto de la proposición del ecocidio para frenar el proceso sistemático de destrucción del bioma amazónico.

2. NOTAS SOBRE EL ECOCIDIO

Según nuestra opinión, es poco convincente la crítica al carácter «expansivo» del derecho penal en el ecocidio. En primer lugar, no parece que se trate de expansión, sino solamente de una estrategia para que las formas jurídicas puedan reflejar/espejar los problemas sociales. Si es socialmente aceptable tutelar el patrimonio (hurto, estafa), y si, como en ningún otro delito, en estos casos se preserva la identidad de la sociedad centrada en la propiedad privada, ¿por qué la comunidad global tiene que considerar una «expansión» algo tan fundamental como la protección frente a la violación de su propia condición de existencia? Me parece que estamos hablando de una modernización, una evolución lógica y necesaria, un adecuado proceso de diferenciación del derecho penal internacional. Aquí habría también un sentido histórico muy bonito sobre la transición y el legado de Nüremberg, no solamente en cuanto a la baja densidad en las respuestas al genocidio, o por la ausencia de responsabilidad en las atrocidades del napalm en Vietnam. La sociedad global no es la misma sociedad de los trágicos procesos de Nüremberg, hay que avanzar en su espíritu.

En segundo lugar, la comprensión especializada de las formas jurídicas puede aprender mucho de esta complementariedad entre los instrumentos jurídico-regulatorios locales y el derecho penal internacional. Sin que por ahora se vaya al grano de la especificidad técnica del delito de ecocidio, parece que en la descripción típica de la idea de destrucción sería «demasiado fuerte», es

decir, podría aportar muchas dificultades a la subsunción de la conducta, por no mencionar las cuestiones procesales de prueba y los acuerdos oportunistas que reducen la potencia del sistema de justicia criminal. Quisiera proponer la discusión de una construcción típica menos exigente, orientada hacia la severidad del daño (*severe damage*), aportando condiciones más dinámicas para su aplicación práctica.

2.1. *La Amazonia y el «Factor Bolsonaro»*

Al tratar el tema del ecocidio y las posibilidades de su investigación científica en función del contexto de la Amazonia, ya no hay más cómo dejar de hablar del impacto de la gestión del Presidente Jair Bolsonaro. Es increíble cómo su gobierno ha cautivado tan negativamente al mundo con su negacionismo científico y con su apología a dinámicas autoritarias. A pesar de lo patológico de sus prácticas políticas, su alineamiento a los *environmental regulatory rollbacks* del ex-Presidente Donald Trump (Saad-Diniz & Gianecchini, 2021) solo no es más perjudicial que el nacionalismo de las vacunas que nos llevó a casi 650 mil muertes por COVID-19. Nos ha llevado también a la deliberada política de aislamiento de comunidades indígenas en la Amazonia, con el fin de abrir espacio en tierras demarcadas y protegidas legalmente para el *agro-business* brasileño.

Sin embargo, los instrumentos de ejercicio del control social formal, domésticos o internacionales, han presentado poco o ningún rendimiento. Ya hubo cuatro denuncias por genocidio enviadas al Tribunal Penal Internacional –dos ya archivadas, dos aún sin respuesta. En la preciosa contribución de Ignacio Berdugo sobre la Amazonia brasileña, él nos cuenta el testimonio histórico del ecocidio irresponsable volcado a la predatoria explotación de los recursos naturales. Según Berdugo, en la Amazonia queda clara la insuficiencia en la interpretación del genocidio, no solamente en cuanto al contenido de su *mens rea*, sino con relación al genocidio cultural (Berdugo, 2021). En su momento, he llegado también a escribir un ensayo provocativo sobre *soft genocide*, diciendo que el Tribunal Penal Internacional, al rechazar las denuncias, comunicaba al mundo que «un poco» de genocidio estaba jurídicamente permitido.

El «factor Bolsonaro» y el caso del genocidio no declarado brasileño nos trae aportes muy significativos para la comprensión de los límites cognitivos del conflicto victimario (*victimal conflict*) y, a su modo, podría igualmente aportar nuevas vías de investigación científica a la victimología verde (*green victimology*): ¿Cuántas personas necesitan ser victimizadas para justificar el ejercicio del control social formal? ¿A quién pertenece el derecho al perdón? O

¿qué finalidad tendría el reconocimiento del genocidio deliberado que hubo en Brasil? Desde una perspectiva victimológica, la situación de la Amazonia brasileña, agravada por el contexto de la pandemia, que aumentó significativamente la pobreza y la desigualdad histórica, nos ha llevado a una sensación perenne de frustración, humillación, depresión generalizada en la población –y el dolor del resentimiento que aliena nuestro propósito en la vida social.

3. TRAGEDIAS SOCIOAMBIENTALES Y EL *SCALING UP* DEL ECOCIDIO: MARIANA Y BRUMADINHO

Si bien es cierto que el ecocidio podría ser muy promisorio para rever los procesos de atribución de responsabilidad y las finalidades de la pena, también es verdad que Brasil sigue siendo, lamentablemente, un rico laboratorio de «vacíos de punibilidad» de las empresas por la destrucción ambiental². El estado generalizado de anomia combina la desregulación de un ambiente ya frágilmente regulado, el debilitamiento de la infraestructura de *enforcement* ya débil y el oportunismo de prácticas predatorias por parte del sector privado.

A eso se le suma la inconsistencia legislativa y las dificultades de su aplicación práctica en el sistema de justicia criminal, que, cuando logra superar las cuestiones procesales de prueba, no hace mucho más que dejarse reducir a un «sistema de acuerdos», sin el reconocimiento de la responsabilidad de los ofensores, individuos o, sobre todo, empresas.

A pesar del rechazo metafísico a la capacidad de acción de las empresas, mayoritario en la doctrina e interpretación jurisprudencial, las dos últimas tragedias en Brasil fueron producidas por el comportamiento de empresas que construyen sistemática e históricamente –¡hace por lo menos siete u ocho décadas!– presas de residuos sólidos al más bajo costo y volcadas a alimentar la demanda de exportación a los países centrales, sin mayor retorno para las comunidades locales (Prata, 2020).

Para la imputación de responsabilidad creo que no sería necesario mucha más sofisticación que el análisis detenido de los hechos. En los dos supuestos, el comportamiento es rutinario y observa el mismo orden de comportamientos y cursos causales. A pesar del agotamiento de las presas, documentado

² Lo que no se confunde con la idea simplista de que la responsabilidad penal de las empresas sería una «solución mágica». En los casos brasileños, por ejemplo, más que daños colaterales (*collateral damages*) a todos los que tienen un interés en la actividad de la empresa. En nuestro caso, son tan intensas las interacciones entre empresas y comunidades locales que se configura la noción de dependencia comunitaria, de tal forma que la víctima es forzada a seguir conviviendo con su ofensor (Saad-Diniz, 2019).

por pruebas periciales, las empresas son indiferentes al riesgo que representa la extracción continua de mineral y el aumento del volumen de relaves sólidos. No sé cuánto tiempo más deberíamos esperar hasta que se deje de poner en duda la eventualidad del dolo en las tragedias brasileñas de Mariana y Brumadinho, condenando la construcción de barreras *low cost* y la explotación indiscriminada de recursos naturales, violando el deber de cuidado con los procedimientos más básicos de seguridad y a la indiferencia del resultado altamente dañoso e irreversible.

El análisis de los dos casos trae una serie de «incomodidades científicas»: 1. hasta ahora, incluso por las dificultades en la medición objetiva, no hubo delimitación del conflicto victimario; 2. por consiguiente, ninguno de los acuerdos es delimitado por las necesidades de las víctimas; 3. en ninguno de los acuerdos se reconoce la responsabilidad de la empresa; sin reconocer la responsabilidad no se identifica el comportamiento reprochable; sin el comportamiento no se alcanzan los procesos de victimización; 4. impresiona negativamente la forma como el Poder Judicial es utilizado para neutralizar el conflicto victimario y como el sistema de justicia pierde su capacidad de comunicar justicia a las víctimas, reduciendo su legitimidad; 5. Las víctimas son extremadamente humildes, sin condición de producir prueba. Se producen discursos enteros sobre la dignidad o la agencia moral de las víctimas, en lugar de dedicarse al cuidado (*care*) y darles concretas condiciones de ejercicio de su personalidad.

La investigación científica sobre el ecocidio tendría mucho que aprender con el *scaling-up* de estas ofensas. Se trata de dos catástrofes en continuidad y hay previsión de casi una centena de presas en la misma situación. Su potencial acumulativo de destrucción ambiental, repercutiendo sensiblemente en la vida social de comunidades locales, podría integrarse de forma más inteligente a contextos de alta destrucción del medio ambiente.

A pesar del desafío, junto con Adán Nieto Martín, Raúl Calvo Soler y el Grupo de Investigación USP Restaura, de la Universidad de São Paulo, hemos empezado una colaboración científica para la experimentación y el desarrollo de prácticas restaurativas. En Mariana y Brumadinho, dos de los casos más prominentes, se observan múltiples procesos de victimización. No sólo en lo que concierne a los daños tangibles –las pérdidas materiales y daños ambientales–, sino también con respecto a los intangibles, con una medición mucho más compleja y, por lo tanto, más difíciles para la interpretación judicial. La lógica de investigación no podría ser más sencilla que rechazar el comportamiento socialmente dañoso y que debe ser sometido a la revisión de sus prácticas en sentido restaurativo. Ojalá el proyecto sea exitoso, porque sin la debida recolección de datos, seguiremos sin conocer los límites del conflicto victimario causado por una tragedia socioambiental. Por ahora, apenas

podemos especular sobre los contornos del derecho al perdón, qué tipo de acuerdos –múltiples y plurales– se pueden firmar y, sobre todo, si habrá reconocimiento de la responsabilidad por parte de la empresa, permitiendo que la composición del conflicto sea efectivamente un proceso de reconstrucción social post-delictivo (Saad-Diniz, 2019).

Todo debería empezar con la asunción de responsabilidad por parte de las empresas, juntamente con la delimitación de la materialidad negativa de la actividad empresarial. Sin esto, difícilmente se creen las condiciones necesarias para el reproche moral del comportamiento socialmente dañoso y creo que se torna aún más difícil la tarea de alcanzar una catarsis societaria. Ya pasaron seis años desde el primer caso y el sistema de justicia criminal, con sus “tiempos”, todavía no logró llegar a la composición del conflicto. Sigue habiendo mucho espacio para la búsqueda de nuevas formas de justicia en el caso, que podrían ser conducidas de forma más legítima si estuvieran orientadas por un mapeo dinámico del conflicto victimario: quienes son las víctimas, quienes fueran las víctimas, qué hacer para ofrecerles el debido cuidado. De todos modos, bajar a este nivel de comprensión empírica del *scaling up* de las tragedias socioambientales podría ser importante para que nuestra comprensión sobre el ecocidio sea efectivamente global.

4. LA CRIMINOLOGÍA DE LA AMAZONIA Y LA LECTURA REALISTA DEL ECOCIDIO

El problema de la extracción indiscriminada de recursos naturales merece mucha más atención científica. En la Universidad de São Paulo, seguimos desarrollando los que llegará a ser una «criminología de la Amazonia», bajo la cual se analiza cómo la acomodación de los intereses o preferencias económicas en la Amazonia es significativa para la causación de delitos y si este análisis tendría suficiente impacto en el control social del medioambiente.

En la Amazonia no se puede pensar solamente y de forma aislada en una «conducta típica». Hay un nuevo *network of crimes*; un *network of crimes* que coincide con un nuevo *network of criminals*. En buena medida debido al legado de la salida de las FARC de la Amazonia, el PCC (banda criminal originaria de São Paulo, sureste del país, que por su presencia dominante llega incluso a ejercer cierto monopolio de la distribución de la violencia local, como si fuera una verdadera «agencia reguladora») ha diversificado –y modernizado– su proceso productivo³. Esta diversificación, en verdad, obedece a una dinámica

³ Excepto por el hecho de que Río de Janeiro es una realidad muy particular (donde hay disputas por territorio y disputa violenta y letal entre las facciones), en

económica bastante sencilla: ¿por qué tanto esfuerzo en conflictos violentos con la policía en São Paulo, si se puede obtener mucho más lucro garantizando la minería y deforestación ilegal, trata de personas y servidumbre? Y todo esto en *complicity* con los milicianos (nuestras organizaciones paramilitares que le confieren apoyo político al Presidente Bolsonaro) y con las empresas. Informes recientes demuestran los vínculos de grandes marcas –Nike, Adidas, Louis Vuitton, etc.– con la deforestación ilegal de la Amazonia, y hay una serie de investigaciones y operaciones sospechosas involucrando el agrobusiness brasileño con los incendios criminales en la Amazonia.

Como si fuera poco, hace casi una década opera más sobre los mecanismos jerárquicos básicos, trabaja en redes de tomas de decisión, dificultando la capacidad de *enforcement* del Estado.

Como si fuera poco, las autoridades locales e internacionales volvieron con la histórica estrategia retórica del combate a las bandas criminales en defensa del medioambiente. El propio Presidente Biden ya anunció medidas más blandas con relación al extractivismo, cediendo a la presión de las mineras. Todo lleva a creer que, una vez más, la responsabilidad será desplazada de los grupos de intereses y concentrada en torno al «enemigo común». El fuerte discurso paternalista sobre nuestra incapacidad/dependencia nos relega a esta dificultad histórica de descolonizarse de la ideología de la seguridad urbana.

Aún peor, las leyes sobre responsabilidad por la cadena de suministro y las negociaciones en torno al Tratado Internacional de DDHH y Empresas, además de reproducir la misma apariencia de legalidad de los *Guiding Principles* de la ONU, reproducen el sentido común de que los locales –los miles de inocentes victimizados por pobreza y desigualdad– no son aptos para la sostenibilidad ambiental. Nadie reconoce que las prácticas predatorias o bien son coloniales, o bien fueran importadas de las modernas corporaciones.

La sistematización del cuerpo teórico de lo que puede ser el nuevo tipo penal de ecocidio presupone nuestra capacidad de estructurar normativamente el lugar de la Amazonia en la sociedad global. Esta convergencia de conductas típicas y de redes de interés, sumada a una muy especial *criminología de la Amazonia*, sería, desde nuestro punto de vista, el punto de partida para la aplicación complementaria del delito de ecocidio.

líneas generales la banda criminal de São Paulo, el *Primeiro Comando da Capital*, detiene el monopolio y control paraestatal de la violencia en todo el país (y con fuerte predominancia también en Paraguay), operando como equivalente funcional de una verdadera agencia reguladora.

Para garantizar la utilidad al delito de ecocidio, sería el caso de que las funciones simbólico-declarativas pudieran presentar una agenda más concreta en términos de políticas regulatorias y acciones de *enforcement* más consistentes. Siguiendo este razonamiento, ¿esta agenda más concreta no podría representar una forma de que la expresión de la pena tenga una mayor capacidad de restauración? De cualquier forma, no deja de ser muy inteligente y sólida la conexión entre la «declaración» de la urgencia (régimen de necesidad de intervención) y creación de un ambiente global que no tolera su propia destrucción (Fronza, 2021).

Sin embargo, sin esta comprensión que va más al grano, al menos en esta mirada brasileña, el potencial simbólico del ecocidio puede no pasar de un cuchillo sin filo. La comunidad científica internacional debería darle a la Amazonia una oportunidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BERDUGO, I. (2021). Los retos del derecho penal en la Amazonia brasileña. En V. Martínez *et al.* *Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero*. Madrid: BOE.
- FRONZA, E. (2021). Sancire senza sanzionare? Problemi e prospettive del nuovo crimine Internazionale di ecocidio. *La Legislazione Penale*, 3, 1-15.
- PRATA, D. (2020). Corporate Crime and Environmental Victimisation: Analysis of the Samarco Case. *Revue Internationale de Droit Penal*, 91(1), 203-223.
- SAAD-DINIZ, E. (2019). Justicia Restaurativa y desastres socioambientales en Brasil. *Revista de Derecho Penal y Criminología Edición Especial*, 10, 9-26.
- SAAD-DINIZ, E. (2020). *Victimología corporativa*. Madrid: Tirant Lo Blanch.
- SAAD-DINIZ, E. & GIANECCHINI, J. V. (2021). Regulatory rollbacks in the Amazon Rainforest: a nuanced look into the effects of environmental victimization. *State Crime Journal*, 10, 257-283.

DELITOS MEDIOAMBIENTALES Y RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: EL DAÑO AMBIENTAL EN LA AMAZONIA¹

*Crimes ambientais e responsabilidade penal
das pessoas jurídicas: o dano ambiental na Amazônia*

Environmental crime and criminal liability of legal
persons: environmental damage in Amazonia

LAURA ZÚÑIGA RODRÍGUEZ
Universidad de Salamanca (USAL, España)

RESUMEN

El trabajo pone de relieve como uno de los principales detonantes de la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, precisamente, la prevención de los delitos medioambientales. Las empresas son las principales generadoras de riesgos para el medio ambiente en su actividad económica. Los daños medioambientales graves, núcleo del injusto penal, suelen ser el producto de un conjunto de acciones u omisiones, dolosas o culposas, que se desarrollan a lo largo del tiempo, protagonizadas por diversas personas que forman parte de organizaciones cerradas,

¹ Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto PID-2020-117403RB-100, «Criminalidad organizada transnacional y empresas multinacionales ante las vulneraciones a los derechos humanos», IP D.^a Laura Zúñiga Rodríguez, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

las cuales se relacionan en estructuras de mando horizontales y verticales, en las que se produce delegación de funciones y rige el principio de confianza. En estas circunstancias resulta prácticamente imposible individualizar responsabilidades, lo cual conlleva la impunidad. De ahí que deba ser la propia empresa la obligada jurídicamente en la contención de los riesgos que ella misma genera estableciendo programas de cumplimiento. En concordancia con las normativas europeas y propuestas internacionales la prevención y el principio «quien contamina paga» (la reparación del daño) deben iluminar la responsabilidad jurídica.

Palabras clave: Amazonia; crímenes ambientales; responsabilidad criminal de las personas colectivas.

RESUMO

O trabalho destaca a prevenção de crimes ambientais como um dos principais fatores desencadeadores da incorporação da responsabilidade criminal das pessoas coletivas. As empresas são os principais geradores de riscos ambientais na sua atividade econômica. Os graves danos ambientais, o núcleo do delito, são geralmente o produto de um conjunto de ações ou omissões, intencionais ou negligentes, que se desenvolvem ao longo do tempo, levadas a cabo por várias pessoas que fazem parte de organizações fechadas, que estão relacionadas em estruturas de comando horizontais e verticais, nas quais há delegação de funções e o princípio da confiança governa. Nestas circunstâncias, é praticamente impossível individualizar responsabilidades, o que conduz à impiedade. Assim, a própria empresa deveria ser legalmente obrigada a conter os riscos que ela própria gera ao estabelecer programas de conformidade. Em conformidade com a regulamentação europeia e as propostas internacionais, a prevenção e o princípio do “poluidor-pagador” (reparação de danos) devem estar na base da responsabilidade legal.

Palavras-chave: Amazônia; crimes ambientais; responsabilidade criminal das pessoas coletivas.

ABSTRACT

The work highlights the prevention of environmental crimes as one of the main triggers for the incorporation of criminal liability of legal persons. Companies are the main generators of environmental risks in their economic activity. Serious environmental damage, the core of the criminal offense, is usually the product of a set of actions or omissions, intentional or negligent, which develop over time, carried out by various people who are part of closed organizations, which are related in horizontal and vertical command structures, in which there is delegation of functions, and the principle of trust governs. Under these circumstances, it is practically impossible to individualize responsibilities, which leads to impunity. Hence, the company itself should be legally obliged to contain the risks it generates by establishing compliance programs. In accordance with European regulations and international proposals, prevention and the “polluter pays” principle (repairing the damage) should illuminate legal liability.

Keywords: Amazonia; environmental crimes; criminal liability of legal persons.

I. INTRODUCCIÓN

LA AMAZONIA ES EL BOSQUE TROPICAL más grande del mundo y comprende varios países de Sudamérica como Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Guyana, Perú, Surinam y Venezuela. Por su extensión (casi el 5 % del territorio mundial) y su biodiversidad, su protección merece la mayor atención ya que su destrucción puede significar un ataque sin precedentes al medio ambiente del planeta. Lamentablemente, diversas actividades humanas y empresariales han depredado en los últimos años estos bosques que deberían ser imperecederos. La minería ilegal, la tala de bosques para la agricultura o para la industria maderera, el tráfico de especies protegidas son amenazas que, la mayoría de las veces, personifican de manera organizada grupos criminales o empresas inescrupulosas que solo buscan sus pingües beneficios. En este trabajo me ocuparé concretamente de los problemas de determinación del daño ambiental protagonizado por personas jurídicas y sus implicaciones para la determinación de la responsabilidad.

El prestigioso civilista español Federico de Castro en su fundamental obra, *La persona jurídica*, sostenía:

Con la pérdida de confianza en los dogmas del individualismo liberal, ha terminado también el creer en que la libertad de asociación y la autonomía de la voluntad sin límites sean siempre beneficiosas para la libertad personal y la experiencia no permite dudar de que, sin la vigilancia constante del Estado, han sido, son y serán utilizadas para despojar y esclavizar a los económicamente débiles (Castro, 1991, pp. 32-33).

Precisamente la tutela del medio ambiente con el Derecho penal es uno de los ejes más importantes que ha propiciado la caída del dogma *societates delinquere non potest*, puesto que los riesgos ambientales son protagónicos en el ámbito de las empresas. Sobre los interrogantes más acuciantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, especialmente de las empresas, las cuales desde su actividad económica pueden vulnerar el medio ambiente, trata esta pequeña contribución, centrándose en los problemas de configuración del daño ambiental para fundamentar el injusto penal.

Por impulso de una serie de coordenadas sociales y jurídicas parece legítima la intervención penal, esto es necesaria y merecedora de sanción penal², cuando las actuaciones económicas de las empresas producen o pueden

² Según Luzón Peña (1993, p. 2) es opinión extendida que «el merecimiento de pena expresa un juicio global de desvalor sobre el hecho, en la forma de una desaprobación especialmente intensa por concurrir un injusto culpable especialmente grave

producir daños graves al medio ambiente. El inicio de este consenso en el ámbito europeo se da con el Convenio de 1998 del Consejo de Europa sobre la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal, firmado el 9 de septiembre de 1998. En este instrumento se incide en que únicamente el Derecho penal consigue un efecto suficientemente disuasorio para los infractores y trata de garantizar que todos los Estados europeos recurran a esta vía, criminalizando los atentados medioambientales más graves³.

Y es la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre relativa a la protección del medio ambiente por el Derecho penal, que establece: «Los Estados miembros se asegurarán de que las personas jurídicas pueden ser consideradas responsables por los delitos a los que se hace referencia en los artículos 3 y 4 cuando tales delitos hayan sido cometidos en su beneficio» (art. 6), acometiendo así, para la materia de protección penal del medio ambiente, una armonización reforzada de las legislaciones penales, no sólo vinculada a la protección de este bien jurídico, sino también instando a los países a la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas donde no la hubiese⁴. No cabe, por tanto, una huida del Derecho penal cuando las infracciones medioambientales graves son protagonizadas por empresas u otros entes jurídicos reconocidos legalmente⁵, debiendo considerárseles como sujetos activos responsables de los delitos, como así lo hace el art. 328 del Código Penal (CP) desde el año 2010.

Sin duda, los desastres medioambientales protagonizados por empresas, especialmente desde los años 80 en diferentes partes del mundo⁶, y la alar-

(injusto penal) que debe acarrear un castigo, mientras que la necesidad de pena presupone el merecimiento de pena y significa que un hecho en sí merecedor de pena además necesita ser penado, ya que en el caso concreto no existe ningún otro medio disponible que sea eficaz y menos afflictivo».

³ Cfr. Fuentes Loureiro (2022, p. 329).

⁴ Aunque este proceso ha sido largo, coincido con Górriz (2019, p. 9), cuando sostiene que «dicha Directiva fue uno de los detonantes para la previsión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el año 2010» en nuestro país. Ahora bien, no puede desdeñarse la presión por controlar la criminalidad organizada, los delitos vinculados con la corrupción y el terrorismo.

⁵ Tampoco los protagonizados por organizaciones criminales o terroristas que en otras latitudes pueden cobrar notable importancia como la minería ilegal en Perú, Ecuador o Brasil, la tala de bosques en la Amazonia. Pero este es un tema que escapa a los límites de este trabajo.

⁶ Se puede hacer una lista grande de los mismos. Simplemente recordar los casos más célebres: Sandoz (Suiza, 1986), Chernóbil (Rusia, 1986), Exxon Valdez (Estados Unidos, 1988), Prestige (España, 2002), Fukushima (Japón, 2011). La lista podría seguir

ma que en los últimos años generan los efectos de los daños ambientales en el cambio climático, han conllevado una mayor conciencia social sobre la necesaria protección de este bien jurídico, no sólo para nuestro presente, sino también para nuestro futuro como especie. Las respuestas sociales y jurídicas ante el daño ambiental poseen la enorme carga de intentar prevenir las pequeñas y grandes infracciones para salvaguardar el medio ambiente y, en este elenco de consecuencias, la sanción penal se muestra como un mecanismo de cierre para los comportamientos más insoportables. De otro lado, la impunidad frente a los desastres medioambientales, de las que muchos somos testigos⁷, parecen mostrar una incapacidad de los Estados para disciplinar a los agentes contaminantes, sino una debilidad del sistema social para controlar uno de los más grandes desafíos de nuestro tiempo. Dado que los datos empíricos nos muestran que los principales agentes contaminantes pueden ser personas jurídicas, la necesidad político-criminal de la utilización del instrumento penal para los supuestos más graves, cae por su propio peso.

Dicha conciencia general como problema social, se incrementa con el reconocimiento de que este no es un asunto nacional, sino global, un ecicidio, que concierne a todos los Estados y obliga a un compromiso común como delito transnacional (Vicente Martínez, 2018, pp. 245 y ss.). Los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar», conocidos como Principios Ruggie (2011), instan al compromiso de los Estados a exigir responsabilidades a sus empresas, especialmente multinacionales, a establecer regulaciones en ese sentido, garantizando el respeto de los derechos humanos, entre ellos el medio ambiente (Zúñiga, 2018; Pérez Cepeda, 2019).

con cientos de daños medioambientales menos conocidos, como la minería ilegal y la tala de bosques en la Amazonia y otros.

⁷ El caso Prestige resulta emblemático, correspondiente a los vertidos ocasionados en el mar Cantábrico en 2002, el único responsable al que se ha condenado penalmente y a pagar la responsabilidad civil es el capitán del barco, Mangouras, quien a la sazón ni siquiera hablaba español, y quedaron fuera de la imputación penal los armadores que eran los propietarios del barco y/o los propietarios del petróleo vertido, verdaderos promotores de la actividad comercial y de los riesgos, así como las autoridades responsables correspondientes. Sobre los cuestionamientos jurídico-penales a las resoluciones judiciales *vid.* Martínez-Buján Pérez (2017, pp. 256-266). Lo increíble es que, apenas en 2019 se empezó a indemnizar a las víctimas, quedando un monto aún importante por indemnizar. Cfr. *El País* (2019, 26 de noviembre). Son poco más de 50 millones de euros de los 2.500 fijados como compensación de los que la aseguradora del petrolero no aporta ni la mitad.

2. LA EMPRESA COMO AGENTE DE RIESGOS MEDIOAMBIENTALES

Las diversas actividades económicas protagonizadas por las empresas en su relación con el medio ambiente son típicas manifestaciones de la sociedad de riesgo. Se inscriben dentro del grupo de actividades que la sociedad considera beneficiosas para el bienestar económico y social porque crean riqueza, permiten acceder a productos necesarios para el desarrollo de la industria, generan energías imprescindibles para la vida social, puestos de trabajo, etc. No obstante, en el ejercicio del proceso productivo se presenta la posibilidad de incidir en el medio ambiente, así como en otros bienes jurídicos: a) En el propio proceso de producción, con la emisión de CO_2 , vertidos, propios de la actividad industrial, etc.; b) Con los bienes producidos por la actividad industrial, entre otros, el uso excesivo de plásticos en el etiquetado; c) Con la producción de desechos industriales, como residuos de material inservibles, que pueden ser incluso radiactivos, etc.⁸. La trascendencia social y criminológica de estos agentes contaminantes es ampliamente estudiada hoy en día por la *Green Criminology*, que precisamente se ocupa del análisis de los daños e infracciones medioambientales efectuados por la *corporate crime*, entre otros.

El Derecho, para salvaguardar este equilibrio entre costos y beneficios sociales⁹, ha agenciado todo un sistema de gestión de los riesgos, contención de los riesgos y, en su caso, respuestas de contención de daños o reparación de los mismos, con un subsistema jurídico que consiste en una serie de normas especializadas de ámbito administrativo y penal, preventivas y represivas. De manera que el sistema administrativo sancionador se encarga de la contención de los riesgos señalando los límites de las conductas riesgosas (el riesgo permitido) y las autorizaciones administrativas correspondientes, con la amenaza de sanciones administrativas, quedando el Derecho penal para los supuestos de daño ambiental grave deliberado o por imprudencia grave, con sanciones

⁸ En el año 2000 fundamenté la responsabilidad penal de las personas jurídicas precisamente en el hecho constatable de que la empresa era un ente generador de riesgos. Cfr. Zúñiga Rodríguez (2000, pp. 79 y ss.). *Vid.* más actual, Zúñiga Rodríguez (2020).

⁹ Un conocido ejemplo de Jakobs citado por Salvador Coderch y Fernández Cren-de (2006, p. 10) ilustra esta tensión entre costes/beneficios: «quien, como viandante no quiere soportar riesgo alguno derivado de la circulación rodada, no puede esperar luego, como enfermo y habitante de un pequeño pueblo, ser visitado por un médico sujeto a responsabilidad penal por todo accidente imaginable sufrido en una carretera helada». En suma, una sociedad moderna, no puede dejar de aceptar ciertas actividades de riesgo para su beneficio. Ahora bien, lógicamente, el Derecho ha de gestionar ese riesgo.

penales. Tradicionalmente este doble ámbito de consecuencias jurídicas se dividía también en que, en el ámbito administrativo sancionador, la imputación de responsabilidad podía ser objetiva (sin dolo o culpa) y dirigida a personas jurídicas, en cambio, en el ámbito penal necesariamente se requería la imputación por dolo o culpa y estaban excluidas aquéllas. Hoy en día estos dos ámbitos jurídicos se van permeando (Arroyo Alfonso, 2018, p. 26), con el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y con la subjetivización de la responsabilidad objetiva otrora admitida para las sanciones administrativas sin ambages¹⁰.

En todo caso, más allá de la discusión sobre qué infracciones medioambientales deben considerarse administrativas y qué penales, cuestión que escapa al objeto de este análisis, lo cierto es que ambos ámbitos jurídicos resultan dependientes en términos de eficacia y a los efectos de reforzar una tutela efectiva de un bien jurídico común como es el medio ambiente. Es decir, de acuerdo a criterios preventivos generales son tan relevantes el Derecho administrativo sancionador como el Derecho penal, esto es, el rendimiento de ambas regulaciones y de los aparatos del Estado que las aplican poseen vasos comunicantes, sinergias, que conviene reconocer. Ya que al primero le compete una función tan importante como regular y establecer los límites autorizados de contaminación (riesgo permitido) castigando las desobedencias y al segundo, de acuerdo a los principios de lesividad, proporcionalidad y subsidiariedad, ocuparse de las infracciones que lesionan gravemente el medio ambiente, dando una señal general, principalmente a los agentes generadores de riesgo ambiental, de tolerancia cero con dichas conductas y de deber de cumplimiento normativo medioambiental. Para Corcoy y Vives Rego (2006, p. 125):

Es evidente que las entidades que contaminan o dañan el medio ambiente ni invertirán recursos ni adoptarán estrategias destinadas a reducir la contaminación, si no existe la posibilidad de que no sean imputadas jurídicamente y se les exija pagar o reparar el daño que han producido.

3. ACTIVIDAD EMPRESARIAL EN ESTRUCTURAS COMPLEJAS Y DELITOS MEDIOAMBIENTALES

Como antes se ha señalado, la actividad económica de la empresa en relación a la posibilidad de vulneración del medio ambiente es un paradigmático

¹⁰ Me refiero a la exigencia de criterios subjetivos de imputación también para la imposición de sanciones administrativas, como lo exige el Tribunal Constitucional desde la STC 146/1991 y es consenso en la doctrina administrativista.

ejemplo de la sociedad de riesgo y, por tanto, participa de los principales problemas del Derecho penal del riesgo, a saber: a) Sujetos colectivos intervinientes, empresas, organizaciones, personas jurídicas; b) Víctimas indeterminadas, masivas, incluso los llamados «delitos sin víctimas»; c) Superación del problema causal, gracias a que los resultados son producto de las sinergias entre causales humanas y causales tecnológicas. Dadas estas características que muestran la complejidad del delito medioambiental y, por tanto, las grandes dificultades para su persecución penal, bien puede comprenderse por qué se dan tantos niveles de ineficacia e impunidad.

En efecto, nos encontramos con infracciones cuyos resultados pueden desarrollarse a largo plazo, con un distanciamiento entre agresor y víctima, donde la materialización del bien jurídico es imposible porque se trata de bienes difusos, indeterminados y, además, los agentes contaminantes son estructuras complejas. Fácil es comprender que la capacidad lesiva de una persona jurídica es mucho mayor que la de una persona física respecto al medio ambiente, que muchos de estos delitos se producen por conductas reiteradas provenientes de actividades industriales y, por tanto, resulta dificultoso individualizar la responsabilidad como tradicionalmente requería el Derecho penal, puesto que se trata de determinar la responsabilidad en sistemas complejos.

En efecto, los daños medioambientales configurados como resultados típicos suelen ser el producto de un conjunto de acciones u omisiones, dolosas o culposas, que se desarrollan a lo largo del tiempo, protagonizadas por diversas personas que forman parte de organizaciones cerradas, las cuales se relacionan en estructuras de mando horizontales y verticales, en las que se produce delegación de funciones y rige el principio de confianza. En estas condiciones, los resultados difícilmente se pueden atribuir a determinadas personas porque se han fragmentado las decisiones y la ejecución, de manera que con dificultad puede concurrir el tipo objetivo y el tipo subjetivo, requisito ineludible para determinar la responsabilidad penal individual (Zúñiga Rodríguez, 2009, pp. 96-99). Esta es la razón por la cual la mayoría de causas penales están avocadas a la impunidad y se ha demandado la necesidad político-criminal de considerar a la persona jurídica sujeto responsable penalmente.

Ciertamente, la actividad industrial y el riesgo medioambiental se reglamenta con una ingente normativa que se configura como obligaciones jurídicas de las empresas de someterse a las mismas, para actuar dentro del riesgo permitido. Por tanto, los tipos penales medioambientales se comprenden como normas de deberes jurídicos (posición de garante) que se dirigen principalmente a los agentes de riesgo (sujetos obligados jurídicamente). Por consiguiente, no es extraño sostener que las normas penales se dirigen principalmente a empresas u otras personas jurídicas que por su actividad generan riesgos, estando obligados a controlarlos. De lo contrario, si su actividad des-

borda los límites de lo permitido y produce un resultado lesivo típico contra el medio ambiente, está en la obligación de responder penalmente. En Alemania se suele sostener que en estos casos «la llamada de la norma» se dirige principalmente a personas jurídicas¹¹. En España, la Ley de Responsabilidad Medioambiental (Ley 26/2007) (en adelante, LRM), obliga a todas las empresas a prevenir y evitar los daños medioambientales que pudieran provocar sus actividades y, en el caso de que se produzcan, a repararlos (siguiendo con el principio de «quien contamina paga»¹²).

4. EL DAÑO (SUSTANCIAL) AMBIENTAL COMO NÚCLEO DEL INJUSTO PENAL

Ahora bien, dentro de la compleja normativa medioambiental ¿dónde es posible considerar el núcleo de lo prohibido penalmente? Para cumplir con el principio de lesividad, proporcionalidad y subsidiariedad es necesario establecer el núcleo del injusto penal en el daño ambiental grave deliberado o imprudentemente grave, como así lo hacen las Directivas europeas y las propuestas internacionales, puesto que la infracción penal ha de tener un plus respecto a las otras infracciones. Con ello se cumple con la determinación del tipo objetivo y del tipo subjetivo, que se requieren para la configuración del injusto penal en la protección de este bien jurídico colectivo. La tipificación del delito como conductas «que causen o puedan causar daños sustanciales a la calidad del aire...» (art. 325 CP) centran lo injusto penal en la lesión de los recursos naturales o en el peligro de lesión de los mismos, siendo que esta última conducta se pivota igualmente desde la sustancialidad del daño ambiental, y mayoritariamente se interpreta como idoneidad de causar un daño sustancial (delito de peligro hipotético). La equiparación de las conductas de peligro con las conductas de lesión, fuertemente criticada por la doctrina penal¹³, pueden tener su explicación en el carácter complejo de la lesividad de los comportamientos contaminantes, pues puede darse una conexión causa-efecto-origen-efecto en cadena, dependiendo de la concurrencia de una serie de factores, pudiendo ser un agente contaminante lesivo para un medio y a la vez potencialmente lesivo para otro. Asimismo, conforme a la LRM corres-

¹¹ Heine (1995), uno de los autores más significativos sobre el tema, justamente se centró en la responsabilidad penal de las empresas por riesgos medioambientales.

¹² *Vid.* el Preámbulo de la ley y el art. 1. El tema de la indemnización por daño ambiental es crucial en el Derecho ambiental. En muchos casos la responsabilidad penal de la persona jurídica o su irresponsabilidad condiciona el pago de la responsabilidad civil, de ahí también su importancia. *Vid.* nota 7 del caso Prestige.

¹³ Especialmente crítico es Baucells (2019, pp. 15 y ss.).

ponde a las empresas una obligación jurídica de prevenir, evitar y reparar los daños y «las amenazas inminentes de daños» (peligro) a las aguas, a la ribera del mar y de las rías, al suelo y a las especies de flora y fauna silvestres, así como a los hábitats.

Efectivamente, la determinación del daño ambiental es ciertamente un asunto complejo porque es difícil determinar exactamente las causas y los efectos, quién o quiénes generaron la conducta desencadenante del daño, la diversidad de los efectos también es disímil, a corto, medio o largo plazo, depende de las circunstancias de lugar (no es lo mismo en aguas corrientes que en un suelo determinado) y tiempo (por ejemplo, la venida o no de lluvias), de los efectos acumulados (de otras vertientes contaminantes), etc.¹⁴. Las causalidades se multiplican de manera exponencial, porque se multiplican las causas, los efectos, los sujetos intervinientes y los espaciotiempos de las actividades económicas susceptibles de generar impacto ambiental¹⁵.

Como bien apunta Vercher (2018, p. 196), desde un comienzo la determinación de ambos elementos, peligro y gravedad, se constituyó como un «verdadero quebradero de cabeza», por las disímiles interpretaciones que se han planteado, hasta que la jurisprudencia, con el paso del tiempo, ha ido consolidando criterios.

La siguiente pregunta que corresponde es ¿qué se entiende por daño grave o daño sustancial como así lo tipifican ahora los legisladores europeo y nacional? ¿Es lo mismo daño grave que daño sustancial?

Empecemos por la consideración de daño grave porque ya existe jurisprudencia al respecto. Indudablemente que se trata de un juicio de valor difícilmente determinable y, por tanto, sujeto a la valoración de los jueces

¹⁴ Sobre las dificultades de la determinación de las causas y efectos de la conducta de contaminación ambiental Cfr. García Amado y Carvalho Leal (2018, pp. 17-18) para quienes: «En materia ambiental hay casos con significativa dificultad de elegir a la persona responsable, así como la dificultad de establecer el nexo de causalidad. Todo ello por la frenética pluralidad de agentes contaminantes; la eventual distancia entre la emisión del agente lesivo y el lugar de producción de los efectos (como las lluvias ácidas, por ejemplo), además de los daños que se prolongan mucho en el tiempo o que hay una inmensa dificultad para determinar el real alcance de los mismos, etcétera».

¹⁵ Sobre la problemática jurídico-penal *vid.* ampliamente Corcoy y Vives-Rego, (2006, p. 117 y ss.), que señalan factores a tener en cuenta como la dosis de los agentes tóxicos, los efectos inespecíficos que se generan, la proximidad del agente contaminante al recurso natural, la calidad de este, etc.

según las circunstancias del caso¹⁶. Como suele suceder los casos evidentes, perceptibles claramente por los sentidos, como sucedió en el caso Prestige, no plantean dudas. Lo difícil es su determinación en casos menos evidentes y más difícil aún será determinar la idoneidad de las conductas contaminantes para causar un daño sustancial (el delito de peligro), donde indefectiblemente, dada las innumerables posibilidades, estará sujeto a interpretación.

A este respecto la STS 1242/2004, de 8 de noviembre (Ponente: Bacigalupo), ayuda a clarificar el concepto de daño grave en materia de vertidos, estableciendo que:

Se debe considerar grave todo traspaso de los límites reglamentarios de una entidad notable. En el caso presente... superaban en cuatro y cinco veces respectivamente los límites establecidos reglamentariamente y, por tanto, se deben calificar como vertidos generadores de un peligro grave en el sentido del artículo 347 bis del Código Penal de 1973 (Sentencia del Tribunal Supremo 1242/2004, de 8 de noviembre).

En suma, se tendrá que valorar la entidad notable del traspaso de los límites reglamentarios, entendiéndose por tal el traspaso de cuatro o cinco veces los límites establecidos, lo cual corresponde a una calificación de grave.

Si bien semánticamente «grave» no es lo mismo que «sustancial», al menos puede ser útil tener en cuenta los significados de «grave» construidos jurisprudencialmente como punto de partida, ya que «sustancial» puede entenderse como algo más que grave. «Sustancial» se entiende como importante, esencial, que afecta a la sustancia de las cosas (RAE), por tanto, ha de tratarse de un daño ambiental importante, esencial, de un menoscabo o perjuicio que afecta a la sustancia de los recursos naturales. Parece, pues, que el legislador de 2015 ha subido un poco más el listón de las infracciones penales exigiendo un plus de lesividad del bien jurídico.

Un buen elemento de referencia para comprender el daño ambiental sustancial es la consideración de la Ley de Responsabilidad Medioambiental que establece como ámbito de aplicación «Los daños a las especies silvestres y a los hábitats, es decir, cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en la posibilidad de alcanzar o de mantener el estado favorable de conservación de esos hábitat o especies» (art. 2-1a)¹⁷.

¹⁶ De ahí la necesidad de fiscales y jueces especializados.

¹⁷ El Anexo 1 de la LRM establece una serie de criterios para medir los daños significativos de los recursos naturales susceptibles de generar responsabilidad medioambiental.

Habiéndose complejizado el problema de la responsabilidad medioambiental con los sujetos intervinientes, la lesividad de los comportamientos, la determinación del daño ambiental, la doctrina que mayor rendimiento puede tener es la teoría de la imputación objetiva, apropiada para dilucidar la responsabilidad (tanto administrativa, como penal, incluso civil¹⁸) de las actividades de riesgo que pudieran desembocar en resultados lesivos para bienes jurídicos, como el medio ambiente que de por sí es un bien jurídico difuso. Actualmente es mayoritaria la doctrina y la jurisprudencia en delitos de resultado como el que nos ocupa, la superación de la determinación de nexos causales naturalísticos, para pasar a tener relevancia factores causales jurídicamente relevantes (criterios normativos). Según la teoría de la imputación objetiva, a quien actúa dentro de los riesgos permitidos no puede imputársele un resultado típico. O, dicho de otro modo, quien supera los riesgos permitidos tendrá que responder por las consecuencias de sus actos. Se entiende por conductas dentro del riesgo permitido las socialmente adecuadas y aquellas que se desarrollan dentro del ámbito regulado y autorizado (LRM y legislación conexa).

5. CONSIDERACIONES FINALES

El injusto penal medioambiental tiene como núcleo el daño ambiental grave. Su determinación es una tarea compleja y ardua, aunque existen avances en consensos jurídicos y en adelantos tecnológicos para determinarlo. Siendo la empresa el principal agente de riesgo medioambiental por desarrollar una actividad generadora de los mismos en su propio beneficio, les corresponde a las mismas gestionar diligentemente dichos riesgos y someterse al cumplimiento normativo (*compliance programs*). De lo contrario, si se produce un incumplimiento deliberado o imprudentemente grave, deberá responder penalmente si se trata de un daño sustancial para los recursos naturales. La teoría de la imputación objetiva resulta idónea para esa imputación conectando el agente contaminante (riesgo no permitido) con el resultado de daño ambiental sustancial.

¹⁸ Cfr. Salvador Coderch y Fernández Crende (2006) que indican cómo en el Derecho de daños se ha llegado a criterios de imputación ni totalmente objetivos ni totalmente subjetivos, cual es la confluencia en la teoría de la imputación objetiva por influjo de la doctrina alemana, para la determinación de la responsabilidad. También García Amado y Carvalho Leal (2018, pp. 13 y ss.), para quienes después de una serie de discusiones entre responsabilidad objetiva y responsabilidad subjetiva para la determinación de la responsabilidad por daño ambiental, la teoría del riesgo ha venido a pacificar ese debate.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARROYO ALFONSO, M. S. (2018). Apuntes sobre la administrativización del Derecho Penal del medio ambiente. *Actualidad Jurídica Ambiental*, 83, 7-41.
- BAUCELLS, J. (2019). Tentativa inacabada de protección del medio ambiente. *Revista catalana de Derecho ambiental*, x, 1-31.
- CASTRO, F. de (1991). *La persona jurídica*. (2ª ed.). Madrid: Civitas.
- CORCOY BIDASOLO, M. y VIVES-REGO, J. (2006). Evaluación del riesgo y del impacto (o daño) en el delito ecológico: aspectos jurídicos y forenses. *Revista Poder Judicial*, 83, 91-128.
- DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Recuperado el 31 de enero de 2021, de <https://dle.rae.es/?w=sustancial>.
- DIRECTIVA 2008/99/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 19 DE NOVIEMBRE RELATIVA A LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE POR EL DERECHO PENAL. Diario Oficial de la Unión Europea. Recuperado el 31 de enero de 2021, de <https://n9.cl/geqpx>.
- FUENTES LOUREIRO, M. A., (2022). El proceso de consolidación del Derecho Penal ambiental en la Unión Europea. *Revista de Estudios Europeos*, 79, 324-343.
- GARCÍA AMADO, J. A. y CARVALHO LEAL, V. de (2018). Daño ambiental y encrucijadas de la teoría de daños. *Revista Brasileira de Direito*, 14(2), 7-21.
- GÓRRIZ ROYO, E. (2019). *Criminal compliance* ambiental y responsabilidad penal de las personas jurídicas a la luz de la LO 5/2015 de 30 de noviembre. *Indret*, 4. Recuperado el 31 de enero de 2021, de <https://indret.com/wp-content/uploads/2019/12/149ivi.pdf>.
- HEINE, G. (1995). *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, von individuellen Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Grossrisiken*. Baden-Baden: Nomos Verlag.
- LEY 26/2007, DE 23 DE OCTUBRE, DE RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL. BOE, nº 255, de 24/10/2007. Recuperado el 31 de enero de 2021, de <https://www.boe.es/eli/es/l/2007/10/23/26/con>.
- LUZÓN PEÑA, D. M. (1993). La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito. *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 46, 21-34.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (2017). Un nuevo despropósito jurídico en el caso “Prestige”: ahora el Tribunal Supremo. *Revista penal*, 39, 256-266.
- PÉREZ CEPEDA, A. (2019). Hacia el fin de la impunidad de las empresas transnacionales por la violación de derechos humanos. *Revista Penal*, 44, 123-146.
- RUGGIE, J. (2011). Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar», de 21 de marzo de 2011, Consejo de Derechos Humanos, 17º período de sesiones de la ONU. Recuperado el 31 de enero de 2021, de rb.gy/anjj2.
- SALVADOR CODERCH, P. y FERNÁNDEZ CRENDE, A. (2006). Causalidad y responsabilidad (3ª ed.). *Indret*, 1. Recuperado el 31 de enero de 2021, de https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/329_es.pdf.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 1242/2004, DEL 8 DE NOVIEMBRE.

VERCHER NOGUERA, A. (2018). Aspectos procesales de los delitos contra el medio ambiente. *Revista jurídica de Castilla y León*, 46, 187-215.

VICENTE MARTÍNEZ, R. de (2018). Hacia un derecho penal internacional medioambiental: catástrofes ambientales y «ecocidio». En M. MAROTO CALATAYUD, M. P. MARCO FRANCIA y E. DEMETRIO CRESPO (Dirs.). *Derecho penal económico y derechos humanos* (pp. 245-277). Valencia: Tirant lo Blanch.

VIZOSO, S. (2019, 26 de noviembre). La justicia paga las primeras indemnizaciones del “Prestige” 17 años después. *El País*. Recuperado el 31 de enero de 2021, de https://elpais.com/politica/2019/11/26/actualidad/1574782611_592884.html.

ZÚÑIGA, L. (2000). *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. Navarra: Aranzadi.

ZÚÑIGA, L. (2009). *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas* (3ª ed.). Navarra: Aranzadi.

ZÚÑIGA, L. (2018). Responsabilidad penal de las personas jurídicas y derechos humanos. Una valoración desde la reforma de 2015 de la legislación española. En M. MAROTO CALATAYUD, M. P. MARCO FRANCIA y E. DEMETRIO CRESPO (Dirs.). *Derecho penal económico y derechos humanos* (pp. 87-110). Valencia: Tirant lo Blanch.

ZÚÑIGA, L. (2020). *Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Lima: Pacífico.

JUSTICIA EMPRESARIAL RESTAURATIVA Y VÍCTIMAS CORPORATIVAS¹

Justiça empresarial restaurativa e vítimas corporativas

Restorative business justice and corporate victims

ADÁN NIETO MARTÍN

Universidad de Castilla La Mancha (UCLM, España)

RESUMEN

Este trabajo pretende introducir en la responsabilidad penal de las personas jurídicas los conocimientos aportados recientemente por la denominada victimología corporativa de la mano de planteamientos procedentes de la justicia restaurativa. Los estudios sobre victimología corporativa permiten dar una vuelta de tuerca al sistema de penas e, incluso, dar una respuesta a la criminalidad empresarial basada en los planteamientos realizados por la justicia restaurativa, como camino para dar entrada a los intereses de la víctima.

Palabras clave: Victimología corporativa; justicia restaurativa; responsabilidad penal; derechos humanos; medioambiente.

¹ Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación «Responsabilidad penal de empresas multinacionales por violaciones a derechos humanos y medio ambiente» (DER2017-85144-C2-I-P). Para una mayor información sobre el mismo: <http://blog.uclm.es/repmult/>. Los planteamientos que se exponen en este trabajo han sido desarrollados posteriormente en Calvo Soler y Nieto Martin (2023).

RESUMO

Este trabalho pretende introduzir na responsabilidade penal das pessoas jurídicas as contribuições mais recentes trazidas pela chamada vitimologia corporativa, acompanhadas pelas reflexões procedentes da justiça restaurativa. Os estudos sobre vitimologia corporativa permitem dar um giro ao sistema punitivo e, inclusive, dar uma resposta à criminalidade empresarial baseada nos enfoques da justiça restaurativa, como caminho para dar entrada aos interesses da vítima.

Palavras-chave: Vitimologia corporativa; justiça restaurativa; responsabilidade penal; direitos humanos; meio ambiente.

ABSTRACT

This work intends to introduce into the criminal liability of legal entities the most recent contributions brought by the so-called corporate victimology, accompanied by the reflections coming from restorative justice. The studies on corporate victimology allow us to turn the punitive system around and even give a response to corporate criminality based on the approaches of restorative justice, to give entry to the interests of the victim.

Keywords: Corporate victimology; restorative justice; criminal liability; human rights; environment.

1. VICTIMOLOGÍA CORPORATIVA Y RESPONSABILIDAD PENAL DE PERSONAS JURÍDICAS

ESTE TRABAJO PRETENDE INTRODUCIR en la responsabilidad penal de las personas jurídicas los conocimientos aportados recientemente por la denominada victimología corporativa (Forti, 2018; Hall, 2013; Saad-Diniz, 2020a), de la mano de planteamientos procedentes de la justicia restaurativa². Hace ya tiempo señalaba que el debate sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas se había centrado prioritariamente en la discusión del modelo

² En este punto, las ideas que aquí se exponen han sido ya sugeridas en otros trabajos anteriores, *vid.* Nieto Martín (2008a); Neyret (2015); Nieto Martín (2017) y Saad-Diniz & Vitte de Laurentiz (2018). Esta propuesta, que en un principio pudiera parecer un tanto «exótica», en cuanto que procedía fundamentalmente de experiencias tan ajenas en nuestro entorno como las australianas, ha sido profundizada en un reciente proyecto de investigación dirigido por la profesora Mercedes García Arán. En el marco de este proyecto, cabe citar los siguientes trabajos de muy reciente publicación: Baucells Lladós (2020); Cuenca García (2020); Gaddi (2020); García Arán (en prensa); Guardiola Lago (2020); Rodríguez Puerta (2020). Los planteamientos que se exponen en este trabajo han sido desarrollados posteriormente en Calvo Soler y Nieto Martín (2023).

de imputación (Nieto Martín, 2008a, p. 266)³, relegando a un segundo plano lo que a la postre determina la eficacia de la intervención penal, como es el sistema de sanciones. En lo que afecta al sistema de penas, seguimos anclados en las aportaciones que durante los años ochenta del pasado siglo realizaron los partidarios del análisis económico del derecho, las críticas que realizaron a este modelo los partidarios del denominado *structural model* y, finalmente, las nuevas propuestas que procedían de la teoría de la regulación, como el *enforcement* piramidal de John Braithwaite. Los estudios sobre victimología corporativa permiten dar una vuelta de tuerca al sistema de penas e incluso, yendo más allá, dar una respuesta a la criminalidad empresarial basada en los planteamientos realizados por la justicia restaurativa, como camino para dar entrada a los intereses de la víctima.

La victimología corporativa ha puesto sobre la mesa una serie de peculiaridades que afectan tanto a la victimización primaria como secundaria de las víctimas de las grandes corporaciones. La primera nota que distingue a las víctimas corporativas es su falta de consideración como víctimas. Se trata del revés de las teorías del etiquetamiento. Si estas demuestran cómo el sistema penal es selectivo a la hora de establecer quiénes son los autores del delito, mostrando sesgos que tienen que ver con la clase social del autor o el tipo de delito, el reverso de la moneda es que las víctimas de estos delitos quedan sin etiquetar. Para el sistema penal, las víctimas de los delitos corporativos son con frecuencia invisibles, como muestra el texto de la Directiva Europa sobre derechos de las víctimas y su proceso de gestación, donde ni se las menciona, ni se las ha tenido presentes (Mazzucato, 2018, pp. 22 y ss.).

A la invisibilidad de las víctimas corporativas ha contribuido la propia teoría jurídica del delito, donde muchas veces hemos catalogado determinados delitos como la corrupción, los delitos contra el medio ambiente o el fraude fiscal, como delitos sin víctimas. La construcción teórica de los bienes jurídicos colectivos o institucionales ha ayudado a este proceso (Guardiola Lago, 2020, pp. 537 y ss.; Rodríguez Puerta, 2020, pp. 9 y ss.). Reconducir normativamente la dañosidad social del delito a la lesión del bien jurídico, conlleva contemplar la realidad con unas anteojeras que dejan fuera de nuestro espectro muchos de los daños, probablemente los más importantes, que implican determinados tipos de criminalidad. El caso paradigmático quizás sea el de la corrupción. La imparcialidad de la administración de justicia, como bien jurídico protegido, dificulta incluir dentro del debate jurídico penal, que la corrupción también es un problema de gobernanza, de derechos humanos o de exclusión social (Saad-Diniz & Vitte de Laurentiz, 2018; Planchadell Gallardo,

³ Posteriormente me he ocupado de esta cuestión en Nieto Martín (2008a y 2012).

2016). La separación entre delitos y sanciones administrativas, vinculada también en gran medida a la elaboración del concepto de bien jurídico, coadyuva al proceso de invisibilidad. Las víctimas de sanciones administrativas son aún más invisibles, cuando el daño que experimentan puede ser similar (Hall, 2013, pp. 25 y ss.; Visconti, 2018, pp. 149 y ss.).

La falta de visibilidad de las víctimas corporativas se debe igualmente a que ellas mismas en ocasiones no acaban de reconocerse como tales, no se identifican como víctimas de un delito. Las personas que carecen de servicios públicos esenciales como consecuencia del fraude fiscal o corrupción generalizados, lo más seguro es que no se sientan víctimas de ningún comportamiento delictivo (Rodríguez Puerta, 2020, pp. 25 y ss.). Ni siquiera en supuestos de delitos ambientales, donde el daño es más visible, las personas que, por ejemplo, sufren enfermedades respiratorias como consecuencia de determinadas emisiones pueden identificarlas como consecuencia de las mismas. En muchos casos, la identificación como víctimas sólo surge mucho más tarde, cuando se demuestra la relación causal existente entre una determinada sustancia y la enfermedad que parecen, como ha ocurrido, por ejemplo, con las víctimas del amianto.

La segunda característica de las víctimas corporativas es que son a menudo víctimas dependientes económicamente del victimario. Dependen directamente o indirectamente de la empresa que les ha causado el mal, pues son sus trabajadores o viven en una región donde la empresa representa una de las principales fuentes de riqueza (Saad-Diniz, 2019, pp. 172 y ss.). Esta dependencia conduce a la revictimización. Los trabajadores de una fábrica que utiliza productos tóxicos siguen expuestos a sus consecuencias, en cuanto que no les resulta fácil cambiar de actividad. Ante la disyuntiva de un peligro lejano, como una enfermedad cancerígena, o la pérdida cierta del trabajo que podría derivarse de las sanciones impuestas a la empresa, prefieren seguir expuestos al peligro.

La asimetría informativa existente entre víctima y victimario representa la tercera nota que distingue a las víctimas corporativas. La empresa puede tener conocimiento de la toxicidad de sus productos o procesos de producción muchos años antes de que las víctimas y el resto de la sociedad tengan noticias de ellos. Los resultados a largo plazo, en la denominada contaminación histórica, en casos como el amianto, al que antes se hacía ya referencia, son un buen ejemplo de este fenómeno (Centonze & Manacorda, 2017). Pero no es sólo que la empresa albergue un mayor conocimiento sobre los factores del daño, sino que también por su poder tiene capacidad para imponer una determinada narrativa sobre el mismo. Una versión de los hechos que la desligue de la responsabilidad y que incluso llegue a responsabilizar a las víctimas.

Finalmente, la cuarta particularidad, vinculada también a la asimetría de poder, se manifiesta especialmente en el proceso judicial, donde las víctimas de las grandes corporaciones están particularmente indefensas. Mediante los procesos de deslocalización de la producción, los comportamientos lesivos suelen producirse en países singularmente débiles económicamente y con sistemas judiciales poco robustos, dominados en muchos casos por la corrupción⁴. Los derechos de las víctimas, que han ido apareciendo en la mayoría de los ordenamientos durante las últimas décadas, no están pensados para diferencias de recursos tan importantes como los que pueden existir entre una corporación y sus víctimas. La capacidad de defensa de la empresa puede hacer de cualquier proceso, incluidos los procesos penales, una historia interminable, que deje sin recursos a las víctimas y que aplase *sine die* sus posibilidades de resarcimiento. Ello supone que, en estos casos, de manera prácticamente estructural, aparece una victimización secundaria.

Este rápido esbozo sirve ya para percatarse de lo ineficiente que puede resultar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, si no se tiene presente desde el primer momento a sus víctimas ¿Qué beneficio obtienen, por ejemplo, las víctimas que se han quedado sin infraestructuras básicas en un país del tercer mundo como consecuencia de la corrupción por el hecho de que la multinacional sea sancionada penalmente a través de una cuantiosa multa en el país donde tiene su centro de negocios? El derecho penal de las personas físicas fue construido en el momento histórico de máxima invisibilidad de la víctima, que comprende el siglo XIX y más de la mitad del siglo XX. Por esta razón, la introducción de las víctimas y de sus intereses en el sistema penal está rodeada de múltiples tensiones. El derecho penal de las personas jurídicas se ha empezado a construir por el contrario en un momento histórico bien diferente, en el que existe plena consciencia de esta equivocación, motivo por el cual sería imperdonable construir un sistema de responsabilidad sin atender a sus intereses.

El presente trabajo camina, como apuntaba, en esta dirección. El papel de las víctimas dentro del sistema de penas ha sido objeto de una discusión muy limitada en el marco de la responsabilidad penal individual, donde el debate sobre la reparación como alternativa juega un papel residual (Alastuey Dobón, 2000; Galaín, 2009; 2010). Sólo en tiempos recientes se ha comenzado a reflexionar acerca del papel de la víctima en relación a los fines de la pena (Gil Gil, 2016). En el caso de la responsabilidad de personas jurídicas, aunque tampoco existe una reflexión teórica importante, se aprecian tímidos signos de

⁴ En este punto son especialmente importantes las contribuciones procedentes de la «criminología verde». *Vid.* Natali (en prensa).

un mayor protagonismo de la reparación del daño. Más allá de la existencia de atenuantes de reparación, en las *Guidelines* norteamericanas, la reparación constituye el fin prioritario ante el que deben ceder otras finalidades cuando entren en contradicción. Igualmente, desde hace algún tiempo autores como Braithwaite (2006, pp. 1110 y ss., 2009, pp. 439 y ss., 2012, pp. 7 y ss.), Parker (2004, pp. 209 y ss.) o Johnstone (2005, pp. 25 y ss.) vienen proponiendo la necesidad de introducir planteamientos procedentes de la justicia restaurativa⁵. Por esta razón, la segunda parte de este trabajo se dedica a esbozar las posibilidades de utilizar la justicia restaurativa, en lugar del modelo tradicional.

Las reflexiones que aquí se realizan se centran principalmente en un grupo de casos muy concretos, los supuestos de violencia corporativa⁶ que pueden tener como resultado graves afectaciones al medio ambiente o a los derechos humanos. Con independencia de que la justicia restaurativa pueda aplicarse generalmente a todos los supuestos, graves y menos graves de delincuencia económica, los casos de violencia empresarial constituyen un marco especialmente adecuado para una primera reflexión (Nieto Martín, 2020a).

2. SANCIONES ORIENTADAS A LAS VÍCTIMAS

La construcción de un sistema de sanciones orientado a la víctima tiene como objetivo básico evitar que las sanciones contra las empresas tengan efectos indirectos o daños colaterales que impidan, por ejemplo, la reparación del daño. En una extraña paradoja, las víctimas de un delito pueden

⁵ La justicia restaurativa aplicada a los delitos económicos, fuera del círculo de estos autores, ha sido objeto de muy escasa atención en la literatura tanto continental como anglosajona (Aersten, 2018; Gabbay, 2007; Luedtke, 2014).

⁶ El concepto de violencia corporativa ha sido utilizado para designar casos en los cuales las víctimas del comportamiento de la empresa perdían la vida o sufrían graves lesiones como consecuencia de la actividad ordinaria de la empresa, al violar la normativa laboral o medioambiental. Lo importante de este concepto más que el tipo de daño, que podría ampliarse a otros muchos factores, es la reflexión sobre el concepto de violencia. Se trata de una violencia indirecta, que no requiere de contacto físico, ni siquiera una relación interpersonal. Es el resultado de una variedad de políticas, acuerdos, decisiones, órdenes de una organización. Igualmente es una violencia a distancia tanto temporal, como espacial. Estas decisiones se toman en lugares lejanos a donde se produce el daño, y en un momento que puede ser también muy anterior. No es, además, normalmente ni una violencia voluntaria. Las decisiones políticas y otras a las que hacía referencia no buscan en modo alguno causar un mal, sino que persiguen el incremento de los beneficios o la rentabilidad de un negocio. Respecto de este concepto, *vid.* Viscontin (2018 pp. 157 y ss.) y Saad-Diniz (2020a, pp. 161 y ss.).

ser en ocasiones afectadas colateralmente por la sanción. La multa impuesta puede afectar a las posibilidades de reparación o ser de tal envergadura que obligue a la restricción de puestos de trabajo. Esta contradicción me parece muy evidente en los casos de gran corrupción. Las sanciones que reciben las empresas multinacionales, por ejemplo, en aplicación de la *Foreign Corrupt Practices Act*, en nada benefician los usuarios de las infraestructuras públicas que aumentaron estrepitosamente su precio o dejaron de hacerse. No deja, además, de ser un sarcasmo que las arcas públicas de los países occidentales que sancionan a sus empresas por hechos cometidos en el exterior se beneficien, además, en exclusiva de las multas gigantescas que imponen.

Superado este escalón básico, un segundo nivel debiera aspirar a diseñar sanciones orientadas a la víctima. Se trata de atender a sus intereses, sin descuidar otros fines de la pena como la prevención general o especial. Con este fin se propondrá una nueva generación de sanciones, que denominaré como sanciones empoderativas, donde el «mal» que ocasiona la imposición de la pena será restar poder de decisión a sus administradores, para al mismo tiempo trasladar este poder por diversos mecanismos a las víctimas.

2.1. Sanciones y daños colaterales

Tal como indicaba, el objetivo básico es el de evitar daños colaterales, que pueden derivarse tanto de la imposición de multas como de sanciones interdictivas (cierre de locales, prohibición de actividades, disolución...). Las sanciones interdictivas pueden ser especialmente perjudiciales para colectivos relacionados con la actividad de las empresas (trabajadores, acreedores) que a veces, además, pueden ser las víctimas del delito. Este tipo de sanción resulta muy agresiva con el desarrollo de la actividad normal de la empresa, puede dar lugar a despidos o incluso a la apertura de procesos concursales, lo que aleja el horizonte de la reparación. La forma más efectiva para evitar daños a las víctimas, y otros colectivos, es reducir el uso de este tipo de sanciones a lo imprescindible. Dejando de lado los supuestos de criminalidad organizada y empresas cuya actividad principal es la delictiva, ello se lograría eliminando de las sanciones interdictivas cualquier pretensión de prevención general y utilizarlas tan sólo con fines preventivos especiales negativos o inocuidadores, reservándolas para aquellos casos en los que la actividad productiva pone peligro los intereses de trabajadores, consumidores o el medio ambiente.

Una concreción de esta propuesta se encuentra en el art. 17 del Decreto Legislativo nº 231 italiano, donde se señala expresamente que no se impondrán sanciones interdictivas cuando la empresa ha reparado el daño, eliminando las consecuencias dañosas de su comportamiento o ha emprendido acciones

eficaces para evitar estas consecuencias, ha implantado o mejorado su sistema de cumplimiento y ha puesto el beneficio obtenido a disposición de las autoridades para su comiso⁷. Igualmente, en el art. 66 bis del CP español, las penas interdictivas o la disolución, previstas en los apartados b) a f) del art. 33. 7, tienen como presupuesto comprobar «su necesidad para prevenir la continuidad delictiva o de sus efectos». Este requisito exige reservar, tal como antes indicaba, las sanciones interdictivas para empresas peligrosas. No obstante, si de lo que se trata es de conjurar la peligrosidad de empresas viables económicamente, con el fin de que puedan seguir operando y a la vez evitar daños colaterales, la pena más idónea sería la intervención. El art. 33. 7 f) del CP español regula esta pena señalando precisamente como su objetivo prioritario debe ser el atender a los intereses de los trabajadores y acreedores, que han podido ser víctimas del delito.

La multa es genuinamente la sanción que más entorpece los intereses de las víctimas. Si se quiere ser muy disuasivo imponiendo multas muy cuantiosas, al final las víctimas verán disminuida su posibilidad de ser indemnizadas. En el caso de que las víctimas sean trabajadores o acreedores, la multa puede contener también importantes daños colaterales, que afecten a sus intereses. Esta es precisamente una de las razones que siempre se han esgrimido contra la multa, la *overdeterrence*, tal como la conciben los partidarios de la teoría económica del derecho. El CP español resuelve desde antiguo esta cuestión haciendo una orden de prelación de pagos (art 126 CP). El patrimonio del penado se aplica primero a la reparación del daño, a satisfacer los intereses de la víctima, y sólo posteriormente al pago de la multa⁸. En el caso de las personas físicas, esta regla no disminuye el carácter preventivo general de la multa. En la mayoría de los códigos penales, la multa siempre tiene una sanción de apoyo como es el arresto sustitutorio o los trabajos en beneficio de la comunidad, por lo que reparación y prevención general no son fines que colisionen.

⁷ Art. 17 Reparación de las consecuencias del delito. 1. Restando la aplicación de las sanciones pecuniarias, las sanciones interdictivas no se aplican si antes de la declaración de la apertura del juicio oral, concurren las siguientes circunstancias: a) la persona jurídica ha reparado íntegramente el daño y ha eliminado las consecuencias dañosas o peligrosas del delito o ha actuado de manera eficaz con este fin; b) la persona jurídica ha eliminado las carencias organizativas que han determinado el delito mediante la adopción e implantación de modelos organizativos idóneos para prevenir delitos como el realizado; c) la persona jurídica ha consignado el beneficio conseguido con el fin de que sea confiscado.

⁸ La LO 1/2015 que ha reformado este precepto ahonda más en la línea de primar los intereses de la víctima, dando preferencia al pago de las costas procesales en que haya podido incurrir la víctima del delito frente a la indemnización al Estado.

En el caso de las personas jurídicas, la compatibilidad de la multa con la reparación se pretende resolver (Arts. 50.6 y 53.5 del CP) a través del fraccionamiento del pago. El art. 53.5, que prevé un sistema específico para la persona jurídica, señala que el pago de multa puede suspenderse durante un período de hasta cinco años, «cuando su cuantía ponga probadamente en peligro la supervivencia de aquella o el mantenimiento de los puestos de trabajo existentes en la misma, o cuando lo aconseje el interés general». Nuevamente este precepto permite tener en cuenta los intereses de un variado número de *stakeholders* de la empresa que va a ser sancionada, entre ellos sus víctimas, que pueden ser incluidas bajo la cláusula de interés general.

La tensión entre sanción y reparación se aborda también en las Directrices para la imposición de sanciones norteamericanas, que expresamente señalan que la primera finalidad de la sanción contra una persona jurídica es la reparación y luego el pago de la multa⁹. En los casos en que la organización, como consecuencia de esta medida, carezca de medios para pagar una multa calculada por el modo habitual, existe una forma alternativa de calcular la multa, la denominada multa para empresas insolventes. Incluso cuando se comprueba que la organización es o será incapaz de pagar la multa es posible prescindir de ella totalmente. Esta posibilidad se fundamenta en el *just desert* como teoría de la pena que, aunque de manera simplificada, se suele identificar con la retribución, incluye también la reparación de la víctima como fin prioritario de la pena.

Resulta también importante atender al modo en que las *Guidelines* aseguran la reparación del daño. La reparación en unos casos constituye una condición de la *probation*, lo que supone que el oficial de prueba tiene entre sus tareas supervisar el modo en que se efectúa la reparación (United States Sentencing Commission, 2021, §8B1.2. y §8D1.1). En el caso en que la empresa sea condenada, la supervisión de la reparación se realiza mediante *supervised release*, y corre a cargo de una persona designada por el juez. Esta modalidad de intervención resulta imprescindible para asegurar la eficacia de la repara-

⁹ United States Sentencing Commission (2021). § 8B 1.1. Introductory Commentary: “As a general principle, the court should require that the organization take all appropriate steps to provide compensation to victims and otherwise remedy the harm caused or threatened by the offense. A restitution order or an order of probation requiring restitution can be used to compensate identifiable victims of the offense. A remedial order or an order of probation requiring community service can be used to reduce or eliminate the harm threatened, or to repair the harm caused by the offense, when that harm or threatened harm would otherwise not be remedied. An order of notice to victims can be used to notify unidentified victims of the offense”.

ción de la víctima, que constituye a su vez parte del derecho fundamental a obtener una tutela judicial efectiva.

Un problema hasta ahora no afrontado es cómo compaginar los intereses de las distintas víctimas o afectados por el delito, en cuanto que estos pueden ser contradictorios. Los intereses de los acreedores o de los trabajadores pueden resultar contrapuestos a las víctimas, por ejemplo, de la contaminación ambiental, en cuanto que su reparación efectiva puede poner en peligro el cumplimiento de las obligaciones de la empresa. En este sentido, debería existir la posibilidad de establecer mecanismos que armonicen la diversidad de intereses. El derecho de daños absolutiza la reparación de los afectados directos, lo que puede dejar de lado, por ejemplo, la reparación de intereses colectivos o de víctimas más difusas. Las *Guidelines* prevén disposiciones que permiten no sólo aplazar la responsabilidad civil, sino también fraccionar el pago de las responsabilidades civiles o incluso atemperarlo. La responsabilidad civil satisface los intereses sólo de una categoría de víctimas, aquellas cuyo daño se traduce en un perjuicio patrimonial, pero obviamente puede llegar a ser contraproducente para otras categorías de víctimas¹⁰. Este problema conduce en cualquier caso a una discusión mucho más amplia, muy importante por ejemplo en los delitos contra el medio ambiente, donde la diferencia entre el concepto de víctima y el de perjudicado civil puede ser enorme. Aunque el CP español en los delitos contra el medio ambiente señala expresamente que los jueces o tribunales ordenarán la adopción, a cargo del autor del hecho, de las medidas necesarias encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado (art. 339) (Puente Aba, 2004, p. 6), no existe regulación alguna de cómo compaginar la reparación de daños medioambientales, los procedentes de la reparación civil y los que hayan podido experimentar otro tipo de víctimas.

2.2. Sanciones restaurativas o socializadoras

Desde el punto de vista de la protección de las víctimas, resulta un objetivo muy modesto centrarse en un sistema de sanciones que simplemente pretenda evitar daños colaterales. La introducción de los intereses de la víctima dentro del sistema de penas debe ser más ambiciosa y aspirar a un segundo escalón en el cual sus intereses sean un objetivo prioritario a la hora de con-

¹⁰ En este punto merece especial interés la propuesta que recientemente ha realizado Cuenca García (2020), con el fin de dotar de elementos restaurativos a la atenuante de reparación, dentro del marco de los delitos.

figurar la sanción¹¹. Un ejemplo de este tipo de sanciones es el que en Estados Unidos se denomina *order to notice to victim* (United States Sentencing Commission, 2021, §8B1.4.). Se trata de una publicidad, a través de correo o de anuncios, restringida a las víctimas o afectados por delitos de fraude con el fin de que sean conscientes de la sanción y facilitar la reparación (Gruner, 1993). Claramente, este tipo de sanción sirve para compensar las asimetrías informativas entre víctimas y autores a las que antes se hacía referencia.

Los servicios o trabajos en beneficio de la comunidad constituyen un tipo de sanción que con facilidad puede configurarse con el fin de atender a los intereses de la víctima de la infracción. Tal como se dispone en las *Guidelines*, esta sanción resulta especialmente apropiada cuando la empresa dispone del *know how* específico para reparar el daño causado por su comportamiento. La empresa no se limita pasivamente a aportar una cantidad que sufrague la reparación, sino que también debe emplear sus conocimientos técnicos, medios y trabajadores (Nieto Martín, 2008b, p. 314; Fisse, 1981, pp. 970 y ss.).

No obstante, la posibilidad de tener en cuenta los intereses de la víctima a la hora de conformar la sanción va más allá de estos supuestos, en donde la sanción está muy ligada a la reparación de daños tal como se entiende por el derecho civil. Es posible ser más imaginativos a la hora de proponer sanciones orientadas a la víctima, con una dimensión mucho más colectiva o social. En este sentido, una primera propuesta son las multas en beneficio de la comunidad que se inspiran en las previsiones del art. 378 del CP español. En los años 80, cuando el consumo de drogas ocasionaba la muerte de miles de jóvenes, muchas madres encabezaron un movimiento social entre cuyas reivindicaciones se encontraba la necesidad de invertir los fondos obtenidos en la indemnización del daño u otro tipo de proyectos sociales. Y es que, ciertamente, resulta obsceno que el Estado se apropie de los bienes decomisados o de la cantidad pagada mediante multa mientras las víctimas continúan desatendidas. Fruto de esta presión es el actual art. 378 del CP, que exclusivamente en materia de drogas, señala que tanto el comiso como la multa irán a parar a reparar el daño causado y a indemnizar los perjuicios. Desde luego, aunque el art. 378 utiliza términos procedentes de la responsabilidad civil como indemnización o reparación, lo cierto es que estos conceptos pueden interpretarse de manera autónoma. Los delitos de tráfico de drogas son infracciones de peligro, es decir, dogmáticamente delitos sin víctimas, que no conllevan ningún

¹¹ Se trata desde luego de ir más allá de dar estímulos a través del sistema de ejecución de las sanciones o de su determinación para la satisfacción de los intereses de la víctima. Este tipo de estrategia genera importantes distorsiones con otros fines de la pena (Faraldo Cabana, 2006).

tipo de reparación civil, por esta razón el art. 378 permite emplear estos fondos en proyectos sociales que benefician a un conjunto amplio e indeterminado de personas afectadas o que vayan destinados a mejorar el entorno social.

Este tipo de previsiones podrían generalizarse a través de la figura de las multas en beneficio de la comunidad. La cuantía de la multa pasaría a formar parte de un fondo fiduciario que se destinaría a reparar los daños ocasionados por el delito en el seno de la comunidad. En su diseño resultaría conveniente establecer que la aplicación de los fondos no fuera decidida exclusivamente por el Estado, sino que las comunidades afectadas tuvieran voz en este proceso o incluso pudieran decidir en qué proyectos o acciones se invierten las cantidades que conforman el fondo fiduciario.

Igualmente debe pensarse en el establecimiento de la denominada *equity fine* o multa de capital propuesta por John Coffee (1981) a principios de los años ochenta del pasado siglo y desarrollada por Kennedy (1985), que se ha introducido en países como Australia (Braithwaite, 2013, pp. 35 y ss.)¹². Esta multa tenía en principio como objetivo evitar daños colaterales contra acreedores y trabajadores (Nieto Martín, 2008, p. 345), por ello la multa, en lugar de traducirse en el pago de una cantidad de dinero, se articulaba de un modo algo más complejo: se reducía el valor nominativo de cada acción, a la par que la persona jurídica emitía nuevas acciones por un valor equivalente. En el diseño original de este tipo de sanción, estas nuevas acciones pasaban a ser propiedad del Estado, lo que suponía una modalidad alternativa al pago de la multa. En un modelo de multa de capital orientado a la víctima, estos paquetes de acciones irían a parar directamente a las víctimas. Al igual que en el caso anterior, las acciones podrían formar parte de un fondo fiduciario, que administrado por las propias víctimas o por un tercero en su nombre, sirviera para reparar el daño o desarrollara proyectos que beneficiaran a las comunidades afectadas.

La *equity fine* es como puede apreciarse una vía muy eficaz para aunar reparación –en un sentido más amplio que el que existe en la responsabilidad civil– y prevención general. La cuantía de la multa de capital no afecta a la capacidad productiva de la empresa, ni mucho menos pone en peligro su existencia, pero a la vez mantiene intacta o incluso incrementa su poder de disuasión. La intimidación no viene únicamente determinada por la cuantía a la que asciende la multa, sino también por la pérdida de poder, de control que puede surgir tras la reducción del valor de las acciones y la aparición de otro accionista –las víctimas o el Estado– con un poder relevante. Esta pérdida

¹² En la página 51, en particular, Braithwaite (2013) denomina gráficamente a este tipo de sanciones «socialist sanctions».

de control debiera ser especialmente significativa, como consecuencia de la cuantía de la multa, en dos situaciones. En supuestos en los que el delito realizado sea extraordinariamente grave –una catástrofe ambiental o alimentaria, la participación en el blanqueo de capitales procedentes del narcotráfico por parte de una entidad bancaria, etcétera– o cuando la empresa sea multireincidente. En estos supuestos, las sucesivas *equity fines* irán despojando a los socios mayoritarios de su control, produciéndose de manera progresiva una socialización de la empresa.

Una alternativa a la multa de equidad, pero funcionalmente equivalente, sería la de constituir directamente fondos fiduciarios, que en manos de un administrador independiente o incluso de la propia empresa, tendrían como cometido desarrollar acciones de reparación o proyectos sociales durante un determinado tiempo (Howard, 1985). Este tipo de fondo vendría a ser una responsabilidad social corporativa obligatoria orientada a los perjudicados por el delito, que en realidad constituyen una categoría más entre los *stakeholders* de la entidad. Aunque no se tratara estrictamente de una multa, no está lejos de esta propuesta el fondo de integridad de \$100 millones que el Banco Mundial obligó a crear a Siemens durante 15 años, como parte de su acuerdo por los delitos de corrupción cometidos por la firma (<http://web.worldbank.org>).

La participación de las víctimas en la sanción sería también posible a través de la sanción que denominaré pena de intervención comunitaria. Esta sanción debe ponerse, asimismo, en relación con la responsabilidad social corporativa. En sus orientaciones más recientes, la responsabilidad social corporativa pretende integrar a los *stakeholders* en el sistema de gobierno de la empresa, con el fin de hacer más efectivos sus intereses en la toma de decisiones de la entidad. Esta vuelta de tuerca se debe a múltiples factores, desde la globalización a la utilización de la autorregulación, pero que confluyen en el aumento desmesurado de poder que hoy tienen las grandes corporaciones en la sociedad. Cuando las empresas se convierten en actores sociales y políticos, y no meramente económicos, con una capacidad de influencia en la vida de miles de personas, se hace necesaria una mayor legitimación de sus decisiones, que se traduce en la necesidad de reformar sus sistemas de gobierno corporativo con el fin de institucionalizar la representación de los *stakeholders* (Nieto Martín, en prensa).

La intervención comunitaria sería una sanción destinada precisamente a introducir la voz de los *stakeholders* afectados por los comportamientos delictivos de la empresa en el gobierno corporativo del ente, especialmente en aquellos órganos responsables del diseño, implementación y ejecución de los modelos de organización. Este papel activo de los *stakeholders* en la gestión del cumplimiento normativo podría articularse de tres maneras. La primera obligando a la entidad a que suministrara periódicamente información de su

gestión al grupo de interés afectado, con el fin de que estos pudieran ejercer un mayor control sobre su actividad. La segunda, permitiendo además que los representantes de los grupos de interés participaran en la revisión del programa de cumplimiento, pudiendo visitar con este fin sus establecimientos, hacer entrevistas a su personal, etcétera. La tercera sería incluir, de manera estable, a los grupos de víctimas dentro de los órganos de cumplimiento. Por ejemplo, en Italia y España, donde tenemos el órgano de vigilancia, sería un sitio ideal para ubicarlos.

La intervención comunitaria podría ser una medida mucho más efectiva que una intervención pública o judicial, para mejorar el sistema de cumplimiento de la entidad. Generaría una mejor comprensión por parte de la empresa de los problemas de cumplimiento que debe afrontar o, más aún, abriría las puertas a una *responsive self regulation* en el sentido que propone John Braithwaite (2009, pp. 29 y ss.). Por otro lado, ayudaría a subsanar uno de los principales defectos de los programas de cumplimiento, la falta de legitimidad en la manera en que estos son implementados. Es lógico mirar con desconfianza un programa de cumplimiento diseñado e implementado en exclusiva por los dirigentes sociales, es decir, por aquellos que son los principales obligados o destinatarios del programa. La intervención de terceros en los programas de cumplimiento solventa este problema de legitimidad y eficacia. Por ello, la intervención en beneficio de la comunidad que se propone como sanción, en realidad debiera ser también una *best practices* con el fin de implementar programas de cumplimiento más efectivos y creíbles (Nieto Martín, 2015, pp. 123 y ss.).

3. JUSTICIA RESTAURATIVA CORPORATIVA

La justicia restaurativa constituye un camino más ambicioso que el anterior para tener presente los intereses de las víctimas de comportamientos de violencia empresarial. Aunque *prima facie* puede resultar una propuesta novedosa, existen ya una serie de iniciativas que apuntan en esta dirección. En el plano normativo cabría destacar en primer término la Directiva de la UE sobre derechos de las víctimas (Dir. 2012/29 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, punto 46 Preámbulo y art. 12), donde se contempla la justicia restaurativa como un derecho más de cualquier víctima, lo que lógicamente incluye las víctimas corporativas. Desde el punto de vista de los derechos de las víctimas el acceso a este tipo de procedimientos requiere no sólo que el autor reconozca los hechos, lo que constituye como veremos una *conditio sine qua non* de la justicia restaurativa, sino además que la víctima preste su consentimiento libre e informado. Igualmente resulta importante garantizar a las víctimas el acceso a los servicios de justicia restaurativa, lo

que exige el que en estos servicios exista algún tipo de especialización que permita atender a las peculiaridades especiales de este tipo de víctimas¹³.

En segundo término, y en el marco que particularmente nos interesa, el *soft law* de Naciones Unidas ha ido aproximándose a la justicia restaurativa como forma de compensación de las violaciones de derechos humanos, entre las que se incluyen también los graves atentados al medio ambiente. A diferencia del resto de violaciones al derecho internacional, donde la reparación tiene lugar entre estados, en estos casos las víctimas son las titulares directas del derecho a la reparación (Tomuschat, 2002; Cruz, 2010, pp. 185 y ss.). La primera norma en el tiempo es la Declaración de Naciones Unidas de 1985 relativa a las víctimas de abuso de poder, donde además de medidas de resarcimiento, se contemplan otras de indemnización, asistencia y acceso a la justicia, que toman como punto de partida un concepto de víctima mucho más amplio que el de perjudicados civilmente por el delito. La Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 60/147, retoma el camino de la Declaración de 1985 y establece también un concepto amplio de reparación, próximo a lo restaurativo. Además de las medidas de reparación, aun cercana a la noción de responsabilidad civil se incluye la garantía de no repetición o la satisfacción, con el derecho a la «revelación pública y completa de la verdad», «una declaración oficial que restablezca la dignidad de la víctima» o «la petición de disculpas» (ONU, 2005, 22.b, 22.d y 22.e)¹⁴.

¹³ La monografía de Forti (2018), recoge los resultados de un proyecto de investigación dedicado a analizar las peculiaridades de las víctimas corporativas en el marco de la Directiva europea. Además de los distintos trabajos que componen la monografía, resulta de especial interés uno de los resultados del proyecto de *Victims and Corporations* (2017, pp. 27 y ss.), donde se realizan interesantes propuestas sobre el desarrollo práctico de procedimientos restaurativos con víctimas de corporaciones. En materia de daños medioambientales, desde el marco de la criminología verde se propone incluso un concepto de víctima no antropocéntrico, que incluya también como víctima a especies animales y vegetales (Varona, 2020). Más allá de si el concepto de víctima debe dejar de ser antropocéntrico, lo que es indudable es que los programas de justicia restaurativa por daño ambiental deben incluir también no sólo la restauración de espacios protegidos, sino prestar especial atención a animales salvajes o domésticos dañados por la catástrofe medioambiental. En el caso de la Fundación Renova, que se citará posteriormente como una experiencia pionera, existe un programa especial de reparación para este tipo de «víctimas» (<https://www.fundacaorenova.org/programa/programa-de-assistencia-aos-animais/>).

¹⁴ La resolución es obra fundamentalmente de Van Boven (2010) y del penalista Cheriff Bassioni.

Más allá de estos documentos generales, la práctica nos muestra supuestos de reparación con elementos de justicia restaurativa, si bien hasta la fecha los casos han tenido como protagonistas las violaciones de derechos humanos realizadas por los estados¹⁵.

Los documentos anteriores se enmarcan claramente en un contexto de justicia de transición (Saad-Diniz, 2020b, pp. 167 y ss.), es decir, de violaciones a derechos humanos ocurridas en conflictos bélicos o regímenes dictatoriales. Los Principios Rectores de Naciones Unidas para empresas multinacionales establecen la aplicación de un concepto de reparación y víctima similares en un contexto distinto, en el que la violación de derechos humanos se produce como consecuencia de su actividad ordinaria. Aunque hasta el momento la diligencia debida –o cumplimiento normativo en derechos humanos– ha acompañado la mayor parte del debate, centrándose en este elemento las normas nacionales que se han elaborado en esta materia, la reparación entendida de manera amplia constituye un aspecto esencial y deja absolutamente claro que no constituye una obligación estatal, sino de las propias empresas multinacionales. La función del Estado consiste en establecer el marco legal oportuno para hacer que la reparación y el acceso a la justicia sean eficaces. El concepto de reparación de los Principios Rectores supera igualmente cualquier connotación civilista y se aproxima con claridad a contenidos restaurativos: «Puede incluir disculpas, restitución, rehabilitación, compensaciones económicas o

¹⁵ Martín Beristain (2010) da cuenta de numerosos casos y experiencias prácticas. Es especialmente interesante el caso Chixoy. La presa Chixoy se construyó entre 1977 y 1985, inundando más de miles de hectáreas y haciendo desaparecer localidades, viviendas etc., lo que afectó 2.300 familias. Realizada durante la dictadura militar de Guatemala, no hubo consulta alguna con los afectados y, además, la Policía Militar no dudó en asesinar y arrasarlo poblaciones con el fin de acallar las protestas. A partir de 2006, se llegó a acuerdos entre el Gobierno de Guatemala y la Coordinadora de Comunidades de afectados. En dicho marco se conformó la Mesa Política de Diálogo y Negociación con representantes del Gobierno, la Coordinadora, observadores internacionales y la Organización de Estados Americanos (OEA) como mediador. Se estableció también una Comisión Técnica de Verificación, que elaboró un informe de identificación y verificación de daños y perjuicios. En 2010, se firmó un acuerdo de reparación que incluye una perspectiva integral y mecanismos de verificación y seguimiento. Uno de los puntos de este acuerdo exigía al Gobierno de Guatemala organizar una serie de encuentros con las comunidades afectadas en los que las autoridades daban a conocer el Informe de Identificación y Verificación de Daños y Perjuicios y el Plan. Igualmente tienen contenidos restaurativos los denominados *toxic-tours*, en el que altos directivos de empresas contaminantes visitaron las zonas afectadas en la Amazonia ecuatoriana.

no económicas y sanciones punitivas (ya sean penales o administrativas, por ejemplo, multas), así como medidas de prevención de nuevos daños como, por ejemplo, los requerimientos o las garantías de no repetición» (ONU, 2011, p. 33). Los Principios establecen igualmente que la necesidad de arbitrar mecanismos extrajudiciales, como la mediación, que pueden ser dejados en manos de las empresas por sí solas o conjuntamente con las partes interesadas.

Tal como señalábamos también en el terreno de la práctica, han aparecido experiencias de reparación que, aunque en puridad no pueden ser calificadas de restaurativas, paulatinamente van abarcando contenidos que trascienden una visión, puramente civil y, por tanto, patrimonial, de reparación (Lima, 2020). Ya en el núcleo duro del Derecho penal internacional, las empresas que habían colaborado con el régimen nazi y fueron juzgadas en Nüremberg por utilización de trabajo esclavo crearon en 2000 la Fundación *Erinnerung, Verantwortung und Zukunft* (<https://www.stiftung-evz.de/start.html>), dotada de un fondo de 358 millones de euros, con los que financian proyectos de recuperación de la memoria, de protección de derechos humanos y de reparación a las víctimas del nacionalsocialismo.

En Brasil, recientemente se ha cerrado un acuerdo entre la Fiscalía y la empresa Volkswagen sobre la represión ejercida durante la dictadura, en la que la empresa se compromete a pagar 36,3 millones de reales a iniciativas de reparación en materia de derechos humanos. La iniciativa se ha articulado a través de una *Termo de Ajustamento de Conduta* (TAC), un acuerdo extrajudicial donde se establecen obligaciones para las empresas, que de cumplirse no darán lugar a acciones judiciales de naturaleza civil contra la compañía por complicidad empresarial con los órganos de represión estatales durante la dictadura brasileña (1964-1985). A las empresas se las investiga en concreto por haber colaborado con la tortura y la desaparición de empleados de la compañía. La Volkswagen, además de pagar una compensación al fondo estatal destinado a la compensación por estos delitos, debe publicar en los dos periódicos de mayor tirada, dos reportajes sobre los hechos investigados y hacer una donación de aproximadamente 2 millones de dólares a proyectos que promuevan la memoria histórica.

En el caso de violaciones contra el medio ambiente puede citarse el caso del fondo fiduciario de *British Petroleum* como forma de compensar a los damnificados por el vertido en el Golfo de México¹⁶, pero sobre todo nos

¹⁶ Este fondo se estructura de manera semejante al del 11 de septiembre e incluso se nombra a la misma persona como administrador. Su fundamento jurídico es una *class actions funds* y se aprueba judicialmente en el marco de procedimientos civiles. El fondo no ha tenido ningún tipo de supervisión judicial.

parece particularmente interesante la experiencia de la Fundación Renova en Brasil. Al igual que el acuerdo de Volkswagen, esta iniciativa parte de un acuerdo entre la empresa minera Samarco, filial de la empresa Vale –antigua empresa estatal privatizada– y de otras multinacionales canadienses y australianas, y el Ministerio Público de la Región de Minas Gerais, como medio alternativo a los procesos civiles contra la compañía. El acuerdo no ha afectado, sin embargo, los procedimientos penales abiertos contra la compañía y varios de sus empleados y dirigentes (Arantes Prata, 2019; <https://www.fundacaorenova.org/>).

El origen de la Fundación Renova se encuentra en la catástrofe medioambiental ocurrida como consecuencia de la ruptura de una presa de residuos, que afectó a miles de hectáreas y además de muertes y lesiones, alteró significativamente la vida de miles de personas. Lo significativo del trabajo realizado hasta ahora por la Fundación es el desarrollo de más de cuarenta programas de reparación, agrupados en dos grandes bloques: programas socioeconómicos y medioambientales. Igualmente resulta de gran interés la discusión relativa a establecer un sistema propio de gobierno corporativo de la Fundación que pretende garantizar la participación de las diversas categorías de afectados en la gestión de los fondos. A diferencia del fondo de British Petroleum, que carecía de un control público, el sistema de gobernanza de la Fundación Renova permite una gran participación del Ministerio Público (Mullenix, 2011, p. 819). Al modelo de los fondos fiduciarios, pero en el ámbito de la corrupción, pertenece también el creado por Siemens al que antes se hacía referencia, como consecuencia de su acuerdo con el Banco Mundial. La creación de este fondo tenía como objetivo el que Siemens fuera excluida del sistema de *debarment*.

Ninguna de estas experiencias puede ser calificada plenamente de restaurativa en el sentido estricto del término. En todas ellas faltan elementos esenciales de este modelo de justicia, como es la asunción de responsabilidades por parte del victimario, la petición de disculpas, su compromiso para emprender reformas estructurales que garanticen la no repetición, etcétera. En algunos de estos supuestos se tiene la sensación de que la creación de fondos fiduciarios ha sido la estrategia elegida por la empresa para desvincularse del conflicto ocasionado por la catástrofe medioambiental o la violación de derechos humanos, una manera de desconectar el daño causado de sus asuntos ordinarios y las preocupaciones principales de sus dirigentes. Quizás por todas estas razones, la creación de este tipo de fondos pese a las grandes sumas de dinero invertidas no ha servido para cerrar de manera definitiva el conflicto generado por el comportamiento empresarial. E igualmente tampoco han tenido gran repercusión en la esfera judicial. Lo importante de todos estos intentos es, sin embargo, la utilización de un sistema de reparación

extrajudicial, basado en un concepto de reparación que en mayor o menor medida contiene elementos restauradores. Por esta razón, cabe suponer que la utilización de la justicia restaurativa aportaría una metodología mucho más sofisticada e idónea para solventar los conflictos originados por la violencia empresarial.

La justicia penal tiene un ritmo muy distinto al que plantean las necesidades de reparación de la víctima, que además por muchos derechos que se le hayan conferido, puede tener problemas insalvables de acceso a la justicia, sobre todo en aquellos supuestos en los que las empresas no van a ser juzgadas en el país donde ocurrieron los hechos y se sitúan las víctimas. Pero también la justicia restaurativa resulta de gran interés para las empresas. El esfuerzo que realizan, a través de mecanismos extrajudiciales de reparación, podría ser rentabilizado en los procesos penales abiertos y ser de utilidad para mitigar el daño reputacional que ha generado y poder seguir manteniendo su producción en las zonas afectadas.

3.1. *¿Una vía alternativa o complementaria?*

El primer debate que debe plantearse a la hora de proponer una solución restaurativa para los casos de violencia empresarial es la relación entre los procesos restaurativos y la justicia penal ordinaria o retributiva. En lo que alcanza mi información, y hasta la fecha, no existe ningún supuesto en el que iniciativas como las apuntadas anteriormente hayan tenido algún tipo de vinculación con el proceso penal.

Idealmente, las relaciones de la justicia penal con la restaurativa pueden, ciertamente, articularse de varios modos. Tal como muestran los casos que examinamos anteriormente, pueden actuar en planos diferentes, sin interferencias. No obstante, no es esta la única posibilidad. Como establece la reciente Recomendación del Consejo de Europa (2018, p. 4), la justicia restaurativa «puede emplearse en cualquier fase del proceso penal». Lo que significa que puede utilizarse dentro de la conformidad o de justicia negociada¹⁷; como forma de restitución que tenga incidencia en la sentencia como circunstancia

¹⁷ Los trabajos de Aguilera Morales (2017), Castillejo Manzanares (2017) y Gaddi (2020) dan cuenta de los esfuerzos que hasta ahora se han hecho de vestir prácticas restaurativas con el inapropiado traje de la conformidad. Además de otras dificultades que ponen de manifiesto las autoras, en realidad la dinámica temporal de un procedimiento restaurativo no tiene que ver nada con la conformidad. En supuestos de delincuencia corporativa graves, como los que nos ocupan en este trabajo, los procesos restaurativos pueden durar años, en los que se desarrollen los distintos programas,

atenuante, como circunstancia a tener en cuenta para la suspensión de la ejecución de la pena o incluso dentro de la ejecución penitenciaria (Baucells Lladós, 2020). Con independencia de que en diversos ámbitos de la delincuencia económica y corporativa sean convenientes vías distintas, la propuesta que aquí se hace, destinada a los casos de violencia corporativa que causan graves daños a los derechos humanos y al medio ambiente, es que la justicia restaurativa debe conformarse como una vía alternativa, y no simplemente complementaria, y que además debe ponerse en marcha desde el inicio del procedimiento penal (o sancionador) como mecanismo de diversión. De hecho, la recomendación del Consejo de Europa que antes citábamos, aunque deja la puerta abierta a varias formas de coordinación, pone un especial énfasis en la justicia restaurativa como vía alternativa al proceso penal.

La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la mayoría de los ordenamientos nos sitúa en un contexto nuevo a la hora de reflexionar acerca de las posibilidades de utilizar la justicia restaurativa como alternativa. La responsabilidad conjunta de persona física y jurídica por unos mismos hechos, que es la regla en la mayoría de los ordenamientos, abre un nuevo escenario acerca de cómo alcanzar los fines de la pena. El que por un mismo hecho podamos sancionar a dos entidades diversas, pero a su vez conectadas de una manera distinta a la que están, por ejemplo, los coautores, permite establecer puentes e interacciones entre las diversas respuestas¹⁸. En el terreno que aquí nos interesa, permite por ejemplo establecer una estrategia conjunta para alcanzar los distintos fines de la pena, centrando los aspectos de prevención general o incluso retributivos en la persona física y dando prioridad en la respuesta a la persona jurídica a otros aspectos que también resultan imprescindibles para la superación del conflicto generado por el delito.

La preferencia por la persona jurídica, en lugar de la física (Guardiola, 2020), como sujeto del proceso restaurativo se fundamenta, de un lado, en su mayor capacidad para poner en marcha y ejecutar medidas que atiendan a las múltiples aristas de los conflictos sociales que generan los delitos económicos, sobre todo cuando pueden definirse como violencia corporativa

etcétera. Es muy difícil encajar las dinámicas restaurativas en un espacio de tiempo mucho más circunscrito a un breve lapso como es el de la conformidad.

¹⁸ La muestra es, por ejemplo, el art. 31 ter 1. del CP español que permite compensar ambas sanciones. El mejor estudio sobre las relaciones entre la responsabilidad individual y colectiva es de Mongillo (2018, pp. 467 y ss.), quien propone un modelo interactivo y ponderado entre ambos tipos de responsabilidad que conectaría con la propuesta que aquí se realiza.

y dan lugar a procesos de victimización complejos como los referidos en el apartado primero de este trabajo. La justicia restaurativa empresarial es especialmente útil para enfrentarse con supuestos graves de violencia empresarial, como graves delitos medioambientales o violaciones de derechos humanos, escenarios donde existe una situación de gran desequilibrio de poder entre víctimas y autores y unas necesidades de reparación que sobrepasan las que puede ofrecer el derecho penal, civil o administrativo a través de sus mecanismos habituales. Además, en la etiología de los delitos corporativos resultan de gran importancia los factores estructurales, que tienen que ver más con problemas propios de la corporación que con factores individuales, tal como pone de manifiesto el paradigma explicativo dominante de este tipo de delitos (Nieto Martín, 2015b, pp. 50 y ss.). De esta manera, la garantía de no repetición que constituye un derecho básico de las víctimas sólo puede asegurarse en el marco de un proceso reparador centrando en la empresa. Esto no excluye en ningún caso que de la reparación puedan desvincularse las personas físicas y muy especialmente los dirigentes empresariales. Como después veremos, la petición de disculpas, el oír las historias y los problemas de las víctimas, la asunción de responsabilidad, que constituye un momento esencial de los procesos restaurativos, sólo puede hacerse a través de personas físicas que representen a la entidad.

La objeción más importante a que la justicia restaurativa pueda conformarse como una alternativa a la justicia penal y que, además, opere de manera simultánea se centra en señalar que ambos tipos de «justicia» se mueven en planos diferentes¹⁹. Mientras que el derecho penal actúa en un plano de relaciones vertical: estado-ciudadano infractor, la justicia restaurativa, se mueven en un plano horizontal o interpersonal. Ambos planos son independientes y el conflicto que origina el delito en cada uno de ellos debe ser solventado de manera autónoma. Como muestra, por ejemplo, la institución del perdón, que se mueve en el plano horizontal, entre ambos pueden existir interrelaciones, pero cada uno de ellos obedece a una lógica diferente. Igualmente, la intervención penal debe llevarse a cabo sin que interfiera u obstaculice la posibilidad de solventar el conflicto horizontal (Silva Sánchez, 2018, p. 23 y pp.

¹⁹ A superar esta diferencia de planos y enfoques no ayuda el que desde las filas de la justicia restaurativa se hable con frecuencia de justicia retributiva para referirse a la justicia penal. Dando por bueno que la retribución es fin de la justicia penal, lo cierto es que el derecho penal persigue finalidades mucho más complejas, como se deriva de la discusión de los fines de la pena, pero también del ingreso de la víctima en el sistema penal. Para una visión actualizada del debate de los fines de la pena, es imprescindible Rodríguez Horcajo (2016).

215 y ss.). El problema que ha planteado el renacer de la víctima es que precisamente sus intereses son el núcleo de esta relación.

Esta crítica no me parece, sin embargo, que tenga el peso suficiente. En primer lugar, tal y como ya señalamos, la dualidad persona física-jurídica debe resultar de utilidad para encontrar una solución que permita resolver ambos conflictos simultáneamente. Mientras que la sanción penal individual solventa el conflicto vertical que genera el delito, posibilitar la justicia restaurativa empresarial, ayuda a solventar el conflicto horizontal. La justicia restaurativa está mejor situada para atender los intereses de la víctima, porque a diferencia del derecho penal, incorpora como elementos estructurales el arrepentimiento, la petición de disculpas, la reconciliación que son necesarias para resolver el conflicto horizontal. La justicia penal está asociada, además, al modelo de reparación patrimonial procedente del derecho civil, que no resulta idóneo para un modelo de reparación como el que proponen los instrumentos internacionales a los que antes se hacía referencia.

A esta suerte de doble vía podría objetarse que también en relación a la persona jurídica, una vez establecida su responsabilidad penal, existe un conflicto vertical que es independiente y que no puede ser solventado en exclusiva con la pena impuesta a la persona física. Ello resulta, por lo demás, una consecuencia lógica de la independencia de ambos injustos, lo que es incuestionable cuando hablamos de autorresponsabilidad o culpabilidad propia. Esta posible objeción no me parece, sin embargo, de peso. No es posible separar ambos conflictos de manera tajante, a no ser que se mantenga un riguroso retribucionismo (Robinson, 2003, pp. 375 y ss.; Silva Sánchez, 2018, p. 217) o una concepción autoritaria del derecho penal, donde la desobediencia a la norma y, por tanto, al mandato del soberano sea el núcleo de la infracción. La resolución del conflicto horizontal, a través del proceso restaurativo, disminuye la importancia del conflicto vertical en la mayoría de los casos, como prueba el que la reparación sea una circunstancia atenuante en la mayoría de los sistemas.

Lógicamente todo lo anterior no implica que la justicia restaurativa empresarial sea válida para resolver todo tipo de conflictos generados por la violencia corporativa grave. En este punto, la investigación futura tiene como reto principal identificar los conflictos que pueden ser resueltos de manera más eficiente a través de este mecanismo alternativo²⁰ y en cuáles otros debe seguir apostándose por la vía del derecho penal.

²⁰ Sobre los criterios de eficiencia y eficacia de los acuerdos restaurativos Calvo Soler (2018a, pp. 84 y ss.) plantea, precisamente, la noción de la alternatividad de la justicia restaurativa a partir de estas nociones. Calvo Soler (2018b, pp. 89 y ss.) también

3.2. *El instrumento jurídico de lege ferenda: los acuerdos reparadores para diferir el procedimiento*

La instrumentalización práctica²¹ de la propuesta que aquí se realiza vendría de la mano de una nueva tipología de acuerdos para diferir el procedimiento de naturaleza restauradora²². A diferencia de la conformidad, cuya finalidad principal es la gestión de la carga de trabajo de la administración de justicia, los *Deferred Prosecution Agreements*, que existen en muchos países anglosajones y que empiezan a exportarse también a ordenamientos continentales, deben enmarcarse dentro de la *probation*. Procedentes del derecho penal juvenil, desde donde han saltado a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tienen un fin resocializador. Si atendemos a la práctica norteamericana, las condiciones que se imponen en estos acuerdos como la reparación del daño, la mejora de los programas de cumplimiento o el cese de determinados directivos de la entidad atienden a esta finalidad. No resulta complicado el salto de unos acuerdos para diferir o finalizar el procedimiento resocializadores a otros de tipo restaurativo. Las condiciones resocializadoras que acabamos de mencionar pueden, por ejemplo, entenderse como condiciones necesarias para la no repetición.

Una ventaja de establecer en el comienzo del procedimiento la conexión entre justicia restaurativa y el proceso penal es que ello resulta más atractivo para las empresas. La inclusión, por ejemplo, de la justicia restaurativa como un atenuante en el momento de la determinación de la pena llegaría demasiado tarde. Es dudoso que una empresa decidiese embarcarse en un procedimiento restaurativo, cuando ya ha tenido que soportar un proceso penal. Este seguramente habrá generado nuevas tensiones y agrandado el conflicto con las víctimas, lo que hará más compleja la intervención restauradora. Una ventaja ulterior de los acuerdos restaurativos frente a los resocializadores es que servirían para eliminar una de las principales críticas que, al menos en

ha desarrollado, si bien no en el marco que ahora nos interesa, la ausencia de condiciones restaurativas en relación al victimario, las víctimas o la comunidad.

²¹ Como requieren las Recomendaciones del Consejo de Europa (2018), es preciso articular mecanismos que coordinen el proceso restaurativo y el penal. Punto 22: «Si la justicia restaurativa es aplicada en el marco del procedimiento penal, se deben elaborar políticas de funcionamiento. Concretamente, estas deben abordar los procedimientos que contemplen la derivación de casos a justicia restaurativa y la gestión de casos después de la justicia restaurativa».

²² Cuya inclusión en nuestro país cuenta con bastantes apoyos en relación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, *vid.*, por ejemplo, Gimeno Beví (2020) y Torras Coll, Gimeno Beví y Fortuny (2019).

EE.UU., se han efectuado contra los *deferred* y *non deferred prosecution agreements*: la falta de transparencia y el olvido de las víctimas (Gaddi, 2020, pp. 1010 y ss.; Garret, 2014). Por su propia naturaleza, el procedimiento restaurador subsiguiente al acuerdo no incurriría en ninguno de estos dos defectos.

Lógicamente los acuerdos de no persecución de restaurativos tendrían que partir de la aceptación tanto por parte de las víctimas como de los autores. Igualmente sería necesario que estos asumieran, como punto de partida la responsabilidad de los hechos. No obstante, esta asunción de responsabilidad debe producirse de acuerdo con las propias reglas y la dinámica propia del proceso restaurado. Como atinadamente ha señalado Daniela Gaddi (2020, p. 1024), de lo que se trata fundamentalmente es de reconstruir entre ambas partes «el sentido del evento delictivo de manera que pueda ser compartido por todos los protagonistas y, sobre esa base, establecer conjuntamente la forma mejor de reparar sus consecuencias».

Descendiendo a un plano más técnico, los principales problemas a la hora de diseñar estos acuerdos surgen en el momento de articular sus relaciones con el proceso penal. El primer aspecto complejo radica en establecer qué ocurre cuando el proceso restaurador fracasa y qué reflejo tiene en el proceso penal o en la pena²³. Aunque no es sencillo determinar cuándo puede decirse que un proceso restaurativo ha fracasado esta decisión debe corresponder al fiscal (o juez de instrucción) que admitió la derivación del proceso, quien dotado de un margen de discrecionalidad inevitable debiera decidir acerca de qué hacer en estos casos. La decisión a tomar no debiere ser desde luego binaria (blanco/negro) y debiere permitir gran variedad de grises. Un gran esfuerzo de la empresa pese a la insatisfacción de las víctimas podría considerarse suficiente y no dar lugar a la apertura del proceso penal. En caso contrario, la atenuante de reparación podría servir en nuestro ordenamiento para articular una rebaja substancial de la pena, que tuviera en cuenta el esfuerzo reparador realizado, pese al posible fracaso.

A diferencia de lo que ha ocurrido en algunas experiencias prácticas como la de la Fundación Renova que antes comentaba, el papel del fiscal/juez de instrucción, en los procesos reparadores debe limitarse a ser un mero observador externo con el fin de, en consonancia con lo que acabo de indicar,

²³ En este punto son escasas las indicaciones que aportan las Recomendaciones del Consejo de Europa (2018): «35. Si un caso vuelve a remitirse a las autoridades judiciales sin que las partes hayan llegado a un acuerdo o después de no aplicarse dicho acuerdo, la decisión sobre cómo proceder debe tomarse sin demora alguna y conforme a las garantías procesales y legales que contempla la legislación nacional».

analizar los efectos sobre un posible proceso penal²⁴. Su participación, representando los intereses del estado, podría desvirtuar el procedimiento restaurativo, cuyo desarrollo debe llevarse a cabo por un nuevo tipo de experto, con habilidades y conocimientos bien diferentes: el facilitador y los servicios de justicia restaurativa (Gaddi, 2020, pp. 1029 y ss.).

Un problema ulterior es la regulación de la transmisión de información entre el proceso restaurador y el proceso penal. En el modelo que aquí se propone, el proceso penal seguiría en relación a las personas físicas responsables del delito. Como es bien sabido, los *Deferred Prosecution Agreement* en la práctica norteamericana han sido utilizados a veces como un mecanismo casi extorsivo para obtener información de la empresa con la que condenar a las personas físicas implicadas. Lo que debilita enormemente sus derechos de defensa. Enfrentarse a la vez al *ius puniendi* estatal y a la maquinaria jurídica puesta en marcha por una gran empresa multinacional no es sencillo. Por esta razón, la colaboración con la administración de justicia debiera articularse, por ejemplo, a través de un sistema garantista de investigaciones internas como el propuesto recientemente por el proyecto de ley alemán sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas²⁵.

En este punto, y en general a la hora de establecer la posible comunicación de informaciones entre el proceso restaurativo y el penal, debería partirse de la regla de «autonomía informativa» de cada uno de los procesos. Esta regla resulta coherente con la confidencialidad que debe ser la norma general en los procesos restaurativos, tal como se establece en la Recomendación del Consejo de Europa²⁶. Coherente con esta propuesta de independencia o autonomía informativa es también lo establecido en el punto 30 de las Recomen-

²⁴ Este papel, como mero supervisor, es el que también se desprende de las Recomendaciones del Consejo de Europa (2018): «7. La necesidad de una supervisión judicial es mayor si la justicia restaurativa va a afectar a las decisiones judiciales, como cuando la interrupción del enjuiciamiento depende de una conformidad, o cuando el acuerdo restaurativo se eleva al tribunal como orden o resolución recomendadas».

²⁵ Para una descripción breve de este sistema, Nieto Martín (2020b). Sobre la relación de los acuerdos procesales en Estados Unidos con los derechos de defensa, Gimeno Beví (2016).

²⁶ Recomendación 17: «La justicia restaurativa debe prestarse de manera confidencial. Los debates en el contexto de la justicia restaurativa deben ser confidenciales y no pueden utilizarse posteriormente, excepto si lo acuerdan las partes afectadas». La única excepción a la regla de la confidencialidad es la que se contempla en el punto 49 de las Recomendaciones: «Más allá del principio de confidencialidad, el facilitador debe facilitar a las autoridades competentes información sobre delitos inminentes o graves que puedan salir a la luz mientras se aplica la justicia restaurativa».

daciones (2018): «La participación en la justicia restaurativa no debe utilizarse como prueba del reconocimiento de culpabilidad en procedimientos judiciales posteriores». De este modo, se blinda el que pueda ser utilizado como elemento probatorio un aspecto esencial del proceso restaurador, que es el reconocimiento voluntario de la verdad y de los hechos. La no utilización de la declaración del responsable en su perjuicio como elemento de prueba no es ni más ni menos compleja que, por ejemplo, lo que sucede en los casos de prueba prohibida, cuando existen pruebas que soportan la culpabilidad, pero no pueden ser tomadas en cuenta.

4. EL DESARROLLO DE LOS PROCEDIMIENTOS DE JUSTICIA RESTAURADORA EMPRESARIAL: ALGUNAS IDEAS

Más allá de establecer la herramienta que permita la articulación entre el proceso restaurativo y el penal, el aspecto sin duda más complejo de todos es adaptar la práctica de los procedimientos restaurativos, procedentes del derecho penal del menor o de jóvenes y de supuestos no graves, a los casos de violencia corporativa grave contra los derechos humanos o el medio ambiente²⁷. Con el fin de visualizar de la mejor manera en qué pueden consistir las prácticas restaurativas, se expondrán en primer lugar sus rasgos principales (Calvo Soler, 2020; Tamarit Sumalla, 2012), para intentar después mostrar las herramientas y técnicas de un posible plan de justicia restaurativa empresarial.

Una buena forma de entender la diferencia entre la justicia penal y la restaurativa es contraponer los elementos estructurales de cada una de ellas. El derecho penal material pivota sobre los conceptos de injusto/tipicidad y culpabilidad, mientras que la justicia restaurativa en lugar de estos conceptos utiliza respectivamente los de daño, conflicto y responsabilización por el daño. El escurridizo concepto de conflicto tiene unas pretensiones bien diversas a la tipicidad penal (Calvo Soler, 2015, pp. 33 y ss.). Mientras este es un concepto que reduce la complejidad de los casos, para hacerlos manejables procesalmente y permitir una descripción de los comportamientos conforme con el principio de legalidad, los conceptos de daño y conflicto tienen como finalidad describir quién y qué resultó dañado y las relaciones que se han visto afectadas por el comportamiento del victimario.

²⁷ Recientemente han aparecido propuestas en torno a cómo materializar este tipo de encuentros, *vid.* especialmente Guardiola Lago (2020, pp. 565 y ss.); Rodríguez Puerta (2020, pp. 30 y ss.); Gaddi (2020).

Este cambio de perspectiva hace que para la justicia restaurativa carezca de sentido plantearse la existencia de delitos sin víctima, una de las objeciones más frecuentes cuando se plantea su utilización en el ámbito de la delincuencia económica o corporativa. La expresión «delitos sin víctima» sólo tiene sentido a la luz del concepto de bien jurídico, que reduce el delito a la lesión de un derecho, un valor o institución. Desde una visión más amplia y mucho más realista como la que se desprende de las nociones de daño y conflicto, la existencia de delitos sin víctimas carece de sentido. No hace falta detenerse en demostrar que los delitos ecológicos, fiscales o la corrupción generan un daño social, más allá de la lesión al bien jurídico protegido, y que por tanto existan diversos perjudicados o víctimas. Cuestión distinta, y de ello nos ocuparemos más adelante, es cómo articular la participación y representación de los diversos afectados y víctimas en el procedimiento restaurador.

En el derecho penal la culpabilidad atribuye al autor la responsabilidad por el hecho tras imputar objetiva y subjetivamente el delito. En la justicia restaurativa, el concepto clave es la responsabilización. Se trata de un camino que debe recorrer el victimario, quien después de reconocerse como autor, debe responsabilizarse de las consecuencias de su comportamiento. Una de las finalidades básicas de los procesos restaurativos es que creen el clima oportuno para que el autor entienda lo que hizo y el daño que originó a otras personas. La responsabilización como uno de los objetivos del proceso explica la importancia que en él tiene la petición de disculpas. Responsabilizarse y sentirse obligado a reparar constituyen ya, por ello, un comienzo de reparación del daño.

Las diferencias entre ambos tipos de justicia no se acaban en el plano material, también son decisivas las diferencias entre ambos procesos. El proceso penal, ya se conforme como inquisitivo o acusatorio, es una lucha entre dos partes principales: acusación y defensa. Los procesos restaurativos por el contrario se basan en el diálogo entre las diversas partes afectadas. La definición más usual de la justicia restaurativa en las normas internacionales, ya sean de *soft law* como la Recomendación del Consejo de Europa o vinculantes como la Directiva europea sobre derechos de las víctimas, insiste en describirla como un proceso en el que participan activa y libremente las personas dañadas por el delito y las personas responsables del daño, de la mano de un facilitador. Esta figura, a diferencia del juez penal, tiene como función principal propiciar el diálogo entre víctima y victimario, con el fin de que cada una exponga los intereses que conforman el conflicto. Se habla, en este sentido, con frecuencia de un diálogo deliberativo, un espacio de debate no dominado por ninguna de las partes y respetuoso (Gaddi, 2020, pp. 1023 y ss.).

Los procesos restaurativos, a diferencia del proceso penal, son además abiertos; en ellos participan no sólo las víctimas, sino la totalidad de partes

afectadas por el conflicto o que tienen un interés legítimo en el mismo. La justicia restaurativa es justicia comunitaria. Su pretensión, como es bien conocido, es devolver el conflicto a la comunidad, para que participe en su resolución. En el discurso de la justicia restaurativa, late la vieja idea abolicionista de que el derecho penal estatal, que aparece con las monarquías absolutas que convierten cualquier delito en una ofensa contra el rey, roba el conflicto a la sociedad, lo que a su vez supone que esta se desentienda del delito, delegando en el estado la tarea de su prevención. Por ello, uno de los objetivos de la restauración es el fortalecimiento de la comunidad, para que alcance un mayor protagonismo en la resolución de conflictos y sea capaz de evitarlos en el futuro.

La diferencia final se encuentra en el resultado del proceso: la pena frente al acuerdo reparador. La reparación, tal como señala Naciones Unidas, debe ser entendida de forma amplia: desde luego incluye los daños económicos, pero también trata de abordar la totalidad de efectos negativos que ha producido la conducta, como las relaciones sociales que se han visto afectadas. Un aspecto esencial de la reparación es evitar la reiteración de conductas similares por parte del victimario. La resocialización no es, pues, extraña a los procesos restaurativos y comienza con el proceso de reconocimiento del daño, pero también con la necesidad de afrontar los factores que han llevado a la aparición de los comportamientos delictivos.

Vistos los rasgos principales de la justicia restaurativa, abordaré a continuación cómo esta puede hacerse operativa en el marco de los casos que nos ocupan.

A diferencia de lo que puede ocurrir en los casos hasta ahora resueltos a través de prácticas restaurativas, los supuestos de violencia empresarial suelen generar daños y conflictos complejos de entender y cuyas causas y efectos ocupan un mayor espacio temporal. Por ello, el éxito del proceso restaurador depende de que en el mismo se hayan debatido y abordado los problemas más importantes generados por el delito; por esta razón, el primer paso debe consistir en el mapeo o cartografía del conflicto (Calvo Soler, 2015). Se trata de una actividad destinada a descubrir las personas que se han visto afectadas, de qué modo lo han sido y cuáles son sus intereses. Cuando existen colectivos de víctimas y perjudicados, habrá que analizar también cuáles son sus posibles interlocutores. El mapeo en este primer momento debe ser realizado por el facilitador, ayudado por un grupo de expertos, como paso previo a cualquier tipo de encuentro restaurativo. Una vez que estos encuentros vayan desarrollándose se irán perfilando o corrigiendo la cartografía originaria. No obstante, avanzado el proceso restaurador resultaría conveniente que terceros independientes evalúen cómo están incidiendo las distintas medidas adop-

tadas en la resolución del conflicto. La resolución del conflicto afecta a su conformación, de ahí la necesidad de medirlo constantemente.

Una segunda actividad absolutamente necesaria en la justicia restaurativa empresarial debe ser la investigación interna que ha de desarrollar la organización. Se trata de una investigación interna peculiar que no se ajusta a su tipología usual (Nieto Martín, 2015a). Las investigaciones internas sirven a la empresa normalmente para trazar cuál será su estrategia en el proceso penal, señalar a los responsables de la infracción e imponer sanciones disciplinarias. Son, además, normalmente secretas y en ningún caso la empresa tiene la obligación de hacerlas públicas. Las investigaciones internas restauradoras, por el contrario, deben conformarse como el mecanismo principal a través del cual la empresa se responsabiliza por los hechos.

De este modo, la complejidad para entender el conflicto se afronta con dos herramientas complementarias: el mapeo del mismo, que realizará el facilitador, de la mano de expertos independientes, y la investigación interna restauradora, que como a continuación va a analizarse constituye una tipología específica, con rasgos propios, dentro de las investigaciones internas.

Es desgraciadamente usual que la investigación interna asociada al proceso penal sirva para construir un relato de los hechos que desvincula a los dirigentes de la organización. Este riesgo debe evitarse a toda costa en la investigación interna restauradora, cuyo primer objetivo debe ser el desvelar las estrategias y decisiones que han llevado a la causación del daño, señalando a las personas responsables del mismo. Por esta razón, la investigación interna necesita, primero, ser conducida por un tercero ajeno a la organización y, segundo, contar con el máximo compromiso de sus dirigentes. Lo que debe traducirse en que alguien con una autoridad relevante dentro de la empresa debe estar activa y directamente implicado en su desarrollo, con el fin, por ejemplo, de evitar cualquier tipo de obstáculo. La investigación restauradora tiene como uno de sus cometidos principales mostrar los defectos del programa de cumplimiento o medidas de prevención, empezando por los déficits que puedan existir en la cultura de legalidad de la organización. Un rasgo esencial de las investigaciones internas restauradoras es que están destinadas a hacerse públicas, pues constituyen la expresión de la voluntad de la empresa asumiendo y responsabilizándose por el mal realizado. Lo que exige desvelar públicamente cuáles han sido los defectos, las decisiones estratégicas causas del comportamiento delictivo²⁸.

²⁸ Un ejemplo de cómo articular este tipo de investigaciones es el que la SEC encargó en los años 70 a la compañía Shell, acusada de numerosos casos de corrupción. Una persona independiente se encargó de su realización y finalmente se publicaron los resultados de la misma.

La investigación interna constituye el comienzo de responsabilización por el daño y la petición de disculpas, pero aún son precisas actividades ulteriores. La petición de disculpas exige un contacto directo entre los responsables de la organización y las víctimas. Habíamos indicado cómo los diversos fondos fiduciarios que hasta la fecha se han creado, dan la impresión de que más que una forma de responsabilización, son un modo de apartar el conflicto y las víctimas de las preocupaciones de sus dirigentes. Al igual que en el cumplimiento normativo es importante el *tone from the top*, en la justicia restaurativa empresarial lo es que los miembros de los órganos de dirección visiten los lugares afectados y oigan los relatos de las víctimas²⁹. Igualmente, la responsabilización requerirá normalmente que la organización adopte medidas contra los responsables individuales y cambios en la organización. El derecho disciplinario, parte esencial de los programas de cumplimiento, resulta por ello también esencial dentro de los procesos restauradores. Esta medida es frecuente en la mayor parte de los acuerdos procesales norteamericanos, si bien en el caso de la justicia restaurativa se trata de una iniciativa que debe adoptar la propia organización.

En este punto conviene no confundir, en cualquier caso, el proceso de responsabilización de la organización y de los responsables individuales del daño. La dificultad existente para que los autores individuales reconozcan los hechos se ha indicado como uno de los mayores problemas a la hora de aplicar la justicia restaurativa en el marco de los delitos económicos (Guardiola Lago, 2020, pp. 565 y ss.). Desde la formulación de la teoría de la asociación diferencial, se viene señalando como uno de los factores etiológicos más importantes de la delincuencia económica la existencia de técnicas de neutralización, que permiten a los autores justificar su comportamiento, negar el daño y a la víctima, etcétera. La responsabilización, que empieza con la investigación interna, debe conformarse como el mecanismo que permita ir desmontando este tipo de razonamientos, como forma de recuperar la cultura de la legalidad en la organización, lo que no implica necesariamente que los responsables individuales modifiquen su visión.

Otro de los frutos de la investigación interna y del proceso restaurador debe ser una profunda reforma –o en su caso adopción– del programa de cumplimiento. No obstante, en el marco de los procesos restaurativos, este tipo de cambios deben operarse propiciando la participación de las víctimas y afectados en su gestión. Como ya explicamos anteriormente, al exponer

²⁹ Es interesante, por ejemplo, la experiencia, a la que ya hicimos referencia anteriormente, de los *Toxic-tours*, en el que altos directivos de empresas contaminantes visitaron las zonas afectadas en la amazonia ecuatoriana al respecto, Martín Beristain (2010, pp. 285 y ss.).

las sanciones restaurativas, las víctimas y afectados son *stakeholders* de la entidad, que en la era del *stakeholders capitalism* deben pasar a desempeñar un papel significativo dentro del sistema de gobernanza de la organización. La justicia restaurativa constituye también una herramienta de empoderamiento, decisión y control para las personas que han experimentado un daño. Tener por ello algún tipo de participación en la gestión de una organización que ha generado una alteración notable en sus vidas obedece a este procedimiento. Ya expusimos el modo en que esta participación puede darse, desde ser miembros del órgano de vigilancia –en el caso del art. 31 bis del CP español– a tener derecho a recibir información periódica sobre el desarrollo del programa. La reforma en profundidad del programa de cumplimiento y la mejora de la cultura de la legalidad entronca igualmente con otro de los objetivos esenciales de todo proceso restaurador como es evitar la revictimización. Recordemos, además, que las víctimas corporativas son en muchas ocasiones víctimas dependientes del victimario. Sus vidas no sólo han sido condicionadas por este como consecuencia de su comportamiento, sino que entre ambos existe una relación más estrecha y continuada que hace especialmente importante asegurar la garantía de no repetición.

Un aspecto tremendamente discutido es el papel de las víctimas en los acuerdos restaurativos y si estas deben estar representadas colectivamente –por ejemplo, por asociaciones de víctimas– o deben asistir individualmente. Tal como ya se ha indicado, dentro de la justicia restaurativa la expresión delitos sin víctimas carece, per se, de sentido. Todo conflicto tiene víctimas y afectados, por muy supraindividual que sea el bien jurídico protegido. Será función del mapeo del conflicto descubrir quiénes son las víctimas más directas y los afectados. La justicia restaurativa es diálogo, reconciliación y petición de disculpas. Resulta imposible cerrar el conflicto sin oír las historias y el punto de vista de las víctimas «en carne y hueso». Su papel en modo alguno puede reducirse, en consonancia con lo que después se dirá respecto del peligro de burocratización, a ser meros solicitantes de ayudas o indemnizaciones económicas. Esto es lo que ocurre en alguna de las experiencias prácticas a las que antes se hacía referencia. Otra cosa es que, al margen de estos encuentros personales destinados a propiciar la restauración emocional y a la recomposición de las relaciones rotas, no existan otros espacios destinados a la participación de comunidades u otras categorías de afectados.

En catástrofes graves, medioambientales o de derechos humanos, la restauración es tan compleja y costosa de administrar que se necesita un entramado institucional potente, para que la gestione y organice. El modelo de los fondos fiduciarios a que antes se hacía referencia debe formar parte de una justicia restaurativa, que evidentemente también es «cuestión de dinero». En la gestión de estos fondos y en articular los programas restaurativos desti-

nados a la comunidad y a otros afectados sí que debe existir espacio para asociaciones, colectivos de víctimas e incluso representación de órganos estatales. Este aspecto institucional no debe, sin embargo, ni oscurecer ni relegar los aspectos singularmente restaurativos, eminentemente personales, a que antes se hacía referencia.

La experiencia de la Fundación Renova a la que antes se hacía referencia ofrece un ejemplo de cómo los aspectos emocionales y puramente restaurativos se han olvidado, pero también es un buen ejemplo de cómo organizar estos otros aspectos más comunitarios, sociales y económicos de la restauración. Uno de los aspectos más innovadores de este proceso ha sido la elaboración de un acuerdo sobre la gobernanza de la fundación, con la finalidad de propiciar la participación de todos los sectores implicados según su peso³⁰.

Una de las cuestiones más complejas dentro de la justicia restaurativa empresarial resulta, a mi juicio, cómo conseguir que no degenera el diálogo entre víctima, victimario y afectados. Existen en este punto dos grandes retos. El primero es cómo garantizar un diálogo equilibrado o deliberativo, impidiendo que sea la gran multinacional la que domine todo el procedimiento. El segundo es evitar que las víctimas y afectados no acaben percibiendo el procedimiento restaurador como una suerte de burocracia ante la cuál plantean sus demandas y pretensiones de reparación. Para evitar estos problemas me parece esencial la existencia de una serie de controles públicos sobre el proceso restaurador, que debe articularse fundamentalmente a través de la formación y puesta a punto de servicios públicos de justicia restaurativa, que contemplen también este tipo de casos diferentes y más complejos de gestionar.

³⁰ Realizar un acuerdo sobre la gobernanza de la fundación que administra el fondo, fue una de las tareas que ocupó la primera parte de los trabajos de la Fundación Renova. Ello concluyó con un acuerdo en 2018 (TAC Gobernanza) donde se establecen una serie de órganos que administran y deciden los distintos programas reparadores. Este entramado institucional no debe, sin embargo, desplazar –y quizás aquí ha radicado uno de los defectos del experimento Renova– la existencia de encuentros verdaderamente restaurativos con las víctimas directas de la tragedia, en los que también hayan tenido que participar los responsables de las empresas. El aspecto organizativo y reparador en este gran experimento ha sepultado al aspecto restaurativo y emocional, pero hay lecciones que aprender de este proceso, sobre todo en lo tocante a cómo se organiza un fondo de compensación y su gestión, *vid.* sobre la gobernanza la información de la web de la Fundación: <https://www.fundacaorenova.org/quem-faz-parte/>.

La comunicación constituye, por ejemplo, uno de los retos singulares de este tipo de procesos restaurativos. La pluralidad de víctimas y colectivos afectados por el daño requieren una política de comunicación, que es también necesaria para que la comunidad juegue un papel significativo dentro del procedimiento y que la organización vuelva a recuperar su legitimidad. Para la empresa, el procedimiento restaurativo no es sino una parte peculiar de su política de responsabilidad social y, por tanto, un medio para recuperar su legitimidad en un entorno, donde esta se ha visto seriamente afectada por la comisión del delito. Este aspecto del proceso restaurador es probablemente uno de los que mayor interés tenga para la empresa, en cuanto que le permite compensar el coste reputacional ocasionado por el delito y para ello es necesario que la comunidad perciba correctamente los avances del proceso restaurador.

Otro aspecto singularmente importante es el papel de las sociedades matrices y el lugar de la realización de los encuentros restaurativos. Ambas cuestiones están entrelazadas. Los supuestos de los que nos ocupamos responderán frecuentemente a la siguiente tipología: la filial de una gran empresa multinacional en un país del tercer mundo realizará un comportamiento delictivo que afecte gravemente a los derechos humanos o al medio ambiente. Como ocurre ya en el marco de la corrupción y está empezando a acaecer en otras materias como el trabajo infantil o las nuevas formas de esclavitud³¹, es probable que el proceso acabe teniendo en una jurisdicción distinta a aquella en la que ocurrieron los hechos, invocando por ejemplo el principio de personalidad activa. Si una crítica tradicional hacia la justicia penal es que alejaba el conflicto de la sociedad, en estos grandes casos de delitos corporativos es posible que ello ocurra con más frecuencia e intensidad.

Una de las funciones y bondades de la utilización de procedimientos restaurativos en esta tipología de casos es que permitirá devolver la solución del conflicto a la sociedad afectada. El proceso restaurativo, aunque proceda de un procedimiento penal situado en un país desarrollado, habrá de tener lugar principalmente en el país donde los hechos tuvieron lugar, pues es allí donde se encuentran la mayoría de las víctimas. Este tipo requerirá algún tipo de acuerdo de cooperación entre los servicios de justicia restaurativa correspondiente y la necesidad de permitir que las autoridades judiciales del país del que procede el proceso penal puedan estar presentes durante el proceso restaurativo³².

³¹ Al respecto de la importancia del principio de personalidad activa, también aplicado a las personas jurídicas en los casos de violaciones de derechos humanos o medioambientales, *vid.* Nieto Martín (2020c, pp. 61 y ss.).

³² Entiendo que esto último, desde el punto de vista de la soberanía, es mucho más sencillo y factible de realizar que, por ejemplo, autorizar a una autoridad judi-

Un punto tremendamente discutido en el sistema jurídico es la responsabilidad ya sea civil, ya sea penal de las empresas matrices por los comportamientos realizados por las filiales³³. Hasta ahora el centro de imputación dentro del derecho penal corporativo sigue siendo la persona jurídica que ha cometido el delito, sin que ello quiera decir que en algunos supuestos la responsabilidad salte a la multinacional. Con independencia del resultado de este debate en el plano estrictamente jurídico, en el marco de un procedimiento restaurativo la separación filial-matriz carece de sentido. La «responsabilización» del ente implica ser conscientes de las causas estructurales que han dado lugar al daño y en este ejercicio que debe hacer la empresa, la existencia de distintas personas jurídicas resulta irrelevante. Lo decisivo será ver si materialmente las causas del daño tienen su origen de algún modo en las políticas y decisiones de grupo. En el plano puramente restaurador, el haberse beneficiado de los rendimientos económicos, por ejemplo, de la explotación minera que realiza la filial sin haber impulsado ningún tipo de medida protectora del medio ambiente o no haber mostrado ningún tipo de preocupación, debería ser suficiente para que la matriz se implicase en el proceso restaurador. Probablemente este particular deba ser uno de los aspectos sobre los cuales los fiscales y jueces deban insistir antes de dar paso a un acuerdo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AERSTEN, I. (2018). Restorative justice for victims of corporate violence. En G. Forti (Ed.). *Victims and corporations. Legal challenges and empirical findings*, Wolters Kluwer. Milano: CEDAM.
- AGUILERA MORALES, M. (2017). Víctima y conformidad: al encuentro de dos rectas paralelas llamadas a coincidir. En M. de Hoyos Sancho (Dir.). *La víctima del delito y las*

cial nacional a que desarrolle actos procesales *strictu sensu* en otro país. El asistir como supervisor u observador a un proceso independiente de justicia restaurativa, realizado por autoridades locales, no es ningún acto que represente el ejercicio de la soberanía en el territorio de otro Estado.

³³ *Vid.*, sobre este particular y en relación a la materia civil, el monográfico Empresas y Derechos Humanos de *Cuadernos Europeos de Deusto* (2020); en materia penal, la jurisprudencia es especialmente interesante en Italia, donde existe cada vez una mayor tendencia en responsabilizar a la empresa cabecera de grupo. Este hecho propicia, desde luego, una mayor eficacia de todo el sistema de responsabilidad y permite, sobre todo acudiendo al principio de personalidad activa, allí dónde es aplicable a las personas jurídicas, situar los procesos bajo la jurisdicción italiana. El problema que plantea tal como apuntamos es que situar el proceso en el foro de la empresa matriz dificulta el acceso a la justicia de las víctimas y su reparación.

- últimas reformas procesales penales* (pp. 99-120). Pamplona: Aranzadi Thomson Reuters.
- ALASTUEY DOBÓN, C. (2000). *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- ARANTES PRATA, D. (2019). *Criminalidade corporativa e vitimização ambiental: análise do caso Samarco*. São Paulo: Libers Ars.
- BAUCELLS LLADÓS, J. (2020). Delincuentes económicos y justicia restaurativa en la ejecución de la pena. *Revista General de Derecho Penal*, 34.
- BOVEN, T. van (2010). Principios y directrices básicos de las Naciones Unidas sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. *United Nations Audiovisual Library of International Law*. Recuperado el 21 de enero de 2021, de https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_60-147/ga_60-147_ph_s.pdf.
- BRAITHWAITE, J. & Braithwaite, V. (2006). Democratic sentiment and critical markets in vice. *British Journal of Criminology*, 46, 1110-1127.
- BRAITHWAITE, J. (2009). Restorative Justice for Banks through negative licensing. *British Journal of Criminology*, 49, 439-450.
- BRAITHWAITE, J. (2013). Flipping markets to virtue with qui tam and restorative justice, *Accounting, Organizations and Society*, 38, 458-468.
- CAIVO SOLER, R. (2015). *Mapeo de conflictos. Técnicas para la exploración de los conflictos*. Barcelona: Gedisa.
- CAIVO SOLER, R. (2018a). *Donde la justicia no llega. Cuando el proceso judicial no acompaña*. Barcelona: Gedisa.
- CAIVO SOLER, R. (2018b). *Justicia Juvenil y prácticas restaurativas. Trazos para el diseño de programas y para su implementación*. Barcelona: Ediciones Ned.
- CAIVO SOLER R., NIETO MARTÍN A. (2023). (Coords.). *Justicia restaurativa empresarial. Un modelo para armar*. Madrid: Editorial Reus.
- CASTILLEJO MANZANARES, R. (2017). Justicia restaurativa, mediación penal y víctimas, ambos. En M. de Hoyos de Sancho (Dir.). *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*. Pamplona: Aranzadi.
- CENTONZE, F. & Manacorda, S. (Eds.). (2017). *Historial pollution. Comparative legal responses to environmental crimes*. Springer.
- COFFEE, J. (1981). No soul to dam no body to kick: An unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment. *Michigan Law Review*, 79(3), 386-459.
- CUENCA GARCÍA, M. J. (2020). La atenuante de reparación del daño como instrumento de la justicia restaurativa en la delincuencia socioeconómica. *Estudios Penales y Criminológicos*, 40, 941-989.
- CRUZ, L. M. (2010). El derecho de reparación a las víctimas en el derecho internacional. Un estudio comparativo entre el derecho internacional de responsabilidad estatal y los principios básicos de reparación de víctimas de derechos humanos. *Revista de Derecho Político*, 77, 185-209.
- FARALDO CABANA, P. (2006). Satisfacción de los intereses patrimoniales de la víctima y resocialización del condenado. *Estudios penales y criminológicos*, 26, 7-80.
- FISSE, B. (1981). Community service as sanction against corporation, *Wisconsin Law Review*, 5, 970-1017.

- FORTI, G. (dir). (2018). *Victims and corporations. Legal challenges and empirical findings*, Wolters Kluwer. Milano: CEDAM.
- GABBAY, Z. D. (2007). Exploring the limits of the restorative justice paradigm: restorative justice and white-collar crime. *Journal of Conflict Resolution*, 8, 421-485.
- GADDI D. (2020). Materiales para una conformidad restaurativa. *Estudios Penales y Criminológicos*, 40, 991-1041.
- GALAÍN, P. (2009). *La reparación del daño como equivalente funcional a la pena*. Montevideo: Universidad Católica de Uruguay.
- GALAÍN, P. (2010). *La reparación del daño a la víctima del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GARRET, B. L. (2014). *Too big to jail. How prosecutors compromise with corporations*. Belknap Press.
- GIL GIL, A. (2016). Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena. *Indret*, 4. Recuperado el 31 de enero de 2021, de <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1254.pdf>.
- GIMENO BEVÍA, J. (2016). *Compliance y proceso penal, el proceso penal de las personas jurídicas*. Thomson Reuters-Civitas.
- GIMENO BEVÍA, J. (2020). Hacia el principio de oportunidad en el enjuiciamiento penal de las personas jurídicas. En M. S. CALAZA LÓPEZ & J. C. MUINELO COBO (Dirs.). *Post-modernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial* José María Asencio Mellado. Madrid: Dykinson.
- GRUNER, R. S. (1993). Beyond fines: innovative corporate sentences under federal sentencing guidelines. *Washington University Law Review*, 71(2), 265-328.
- GUARDIOLA LAGO, M. J. (2020). ¿Es posible la justicia restaurativa en la delincuencia de cuello blanco? *Estudios Penales y Criminológicos*, 40, 529-591.
- HALL, M. (2013). *Victims of Environmental Harm. Rights, recognition and redress under national and international law*. London: Routledge.
- HOWARD, M. L. (1985). Charitable contributions as a condition of federal probation for corporate defendants: a controversial sanction under new law. *Notre Dame Law Review*, 60(3), 530-546.
- JOHNSTONE, R. (2005). De la ficción a la realidad. Repensar los mecanismos de la legislación en salud y seguridad. *Políticas públicas en salud y seguridad: una estrategia para el siglo XX*. Madrid: ISTAS. Recuperado el 31/01/2021, de <http://istas.net/descargas/IVforo-Ponencia.pdf>.
- KENNEDY, C. (1985). Criminal sentences for corporations: alternative finding mechanisms. *California Law Review*, 73(2), 443-482.
- LIMA, M. L. (2015). Fondos de Ayuda o reparación para víctimas de delitos o abuso de poder, *Revista de Victimología*, 1, 97-131.
- LUEDTKE, D. (2014). Progression in the age of recession: restorative justice and white-collar crime in post-recession America. *Brooklyn Journal of Corporate Financial and Commercial Law*, 8(1), 311-334.
- MARTÍN BERISTAIN, C. (2010). El derecho a la reparación en los conflictos ambientales. Bilbao: Hegoa.
- MAZZUCATO, C. (2018). Victims of corporate violence in the European Union. En G. Forti, (Dir.). *Victims and corporations. Legal challenges and empirical findings*, Wolters Kluwer. Milano: CEDAM.

- MONGILLO, V. (2018). *La responsabilidad penal tra individuo ed ente colectivo*. Giappichelli Editore.
- MULLENIX, L. (2011). Prometheus unbound: the gulf coast claims facility as a means for resolving mass tort claims - A fund too far. *Louisiana Law Review*, 71(3), 819-916.
- NACIONES UNIDAS (2005). Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005. Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. Recuperado el 21 de enero 2021, de rb.gy/itczm.
- NACIONES UNIDAS (2011). Principios Rectores sobre las empresas y los Derechos Humanos. Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar». Recuperado el 21 de enero de 2021, de rb.gy/x2oba.
- NATALI, L. *Victimización medioambiental: una aproximación de criminología verde* (en prensa).
- NEYRET, L. (Dir.). (2015). *Des écocrimes à l'écocide. Le droit pénal au secours de l'environnement*. Bruxelles: Bruylant.
- NIETO MARTÍN, A. (2008a). Autorregulación, *compliance* y justicia restaurativa. En A. NIETO MARTÍN & L. ARROYO JIMÉNEZ (Eds.). *Autorregulación y Sanciones*. Valladolid: Lex Nova.
- NIETO MARTÍN, A. (2008b). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid: Iustel.
- NIETO MARTÍN, A. (2012). Looking for a system of sanctions for an EU normative. En A. Fiorella (Ed.). *Corporate criminal liability and compliance programs. Towards a Common Model in the European Union* (Vol. II). Jovene Editore.
- NIETO MARTÍN, A. (2015a). Investigaciones internas. En A. NIETO MARTÍN (Dir.). *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- NIETO MARTÍN, A. (2015b). Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de personas jurídicas. En A. NIETO MARTÍN (Dir.). *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- NIETO MARTÍN, A. (2017). Empresas, víctimas y sanciones restaurativas: ¿cómo configurar un sistema de sanciones para personas jurídicas pensando en sus víctimas? En M. de Hoyos Sancho (Dir.). *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*. Pamplona: Aranzadi.
- NIETO MARTÍN, A. (2020a). Ecocidio y justicia restaurativa: el Derecho penal Internacional post-Núremberg. Recuperado el 31 de enero de 2021, de rb.gy/457vo.
- NIETO MARTÍN, A. (2020b). Reforma del proceso penal y regulación de las investigaciones internas. Recuperado el 31 de enero de 2021, de rb.gy/fnta7.
- NIETO MARTÍN, A. (2020c). Cambio climático y derecho penal internacional del medio ambiente. *Jueces para la Democracia*, 98, 67-70.
- NIETO MARTÍN, A. *Compliance programs: de la gestión de la legalidad a la de la legitimidad* (en prensa).
- PARKER, C. (2004). Restorative justice in business regulation? The Australian competition and consumer commission's use of enforceable undertakings. *The Modern Law Review*, 67(2), 209-246.
- PUENTE ABA, M. La reparación en el marco del derecho Medioambiental. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 8, 629-651.

- ROBINSON, P. (2003). The virtues of restaurative process, the vices of “restaurative justice”. *Utah Law Review*, 1, 375-388.
- RODRÍGUEZ HORCAJO, D. (2016). *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*. Madrid: Marcial Pons.
- RODRÍGUEZ PUERTA, M. J. (2020). El derecho de las víctimas colectivas a participar en encuentros restaurativos. Un análisis a partir de algunos delitos económicos. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 22-14. Recuperado el 31 de enero de 2021, de <http://criminnet.ugr.es/recpc/22/recpc22-14.pdf>.
- SAAD-DINIZ, E. & VITTE DE LAURENTIZ, V. (Orgs.). (2018). *Corrupção, direitos humanos e empresa*. Belo Horizonte: D’Pácido.
- SAAD-DINIZ, E. (2020a). *Victimologia Corporativa*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- SAAD-DINIZ, E. (2020b), Justiça de transição corporativa: a nova geração de estudos transicionais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 167, 71-128.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2018). *Malum passionis: Mitigar el dolor del Derecho penal*. Barcelona: Atelier.
- TOMUSCHAT, C. (2002). Reparation for Victims of Grave Human Rights Violations. *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 10, 157-184.
- TAMARIT SUMALLA, J. M. (2012). *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*. Granada: Comares.
- TORRAS COLL, J. M., GIMENO BEVIÁ, J. & FORTUNY, M. (2019). Instrumentos alternativos al proceso penal de la persona jurídica: desde las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal y la mediación penal hacia los DPA norteamericanos. *Diario La Ley*, 9443. Recuperado el 31 de enero de 2021, de rb.gy/r9wv3.
- UNIÓN EUROPEA. Directiva (UE) 2012/29 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, DO L 315/57. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 57-73. Recuperado el 31 de enero de 2021, de <https://www.boe.es/doue/2012/315/L00057-00073.pdf>.
- UNIÓN EUROPEA. Recomendación CM/Rec (2018) 8 del Comité de Ministros a los Estados miembros en materia de justicia restaurativa penal. Recuperado el 31 de enero de 2021, de rb.gy/q32ek.
- UNITED STATES SENTENCING COMMISSION (2021). Sentencing organizations. En *Guidelines manual*. Recuperado el 31 de enero de 2021, de <https://guidelines.ussc.gov/chapters/8/parts>.
- VARONA, G. (2020). Restorative pathways after mass environmental victimization: walking in the landscapes of past ecocides. *Oñati Socio-legal Series*, 10(3), 664-685.
- VICTIMS AND CORPORATIONS (2017). *Individual Assessment of Corporate Violence Need’s. A practical Guide*. Recuperado el 31 de enero de 2021, de https://asgp.unicatt.it/asgp-Individual_assessm_corp_violence_victims.pdf.
- VISCONTI, A. (2018). Corporate Violence: Harmful consequences and victims’ needs. An Overview. En Forti, G. (Dir.). *Victims and corporations. Legal challenges and empirical findings*, Wolters Kuwer. Milano: CEDAM.
- VV. AA. (2020). *Cuadernos Europeos de Deusto*, 63. Recuperado el 31 de enero de 2021, de <https://ced.revistas.deusto.es/issue/view/246>.

O PAPEL DO SETOR PRIVADO NA PROTEÇÃO AMBIENTAL DA AMAZÔNIA

El papel del sector privado en la protección ambiental de la Amazonia

The role of private sector in the environmental protection of the Amazon

MARINA MONTES BASTOS

Universidade de São Paulo (USP, Brasil)

RESUMO

Em um cenário de pressão por desmatamento cada vez maior no Brasil (em especial, no bioma Amazônia), o presente trabalho busca trazer elementos de análise sobre o papel do setor privado como indutor da manutenção da floresta em pé através do estudo de caso do Projeto Carbono RECA, na Amazônia brasileira, tomando por referência teórica a ideia de governança policêntrica como indutora de cooperação, visando um objetivo comum coletivo. Verificar-se-á que as empresas podem ter um papel importante na manutenção da floresta em pé, mas não podem substituir o papel do Estado como ente fiscalizador a fim de coibir atividades ilícitas.

Palavras-chave: Amazônia; setor privado; governança policêntrica.

RESUMEN

En un escenario de creciente presión por la deforestación en Brasil (especialmente en el bioma amazónico), este trabajo busca proporcionar elementos de análisis sobre el papel del sector privado como inductor del mantenimiento del bosque en pie, a

través de un estudio de caso, el Proyecto Carbono RECA, en la Amazonia brasileña, tomando como referencia teórica la idea de gobernanza policéntrica como inductora de cooperación con miras a un objetivo común y colectivo. Se verá que las empresas pueden desempeñar un papel importante para mantener el bosque en pie, pero no pueden reemplazar el papel del Estado como entidad supervisora para frenar las actividades ilegales.

Palabras clave: Amazonia; sector privado; gobernanza policéntrica.

ABSTRACT

In a scenario of increasing pressure for deforestation in Brazil (especially in the Amazon biome), this paper will seek to provide elements of analysis on the role of the private sector as an inducer of the maintenance of the standing forest, through a case study of the Carbon RECA Project, in the Brazilian Amazon. This work uses as theoretical reference the idea of polycentric governance as an inducer of cooperation aiming at a common collective objective. This study verifies that companies may have an important role in maintaining the standing forest, but it cannot replace the role of the State as a supervisory entity to curb illicit activities.

Keywords: Amazon; Private Sector; Polycentric governance.

1. INTRODUÇÃO

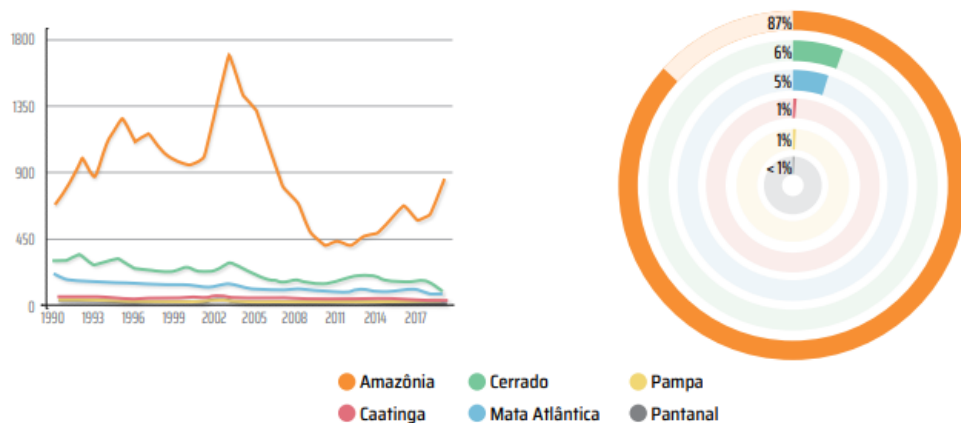
HISTORICAMENTE, o Brasil possui um papel internacional de pioneirismo nas discussões sobre proteção ao meio ambiente, algo que se reflete tanto em sua Constituição de 1988 (a qual cria um capítulo dedicado inteiramente à tutela ambiental) e em seu avançado arcabouço de leis em matéria ambiental, quanto em sua participação em conferências e acordos internacionais (desde a Convenção Quadro das Nações Unidas para Mudanças Climáticas até o mais recente Acordo de Paris). Há que se ponderar, no entanto, que este pioneirismo não necessariamente se reflete em ações concretas de defesa ao equilíbrio ecológico – em especial, quando se verifica a atuação estatal brasileira na Amazônia.

Tomemos como exemplo a política climática brasileira. O art. 6º do Decreto 7.390/2010 (depois substituído pelo Decreto 9.578/2018), que regulamenta a Política Nacional sobre Mudança do Clima (Lei 12.187/2009), estabeleceu para o governo brasileiro a meta para 2020 de emissão, no máximo, entre 1.168 milhões de toneladas de dióxido de carbono equivalente (redução de 36,1% em relação à projeção de emissões para 2020) e 1.259 milhões de toneladas de dióxido de carbono equivalente (redução de 38,9% em relação à projeção de emissões para 2020).

Para que esta meta pudesse ser atingida, definiu-se nesse mesmo Decreto como uma das principais medidas a redução em 80% dos índices anuais de desmatamento na Amazônia Legal em relação à média verificada entre os anos de 1996 e 2005. Essa medida seria executada, conforme previsto no art. 6º da Lei 12.187/2009, por meio dos Planos de Ação para a Prevenção e Controle de Desmatamento, que posteriormente se desdobraram em planos conforme o tipo de bioma – incluindo o PPCDAM para o bioma Amazônia.

Ocorre que levantamentos feitos por setores da sociedade civil já apontam que a meta de redução de desmatamento da Amazônia muito provavelmente não foi atingida no ano de 2020. Segundo dados da organização não-governamental Observatório do Clima, divulgados por meio do relatório 2020 do Sistema de Estimativas de Emissões e Remoções de Gases de Efeito Estufa (SEEG) (Albuquerque *et al.*, 2020), em 2019, o desmatamento do bioma Amazônia concentrou 87% das emissões brutas do setor de mudança do uso do solo, conforme gráfico abaixo.

GRÁFICO 1. Emissões por bioma em 2019.



Fonte: Albuquerque *et al.*, 2020.

Ademais, dados do SEEG extraídos com base nos mapas de cobertura e uso do solo do MapBiomas indicam que o bioma Amazônia teve um aumento de 42% na supressão de vegetação entre 2018 e 2019. Ainda, em 2019, as emissões de fogo registraram um aumento de 87% em relação a 2018, sendo que desse total, 50% foram emitido na Amazônia (Albuquerque *et al.*, 2020).

Como se percebe, o desmatamento na Amazônia teve tendência de crescimento em 2020, ao contrário do que deveria ocorrer para fins de atingimento das metas definidas pela Política Nacional de Mudança do Clima. Desta feita,

o SEEG conclui, de acordo com os dados de alertas do sistema Deter, do INPE (Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais), que a meta de redução de 80% do desmatamento em relação à média de 1996 a 2005 não foi cumprida em 2020 (Albuquerque *et al.*, 2020).

Considerando esse cenário de pressão por desmatamento descrito acima (em especial, no bioma Amazônia), aliado à aparente ineficiência do Estado em endereçar essa questão, parte do setor privado (i.e., entes não-governamentais como empresas, organizações de defesa ambiental e comunidades locais) vem assumindo uma postura proativa na busca e adoção de ferramentas e mecanismos que possam ser consideradas soluções factíveis face à complexidade de fatores que dificultam a proteção ambiental na Amazônia. Assim, a pergunta que este trabalho procura responder é: qual o papel que o setor privado pode assumir como indutor da manutenção da floresta em pé no bioma Amazônia? A fim de responder a essa questão, dividiremos este trabalho em três partes.

A primeira parte busca trazer um arcabouço teórico sobre instrumentos de políticas públicas ambientais e a crescente tendência em se utilizar de arranjos de governança policêntrica, envolvendo entes não-governamentais, para endereçar questões ambientais. A segunda parte trará um estudo de caso sobre o Projeto Carbono RECA, no bioma Amazônia, como um exemplo de atuação do setor privado na indução da conservação da floresta em pé. E a terceira parte traz a discussão dos achados desse estudo de caso junto ao arcabouço teórico mencionado, a fim de entender em qual sentido este projeto dialoga com o que a literatura vem dizendo a respeito de arranjos de governança policêntrica, e quais são os principais entraves e pontos de melhoria que podem ser extraídos da análise.

2. ARCABOUÇO TEÓRICO

Nesse primeiro capítulo, traremos o embasamento teórico no qual se fundará a análise do estudo de caso sobre a atuação do setor privado na promoção da conservação florestal.

2.1. Políticas públicas ambientais

A visão que prevalecia no estudo do Direito e Desenvolvimento nos anos 1990 era a da chamada vertente liberal, segundo a qual as “instituições importam”, e por isso, é preciso que se introduzam reformas de *rule of law* para que as instituições, nos países em desenvolvimento, funcionem da melhor maneira possível (um bom direito, somado a uma boa aplicação, gera bons

resultados) (Milhault & Pistor, 2008). Essa vertente é vinculada à defesa da aplicação de instrumentos de comando e controle, que se relaciona à utilização de ordens negativas regulando aquilo que é proibido, aliadas à ação fiscalizatória e punitiva do Estado para evitar que tais comportamentos ocorram. Porém, dado que no mundo contemporâneo são necessárias normas cada vez mais especializadas e adaptáveis, os instrumentos de comando e controle passaram a ser vistos como insuficientes para as exigências atuais, em razão de serem pouco flexíveis, sem abertura à inovação, e de *enforcement* difícil e custoso (Paula, 2016).

Especialmente ao se pensar no território amazônico, verifica-se que instrumentos de comando e controle de fato podem gerar ineficiências em razão das dificuldades práticas de se realizar fiscalização em um território tão amplo como a Amazônia – como pode se notar com o aumento recente do desmatamento relatado na introdução desse trabalho. Assim sendo, iniciou-se uma tendência crescente de utilização de padrões voluntários e instrumentos econômicos de incentivo à preservação, com a lógica do mercado a serviço da proteção ambiental. Desta forma, são incentivados ambientes institucionais que permitem negociação e acordos entre as diferentes partes, de forma a atingir objetivos comuns, estimulando a inovação e o aprendizado coletivo público e privado. Neste contexto, a governança policêntrica desponta como uma alternativa face a esses desafios.

2.2. *Governança policêntrica*

Ainda nesse contexto de pós-instrumentalismo contemporâneo, e conectado a essa ideia de criação de mecanismos livres e flexíveis de interação e autorregulamentação dos agentes privados na proteção ambiental, a governança se consolidou como uma ferramenta para alcançar a sustentabilidade no mundo atual.

Sobre o conceito de governança, e sem a intenção de sermos exaustivos sobre o tema, buscou-se a lição de Claus Offe, que explica a governança como:

Formas de interação institucionalizadas (frequentemente informais), nas quais os participantes cooperam de uma forma consciente e voltada a objetivos, embora não exclusivamente buscando seus próprios interesses, mas também preocupações comuns dos membros de uma comunidade política (ou uma grande corporação). Estas, por sua vez, não podem ser promovidas (ou ao menos não exclusivamente e de maneira eficiente e efetiva) por meio de ação soberana hierárquica pelo estado e de acordo com o modelo de comando/ameaça, ou coerção/obediência, que são as formas clássicas de ação soberana (Offe, 2009, p. 553, tradução livre).

Nesse sentido, é possível se pensar em um sistema de governança policêntrica quando se trata de buscar arranjos coletivos visando a um bem comum de proteção ambiental.

Ostrom, em seu estudo sobre a organização do governo em áreas metropolitanas, define assim a governança policêntrica:

“Policêntrico” denota muitos centros de tomada de decisão que são formalmente independentes uns dos outros. Se eles de fato funcionam de maneira independente, ou se constituem um sistema interdependente de relações, é uma questão empírica em casos particulares. Na medida em que eles levam um ao outro em conta em relações competitivas, ingressam em acordos cooperativos ou contratuais diversos, ou recorrem a mecanismos centrais para resoluções de conflitos, as diversas jurisdições políticas em uma área metropolitana podem funcionar de forma coerente com padrões consistentes e previsíveis de comportamento interativo (Ostrom *et al.*, 1961 *apud* Ostrom, 2010a, p. 643, tradução livre).

Conforme aponta Ostrom (2010b), em sistemas de governança policêntrica, cada escala exercita sua independência na criação de normas em um domínio específico, utilizando-se de conhecimento local. No envolvimento das escalas maiores, problemas como a não-contribuição com o sistema e o investimento maciço em inovação podem ser endereçados. Os sistemas policêntricos podem se mostrar mais vantajosos quando se trata de mecanismos de monitoramento mútuo, aprendizado e adaptação de estratégias (Ostrom, 2010b).

Ostrom exemplifica, com base em análise de estudos diversos, que a criação de áreas protegidas pelo governo como a única forma de garantir a proteção da biodiversidade não parece ser necessariamente o caminho, visto que a retirada de populações tradicionais do território pode gerar redução do nível local de proteção ambiental. Assim, nesses casos, sistemas policêntricos e multiníveis podem ter vantagens significativas sobre instituições unificadas operando em uma única larga escala (Ostrom, 2010a).

Com efeito, conforme leciona Abbott (2012), organizações em escalas menores têm maior probabilidade de superar problemas de ação coletiva e construir confiança entre participantes, mantendo-a por meio de sanções reputacionais e reciprocidade. Além disso, tais organizações podem se aproveitar de conhecimento local desenvolvido para contextos locais, com experimentação e inovação (Abbott, 2012). Assim, a governança policêntrica, consistente em diversos centros de decisão variando de escalas menores até escalas maiores, parece ser um arranjo interessante para endereçar dificuldades relacionadas à conservação de mata nativa em um contexto brasileiro, de grandes territórios

a serem protegidos e possibilidade de participação de entes não-governamentais em escala local.

3. ESTUDO DE CASO: PROJETO CARBONO RECA

Encerrada a apresentação do arcabouço teórico sobre instrumentos de políticas públicas ambientais e governança policêntrica, passamos a apresentar o estudo de caso sobre o Projeto Carbono RECA, no bioma Amazônia, como um exemplo de atuação do setor privado na conservação da floresta em pé.

3.1. *Descrição do projeto*

O Projeto RECA - Reflorestamento Econômico Consorciado e Adensado foi fundado em 1989 por um grupo de agricultores vindos do Sul e do Sudeste do país, e hoje é uma cooperativa com mais de 300 famílias, localizada no Distrito de Nova Califórnia, no município de Porto Velho, Rondônia (Associação dos Pequenos Agrossilvicultores do Projeto RECA, 2021). O RECA está localizado na chamada Ponta do Abunã, região do chamado “arco do desmatamento” definida como um dos municípios prioritários para controle do desmatamento nos termos do Decreto Federal nº 6.321/2007 – ou seja, é uma das regiões mais afetadas pela pressão por desmatamento no bioma Amazônia.

O RECA é uma das cooperativas fornecedoras de insumos de biodiversidade para a Natura Cosméticos, empresa brasileira que é uma das maiores empresas de cosméticos do mundo. A Natura desenvolveu e adota desde 2007 o programa Carbono Neutro, com o compromisso de zerar as emissões de carbono da empresa por meio de iniciativas de redução e compensação dessas emissões (Natura, 2018). Assim, no âmbito desse programa, a Natura decidiu por desenvolver com uma de suas comunidades fornecedoras um projeto de compensação de emissões de carbono, se juntando ao RECA para o desenvolvimento desse projeto, que consiste em um modelo de pagamento por serviços ambientais por meio de conservação florestal e plantios de sistemas agroflorestais (SAFS) com extrativismo de produtos florestais não madeireiros (SEDAM, 2021).

Desta forma, o RECA, que já recebia pagamentos da Natura por (i) compra de insumos e (ii) repartição de benefícios com base na Lei de Acesso à Biodiversidade (Lei Federal nº 13.123/2015), passou também a receber por (iii) conservação ambiental (créditos de carbono) promovida pelos sistemas agroflorestais (SAFS) e florestas conservadas existentes nas propriedades locais (Natura Campus, 2018).

Vale esclarecer que Sistemas Agroflorestais (SAFS) podem ser definidos como uma forma de uso do solo que combina, em uma mesma área e em

um determinado tempo, o cultivo de: (i) elementos perenes (ciclo longo); (ii) elementos semi-perenes (ciclo médio); (iii) elementos de ciclo curto; e (iv) elemento eventual (componente animal) (EMBRAPA, 2021b). No caso do RECA, os SAFS são realizados com culturas perenes nativas da Amazônia.

Alguns pontos geram um diferencial desse projeto face a outros projetos tradicionais de compensação por créditos de carbono. Em primeiro lugar, trata-se de um projeto de pagamento pela compensação de carbono dentro da própria cadeia produtiva da Natura (compensação por *insetting*), o que difere de outros projetos nos quais as empresas simplesmente adquirem créditos de projetos que não possuem relação alguma com seu negócio. Desta forma, promove-se a melhoria ambiental combinada com uma melhoria da cadeia produtiva e fornecedora da própria empresa (Adeodato, 2018), numa iniciativa que foi nomeada pela Natura como Carbono Circular (Natura Campus, 2018).

O projeto previu, ainda, que para além do pagamento de valores individualmente aos proprietários que preservam suas vegetações, seriam pagas receitas adicionais pelo resultado coletivo, de maneira a estimular os produtores a engajarem seus vizinhos (Adeodato, 2018). A aprovação do Projeto junto aos cooperados passou por um processo de consentimento prévio, livre e informado no qual a comunidade compreendeu e acordou a forma da repartição dos benefícios advindos da conservação florestal. Nessas conversas, os cooperados compreenderam o funcionamento do mecanismo de cálculo do pagamento por serviços ambientais, e solicitaram a inserção dos SAFS com idade acima de 10 anos, que antes não seriam computados dentro dos resultados de preservação ambiental, dentro da metodologia de cálculo. Assim, após um acordo entre as partes e o ajuste da metodologia, não apenas as florestas conservadas seriam objeto de pagamento, mas também os SAFS com mais de 10 anos (IDESAM, 2018).

Outra inovação consistiu na utilização de áreas de propriedades espalhadas pelo território (como um mosaico), e não um bloco único de floresta conservada, o que exigiu o desenvolvimento de uma nova metodologia que foi publicamente disponibilizada para ser replicada por outros projetos no país (IDESAM, 2018). Além do RECA como cooperativa prestadora do serviço ambiental, e da Natura como empresa pagadora pelo serviço ambiental, participou também do projeto o Instituto de Conservação e Desenvolvimento Sustentável da Amazônia (IDESAM) como organização civil prestando assistência técnica ao projeto.

O Projeto teve início em 2013, com previsão de duração de 25 anos. No ano de 2013, as propriedades participantes do Projeto possuíam 4.924,56ha de florestas preservadas e 733ha de áreas produtivas (SAFS, consórcios e monocultivos). Com base na metodologia aplicada, foi realizada a projeção de desmata-

mento evitado (ou seja, vegetação que poderia ser objeto de devastação, mas que em razão do projeto, deixaria de ser cortada), entre 2013 e 2020, de 392ha (IDESAM, 2018). O investimento aproximado da Natura no Projeto, segundo dados de 2018, foi da ordem de 11 milhões de reais (Adeodato, 2018).

3.2. *Resultados do projeto*

Uma vez estabelecidas as premissas do projeto, passa-se à verificação, na prática, de seus resultados.

Nos anos de 2013 a 2016, enquanto a taxa de desmatamento do entorno do projeto registrou média de 1,9% ao ano, as propriedades participantes do projeto registraram taxa de 0,93% ao ano (desmatamento evitado de 65ha em 2013, 27ha em 2014 e 73ha em 2015). Esse resultado gerou o pagamento de cerca de 2 milhões de reais – repasse feito tanto individualmente, para as famílias cooperadas participantes, quanto a um fundo da cooperativa (Natura Campus, 2018). Em média, cada família recebeu cerca de R\$ 1.600,00 por ano – a título de comparação, a renda das famílias do RECA em 2017 por fornecimento de insumo vendido para a Natura era de aproximadamente R\$ 2.900,00 por ano (IDESAM, 2018).

Além dos benefícios monetários diretos, o projeto trabalhou também na regularização fundiária das propriedades, com a emissão de 49 títulos fundiários e 205 inscrições no Cadastro Ambiental Rural, promovendo a rastreabilidade da cadeia produtiva da Natura – 77% das famílias da cooperativa participaram do projeto no período (Adeodato, 2018). Porém, entre os anos de 2018 e 2019, foi verificada uma redução mais acentuada nos valores pagos em razão do crescimento do desmatamento nas propriedades monitoradas. Alguns produtores apontaram que deveriam deixar o projeto em razão da pressão intensa de madeireiros e pecuaristas por desmatamento (Silva, 2019).

Em março de 2021, coordenadores do RECA apontaram como entraves ao projeto, em apresentação on-line realizada pela Embrapa, “a ausência de fiscalização e controle do governo federal em área de grande pressão de desmatamento; a lógica econômica do desmatamento é muito maior do que a lógica da conservação; crescimento da cadeia da pecuária nas áreas do entorno do Projeto” (EMBRAPA, 2021a). Não obstante, nesta apresentação o RECA informou que o fundo coletivo do projeto já havia acumulado aproximadamente 1,6 milhões de reais, destinados a projetos para os cooperados do RECA, tais como: compostagem (resíduos reutilizados como insumos para o SAF); unidade de tratamento de água; criação de Fundo Maná de adiantamento de valores aos associados; compra de equipamentos; e eventos de intercâmbio com outras cooperativas (EMBRAPA, 2021a).

4. DISCUSSÕES

Da descrição sucinta do estudo de caso acima, verifica-se que o Projeto Carbono RECA é um projeto que se propõe inovador por promover valor à manutenção da floresta em pé pelo setor privado.

Através da metodologia de pagamento por serviços ambientais desenvolvida, objetiva-se um esforço orquestrado entre o ente privado (Natura), a sociedade civil (IDESAM) e a comunidade local (RECA e seus associados) a fim de atingir a finalidade comum de preservação ambiental, com instrumentos de incentivo à ação coletiva na esfera local. Com efeito, a criação de um fundo coletivo de valores a serem aportados conforme o resultado conjunto do projeto gera um instrumento de sanção reputacional e pressão social, uma vez que, quanto mais todos preservam, mais todos ganham. Essa ferramenta conversa diretamente com a ideia da governança policêntrica de que organizações em escalas menores têm maior probabilidade de superar problemas de ação coletiva e construir confiança entre participantes, mantendo-a por meio de sanções reputacionais e reciprocidade (Abbott, 2012).

Outro elemento que se destaca da descrição acima é a construção local da metodologia para cálculo da compensação ambiental. Como se verificou, a Natura e o IDESAM inicialmente haviam proposto o pagamento pela manutenção da floresta nativa existente em cada propriedade. Porém, durante o processo de consentimento prévio, livre e informado da comunidade, verificou-se a importância de incentivar também a manutenção dos SAFS.

Isto porque, tanto a floresta nativa quanto os SAFS sofrem pressão de madeireiros e pecuaristas para a conversão do uso do solo – e por isso, a sua conservação deve ser incentivada e vista como a prestação de um serviço ambiental. Assim, esses ajustes feitos à metodologia pré-estabelecida, quando inserida em um contexto local, conversam diretamente com os apontamentos da literatura de governança policêntrica a respeito da promoção de maior abertura à experimentação em escalas menores de decisão, promovendo aprendizado mútuo (Ostrom, 2010b). Porém, como indica a literatura sobre governança policêntrica, iniciativas em escala local precisam ter a participação de todos os *stakeholders* envolvidos, num arranjo com esforço concertado buscando um objetivo comum coletivo.

Ao tratar da questão das mudanças climáticas, (Abbott, 2012, p. 585, tradução livre) leciona que, “embora um problema global, as mudanças climáticas são de fato o resultado cumulativo de decisões individuais e coletivas em escalas múltiplas, do indivíduo e da família até o Estado”. Nesse sentido, “as respostas de governança devem endereçar esses contextos variados” (Abbott, 2012, p. 585, tradução livre).

Desta forma, e trazendo a lição sobre mudanças climáticas para o contexto mais genérico de proteção ambiental, fica claro que iniciativas pontuais, em âmbito local, não conseguem manejar a pressão por desmatamento por si só. Um esforço contínuo e concertado deveria ser coordenado por um ente superior, que seja apto a incentivar esse tipo de ação, como muito provavelmente apenas o Estado poderia fazer.

Ao se verificar os comentários dos cooperados do RECA quanto à dificuldade de manutenção do projeto, tal necessidade se mostra ainda mais clara. Ora, segundo os participantes do projeto, a pressão de madeireiros e pecuaristas pela abertura de novos espaços de exploração está aumentando. Nesses testemunhos, não é dito – e nem precisaria o ser – que essa pressão é pela execução de atividades muitas vezes ilegais, mas que possivelmente geram uma renda consideravelmente maior do que a que esses cooperados obteriam com a manutenção da floresta.

A remuneração recebida por esse tipo de projeto não consegue alcançar o patamar de lucratividade dessas atividades ilegais. Assim, a remuneração por esse serviço ambiental, que consiste na proteção da vegetação em sua propriedade, não basta; é preciso que o Estado esteja presente, tanto exercendo sua função de comando e controle (por meio de fiscalização e monitoramento de ilegalidades), quanto criando instrumentos extras de incentivo à manutenção da floresta em pé.

Frise-se que, para além de incentivos econômicos, instrumentos de comando e controle (fiscalização e monitoramento) permanecem sendo um desafio a ser superado, em especial no contexto amazônico de imensas áreas a serem vigiadas. Instrumentos financeiros são bem-vindos e necessários, mas não devem ser vistos como uma panaceia que irá eventualmente substituir instrumentos de comando e controle; um não funciona sem o outro.

Sobre este ponto, vale trazer à baila estudo realizado por Borner *et al.* (2010) a respeito das implicações da aplicação de pagamento por serviços ambientais como um mecanismo de implementação de REDD (redução de emissões por desmatamento evitado) na floresta amazônica. Nesse estudo, conclui-se que o pagamento de administradores florestais locais terá, por si só, adicionalidade limitada, a não ser que seja acompanhado de aperfeiçoamento e fortalecimento substancial de comando e controle para efetivamente afastar invasores externos (Borner *et al.*, 2010).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho buscou contribuir com a discussão acerca do papel do setor privado na preservação ambiental, em especial, da Floresta Amazônica, a par-

tir de um relato acerca do Projeto Carbono RECA e as lições que esse projeto pode trazer à luz da literatura sobre governança policêntrica.

Em suma, vimos que o papel do setor privado na manutenção da floresta em pé, por meio de desenvolvimento de projetos de pagamentos por serviços ambientais, pode fazer a diferença em um contexto de pressão por desmatamento; porém, não pode substituir o papel do governo como órgão fiscalizador em sua função de coibir atividades ilícitas que, muitas vezes, são mais lucrativas do que as atividades autorizadas por lei.

Outro ponto não abordado nesse artigo, mas que pode vir a ser mais explorado em outros textos relacionados ao papel do setor privado na proteção da Amazônia, é o papel da pressão dos consumidores locais e de países importadores pela sustentabilidade da matéria-prima e dos produtos colocados em mercado pelas empresas. Com efeito, a exigência, pelos consumidores, de rastreabilidade efetiva da cadeia e de transparência de informações a respeito da origem dos produtos, pode auxiliar na tarefa de manutenção da floresta em pé. Para tanto, urge também um maior investimento em educação ambiental dos consumidores, que poderá gerar uma mudança de paradigma a respeito da forma de consumo de produtos cuja origem seja o território amazônico.

Por fim, vale destacar algumas iniciativas governamentais futuras que também podem auxiliar a promover maiores incentivos econômicos ao setor privado pela manutenção da floresta em pé. Sobre esse tópico, a Lei Federal nº 14.119/2021, que institui a Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais (e ainda pende de regulamentação), estabelece diversas modalidades de remuneração por serviços que visam a manter, recuperar ou melhorar os serviços ecossistêmicos.

Ainda, o Programa “Floresta +”, instituído em 2020 pelo Governo Federal, prevê o investimento de 500 milhões de reais em ações de conservação e recuperação do meio ambiente na região amazônica, através da regulamentação do mercado voluntário de serviços ambientais e impulsão da renda daqueles que exercem atividades com ganho ambiental (Ministério do Meio Ambiente, 2020). Desta forma, é possível que a participação do setor privado na promoção da conservação da Amazônia seja impulsionada nos próximos anos no Brasil, mas como dito, sem dispensar o imprescindível apoio do Estado nesta tarefa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOTT, K. W. (2012). The transnational regime complex for climate change. En *Environment and Planning C: Government and Policy*, 2012, 30, 571-590.

- ADEODATO, S. (2018). Transações naturais. *Revista Página* 22. Recuperado em 10 de abril de 2021, de rb.gy/xk5it.
- ALBUQUERQUE, I. *et al.* (2020). *SEEG 8*. Análise das emissões brasileiras de Gases de Efeito Estufa e suas implicações para as metas de clima do Brasil. 1970-2019. Recuperado em 10 de abril de 2021, de rb.gy/3dqnu.
- ASSOCIAÇÃO DOS PEQUENOS AGROSSILVICULTORES DO PROJETO RECA. *Quem somos*. Recuperado em 17 de julho de 2021, de rb.gy/osqfi.
- BORNER, J. *et al.* (2010). Direct conservation payments in the Brazilian Amazon: Scope and equity implications. *Ecological Economics* 69,(6), 1272-1282.
- DECRETO Nº 9.578, de 22 de novembro de 2018 (2018). Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo federal que dispõem sobre o Fundo Nacional sobre Mudança do Clima, de que trata a Lei nº 12.114, de 9 de dezembro de 2009, e a Política Nacional sobre Mudança do Clima, de que trata a Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009. Brasília, DF. Recuperado em 24 de março de 2023, de rb.gy/c8o5o.
- EMBRAPA (2021A, 26 DE MARÇO). *Seminário experiências em serviços ecossistêmicos – Amazônia*. Recuperado em 10 de abril de 2021, de <https://www.youtube.com/watch?v=s7j6I9RqOm8&t=479s>.
- EMBRAPA (2021B). *Sistema Agroflorestal*. Recuperado em 10 de abril de 2021, de rb.gy/2ibl9.
- IDESAM (2018, 28 DE MAIO). *“Inseting florestal” no Brasil: O case do carbono RECA*. Recuperado em 10 de abril de 2021, de <https://www.youtube.com/watch?v=Ujj-174Z55Lo>.
- LEI Nº 12.187/2009, de 29 e dezembro de 2009 (2009). Institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima - PNMC e dá outras providências. Brasília, DF. Recuperado em 24 de março de 2023, de https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12187.htm.
- LEI Nº 14.119, de 13 de janeiro de 2021 (2021). Institui a Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais; e altera as Leis nº 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973, para adequá-las à nova política. Brasília, DF. Recuperado em 24 de março de 2023, de rb.gy/2cahq.
- MILHAUPT, C., & Pistor, K. (2008). *Law and capitalism – what corporate crisis reveal about legal systems and economic development around the world*. Chicago: Chicago Press.
- MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE (2020, 3 DE JULHO). *Ministério do Meio Ambiente institui o Programa Floresta +*. Recuperado em 24 de julho de 2021, de rb.gy/9puvq.
- NATURA (2018, 23 DE AGOSTO). *Natura paga para que comunidade “troque” desmatamento por ar puro*. Recuperado em 10 de abril de 2021, de rb.gy/qsh7.
- NATURA CAMPUS (2018). *Novo projeto da Natura traz incentivo para conservação da floresta*. Recuperado em 10 de abril de 2021, de rb.gy/xmyg1.
- OFFE, C. (2009). Governance: an “Empty Signifier”? *Constellations*, 16(4).
- OSTROM, E. (2010a). Beyond Markets and States: Polycentric Governance of Complex Economic Systems. *The American Economic Review*, 100(3), 641-672.
- OSTROM, E. (2010b). Polycentric systems for coping with collective action and global environmental change. *Global Environmental Change*, 20, 550-557.

- PAULA, F. de (2016). *Avaliação Legislativa no Brasil: limites e possibilidades*. Dissertação de doutorado São Paulo: Universidade de São Paulo.
- SEDAM (2021). *Projeto Carbono RECA*. Recuperado em 10 de abril de 2021, de <http://www.sedam.ro.gov.br/projeto-carbono-reca/>.
- SILVA, E. (2019, 29 de agosto). Desmatamento reduz pagamento por serviço ambiental pela Natura. *Globo Rural*. Recuperado em 10 de abril de 2021, de rb.gy/tyh2j.

TUTELA PENAL INTERNACIONAL
DE LA AMAZONIA FRENTE
A LAS INDUSTRIAS EXTRACTIVAS:
DELITOS Y SANCIONES CORPORATIVAS

*Tutela penal internacional da Amazônia
frente às indústrias extrativistas:
delitos e sanções corporativas*

International criminal protection of the Amazon
region against the extractive industries:
crimes and corporate sanctions

ALEJANDRO L. DE PABLO SERRANO¹
Universidad de Valladolid (UVA, España)

¹ La realización de este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación «Actuaciones colectivas y Derecho penal» (PID2021-123213NB-3400), del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023, cofinanciado por la Unión Europea y el Ministerio de Ciencia e Innovación – Agencia Estatal de Investigación. Son Investigadoras Principales la Dr^a. Puente Aba y Dr^a. Souto García (Universidad de la Coruña). Así mismo, se enmarca en el Proyecto de Investigación «Responsabilidad penal de empresas multinacionales por violaciones a los derechos humanos y al medio ambiente» (DER 2017-85144-CP2-I-P), dirigido por el Prof. Adán Nieto Martín (Universidad de Castilla La Mancha). Miembro del Grupo de Investigación Reconocida «Derecho de familia y derechos humanos» (dirigido por la Prof^a Cristina Guilarte Martín-Calero, Universidad de Valladolid, España) y del Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas (SEJ-047) del Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación (dirigido por la Prof^a. Juana Del-Carpio-Delgado, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España).

RESUMEN

Las industrias extractivas amenazan desde hace tiempo la Amazonia. La sociedad civil demanda con fuerza medidas de protección y acuerdos internacionales para blindar esta región natural imprescindible del planeta y salvaguardar también los derechos y el estilo de vida de los pueblos indígenas que habitan estas tierras. Desde el Derecho penal, también podemos hacer propuestas para la tutela internacional de la Amazonia. Sugerimos avanzar hacia un Derecho penal internacional o global medioambiental, que castigue los atentados más graves contra el medioambiente (amazónico y de otras regiones): ecocidio, expolio de recursos naturales, delitos ecológicos transfronterizos, entre otros. Estos crímenes internacionales deben ser abordados, en lo relativo a las sanciones, con una clara perspectiva económica y preventiva, acudiendo a multas económicas disuasorias y al mecanismo del decomiso de las ganancias de estas grandes corporaciones extractivas.

Palabras clave: Amazonia; industrias extractivas; medioambiente; ecocidio; expolio; sanciones corporativas.

RESUMO

Há muito tempo que as indústrias extrativistas ameaçam a Amazônia. A sociedade civil demanda fortemente medidas de proteção e acordos internacionais para blindar esta região natural imprescindível para o planeta e salvaguardar também os direitos e o estilo de vida dos povos indígenas que habitam estas terras. A partir do Direito penal, também podemos propor elementos para a tutela internacional da Amazônia. Sugerimos avançar em direção ao direito penal internacional ou global ambiental, que castigue os atentados mais graves contra o ambiente (amazônico e de outras regiões): ecocídio, espólio de bens naturais, delitos ecológicos transfronteiriços, entre outros. Esses crimes internacionais devem ser abordados no relativo às sanções com uma perspectiva econômica e preventiva claras, acudindo a multas econômicas dissuasórias e ao mecanismo do confisco dos benefícios dessas grandes corporações extrativistas.

Palavras-chave: Amazônia; indústrias extrativistas; meio ambiente; ecocídio; espólio; sanções corporativas.

ABSTRACT

Extractive industries have for a long time threatened the Amazon. Civil society strongly demands protection measures and international agreements to protect this essential natural region of the planet and to safeguard the rights and lifestyle of the indigenous peoples. From Criminal law perspective, we can also make proposals for the international protection of the Amazon. In this paper, we suggest moving towards an international or global environmental Criminal law, which punishes the most serious attacks against the environment (Amazonian and other regions): ecocide, plun-

dering of natural resources, transnational ecological crimes, among other. These international crimes must be approached, regarding to sanctions, with a clear economic and preventive perspective, through dissuasive economic fines and the mechanism of confiscation of the profits for these big extractive corporations.

Keywords: Amazon; extractive industries; environment; ecocide; plunder; corporative sanctions.

I. LAS INDUSTRIAS EXTRACTIVAS QUE AMENAZAN LA AMAZONIA

EL VALOR DE LA AMAZONIA Y LAS AMENAZAS MEDIOAMBIENTALES a que se enfrenta están atrayendo la atención de la sociedad civil y de la academia especialmente en los últimos tiempos (aunque ha sido una constante). La Amazonia es una región de la Tierra imprescindible y representa un enclave único en el que conviven simultáneamente dos intereses cruciales: los derechos y el porvenir «de los pueblos indígenas y la protección del medio ambiente» (Berdugo, 2021, p. 1237).

El futuro de la Amazonia está en grave peligro porque su riqueza ambiental es vista exclusivamente desde la perspectiva de las ganancias económicas. La asociación entre industria extractiva, infraestructura y pérdida y degradación forestal en la Amazonia está fuera de toda duda, y obliga a proteger la Amazonia con todos los instrumentos a nuestra disposición, siendo el derecho penal internacional uno de ellos. El recurso a este instrumento punitivo cumpliría las exigencias básicas del derecho penal moderno y liberal de mínima intervención y *ultima ratio*, a la vista del valor del bien protegido (medioambiente internacional en forma del principal pulmón del planeta) y de la gravedad de la conducta (degradación irreversible y destrucción).

En el detallado estudio *Impacts of extractive industry and infrastructure on forests* se apunta toda una serie de proyectos económicos que ya están devastando la región amazónica. Agrupados bajo la Iniciativa para la Integración de la Infraestructura Regional de América del Sur (IIRSA), estos proyectos pueden crear «un nuevo arco ‘andino’ de deforestación a lo largo del Amazonas occidental: minería, hidrocarburos e infraestructura hidroeléctrica planificada y/o ya en construcción en Perú, Bolivia, Ecuador y Colombia» (Bebbington, Humphreys Bebbington & Aileen Sauls, 2018, p. 14), amenazando las selvas tropicales desprotegidas en el norte de Bolivia y el sur de Perú. Estos planes industriales avanzan con paso decidido por la voluntad de las grandes corporaciones y con el beneplácito de los Gobiernos, que están dispuestos a recibir las inversiones, aunque sea a costa de devaluar los estándares de protección medioambiental. Malvenden sus riquezas, aceptan convertirse en paraísos de la impunidad y en acuerdo con las oligarquías empresariales, expolían los recursos naturales de la Amazonia (Böhm, 2019).

El citado Informe apunta también que:

En 2017, la Red Amazónica de Información Socioambiental Georreferenciada (RAISG) identificó 327 bloques de petróleo o gas en licitación o en exploración (que cubren aproximadamente 1.08 millones de kilómetros cuadrados), con concesiones mineras que cubren 1,6 millones kilómetros –aproximadamente el 21 % del área total de la cuenca del Amazonas. Los mapas revelan que casi todas las áreas protegidas y territorios indígenas de la cuenca del Amazonas están amenazados por alguna forma de desarrollo hidroeléctrico / fluvial, minería, petróleo y gas, e inversiones viales. Incluso si sólo algunos subconjuntos de estas iniciativas siguieran adelante, las implicaciones para la pérdida de bosques y los derechos de las comunidades (especialmente los derechos indígenas) en este arco serán significativas (Bebbington, Humphreys Bebbington & Aileen Sauls, 2018, p. 14).

Al sur de ese arco andino al que nos referíamos, en la región del Gran Chaco Sudamericano, considerada el segundo pulmón del planeta, la situación no es mejor, en absoluto. En otro trabajo nuestro ya hemos analizado la deforestación que está sufriendo el Norte de Argentina, tal y como ha sido denunciado por Greenpeace intensamente (De Pablo, 2020, pp. 23-24). En la región norteña de Salta la empresa beneficiada de esta actividad deforestadora es Sprite, propiedad de Coca Cola, que utiliza los montes para producir jugos cítricos. La deforestación en la región se debe a varias razones: una de esas fue la incorporación de la soja transgénica a fines de los años 1990, que se vende a alto precio y es una de los *commodities* más solicitados en Asia y Europa; por otro lado, el Chaco sudamericano, que se encuentra en Argentina, Paraguay y parte de Bolivia y Brasil, es una zona del mundo donde aún hay tierra por deforestar, siendo el segundo territorio más grande después de la Amazonia.

2. EL PARADIGMA «NÜREMBERG» APLICADO AL MEDIOAMBIENTE: UN DERECHO PENAL INTERNACIONAL Y GLOBAL DEL MEDIOAMBIENTE PARA LA AMAZONIA

Llegados a este punto, urge la tutela del medioambiente internacional o global, por los efectos expansivos de su degradación sobre todo el planeta. La protección internacional del medioambiente, con especial atención para la región amazónica, debe seguir de cara al futuro una doble vía. Por un lado, la línea del derecho internacional *soft law* del medioambiente. Se trata de instrumentos de responsabilidad social corporativa, códigos de autorregulación corporativa o diversos acuerdos alcanzados en el ámbito del derecho internacional *soft law*: por ejemplo, el Global Compact de Naciones Unidas, del año 2000; los Principios Rectores en Empresas y Derechos Humanos: proteger, respetar y remediar, de 2011 –conocidos como Principios Ruggie–; y la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible, de 2015. Sin embargo, son textos orientati-

vos y acuerdos sin eficacia directa vinculante. Por tal carencia, en este punto hay que celebrar los avances lentos pero constantes que se están dando desde 2014 en un grupo de trabajo intergubernamental de Naciones Unidas para la adopción de un Tratado Vinculante de las Naciones Unidas para Empresas Transnacionales en materia de Derechos Humanos, que se encuentra actualmente en fase de revisión de su segundo borrador.

La otra vía de avance, que es la que más nos interesa en este trabajo, es el derecho penal. La doctrina penal internacional ha elaborado distintas propuestas de crímenes ambientales internacionales, algunas con un grado de detalle realmente elogiabile. Como se ha señalado ya en varias ocasiones (Mégret, 2010, p. 19; Nieto, 2012, p. 138), se trataría de emplear en la tutela internacional del medioambiente, como bien planetario, la misma lógica que impulsó el derecho penal internacional de los derechos humanos: «el espíritu y el paradigma de Nüremberg» (Fronza, 2020, p. 5) para seleccionar las conductas más graves y repulsivas para la comunidad internacional, tipificarlas y atribuir su persecución y enjuiciamiento a una Corte internacional *ad hoc*. La tutela de la Amazonia y otras regiones ambientales claves para la salud del planeta trasciende el marco nacional regulatorio de Brasil y otros países² y se convierte en un problema que interpela a toda la comunidad. Para una criminología global (Ferrajoli, 2013, pp. 1-11; Navarro, 2020, pp. 1-50) hace falta un derecho penal global o internacional.

Se habla de un «derecho penal de dos velocidades» (Nieto, 2012, p. 138), o de una criminalidad medioambiental «ordinaria y extraordinaria» (Fouchard, 2015, pp. 263-264), a la hora de articular ese futuro y necesario derecho penal internacional del medio ambiente³. En el centro del catálogo de delitos medioambientales internacionales estaría el ecocidio o geocidio (a), la propuesta de crimen que ha recibido más atención y en torno a la cual existe mayor consenso para su tipificación, aún con muchas dificultades. A su alrededor, como una circunferencia concéntrica, otras posibles figuras como (b) el expolio de

² Sobre las políticas y normas brasileñas de protección de la Amazonía, *vid.* Berdugo (2020, pp. 18 ff).

³ No podemos detenernos ahora en todas las dificultades con que nos encontramos para desarrollar un cuerpo normativo de crímenes medioambientales internacionales. No solo se necesita consenso en torno a las conductas concretamente prohibidas, sino también en torno al sujeto imputable. La exigencia de responsabilidad por delitos medioambientales tiene que alcanzar, de un modo a otro, a las grandes corporaciones (y no solo a personas físicas). Hay que reforzar la exigencia de responsabilidad a las empresas en el ámbito del derecho internacional público (Muñoz de Morales, 2021, pp. 966-981) y explorar las vías que se debaten actualmente sobre la responsabilidad penal de las empresas (Kai Ambos, 2008.).

recursos naturales, (c) los delitos ecológicos transnacionales (*transnational environmental crimes*) (TEC) o ecocrímenes, y, (d) la contaminación histórica.

Para todo lo anterior, el derecho penal es el instrumento adecuado. Sostiene la experta en mundialización y globalización del derecho, Delmas-Marty (2015):

Considerando que solo el derecho penal combina la fuerza represiva con el valor expresivo, el proyecto [de convenciones de ecocrímenes y ecocidio] establece varios procesos para ampliar tanto la percepción de los valores cuya violación conduce a la desaprobación (universalización de la desaprobación), como la expansión de la represión en el espacio (internacionalización de la represión) y la integración del tiempo en la aplicación de la responsabilidad (anticipación de responsabilidad) (Delmas-Marty, 2015, pp. VIII-XI).

3. CRÍMENES AMBIENTALES INTERNACIONALES

3.1. *Ecocidio*

En primer lugar, las propuestas de tipificación del ecocidio o geocidio se encuentran entre las cuestiones más debatidas y que mayor consenso reúnen en la doctrina penal internacionalista. El ecocidio es considerado el quinto crimen internacional (Gauer, Rabatel-Fernel, Kulbicki, Short & Higgins, 2012; Robinson, 2009, pp. 522 y 532)⁴, cuya tipificación en este caso falta aún por añadirse a la lista del genocidio, los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de agresión. En 1995 Gray (p. 216) definía el ecocidio como el daño medioambiental causado deliberadamente o permitido negligentemente por los Estados o individuos, fruto de un incumplimiento masivo del deber de cuidado que recae sobre la humanidad respecto del medioambiente. Las notas básicas de este ecocidio o daño medioambiental masivo serían: severo, extenso o duradero, con consecuencias o impacto internacional, y profundamente «despilfarrador» o «derrochador» o «injustificado» de recursos naturales. El nombre de «geocidio», por su parte, se debe al seminal artículo de Berat (1993), en el que propone una figura hermana del genocidio y prestataria de sus conceptos y lenguaje, aunque con contornos más amplios, pues integraría en el elemento subjetivo (*mens rea*) desde el estándar del derecho penal del *intent* hasta los estándares propios del derecho de daños de *desire* y *knowledge* (incluso, admite que sería aceptable rebajar la exigencia hasta la negligencia). Así, el geocidio, que sancionaría la violación

⁴ Con más dudas, se pregunta Robinson (2009, pp. 522 y 532) si el grave daño medioambiental constituye una prohibición imperativa del derecho internacional.

del derecho a un medioambiente sano integrado por todas las especies vivas (no solo la humana) en un equilibrio complejo global, se definiría como:

Destrucción intencional, total o parcial, de una parte cualquiera del ecosistema global: a) matando a miembros de una especie; b) causando graves daños corporales o mentales a los miembros de una especie; c) imponiendo a una especie condiciones de vida que conducirían a su destrucción física en todo o en parte; d) e imponiendo medidas que eviten los nacimientos dentro del grupo o conduzcan a defectos de nacimiento (Berat, 1993, pp. 342-343).

Desde entonces, las investigaciones y propuestas de un delito internacional de ecocidio se han multiplicado⁵, en paralelo con los movimientos sociales y ambientalistas⁶. Hasta el punto de que la abogada y activista Higgins llegó a presentar en abril de 2010 una propuesta de reforma del Estatuto de Roma ante la Comisión de Derecho Internacional de la ONU para incluir la tipificación del delito de ecocidio; si bien tal proyecto no salió adelante, su propuesta concebía el ecocidio como «el daño masivo, la destrucción o la pérdida de los ecosistemas de un determinado territorio, hasta el extremo de que el disfrute pacífico de ese territorio por los habitantes se haya visto seriamente comprometido/disminuido» (Higgins, 2015, p. 63)⁷.

En la doctrina francesa, un grupo de especialistas de distintos ámbitos ha presentado una valiosísima propuesta de Convenio internacional contra el ecocidio (Neyret, 2015, pp. 285-301, sobre todo, p. 288). En ella, la conducta típica prohibida consistiría en una variedad de comportamientos contaminantes (vertido, la emisión o la introducción de sustancias o de radiaciones ionizantes; la recogida, el transporte, la valoración/reciclaje o la eliminación de residuos, materiales nucleares u otras sustancias radiactivas peligrosas; explotación de instalaciones donde se realicen actividades peligrosas; muerte, la

⁵ En la doctrina española, entre otros, Nieto (2012, pp. 144-148); De Vicente (2018, pp. 245-277); García (2018, pp. 1-22).

⁶ En los últimos años, se han sucedido varias campañas de activistas ambientalistas orientadas a la tipificación del crimen de ecocidio: «erradicación del ecocidio» (*erradicating ecocide*) y «acabar con el ecocidio en la Tierra» (*End Ecocide on Earth* –EEE–, por sus siglas en inglés). Así, Crook, Short & South (2018, pp. 302-305).

⁷ De esta propuesta lamenta García (2018, p. 12), que se construya como delito de lesión que requiere esperar a la «destrucción, daño o pérdida», pero alaba, al mismo tiempo que: a) está pensada para todos los habitantes de un territorio, y no solo para los seres humanos; b) introduce un régimen de responsabilidad objetiva por el resultado; c) consagra el «principio de responsabilidad superior anticipada dirigido tanto a las corporaciones como a los Estados».

destrucción, la posesión o la captura de ejemplares pertenecientes a especies protegidas de fauna o de flora salvajes protegidas o no) cometidos en el marco de una acción generalizada o sistemática y que pudieran afectar –estructura típica de peligro– a la seguridad planetaria por provocar: a) una degradación extendida, duradera y grave del aire o de la atmósfera, de los suelos, del agua, del medio acuático, de la fauna o flora, o de sus funciones ecológicas; o, b) la muerte, la causación de enfermedades permanentes o males incurables y graves a una población o cuando despojan de manera permanente a una población de sus tierras, territorios o recursos.

La parte subjetiva de la conducta típica alcanzaría al comportamiento intencional, doloso, sin duda, pero también entraría en la órbita típica el dolo eventual, es decir, el autor que supiera o debiera haber sabido que existía una alta probabilidad de que constituyan un ataque a la seguridad planetaria⁸. Precisamente, el tipo subjetivo, *mens rea*, es el caballo de batalla de las propuestas de tipificación del ecocidio. McLaughlin (2000, p. 396) abre el abanico de posibilidad de imputación subjetiva hasta la imprudencia, proponiendo la tipificación de los crímenes medioambientales realizados con intención o imprudencia (*intention or reckless*). Hay propuestas aún más ambiciosas como la de Higgins, Short y South (2013, p. 262) que reclaman un delito de ecocidio sin propósito o intención, en régimen de *strict liability* a fin de evitar la impunidad de la mayor parte de ecocidios cometidos por corporaciones (entendido como daño, destrucción, degradación o pérdida masiva de ecosistemas) que se producen por accidente o como daño colateral, pero nunca, lógicamente, como objetivo principal de la actividad empresarial. Como señalan los citados autores, mientras se exija dolo o intención, el escudo «I did not know» será imbatible (Schwegler, 2017, pp. 89-90)⁹.

3.2. *Expolio de recursos naturales*

Preocupa otro fenómeno criminológico que combina el daño grave al medio ambiente, con la corrupción pública y privada y la actuación de empresas multinacionales: corporaciones que expolían los recursos naturales de los

⁸ Detalladamente, sobre la técnica de incriminación empleada en esta propuesta, que se decanta por el delito de peligro y por la sanción de los comportamientos dolosos, incluidos aquellos realizados en dolo eventual (*recklessness* o *willfull blindness*), con exclusión de los imprudentes (bajo la justificación de ser una propuesta y aproximación prudente), D'Ambrosio (2015, pp. 98-107).

⁹ La exigencia de que los delitos medioambientales sean solo dolosos es una forma de neutralizar la eficacia del derecho penal medioambiental: así, Du Rées (2001, pp. 120-123).

países y sus regiones a través de prácticas corruptas (Castillo, 2013; Nieto, 2012, pp. 151-152). La Amazonia es una región por desgracia donde el expolio de las riquezas naturales crece sin apenas resistencia. En esta materia, nosotros hemos propuesto una tipificación del delito internacional de expolio de recursos naturales, a través de un Convenio internacional adoptado al efecto y atribuyendo la competencia jurisdiccional preferiblemente a una Corte Internacional para el medioambiente; se castigaría el «acto de apropiación de los recursos naturales de un país o de una región de un país, en el marco de una acción sistemática o generalizada, realizado a través de soborno, tráfico de influencias, malversación, apropiación indebida, abuso de poder o cualquier otra forma de desviación de poder, que ponga en peligro el ecosistema del país o de la región» (De Pablo, 2020, p. 50).

3.3. *Delito ecológico transfronterizo*

También hay estudios sobre los daños contra el medio ambiente de carácter transnacional: delito ecológico transfronterizo (TEC, *transnational environmental crime*). White (2011, pp. 103-104), que ha realizado importantes estudios sobre la cuestión, enumera tres rasgos de los delitos ambientales transfronterizos: ilegalidad o ilicitud de los actos u omisiones, traspaso de fronteras nacionales/dimensión global y relacionado frecuentemente con la contaminación (aire, aguas, tierras) o comercio ilegal (de marfil o de especies animales)¹⁰. El grupo de investigadores franceses que elaboró la propuesta de Convención del ecocidio, también hizo una propuesta para tipificar estos delitos ecológicos transfronterizos, bajo la denominación de Convención de ecocrímenes (Neyret, 2015, pp. 267-284).

3.4. *Contaminación histórica*

Se discute también sobre la necesidad de una regulación penal de las actividades económicas (industriales, tecnológicas) que eran legales y aceptables para el estado de la ciencia cuando se desarrollaron, pero que producen daños contra la salud humana y/o el medio ambiente a medio y largo plazo (*historical pollution*, contaminación histórica; Centone & Manacorda, 2017, pp. 1-20)¹¹. En el plano penal, como imponen las garantías clásicas, resulta contro-

¹⁰ También Stoett (2018, pp. 29-41).

¹¹ Sobre la contaminación histórica en el derecho español, Arroyo, De Pablo & Gimeno Beviá (2017, pp. 265-306).

vertido responsabilizar por daños en el futuro a quien al tiempo de los hechos actuaba conforme a la normativa y al estado de la ciencia conocido, así como el establecimiento de períodos de prescripción tan amplios y un régimen de responsabilidad objetiva. Sin embargo, ante el grave riesgo hipotético de ciertas conductas, se plantea incluso estirar aún más el principio de precaución (en este ámbito concreto de la contaminación histórica, pero, también en todo el derecho penal del medioambiente) y hacer, como dice South, un «ejercicio de futurología» desde la *green criminology*, para valorar y prevenir los daños sociales y medioambientales potenciales de actividades actuales peligrosas, a fin de preparar al derecho penal frente a estas amenazas difíciles de controlar y prevenir (South, 1998, p. 226; Fronza & Guillou, 2015, pp. 138-140). En palabras de Delmas-Marty (2003, pp. 281-298; 2014, p. 12), quizá sea el momento de que el derecho penal asuma que no basta con controlar las probabilidades y los riesgos verificados a través de la prevención, sino que hemos de reaccionar también frente a la incertidumbre y los riesgos potenciales. Hemos llegado a un punto de avance tecnológico que la incertidumbre científica sobre determinadas actividades puede ser la constante, y en este contexto, la criminología y el derecho penal quizá deberían adaptarse al nuevo juego de la variable «tiempo» (que no será estática ni unidimensional, sino dinámica y pluridimensional) y sus elementos, siendo conscientes, como apunta magistralmente Natali, que de ahora en adelante serán distintos el tiempo del derecho (o tiempo jurídico), el tiempo de las leyes de la naturaleza, el tiempo de la sociedad, el tiempo de las leyes del desarrollo industrial y el tiempo de la certeza científica (Natali, 2012, p. 77, 2017, pp. 24 y, sobre todo, 41).

4. SANCIONES PENALES CORPORATIVAS PARA ACABAR CON LA «RUEDA/NORIA DE LA PRODUCCIÓN»¹²

La criminalidad medioambiental internacional de la que tratamos en esta obra debe ser afrontada y sancionada con una mirada preventiva y restaurativa. Sobre las posibilidades del enfoque de la justicia restaurativa al ámbito medioambiental discutiremos en otro trabajo. Aquí corresponde explorar la utilidad de dos instrumentos sancionatorios con finalidad preventiva: la multa y el decomiso.

Multas de suficiente cuantía y el decomiso, para requisar a los autores los medios financieros con los que sostiene su entramado criminal, son instrumentos necesarios para afrontar el problema de la criminalidad medioambiental organizada que se ceba con la región amazónica. La multa y el decomiso

¹² Al respecto, nos hemos pronunciado también en De Pablo (2021, pp. 235-258).

deben diseñarse de un modo adecuado para que las empresas contaminantes no continúen con su actividad una vez pagadas las multas, de tal modo que el ciclo contaminación –multa– contaminación se repite y reproduce sin poner fin al problema. Este fenómeno ya fue teorizado en 1980 por Schnaiberg. Su teoría de la «rueda/noria de la producción» sostiene que el poder político envía el mensaje de que se sanciona gravemente a las empresas contaminantes para evitar la degradación medioambiental, y con ello el poder se legitima, pero, al propio tiempo, las empresas se adaptan perfectamente a ese modelo político y económico de la expansión y de la desorganización económica, mantienen su actividad y sus efectos contaminantes, blindando las relaciones entre empresas y poder a costa del medio ambiente; en todo este contexto, mientras, se anestesia a la sociedad haciéndole creer que se ha resuelto el problema de la criminalidad ambiental. Nos tememos que los Gobiernos de la región amazónica aparentan una intensa actividad regulatoria y sancionatoria, que encaja perfectamente con la dinámica empresarial de las corporaciones, que pueden continuar con su actividad contaminante. De esta forma si las multas no son suficientemente preventivas, resultan absorbidas por las empresas sin reducir posteriormente los niveles de contaminación de su actividad (Stretesky, Long & Lynch, 2013, pp. 243-244) y pasan a considerarse como un coste fijo más dentro de su balance (*the cost of doing business*).

4.1. *Pena de multa proporcional*

La sanción más adecuada para las empresas que cometen delitos, y en nuestro caso delitos ambientales, es la pena de multa proporcional en función del beneficio obtenido por la empresa con su actividad contaminante y del perjuicio causado sobre el medioambiente (Faraldo, 2013, p. 105; 2014, pp. 189-190). De manera extensa, White (2011, pp. 133-134) propone valorar la gravedad del perjuicio causado –lo cual influirá en la cuantía de la multa– en función del impacto (medioambiental, social y económico), el modelo de imputación subjetiva del acusado (dolo, imprudencia, falta de cuidado), las consecuencias sobre la salud de las personas, si se actuaba con licencia o sin ella, el patrón de conducta (reincidencia o conductas aisladas) (Nieto, 2015, pp. 189-192). Las propuestas de Convención contra los Ecocrímenes (art. 8.3) y Convención contra el Ecocidio (art. 9.3) recomiendan graduar la multa valorando la ausencia o insuficiencia de medidas de control que hubieran evitado el delito, la comisión del hecho en el marco de la delincuencia organizada y la actitud de la empresa infractora a la hora de colaborar en el procedimiento penal, reparar a las víctimas y adoptar medidas de control interno.

La sanción pecuniaria representa una forma de revertir el flujo de dinero de la sociedad a la empresa infractora, que ha obtenido una ganancia ilícita

con la actividad contaminante: con el pago de la multa la empresa devuelve ese enriquecimiento a la sociedad que sufrió el daño medioambiental. Eligiendo una cuantía suficiente para disuadir y, al propio tiempo, limitada a lo necesario para no amenazar la continuidad de la empresa, las sanciones de multa cumplen correctamente los fines clásicos de las penas: a) prevención general negativa, pues las empresas constatarán que el crimen no sale gratis ni rentable y se abstendrán de delinquir. Siguiendo los planteamientos clásicos de la escuela económica del derecho, las empresas son seres racionales que actúan maximizando su beneficio por lo que si la imposición de la multa supera las expectativas del beneficio que obtendría con la actividad contaminante ilícita, desistirá del comportamiento; b) prevención general positiva, toda vez que la sociedad contempla cómo el derecho funciona y sanciona a las empresas contaminantes; y, c) prevención especial positiva, dado que la empresa interioriza el daño causado a través del pago de la multa, se reestructura internamente y se alinea con la debida cultura de legalidad empresarial.

Es cierto que la determinación del nivel de la multa es una cuestión debatida. Una pena muy elevada, para asegurar un intenso efecto preventivo general, podría provocar, como advirtió Coffee (1981, pp. 400-402), dos consecuencias colaterales negativas: *deterrence trap* y *overspill*: la primera previene del riesgo de que la multa sea tan elevada –buscando la disuasión– que acabe con la propia empresa por su elevada cuantía; la segunda se refiere a los efectos externos que la multa produce sobre terceros que no pueden considerarse culpables como los trabajadores –que podrían perder sus puestos–, los accionistas de la empresa –que perderían valor de sus acciones–, los consumidores –que podrían sufrir un aumento de los precios de los servicios–, o incluso empresas inocentes, sobre quienes se proyectarán también las consecuencias de la multa impuesta (Faraldo, 2014, pp. 187-188; Greife & Maume, 2020, p. 2, nota al pie 2).

Sin embargo, en los últimos años se han realizado estudios empíricos que cuestionan sólidamente la verosimilitud de estos riesgos derivados de las elevadas multas disuasorias:

- Así, Markoff (2013, p. 800) califica como «mito» la idea de que la persecución y la condena de multas a las empresas infractoras supone su pena de muerte. Este planteamiento penetró fácilmente en la doctrina tras el colapso de la empresa Arthur Andersen LLP (que operaba como auditor de la gran empresa Enron), una vez el propio Andersen fue condenado por obstrucción a la justicia al haber destruido abundante documentación incriminatoria. Sin embargo, el estudio de Markoff revela que de las 54 empresas de grandes dimensiones sancionadas entre 2001-2010 (aquellas cuya quiebra podría causar efectos adversos significativos en la bolsa, entre accionistas y en el mercado de trabajo, que aconsejaran no imponer gran-

des sanciones), solo 7 quebraron (y ni siquiera todas ellas por efecto de la persecución criminal y la condena, sino por problemas financieros que ya arrastraban de antes y por la competencia del mercado mundial (2013, pp. 821-824). Todas las demás, después de la condena y la multa, sufrieron de inicio daños intensos, pero supieron afrontar las reformas estructurales que debían implantando adecuados *compliance programs* y manteniendo su actividad. Por lo que, concluye el autor, no hay evidencia del «efecto Arthur Andersen», de la pena de muerte corporativa (2013, pp. 835-836).

- Otro reciente estudio empírico de Greife y Maume (2020, pp. 14-16) ha examinado las consecuencias negativas colaterales de la imposición de penas de multa, a partir de una recopilación de datos de condenas por delitos medioambientales corporativos en Estados Unidos entre los años 2005-2013. Se trataba de probar si la condena de multa suponía la desaparición de la empresa o si, por el contrario, las empresas infractoras conseguían absorber en su balance de ingresos el coste de la multa y mantenían su actividad económica. El estudio combate, una vez más, la leyenda de los temibles efectos de las multas sobre la viabilidad de las empresas, demostrando que los efectos colaterales negativos son generalmente intrascendentes: a) la bancarrota era una consecuencia excepcional y extraordinaria; b) las empresas que pagaban las multas más cuantiosas tenían menos posibilidades de quebrar en el plazo de los cinco años siguientes a la condena; c) aunque en un primer momento las empresas sufrían pérdida de ingresos, al poco tiempo se recuperaban y la inmensa mayoría no tenía que despedir trabajadores ni declararse en quiebra.

Así pues, no debería asustar tanto el supuesto efecto de la pena de muerte corporativa consecuencia de las multas, que es cuestionable, sino otro efecto que también ha sido apuntado por la doctrina: *nullification* (Coffee, 1981, pp. 405-406): la reticencia o resistencia de los jueces a imponer sanciones serias y graves, proporcionales, al fin y al cabo, a la gravedad del daño medioambiental. En efecto, la evidencia empírica tanto en Europa (como ha recopilado el grupo de estudios de EFFACE – Faure, Gerstetter, Sina & Vagliasindi, 2015, pp. 121-122) como en Estados Unidos (a través de un estudio realizado concretamente en Florida – Cochran, Lynch, Toman & Shields, 2018, pp. 59-60) revela que los delitos medioambientales son sancionados menos severamente que otros crímenes de gravedad equiparable (tráfico de drogas o delitos patrimoniales), porque son menos conocidos por los ciudadanos y considerados menos peligrosos para intereses individuales. Sin embargo, frente a ese estado de cosas, estamos con Barrett (1992, p. 1148): «los crímenes medioambientales son delitos graves y deben ser tratados como tales».

4.2. *Decomiso de las ganancias ilícitas y de los productos del delito*

Otro instrumento adecuado para afrontar el problema de los delitos de cuello blanco en el contexto medioambiental es el decomiso de las ganancias, especialmente si se tiene presente que esta delincuencia está atravesada por la criminalidad organizada transnacional y con ella, el decomiso de las ganancias ilícitas es una óptima forma de estrangular y capturar sus fuentes de financiación. Sin embargo, la aplicación del decomiso a la criminalidad ambiental exige reformas armonizadoras en el contexto internacional (de la mano detratados ya en vigor y de nuevos instrumentos aún por venir). Además, la aplicación del decomiso tiene que ser debidamente reflexionada: no podemos combatir a toda costa la obtención ilícita de beneficios, su blanqueo y reparto por todo el mundo para seguir financiando actividades ilegales, olvidando las garantías y derechos individuales, o la legítima expectativa de protección de los negocios (Prieto, 2019, p. 501).

En el contexto internacional, deben seleccionarse penas de suficiente intensidad para situar la delincuencia medioambiental organizada bajo el paraguas de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (también conocida como la Convención de Palermo). Este Tratado permite recurrir al embargo, incautación y la confiscación como instrumentos de «cooperación prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional» (art. 1), entendiendo por grupo criminal organizado aquel que comete «delitos graves» (art. 2.a) «punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave» (art. 2.b). Así lo han recomendado diversas instituciones internacionales como la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, INTERPOL, las 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI, en inglés: *Financial Action Task Force*), especialmente, recomendaciones 1 y 3, y EFFACE (Fajardo, 2016, p. 10).

Las propuestas de Convención contra los Ecocrímenes (art. 11) y Convención contra el Ecocidio (art. 9), a las que nos hemos referido en diversas ocasiones, son conscientes también de la utilidad del decomiso (*confiscation et saisie*) y lo regulan siguiendo el modelo de la Convención de Palermo. El decomiso en este texto alcanza al «a) producto de delitos tipificados con arreglo al presente Convenio o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto. El producto del delito incluirá igualmente los ahorros que hayan podido resultar de la no adopción de las medidas de protección del medio ambiente; b) los bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a utilizarse en la comisión de los delitos tipificados con arreglo al presente Convenio». La confiscación también alcanzará al producto del delito medioambiental, aunque este se haya convertido total o parcialmente en otros bienes o se haya

mezclado con otros bienes de fuentes lícitas; e incluso serán confiscados los ingresos u otros beneficios derivados de ese producto del delito o derivados de los bienes en que se haya transformado o con los que se haya mezclado (Neyret, 2015, pp. 276-277 y 292-293).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMBOS, K. (2008). *Principios e imputación en el derecho penal internacional*. Barcelona: Atelier.
- AMBOS, K. (2018). *Derecho penal internacional económico: fundamentos de la responsabilidad penal internacional de las empresas*. Navarra: Aranzadi.
- ARROYO ZAPATERO, L., DE PABLO SERRANO, A. L. & GIMENO BEVIÁ, J. (2017). Historical pollution in Spain: a powerful legal framework. En F. Centone & S. Manacorda (Dirs.) *Historical Pollution. Comparative legal responses to environmental crimes*. Suiza: Springer.
- BARRETT, J. (1992). Sentencing environmental crimes under the United States Sentencing Guidelines. A sentencing lottery. *Environmental Law*, 22(4), 1421-1449.
- BEBBINGTON, A. J., HUMPHREYS BEBBINGTON, D. & AILEEN SAULS, L. (2018). *Assessment and scoping of extractive industry and infrastructure in relation to deforestation: global and synthesis report*. Recuperado el 15 de marzo de 2021, de rb.gy/qsu8g.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (2020). La Amazonia brasileña: los derechos de los pueblos indígenas, la protección del medio ambiente. Una reflexión desde el derecho penal. *Sistema penal crítico*, 1, 9-39.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (2021). Los retos del derecho penal internacional en la Amazonia brasileña. En R. DE VICENTE MARTÍNEZ, D. GÓMEZ INISTES, T. MARTÍN LÓPEZ, M. MUÑOZ DE MORALES & A. NIETO MARTÍN. *Libro homenaje a Luis Arroyo Zapatero* (pp. 1235-1274). Madrid: Agencia estatal Boletín Oficial del Estado.
- BÖHM, M.^a L. (2019). El delito de maldesarrollo. *Letra Penal*, 8, 78-116.
- CASTILLO MONTERREY, M. A (2020). *Expolio y recuperación de las riquezas nacionales. Nuevos retos para el derecho penal internacional*. Recuperado el 15 de marzo de 2021, de <https://gredos.usal.es/handle/10366/121347>.
- CENTONE, F. & MANACORDA, S. (Dirs.) (2017). *Historical Pollution. Comparative legal responses to environmental crimes*. Suiza: Springer.
- COCHRAN, J. C., LYNCH, M. J., TOMAN, E. L. & SHIELDS, R. T. (2018). Court sentencing patterns for environmental crimes: Is there a “green” gap in punishment?. *Journal of Quantitative Criminology*, 34, 37-66.
- COFFEE, J. C. (1981). “No soul to damn: No body to kick”: An unscandalized inquiry into the problem of corporate punishment. *Michigan Law Review*, 79(3), 386-459.
- CROOK, M., SHORT, D. Y SOUTH, N. (2018). Ecocide, genocide, capitalism and colonialism: consequences for indigenous peoples and global ecosystems environments. *Theoretical Criminology*, 22(3), 298-317.
- D’AMBROSIO, L. (2015). Vers un droit pénal commun de l’environnement: critères et techniques d’incrimination. En L. NEYRET (Dir.). *Des écocrimes à l’écocide. Le droit penal au secours de l’environnement* (pp. 87-108). Bruselas: Bryulant.

- DE PABLO SERRANO, A. L. (2020). El expolio de recursos naturales. De la *green criminology* a un nuevo y necesario derecho penal internacional del medio ambiente. *Revista General de Derecho Penal*, 33, 1-77.
- DE PABLO SERRANO (2021). Sanciones adecuadas para recuperar las ganancias ilícitas derivadas de la criminalidad medioambiental trasnacional y organizada. En PUENTE ABA, L. M.^a (Dir.) & SOUTO GARCÍA, E. M.^a (Coord.). *Ganancias ilícitas y Derecho Penal. Ganancias ilícitas y Derecho Penal* (pp. 235-258). Granada: Comares.
- DELMAS-MARTY, M. (2003). Etudes juridiques comparatives et internationalisation du droit. *Cahiers de défense sociale: bulletin de la Société Internationale de Défense Sociale pour une Politique Criminelle Humaniste*, 30, 282- 299.
- DELMAS-MARTY, M. (2014). Perspectives ouvertes par le droit de l'environnement. *Revue juridique de l'environnement*, 2014/HSoI, 39, 7-13.
- DELMAS-MARTY, M. (2015). Préface. En L. NEYRET (Dir.). *Des écocrimmes à l'écocide. Le droit penal au secours de l'environnement*. Bruselas: Bryulant.
- DU RÉES, H. (2001). Can criminal law protect the environment?. *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention*, 2(2), 109-126.
- FAJARDO DEL CASTILLO, T. (2016). *Contribution to conclusions and recommendations on environmental crime: the external dimension. Study in the framework of the EFFACE research project*. Berlín: Ecologic Institute. Recuperado el 15 de marzo de 2021, de rb.gy/z8wa8.
- FARALDO CABANA, P. (2013). ¿Es la multa una pena apropiada para las personas jurídicas?. *European Inklings*, 3, 77-113.
- FARALDO CABANA, P. (2014). La pena pecuniaria per le persone giuridiche nel diritto penale dell'ambiente spagnolo. *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, 29(2), 173-192.
- FAURE, M., GERSTETTER, C., SINA, S., VAGLIASINDI, G. M.^a (2015). *Instruments, actors and institutions in the fight against environmental crime. study in the framework of the EFFACE research project*. Berlín: Ecologic Institute. Recuperado el 15 de marzo de 2021, de rb.gy/ewkkm.
- FERRAJOLI, L. (2013). Criminología, crímenes globales y derecho penal: el debate epistemológico en la criminología contemporánea. *Revista Crítica Penal y Poder*, 4, 1-II.
- FOUCHARD, I. (2015). Introduction. En L. NEYRET (Dir.). *Des écocrimmes à l'écocide. Le droit penal au secours de l'environnement* (pp. 263-265). Bruselas: Bryulant.
- FRONZA, E. & GUILLOU, N. (2015). Vers una définition du crime international d'écocide. En L. Neyret (Dir.). *Des écocrimmes à l'écocide. Le droit penal au secours de l'environnement* (pp. 127-140). Bruselas: Bryulant.
- GARCÍA RUIZ, A. (2018). Del ecocidio y los procesos migratorios a la opacidad de la victimización ecológica. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 20-II.
- GAUGER, A., RABATEL-FERNEL, M P., KULBICKI, L., SHORT, D. & HIGGINS, P. (2013). *Ecocide is the missing 5th crime against peace. The ecocide project. Human rights consortium*. Londres: School of Advanced Study, University of London. Recuperado el 14 de febrero de 2021, de rb.gy/shhe2.
- GRAY, M. A. (1995). The International Crime of Ecocide. *California Western International Law Journal*, 26(2), Art. 3, 215-271.

- GREIFE, M. J. & MAUME, M. O. (2020). Do companies pay the price for environmental crimes? Consequences of criminal penalties on corporate offenders. *Crime, Law and Social Change*, 73, 337–356.
- HIGGINS, P. (2015). *Erradicating ecocide: laws and governance to prevent the destruction of our planet* (2ª ed.). Londres: Shephard Walwyn Publishers Ltd.
- HIGGINS, P., SHORT, D. & SOUTH, N. (2013). Protecting the planet: a proposal for a law of ecocide. *Crime Law Soc Change*, 59, 251–266.
- MARKOFF, G. (2013). Arthur Andersen and the myth of the corporate death penalty: corporate criminal convictions in the twenty-first century. *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, 15/3, 797–842.
- MCLAUGHLIN, R. (2000). Improving compliance: making non-state international actors responsible for environmental crimes. *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, 11.
- MÉGRET, F. (2010, abril 2). The challenge of an international environmental criminal law. Recuperado el 12 de abril de 2021, de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1583610.
- MUÑOZ DE MORALES, M. (2021). Vías para la responsabilidad de las multinacionales por violaciones graves de derechos humanos. *Política Criminal*, 15(30), Art. 14, 948–992.
- NATALI, L. (2012). The contemporary horizon of green criminology. En N. South & A. Avi Brisman (Eds.). *Routledge International Handbook of Green Criminology*. Abingdon: Routledge.
- NATALI, L. (2017). The contribution of green criminology to the analysis of historical pollution. En F. Centone & S. Manacorda (Dirs.). *Historical pollution. comparative legal responses to environmental crimes* (pp. 21–56). Suiza: Springer.
- NAVARRO CARDOSO, F. (2020). Retos del derecho penal global. *Estudios Penales y Criminológicos*, 40.
- NEYRET, L. (dir.) (2015). *Des écrocrimes à l'écocide. Le droit penal au secours de l'environnement*. Bruselas: Bryulant.
- NIETO MARTÍN, A. (2012). Bases para un futuro Derecho penal internacional del medio ambiente. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma*, 16, 137–164.
- NIETO MARTÍN, A. (2015). Justice restaurative et sanctions pour un droit pénal international de l'environnement. En L. Neyret (Dir.). *Des écrocrimes à l'écocide. Le droit penal au secours de l'environnement* (pp. 183–202). Bruselas: Bryulant.
- PRIETO DEL PINO, A. M.^a (2019). Asset recovery: ... Gonna try with a little help from our friends.... En A. NIETO MARTÍN, B. GARCÍA MORENO, B. & M. BÖSE (Dirs.). *Ius puniendi y global law hacia un derecho penal sin Estado*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- ROBINSON, P. (2009). The missing crimes. En A. CASSESE, P. GAETA & J. R. W. D. JONES, (Eds.). *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*. Nueva York: Oxford University Press.
- SCHNAIBERG, A. (1980). *The environment: from surplus to scarcity*. Nueva York: Oxford University Press.
- SCHWEGLER, V. (2017). The disposable nature: the case of ecocide and corporate accountability. *Amsterdam Law Forum*, 9(3), 71–99.

- SOUTH, N. (1998). A green field for criminology? A proposal for a perspective. *Theoretical Criminology*, 2(2), 211-233.
- STOETT, P. (2018). Transnational environmental crime. En A. SWAIN & J. ÖJENDAL. *Routledge handbook of environmental conflict and peacebuilding* (pp. 29-41). Abingdon: Routledge.
- STRETESKY, P. B., LONG, M. A. & LYNCH, M. J. (2013). Does environmental enforcement slow the treadmill of production? The relationship between large monetary penalties, ecological disorganization and toxic releases within offending corporations. *Journal of Crime and Justice*, 36(2), 233-247.
- WHITE, R. (2011). *Transnational environmental crime. Toward an eco-global criminology*. London: Willan.

DERECHOS HUMANOS, *COMPLIANCE* E INDUSTRIAS EXTRACTIVAS EN AMÉRICA LATINA

Direitos humanos, compliance e indústrias extrativista na América Latina

Human rights, compliance and extractive industries in Latin America

DINO CARLOS CARO CORIA

Universidad de Lima (ULIMA, Perú)

RESUMEN

La conflictividad social protagonizada por el Estado, las empresas y la población de las zonas, «afectadas» o «beneficiadas» por los proyectos de extracción de recursos naturales ejecutados por las empresas con la aquiescencia del Estado, conlleva no solo la lamentable pérdida de vidas humanas o su calidad, sino también la suspensión de proyectos y la consiguiente pérdida de recursos directamente referidos a las actividades primarias de determinados países. En el presente trabajo, de la mano de diversas cuestiones más concretas, pretenderé demostrar que también en este ámbito, la incorporación de mecanismos preventivos de cumplimiento normativo puede constituir, entre muchas otras, una estrategia útil para la evitación de violaciones de derechos humanos, siempre que esta se halle compaginada con el ejercicio responsable de actividades económicas. Para ello habrá de exigirse una actuación conjunta del Estado y de las empresas que actúan en su territorio.

Palabras clave: Derechos humanos; *compliance*; Amazonia.

RESUMO

O conflito social protagonizado pelo Estado, empresas e população das zonas “afetadas” ou “beneficiadas” pelos projetos de extração de bens naturais executados pelas empresas com a aquiescência do Estado, implica a lamentável perda de vidas humanas ou sua qualidade, assim como a suspensão de projetos, e a consequente perda de recursos diretamente referidos às atividades primárias de determinados países. No presente trabalho, além de abordar diversas questões mais concretas, pretendo demonstrar que também neste âmbito, a incorporação de mecanismos preventivos de cumprimento normativo pode constituir, entre muitas outras, uma estratégia útil para evitar as violações de direitos humanos, sempre que acompanhada do exercício responsável de atividades econômicas. Para tanto, é necessário exigir uma atuação conjunta do Estado e das empresas que atuem em seu território.

Palavras-chave: Direitos humanos; *compliance*; Amazônia.

ABSTRACT

The social conflict played out by the State, companies and the population in areas “affected” or “benefiting” from natural resource extraction projects carried out by companies with the acquiescence of the State implies the regrettable loss of human lives or their quality, as well as the suspension of projects and the consequent loss of resources directly related to the primary activities of certain countries. In this paper, in addition to addressing several more concrete issues, I intend to demonstrate that, in this area as well, the incorporation of preventive compliance mechanisms can constitute, among many others, a useful strategy for avoiding human rights violations, provided that they are accompanied by the responsible exercise of economic activities. For such, it is necessary to demand a joint performance by the State and the companies that operate in its territory.

Keywords: Human rights; compliance; Amazonia.

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN

EN LA HISTORIA DE LOS CASOS de violación de derechos humanos de poblaciones indígenas, la experiencia latinoamericana ha sido, por razones estructurales, especialmente fecunda¹. Por consiguiente, todo abordaje de la

¹ Aquí basta con hacer un pequeño Resumen de algunos casos relevantes de los últimos tiempos (Böhm, 2012, p. 11 y ss. y Böhm, 2016): a) Caso *Samarco*: Samarco Mineração S.A. es un *joint venture* de capitales brasileños, británicos y australianos. En noviembre de 2015, en Bento Rodríguez se destruyó una represa de Samarco, inundando comunidades locales y dejando considerables residuos mineros, lodo y agua. Estos

cuestión debe partir de reconocer la situación especialmente delicada en la que se encuentran numerosos pueblos y comunidades del ámbito latinoamericano. De hecho, el reconocimiento de la relevancia de esos derechos sirve como razón para deshacer el «dilema» implícitamente invocado al encarar la problemática, corrientemente identificada como la colisión irresoluble entre derechos fundamentales de los pueblos indígenas e intereses empresariales.

residuos mineros destruyeron una pequeña ciudad de 650 personas y afectaron a más de una docena de ciudades ribereñas, causando además la muerte de unas 17 personas. El caso es considerado como la mayor tragedia ambiental provocada por el hombre en la historia del Brasil. Lamentablemente, la jurisdicción nacional no ha juzgado hasta la fecha a ninguno de los responsables; incluso, el Supremo Tribunal de Justicia procedió a suspenderlo, al encontrar una superposición y conflicto entre las esferas judiciales (regional o federal). De manera paralela, la empresa Samarco llegó a un acuerdo con las autoridades brasileñas, a fin de indemnizar a los afectados, no obstante, dicho acuerdo fue declarado nulo por no haber contado con la participación de las personas afectadas, en el proceso de negociación; b) Caso *Endesa*: En el año 2005, la empresa Endesa construyó el embalse Ralco en el Alto Bio Bio (zona sur de Chile), bajo la protección militar del Gobierno chileno. Durante el periodo de construcción del embalse, indígenas (pehuenche mapuche) fueron desplazados de sus tierras ancestrales a través de irregularidades administrativas y prácticas fraudulentas. Pese a ello, toda protesta era categorizada como “acto terrorista”. Debido a la participación del ejército chileno, la represión en la región fue de tal magnitud que, incluso, instó la aplicación de la Ley n° 18314, Ley Antiterrorista, contra el pueblo mapuche. Hasta la fecha, la identidad cultural del pueblo mapuche sigue en peligro, pues la zona está bajo el control de Endesa y no ha habido ningún proceso penal por fraude contra los responsables, estando pendiente un acuerdo entre las víctimas y la empresa, a partir de la intervención de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; c) Caso *Chevron*: Un tercer caso emblemático es el caso Chevron. Entre los años 1972 y 1992, la empresa estadounidense Texaco construyó Gasoductos entre Lago Agrio y Puerto Esmeraldas, en Ecuador. Durante estos años, más de 18 mil millones de galones de tóxicos se derramaron en el Río Amazonas. La contaminación del área fue causada por la negligencia de la empresa Texaco, al infringir las normas técnicas de seguridad. Aunque la empresa se retiró de la región en el año 1995 e inició trabajos de limpieza de la zona, el daño ambiental persiste hasta la actualidad (residuos tóxicos, vías fluviales contaminadas, las vidas animal y vegetal quedaron devastadas, enfermedades, etc.). Ahora bien, respecto a la responsabilidad de los empresarios existe una gran dificultad probatoria para esclarecer la causalidad entre la actividad empresarial y la contaminación. En 1993 fue presentada una demanda colectiva en Estados Unidos, bajo el ATCA (*Alien Tort Claims Act*); no obstante, en el 2012 fue desestimada bajo el criterio del *forum non conveniens*, considerándose que la jurisdicción competente era la de Ecuador. En 2011 un Tribunal de Ecuador ordenó a Texaco el pago de 18,000 millones de dólares por responsabilidad en la contaminación, los cuales fueron reducidos posteriormente a 9,500 millones de dólares; sin embargo,

Sin embargo, la otra razón radica en no olvidar el rol fundamental que cumplen las empresas en las sociedades industrializadas o en vías a serlo, siempre que se trate de una «actividad empresarial responsable» o «conforme al derecho». Pues la relevancia económica que tienen los proyectos de inversión desarrollados por las empresas extractivas (en términos cuantitativos) puede terminar causando un impacto positivo (en términos cualitativos) para los ciudadanos y los propios miembros de las comunidades indígenas², siempre

en 2014 la decisión fue declarada inaplicable por el Tribunal del Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York con base en la ley RICO, por considerarse que la decisión judicial fue resultado de actividades de fraude en el Ecuador; d) Caso *Thyssen Krupp*: Finalmente, el último caso por mencionar es el de la empresa Thyssen Krupp (Alemania), la cual construyó la mayor siderúrgica de América Latina en la Bahía de Sepetiba en Río de Janeiro. A pesar de que la población no estuvo de acuerdo con este proyecto, la empresa llegó a tener mucho poder en la región a través de contratos fraudulentos y cuestionables. La contaminación que produjo la empresa fue con arsina y plomo sobre el suelo, agua y peces, lo que además causó un perjuicio a las familias que vivían de la pesca.

Los casos comentados no son los únicos. En la actualidad, algunos grupos activistas monitorean el avance de conflictos de esta naturaleza dentro de América Latina. Un ejemplo de ello es el *Observatorio de Conflictos Mineros de América Latina* (<http://www.conflictosmineros.net>). En dicha página se contabiliza un total de 217 conflictos, siendo el Perú el país que cuenta con más conflictos en la región (un total de 39), mientras que Guyana Francesa, Paraguay, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela son los países con menos conflictos, contando ellos solamente con 1 conflicto de esta naturaleza dentro de su territorio. Un conflicto de notable envergadura en el territorio peruano fue, por ejemplo, el caso del «Proyecto Minero Conga» en la ciudad de Cajamarca. Este conflicto socio-ambiental se inició en el año 2009, luego de la elaboración del Estudio de Impacto Ambiental. Los pobladores denunciaron que el proyecto afectaría a cuatro lagunas de la zona. La empresa minera Yanacocha respondió ofreciendo construir cuatro reservorios para reemplazar el agua de las lagunas, los cuales triplicarían su capacidad de reserva. Sin embargo, la población no confió en el ofrecimiento y surgió el conflicto. Los pobladores adujeron que la realización del proyecto sería una real amenaza para los recursos hídricos. El conflicto entre las fuerzas policiales y los campesinos dejó varios heridos.

² Esto requiere de un adecuado funcionamiento del Estado (por ejemplo, llevando a cabo proyectos especialmente dirigidos a las comunidades). No obstante, una realidad como la latinoamericana sugiere en el nivel de los pronósticos que esto, por decirlo de algún modo, no siempre se cumplirá. Esto, sin embargo, por un lado, no basta para derrotar el argumento consistente en el hecho de que la actividad empresarial también puede crear condiciones favorables para los pueblos como potenciales beneficiarios finales, y, por el otro, muestra más bien claramente que en estos casos el reproche debería estar dirigido al Estado.

que a esa actividad se le impongan mecanismos de control eficientes. Esta circunstancia es del todo pertinente a la hora de evaluar por qué al enfrentar la «cuestión empresarial» habrá que tener una disposición favorable a la activación de mecanismos que permitan arribar a un punto intermedio en la aparente disputa entre intereses de las empresas y los derechos fundamentales de los pueblos.

2. LOS ACTORES DEL CONFLICTO

2.1. *El Estado local y el Estado de origen de la empresa y del accionista*

El Estado local es aquel en cuyo territorio se encuentra la empresa y es además el titular, administrador y garante de sus propios recursos naturales. A los Estados les incumbe un papel esencial en cuanto a la protección de derechos humanos, en tanto ellos tienen el deber de velar por su respeto. Por consiguiente, la operación de una empresa en su territorio y jurisdicción constituye un caso más en el que han de cumplir con ese deber. A este respecto, vale la pena señalar el informe elaborado en 2008 por Ruggie denominado «Proteger, respetar y remediar»³, en el cual se agrupan una serie de análisis e iniciativas que se hallaban dispersas hasta ese momento. Posteriormente, Ruggie (2011) presentó al Consejo de Derechos Humanos los así denominados «Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos». En ese informe, se precisa que el Estado tiene que ocuparse (en ese orden) de prevenir, investigar, castigar y reparar casos de abuso contra los derechos humanos. Dicha precisión se lleva a cabo sobre el trasfondo del mencionado deber de protección que el Estado tiene respecto a sus ciudadanos, para lo cual hace falta, como es obvio, hacer cumplir las leyes a los potenciales infractores (en este caso, las empresas). Naturalmente, ese esfuerzo por materializar el cumplimiento de la ley puede manifestarse de diversos modos como, por ejemplo, una conducta activa dirigida al asesoramiento eficaz a las empresas referido al respeto de derechos humanos.

No obstante, un factor que no debe perderse de vista es que la empresa no siempre proviene del Estado en cuyo territorio desarrolla sus actividades. De hecho, una gran parte del protagonismo en el ámbito de los conflictos entre empresas y derechos humanos está reservada a las denominadas empresas

³ John Ruggie fue nombrado por la Comisión de Derechos Humanos como Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, al finalizar su primer mandato (Ruggie, 2011).

transnacionales, cuya característica más resaltante es su mayor envergadura operacional y su mayor complejidad organizacional. Esto tiene implicancias del todo relevantes, pues esa mayor organización no solo implica un riesgo mayor para los derechos de las poblaciones, sino que además ello agudiza el problema de la eventual determinación de la responsabilidad penal en el marco de la organización. En cualquier caso, más allá de esa circunstancia, la empresa tendrá el deber de adecuarse a la normativa nacional.

2.2. *La empresa*

La empresa es aquella organización titular del capital. Ella está obligada a abstenerse de infringir derechos humanos de terceros e impedir que se produzca alguna vulneración. Por lo tanto, ella debe cargar con las consecuencias negativas que se han producido como producto de su actividad. Aquí vale la pena recordar lo señalado en la Guía práctica de la ONU: «El incumplimiento de una empresa de su responsabilidad de respetar los derechos humanos puede tener consecuencias de carácter jurídico, financiero y para su reputación» (ONU, 2012, p. 16). Es decir, la orientación general de una empresa debe estar configurada hacia la no infracción del derecho o neutralización de factores culturales o dinámicas de grupo favorecedoras de hechos ilícitos (Silva Sánchez, 2013). Pues, en caso contrario, habría que cuestionar ya de entrada la constitución ontológica misma del colectivo y considerar más bien un caso propio de la criminalidad organizada⁴. De todos modos, el comportamiento de la empresa se halla determinado en una medida para nada despreciable por su contexto operacional⁵. En efecto, este definirá el plexo de derechos humanos que adquieren un grado de vulnerabilidad mayor. Por consiguiente, las medidas a adoptar por parte de la empresa, dirigidas a evitar infracciones del derecho, deberán tener en cuenta esa vinculación material. Por supuesto, también habrá de considerarse una cierta proporcionalidad entre la dimensión de la empresa y los riesgos a los

⁴ De todos modos, la empresa puede verse involucrada en la aparición de consecuencias negativas a través de tres formas, a saber: a) una causación mediante su propia actividad, b) una contribución por sí misma o por medio de otra y, c) su relación comercial con una empresa que provoca una consecuencia negativa (ONU, 2012).

⁵ Esto se reconoce explícitamente en la citada *Guía práctica* de la ONU en los siguientes términos: «El sector y el contexto operacional en que se desenvuelva una empresa determinarán normalmente qué derechos humanos corren mayor riesgo de sufrir consecuencias negativas durante el desarrollo normal de sus actividades» (ONU, 2012).

que ella se enfrenta. Pues si la explicación del especial riesgo de la empresa está guiada en gran medida por la complejidad propia de las organizaciones y esta es a su vez dependiente de la dimensión del colectivo, entonces el incremento de esa dimensión conllevará en principio un mayor riesgo. De todas maneras, esa dimensión no es absolutamente determinante, pues también una empresa pequeña o mediana podrá representar graves riesgos para los derechos humanos⁶. Más bien, de lo que se trata aquí es solo de que el tamaño de la empresa sirva como un criterio genérico para establecer en un momento previo el tipo de procedimiento y el nivel de exigencia genéricos que debería adoptar la empresa para la mitigación de riesgos⁷. Por otro lado, no bastará con implantar un mecanismo de prevención de vulneraciones de algún derecho humano en concreto, sino que será preciso que la empresa haga un seguimiento de su desarrollo y su eficacia para que, en caso de que esto último no sea el caso, se proceda al acondicionamiento inmediato del programa.

Pero hasta aquí solo se ha hablado de las actividades contextualizadas a la actividad propia de la empresa. En tiempos de un creciente recurso a la asociación con otras empresas también adquiere relevancia la cuestión por la redefinición del ámbito riesgoso (para los derechos humanos) provocado por esa asociación. Pues la contracara de la ampliación del marco de funcionamiento causado por la asociación de las empresas está constituida por un mayor riesgo de violación de derechos humanos⁸.

⁶ Quizás incluso mayor, como puede ser el caso de las pequeñas empresas, a veces incluso menos controladas que empresas de medianas o grandes dimensiones. Es el caso, por ejemplo, de la llamada minería ilegal que opera en Bolivia, Perú y Colombia.

⁷ El mencionado informe de Ruggie (2011) describe el «cómo» y ofrece las pautas de la actuación de las empresas a efectos de respetar los derechos humanos. Con relación a este principio describe específicamente tres puntos importantes: a) la existencia de un compromiso político, b) un proceso de diligencia debida y, c) un proceso que permita reparar consecuencias.

⁸ Naturalmente, la imputación de responsabilidad penal quedará afectada por la naturaleza del vínculo trazado entre las empresas. Así, por ejemplo, habrá que tener en cuenta si la empresa cumple funciones de provisión, financiación, etc. de la empresa en cuyo ámbito de actuación se producen las violaciones de derechos humanos y verificar si en algún caso la actividad de la empresa que se vincula a otra se halla en el marco de lo que se denomina el riesgo permitido.

2.3. *La población afectada*

Las actividades de las empresas entran permanentemente en conflicto con los intereses protegidos de comunidades, que en la mayor parte de casos se hallan en una situación de vulnerabilidad debido a un abandono sistemático por parte del Estado. Esta constituye una razón privilegiada a la hora de explicar la reacción de algunas comunidades frente a la actividad extractiva de diversas empresas: pues las experiencias pasadas (en las que se ha generado un daño enorme al entorno de las comunidades) y la ausencia de una verdadera intervención reparadora o represiva del estado contribuyen en muchos casos a la activación de mecanismos de «autodefensa» frente a esa amenaza. Teniendo en cuenta esta última circunstancia, el programa normativo de respeto al ordenamiento jurídico deberá incluir, como se verá más adelante, una dimensión comunicativa apropiada respecto a la población potencialmente afectada para así, en un momento previo, procurar disolver un elemento que contribuya al conflicto.

3. CAPACIDAD DE RENDIMIENTO DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS PARA LA PROTECCIÓN FRENTE A VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS

Para absolver el problema de la colisión de los intereses de la empresa (que busca la seguridad de sus inversiones y que se haga respetar el principio de autoridad) y los de la población hay que adoptar en principio soluciones multidireccionales basadas en las reglas provenientes de diversos ámbitos jurídicos.

3.1. *El ámbito del derecho nacional*

Las disciplinas jurídicas a las que debe recurrirse como *prima ratio* para evitar el surgimiento de conflictos y lesiones de bienes jurídicos son el derecho administrativo sancionador, el derecho civil, el derecho constitucional, etc. De hecho, ya la evitación del surgimiento mismo del contexto que da lugar al conflicto constituye un desafío que debería enfrentarse en la arena de la política estatal. Lo cual significa, que ya de entrada la producción del conflicto supone una clara muestra del fracaso de la gestión igualitaria de los ámbitos de desarrollo de los diversos grupos sociales. Con todo, una vez que surge el conflicto se abre la puerta para el recurso a una solución jurídica. Desde esta perspectiva, todos esos ámbitos jurídicos deben constituir el punto de referencia de la instauración de un programa de *compliance* que permita evitar la vulneración de derechos humanos, antes de y durante la situación conflictiva. En el caso peruano, las empresas están obligadas a la implemen-

tación de modelos de prevención respecto a actividades relacionadas con el lavado de activos, pero no con el ámbito de los derechos humanos, lo cual en vista de la creciente conflictividad social representa cuando menos una cuestión pendiente para el legislador. Si bien la instauración de programas de cumplimiento normativo no es dependiente del régimen de responsabilidad (penal) de las personas jurídicas, en el ámbito peruano se ha regulado recientemente la responsabilidad administrativa respecto al cohecho activo transnacional, mediante la Ley n° 30424, la cual ha sido ampliada a los delitos de cohecho activo genérico (art. 397 CP peruano), cohecho activo específico (art. 398 CP peruano) y las modalidades de lavado de activos y financiamiento del terrorismo, por medio del DL n° 1352. Como se verá más adelante también podría resultar beneficioso que el Estado imponga u obligue a las empresas a la implementación de un *compliance* para prevenir futuras lesiones de derechos humanos considerando que estos constituyen una zona de alto riesgo para las actividades empresariales.

3.2. *Ámbito internacional*

Si bien la vulneración de derechos humanos puede dar lugar a la activación de una persecución en el ámbito internacional, lo cierto es que también en este nivel existe una serie de limitaciones que terminan hablando a favor de la conveniencia de la implementación de programas de cumplimiento normativo. En tal sentido, aunque el Estatuto de Roma (ER) se allana a la persecución de crímenes de trascendencia para la comunidad internacional, cuya concurrencia no es del todo imposible en el marco de la actividad de las empresas, lo cierto es que el art. 25 ER solo hace referencia a la responsabilidad individual y no a la corporativa. Por otro lado, aunque los sistemas de protección de derechos humanos regionales existentes en Europa y América Latina ofrecen cierto nivel de protección frente a violaciones de derechos humanos, sin embargo, ellos se hallan limitados a la responsabilidad de los Estados.

4. DERECHOS HUMANOS Y ACTIVIDAD EMPRESARIAL: APENAS *SOFT LAW*

Actualmente no existe consenso en la comunidad internacional respecto a si las empresas se hallan sometidas a obligaciones jurídicas en materia de derechos humanos en el marco del derecho internacional. Este debate se originó en la década de los setentas del siglo pasado. En 1973 fue establecida una Comisión de Naciones Unidas sobre Empresas Transnacionales, que preparó un proyecto de Código de Conducta de Naciones Unidas para Empresas Transnacionales, el cual finalmente fracasó en su intento de establecer pautas

sociales y ambientales para las empresas. Tres años después, en 1976, la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OCDE) adoptó las Directrices para Empresas Multinacionales. En 1997, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) adoptó la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales, la cual por vez primera abordó explícitamente temas de derechos laborales considerados en el catálogo universal de derechos humanos (López Hurtado, 2011).

Un segundo momento relativo a la determinación de obligaciones en materia de derechos humanos para las empresas puede identificarse con la adopción del Pacto Mundial, gestado a partir de la propuesta del Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan pronunciada en 1999 ante el Foro Económico Mundial. El Pacto Mundial no posee fuerza vinculante, sino que más bien constituye un instrumento de *soft law*. Por consiguiente, no impone funciones de vigilancia, ni fiscaliza, ni evalúa las acciones de las empresas. Con todo, a través del Pacto Mundial se fijaron diez principios que gozan de cierto consenso universal debido a su procedencia de tratados de derechos humanos⁹.

Por otro lado, en el 2003, la Subcomisión de las Naciones Unidas para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos adoptó las «Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos»¹⁰. A pesar de que estas

⁹ A saber: i) Las empresas deben apoyar y respetar la protección de los derechos humanos fundamentales internacionalmente reconocidos dentro de su ámbito de influencia, ii) Las empresas deben asegurarse de no ser cómplices en la vulneración de los derechos humanos, iii) Las empresas deben apoyar la libertad de afiliación y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva, iv) Las empresas deben apoyar la eliminación de toda forma de trabajo forzoso o realizado bajo coacción, v) Las empresas deben apoyar la erradicación del trabajo infantil, vi) Las empresas deben apoyar la abolición de las prácticas de discriminación en el empleo y la ocupación, vii) Las empresas deberán mantener un enfoque preventivo que favorezca el medio ambiente, viii) Las empresas deben fomentar las iniciativas que promuevan una mayor responsabilidad ambiental, ix) Las empresas deben favorecer el desarrollo y la difusión de las tecnologías respetuosas con el medioambiente, y, x) Las empresas deben trabajar contra la corrupción en todas sus formas, incluidas la extorsión y el soborno, (<http://www.pactomundial.org/category/aprendizaje/10-principios/>).

¹⁰ De acuerdo con el párrafo 20 de las «Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos» (ONU, 2003) es aplicable tanto a empresas transnacionales como a otras empresas comerciales, definiéndose «empresa transnacional» como una entidad económica que realiza actividades en más de un país o como un grupo de entidades económicas que realizan actividades en dos o más países, cualquiera que sea la forma

normas se inscriben en el marco del *soft law*, ellas establecen por vez primera obligaciones internacionales (aunque políticas) para las empresas, afirmándose que:

Los Estados tienen la responsabilidad primordial de promover y proteger los derechos humanos consagrados en la legislación internacional y nacional, asegurar que se cumplan, respetarlos y hacerlos respetar, incluso velando porque las empresas transnacionales y otras empresas comerciales respeten los derechos humanos (ONU, 2003, p. 1).

Posteriormente, en el año 2011 Ruggie presentó al Consejo de Derechos Humanos de la ONU los «Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos», los cuales representan, a la fecha, la «experiencia de investigación, sistematización y debate en derechos humanos y empresas más evolucionada a escala global» (Rulli, 2012, p. 7). En palabras de Ruggie,

[l]a aportación normativa de los Principios Rectores no radica en la creación de nuevas obligaciones de derecho internacional, sino en precisar las implicaciones de las normas y métodos actuales para los Estados y las empresas; en integrarlas en un modelo único lógicamente coherente e inclusivo; y en reconocer los puntos débiles del actual sistema y las mejoras posibles (Ruggie, 2011, p. 6).

También en el año 2011 fueron revisadas las «Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales», las cuales constituyen recomendaciones dirigidas por los Estados a las empresas multinacionales que operan en países adherentes o que tienen su sede en ellos¹¹.

jurídica que adopte, tanto en su propio país como en el país de la actividad y ya sea que se le considere individual o colectivamente. Asimismo, se define «otra empresa comercial» como cualquier entidad comercial, sea cual fuere el ámbito internacional o nacional en que desarrolla sus actividades, si se trata de una empresa transnacional, contratista, subcontratista, proveedor, concesionario o distribuidor, de su forma de asociarse o integrarse, de cualquier otra forma jurídica utilizada para constituir esa entidad comercial o del tipo de derecho de propiedad de la entidad. Cabe destacar que dentro de esta definición, se precisa que se presumirá la aplicabilidad de las normas, en caso la empresa comercial tuviera algún tipo de relación con una empresa transnacional, o si los efectos de sus actividades no fueran totalmente locales ni supusieran violación alguna del derecho a la seguridad.

¹¹ Respecto a las directrices, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) señala lo siguiente: Se encuentran constituidas por principios y normas no vinculantes para una conducta empresarial responsable dentro del contexto global, conformes con las leyes aplicables y las normas reconocidas

5. PRINCIPIOS RECTORES: OBLIGACIONES DE LAS EMPRESAS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Los riesgos de la empresa para los derechos humanos se hallan circunscritos a las actividades empresariales que los afectan directamente. Por consiguiente, para su prevención, las empresas deben hacerse cargo de una correcta gestión de riesgos que minimice la real y/o potencial consecuencia negativa de afectación a los derechos humanos. Volviendo al punto, intensamente debatido en el ámbito internacional, referido a la cuestión respecto a la obligación de las empresas de respetar los derechos humanos, los esfuerzos mencionados de la ONU (López Hurtado, 2011, p. 7), así como los de la OIT mediante la *Declaración Tripartita de Principios sobre Empresas Multinacionales* muestran claramente que el esfuerzo por lograr una regulación normativa por parte de organizaciones internacionales ha sido una preocupación constante. No obstante, ese esfuerzo no ha cobrado una fuerza decisiva debido al carácter de *soft law* de los intentos regulatorios, con lo cual el aseguramiento de sanciones contra las empresas ha quedado ayuno de una base jurídica efectiva.

De cualquier modo, la discusión ha asumido una perspectiva que distingue la posición que ocupa, por un lado, el Estado y, por el otro, las empresas. En ese sentido, la estructura del Informe Final de Ruggie ha identificado a los actores, sus obligaciones, así como las medidas que han de tomarse en caso de vulneración de algún derecho. El Informe Ruggie (2011) circunscribe el rol de la empresa con relación al respeto de los derechos humanos, identificando al Estado como portador del rol «principal»¹². En ese contexto cabe señalar

internacionalmente. Las Directrices constituyen el único código de conducta empresarial responsable, exhaustivo y acordado multilateralmente, que los Gobiernos se han comprometido a promover (OCDE, 2013). Las mencionadas normas «no constituyen obligaciones jurídicas internacionales para las empresas, toda vez que no cuentan con mecanismos, órganos o procedimientos que permitan establecer responsabilidades empresariales derivadas de su desconocimiento o incumplimiento; estas normas se limitan a consagrar un tipo de responsabilidad de orden político más no jurídico» (Galvis, 2011, p. 12).

¹² De acuerdo con el informe, en el caso que una empresa esté bajo el control de un Estado o sus actos puedan atribuirse por alguna razón a este, el Estado (ante la comisión de una violación por parte de la empresa) podría verse implicado, al considerarse que la violación es suya, lo que principalmente dependerá de la proximidad entre ambos actores. Así también, Böhm indica que «la responsabilización de los Estados en caso sus empresas participen en la violación de derechos humanos dependerá únicamente del grado de vinculación entre el Estado y la actividad empresarial» (Böhm, 2012, p. 21).

que la obligación concreta de la empresa consiste en abstenerse de infringir derechos humanos, así como de hacerse cargo de las consecuencias negativas cuando dicha infracción ya se ha producido¹³. Si bien el principio 14 parte de la idea central de que todas las empresas tienen la obligación de respetar los derechos humanos de terceros, sin embargo, no dice nada acerca de cómo esto se lleva a cabo. Por consiguiente, aquí vienen en consideración diversos criterios: i) en principio, las medidas a adoptar por parte de la empresa para evitar infracciones deben respetar el principio de proporcionalidad entre su tamaño y los riesgos. Lo cual significa, que la dimensión de la empresa constituirá un elemento definitorio de la extensión y de las características del programa de cumplimiento; ii) por otro lado, la declaración relativa a la disposición de la empresa a respetar los derechos humanos debe provenir de la más alta dirección como signo de la considerable relevancia que esto posee para la empresa, iii) dicha declaración debe provenir ciertamente de un asesoramiento especializado (ya sea interno o externo) pues la especialización resulta vital a la hora de identificar potenciales ámbitos de peligro para los derechos humanos. Asimismo, no debe perderse de vista que el contenido de la declaración debe estar pensado para el dinamismo característico de la situación de los derechos humanos. Este principio es extensivo e involucra no solo al personal que labora en la empresa, sino también a los terceros que puedan relacionarse con ella. El objetivo es alcanzar con una adecuada dosis de efectividad la instancia social previa caracterizada por la desconfianza (justificada) de las poblaciones normalmente afectadas y revertirla hasta lograr que la colectividad pueda confiar en que la actividad de la empresa se orienta efectivamente al respeto de los derechos humanos. Esto presupone enfatizar en la identificación de la política contenida en la declaración con un valor general de la empresa, es decir, el fundamento que informa la cultura empresarial que a su vez impregna la actividad de los trabajadores y los colaboradores.

Para ello habrá que prestar atención a la denominada debida diligencia en materia de derechos humanos (ONU, 2012, pp. 36-41). Como se ha mencionado, toda empresa se encuentra obligada a controlar los riesgos generados por su propia actividad¹⁴, frente a los cuales habrá que adoptar las correspondientes

¹³ Véase al respecto el Principio nº 11. Nótese que el mandato es contundente: *no hacer, evitar*. Asimismo, debe recordarse que «el incumplimiento de una empresa de su responsabilidad de respetar los derechos humanos puede tener consecuencias de carácter jurídico, financiero y para su reputación» (ONU, 2012).

¹⁴ El debido control implica que la empresa trate de organizarse de tal forma que en su actuación no se produzcan daños delictivos en su favor. No se trata de evitar todo riesgo, sino los riesgos no permitidos, y que los permitidos no rebasen el límite de lo tolerable (Lascuraín, 2013, p. 125).

medidas de prevención¹⁵. Puesto que dicha diligencia puede caracterizarse como el proceso consistente en la contemplación y ejecución de todos aquellos mecanismos que hagan previsible alguna vulneración de derechos humanos por parte de la empresa y que permitan demostrar que la empresa tomó medidas razonables para impedirlo, entonces el momento ideal para llevarla a cabo será desde el momento del planeamiento de la realización de la actividad empresarial. De todos modos, como ya se ha dicho, no bastará con implementar un mecanismo de prevención frente a la vulneración de derechos humanos, sino que será preciso que la empresa realice un seguimiento de su desarrollo y del grado de eficacia para la evaluación de eventuales modificaciones (ONU, 2012, pp. 61-65).

6. OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS RESPECTO A LA PREVENCIÓN DE CONDUCTAS CONTRARIAS AL DERECHO INTERNACIONAL

A los Estados les atañe el papel de velar por la protección de los derechos humanos. Si uno asumiera la tarea de expresar una breve fórmula general respecto a la posición de estados y empresas en relación con los derechos humanos, entonces tendría que afirmarse que mientras los Estados los protegen, las empresas los respetan. Esta circunstancia es del todo relevante pues el Estado que tenga dentro de su jurisdicción a una empresa asumirá el deber de proteger los derechos humanos frente a cualquier escenario de violación. Esto se halla reconocido por el mismo Informe Ruggie (2011, Principio n° 1) en el cual se señala que el Estado ha de ocuparse (en ese orden) de prevenir, investigar, castigar y reparar las infracciones contra los derechos humanos. Como puede observarse fácilmente, esto no es otra cosa que la concreción del deber general que tiene el Estado de proteger a sus ciudadanos, para lo cual ha de hacer cumplir las leyes a todos los potenciales infractores (en este caso, las empresas). De todos modos, ese aspecto debería verse complementado con una conducta activa dirigida al asesoramiento eficaz respecto al efectivo respeto de los derechos humanos¹⁶.

¹⁵ La ONU ha entendido la «debida diligencia» como «la medida de prudencia, actividad, o asiduidad que cabe razonablemente esperar y con la que normalmente actúa una (persona) prudente y razonable en unas circunstancias determinadas; no se mide por una norma absoluta, sino dependiendo de los hechos relativos a los casos en cuestión» (ONU, 2012 y *Black's Law Dictionary*, 1990, pp. 457 y ss.).

¹⁶ El Principio n° 7 sigue esa misma lógica del Estado respecto de la empresa. Ello está pensado para aquellos casos en los que nuevas empresas lleguen a territorios extranjeros, en los que es posible que éstas desconozcan el ordenamiento jurídico ter-

6.1. Compliance: *¿cómo se autorregulan las empresas para prevenir daños al medio ambiente o la violación de derechos humanos?*

De acuerdo con el Informe Final de la ONU ha quedado establecido que las empresas deberán organizarse de una manera tal que el riesgo implícito de sus actividades económicas no termine vulnerando derechos humanos. De hecho, esto resulta aún más exigente cuando se trata de empresas dedicadas a las actividades extractivas, puesto que este tipo de actividades no solo ponen en riesgo a las personas, sino también al medio ambiente. Esta tarea de prevención de riesgos deberá ser asumida por medio de un programa de *compliance*. Como se sabe, el *compliance* consiste en un programa de cumplimiento de las exigencias normativas plasmadas en el respectivo ordenamiento jurídico por parte del legislador. Para ello, la misma empresa deberá asumir la función de vigilar, supervisar y controlar los focos de riesgo generados por su actividad¹⁷. Es decir, las empresas deben implementar una cultura de cumplimiento eficaz a efectos de prevenir aquellas conductas irregulares que puedan generar vulneraciones de derechos humanos. Para que las empresas adopten un adecuado programa de *compliance* deberá tomarse en cuenta diversos aspectos¹⁸. Pues además de la dimensión de la empresa, a la que se ha aludido *supra*, habrá que considerar el giro del negocio, el capital empresarial con el que se cuente, el tipo de lugar en el que se llevan a cabo las operaciones, entre otros factores que pueden depender de la actividad concreta desarrollada por la empresa¹⁹. Por supuesto, aquí también rige plenamente la exigencia general a todo programa de *compliance*: es decir, la implementación del programa debe representar la voluntad real de la empresa de constituir un sistema idóneo para la prevención

ritorial (leyes, reglamentos, políticas, etc.). Aquí resulta lógico que el activismo estatal en cuanto a la asesoría sea considerado necesario.

¹⁷ De este modo, los programas de *compliance* ofrecen a las empresas la oportunidad de definir campos de acción y evitar zonas criminógenas, que puedan tener incluso efectos penales (Sieber, 2013, p. 91).

¹⁸ En profundidad sobre las características centrales y contenido esencial de los programas de cumplimiento, véase Artaza Varela (2014).

¹⁹ En líneas generales, cuanto mayor sea la organización, más formal y extenso debe ser el programa de cumplimiento. En este tipo de grandes organizaciones, el *compliance* deberá ser llevado por un departamento distinto al resto de los sectores de la organización. Asimismo, el tipo de actividad o actividades a las que se dedica la empresa debe focalizar qué riesgos detectar y hacia dónde orientar los controles. Finalmente, se debe analizar los supuestos donde la persona jurídica se ha visto envuelta en un procedimiento penal, dicho análisis proporciona claves sobre las áreas de su actividad que están más expuestas al riesgo penal (Bajo Fernández, Feijoo Sánchez, Gómez-Jara Díez, 2012, p. 207).

de resultados lesivos y no un mero pretexto para impedir o debilitar la imputación de responsabilidad penal de los directivos²⁰. Ello implica que los esfuerzos del programa de cumplimiento normativo deberán dirigirse realmente a la evitación de vulneraciones de derechos humanos. Tanto las Directrices de la OCDE como los Principios Rectores de la ONU han introducido en la elaboración de sus trabajos el desarrollo de los modelos de prevención respecto a la vulneración de derechos humanos. De hecho, aun cuando desde una perspectiva puramente deontológica esto podría resultar cuestionable, lo cierto es que a la empresa también le conviene la asunción de un programa efectivo de cumplimiento normativo, puesto que lo contrario podría traducirse en consecuencias tan peligrosas (por ejemplo, un alto coste reputacional) que podrían llevar incluso a la aniquilación del colectivo²¹. Por otro lado, el programa de *compliance* deberá considerar la circunstancia de que en el caso de las empresas dedicadas a actividades extractivas (o de singular complejidad), la cadena de comercio se extiende y, por lo tanto, deberá incluir medidas orientadas a mitigar los riesgos que surgen de esa asociación²².

²⁰ Al respecto, Rotsch, precisa que «quien (...) tome sólo en consideración el objetivo de la evitación de responsabilidad como tal, corre el peligro de pasar por alto que con una semejante estrategia de *Compliance* dirigida de forma singular puede decaer ciertamente la responsabilidad penal de la dirección empresarial, pero dado que la dirección de la empresa generalmente puede descargarse a través de (y sólo a través de) una organización cuidadosa y en especial a través de la delegación, *la responsabilidad penal no se diluye sin dejar rastro en la empresa, sino que en cierto modo se transfiere a los trabajadores subordinados*. La supuesta evitación de la responsabilidad sería entonces un mero traslado de la responsabilidad que afectaría penalmente a otros sujetos, lo cual desde un punto de vista empresarial puede ser igualmente desastroso. (*Palabras clave*: Multas, demandas de daños y perjuicios, pérdida de reputación, pérdidas de capacidad competitiva). Un concepto de *Compliance* dirigido a una completa evitación de la responsabilidad penal debe, por tanto, tomar en consideración la empresa en su conjunto, en su caso a todos los trabajadores de la empresa y no sólo a la cúpula directiva» (Rotsch, 2012, pp. 5-6).

²¹ Así, el cumplimiento del derecho, finalmente, no se agotará en una cuestión ética, sino que adquirirá, también una significación económica, traducida en pérdidas que pueden afectar a la empresa en su capital, su autorización para operar y reputación, por la imposición de sanciones de índole administrativas o penales (Bacigalupo, 2011, p. 34).

²² De acuerdo con el informe de Slack, la actividad extractiva en la región sudamericana ha experimentado un incremento. El autor indica que países como Perú y Chile han visto aumentar su índice de crecimiento gracias a la exportación de minerales, que el petróleo, en el caso de Venezuela y Brasil, hizo que se proyectaran al plano mundial, y que países donde la actividad extractiva no era una de sus principales

7. CAPACIDAD DE RENDIMIENTO DEL COMPLIANCE

Como he señalado en otra ocasión (Caro Coria, 2016, p. 152), a simple vista el *criminal compliance* aparenta ser una derivación o una consecuencia del moderno principio precautorio, tan conocido en el Derecho Ambiental o en la responsabilidad por el producto defectuoso (Caro Coria, 1999, pp. 131-132), según el cual, partiendo del viejo principio romanista «quien causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo»²³, entonces «quien genera la posibilidad, el riesgo o el peligro de daño, está obligado a controlarlo». Así expuesto, el *compliance* apenas se perfila como parte de un programa racional de reducción del llamado «coste de los accidentes» en general (Calabresi, 1984, pp. 44-46)²⁴ y de los delitos en particular (Caro Coria, 1999, p. 81). Sin embargo, la evolución de los sistemas de «autorregulación» en los últimos 40 años no ha sido precisamente obra de una regulación autoimpuesta, los empresarios no despertaron un día pensando que sus empresas también debían contribuir a la «construcción de un mundo mejor», sin criminalidad empresarial, sin delitos de cuello blanco. El *compliance* es un producto inacabado ante la convergencia de múltiples factores (Nieto Martín, 2013, pp. 23-26): 1) las legislaciones estatales o también supranacionales, algunas incluso a nivel de simple *soft law*, en concretos ámbitos para la prevención del lavado de activos, la corrupción pública y privada, riesgos laborales, ambientales, etc., que imponen a las empresas un sistema de autorregulación regulada; 2) el buen gobierno corporativo orientado a la «lucha contra el abuso de poder en las corporaciones»; 3) los códigos de ética impulsados por organismos como la ONU o la OCDE, como medio para prevenir la criminalidad de empresas globales; 4) el desarrollo de la llamada Responsabilidad Social Empresarial; 5) la expansión de los sistemas de auditoría interna; 6) y de los mecanismos de certificación de estándares de calidad (normas ISO, UNE, etc.); y, 7) la responsabilidad penal de la persona jurídica con el mensaje de que un adecuado sistema para prevenir y detectar eventos delictivos, puede exonerar o atenuar la pena corporativa. El banco donde se ha puesto a prueba el valor de los programas de cumplimiento así gestados, no ha sido otro que la ya profusa casuística comparada, que da cuenta en general del fracaso total o parcial de dichos programas en la prevención de riesgos

características tales como Argentina, Guatemala, Honduras y El Salvador, han despertado el interés de empresas transnacionales que pretenden aprovechar los altos precios del oro, petróleo y otros minerales. No obstante, el autor postula también que, a contrapartida de la bonanza económica, el precio que se debe pagar es muy alto y está representado por las violaciones de derechos humanos en perjuicio de las comunidades donde se desarrolla la actividad extractiva (Slack, 2011, p. 4).

²³ Inst. 4.3, con referencia a la Ley Aquilia (De Trazegnies Granda, 1988, pp. 29-30).

²⁴ En especial los costes de prevención o costes primarios.

penales, y de su excepcional valía para evitar la comisión de delitos, o en su caso, las consecuencias penales, civiles y reputacionales, contra la empresa y sus órganos de gestión.

Dicha casuística, la confirmación práctica de que estos casos existen y están en cierto modo «a la mano», como quedó reflejado en el escándalo de Siemens –por citar el caso más conocido en Alemania–, retroalimenta esos fundamentos del *compliance* desde sus bases en el sistema americano, esto es la *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) o Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de 1977, que es el instrumento más potente en el mundo para la prevención y persecución de los casos de corrupción transnacional, y que ha inspirado e inspira hasta la actualidad las regulaciones europeas e iberoamericanas, su interpretación y aplicación práctica, con especial intensidad en los últimos años al punto que algunos penalistas creen ver en el *compliance* la gran solución frente a ese gran mal que es la criminalidad empresarial. Así, se habla por ejemplo, no sin exageración y con cierta ligereza, de un Derecho penal en la «era del *compliance*», o de una ciencia penal del *compliance*, cuando son más las preguntas que las respuestas en torno a lo que el Derecho penal puede aportar en el desarrollo del *compliance* (Rotsch, 2015b), y me refiero con ello sobre todo a la parte que no es en estricto Derecho penal ni se relaciona directamente con la labor del jurista, como la elaboración de matrices de riesgo, la identificación de medidas de mitigación de esos riesgos, el monitoreo de los programas de prevención y su certificación, etc.

En ese contexto, el sistema de *compliance* es entendido en la actualidad como una autorregulación regulada²⁵. Esto significa que la adopción del modelo de prevención dentro de una empresa no puede ser voluntaria, sino más bien obligatoria²⁶. Esa regla debe ser impuesta en primera línea por el Estado receptor (o Estado local), y es que considerando la transcendencia de los bienes jurídicos involucrados no podría entenderse, en términos de proporcionalidad, cómo los Estados obligan legalmente a determinados sujetos a implementar modelos de prevención del lavado de activos o la corrupción, y no establecen

²⁵ El fenómeno de autorregulación regulada o *enforced self regulation* alude a la exigencia legislativa orientada a la adopción de medidas organizativas para la prevención de delitos en el seno de la empresa, medidas que responden al interés público y que son controladas *ex post* por el Estado. La empresa se convierte así en un *colaborador* del legislador penal (Sieber, 2013, p. 77; Silva Sánchez, 2013, pp. 192-193; Nieto Martín, 2008, pp. 218 y ss.; González Sierra, 2014, pp., 384 y ss.; Coca Vila, 2013, p. 51; Balcarce y Berrueto, 2016, p. 144).

²⁶ «Esta estrategia confía en que imponiendo una consecuencia jurídica desfavorable a una empresa, esta modificará su organización y con ello su comportamiento en el sentido deseado. Para el *intervencionismo* no representa ningún tabú regular cómo debe organizarse internamente la empresa» (Nieto Martín, 2008, p. 219).

la obligación jurídica de sostener modelos para prevenir daños ambientales (compliance ambiental), a los trabajadores (compliance laboral y anti trata de personas) o a los derechos humanos en general (compliance en derechos humanos). De modo similar, tampoco resulta razonable que los Estados suscriban con las empresas cláusulas de estabilidad jurídica, estabilidad tributaria o cláusula anticorrupción, y no se incluya en esos mismos contratos cláusulas que obliguen a las empresas a prevenir cursos lesivos para los derechos humanos.

Pero además de ello, el compliance en derechos humanos debe ser impuesto por el Estado del cual provienen las inversiones, por ejemplo, por medio de mecanismos que permitan el levantamiento del velo societario o la primacía de la realidad en el caso de las *offshore*. Esta implementación del modelo de prevención es independiente de la existencia o no del sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica, por la simple razón de que más allá del modelo de responsabilidad penal adoptado por un Estado habrá que prevenir (mediante un programa de *compliance*) la producción de resultados lesivos contra bienes jurídicos. Esta tarea de prevención supone la elaboración de un programa de cumplimiento interno de la empresa, el cual deberá identificar los riesgos a los que se enfrenta la actividad de la empresa y la forma de impedir que ellos se plasmen en resultados lesivos.

Además de ello, el *compliance* involucra al Estado local en el diseño de procesos trascendentales para la evitación de esos riesgos. Ejemplos de tales procesos podría ser la aprobación de estudios de impacto ambiental, licencias o mecanismos de consulta previa. El estudio de impacto ambiental (EIA) es un procedimiento de carácter técnico que estudia, identifica y calcula los posibles efectos negativos (referidos siempre al medio ambiente) que podrían venir en consideración como consecuencia de un determinado proyecto. Los resultados de dicho estudio permiten a la administración pública determinar la aceptación, el rechazo o la modificación de la solicitud. Sin embargo, la ejecución de este procedimiento conlleva algunas dificultades. Así tenemos: i) el Estado local presenta muchas veces debilidades en cuanto a las técnicas para evaluar los EIA, pues muchas veces no se cuenta con la logística necesaria (personal adecuado y suficiente para evaluar con prontitud cada proyecto); ii) además de ello, la manipulación de los datos en el marco de la evaluación como consecuencia de actos de corrupción constituye un factor que no ha de perderse de vista. Esta última circunstancia se agrava en países con Estados débiles, Perú por ejemplo, donde la administración se caracteriza por una cultura burocrática inundada de trámites «necesarios» para la obtención de una autorización²⁷. Por otra parte, la

²⁷ Las poblaciones juegan un rol importante y frente a la implementación de una actividad extractiva dentro de su territorio pueden en lo general conducirse de dos maneras: de un modo pasivo u oponerse absolutamente a la ejecución de los proyectos.

consulta previa constituye un mecanismo de consulta a los pobladores que se lleva a cabo con anterioridad a la implementación de una medida legislativa o administrativa que afecte directamente el territorio y el medio ambiente en el cual viven, además de su calidad de vida, identidad cultural, derechos colectivos, etc. Este mecanismo se desarrolla por la vía de un diálogo entre las autoridades estatales y los mismos pobladores para evitar conflictos futuros²⁸.

Si bien ambos mecanismos podrían ser de utilidad para reforzar el diseño de las exigencias impuestas a los programas de *compliance* y así evitar que los riesgos propios de toda actividad empresarial terminen plasmándose en resultados lesivos. Sin embargo, hay que reconocer que la forma en la que habrá que concretar dichas exigencias constituye, sin embargo, una tarea librada a los diversos aspectos que rodean la actividad concreta de la empresa y dependiente del contexto en el que esta actúa, sin olvidar, por supuesto, la realidad de cada sociedad en la que se presente la necesidad de resolver un conflicto. De hecho, la misma entidad transnacional de las operaciones impone de entrada la necesidad de adaptación de la empresa a la realidad concreta de cada país donde ella opera.

No obstante, más allá de ese desafío de adaptación propiciado por la operación a escala internacional, cuya superación, como se ha mencionado, exige un ejercicio serio de introspección empresarial y de análisis del entorno donde la organización opera, hay que afirmar que los programas de cumplimiento normativo se constituyen como una alternativa útil a la hora de enfrentar situaciones en las que la actividad empresarial pudiera representar riesgos para los derechos humanos. Naturalmente, el éxito de esa estrategia de mitigación de riesgos se basa en el diseño, implementación y seguimiento inclusivo de factores (varios de ellos mencionados en esta contribución) y en el involucramiento de todos los actores del conflicto, en especial, del Estado, como especial portador del deber de protección de sus ciudadanos. Pues solo de esa forma, es posible garantizar una anticipación de la empresa a los eventuales resultados lesivos de su actividad y, con ello, plasmar de modo pleno la necesidad de compaginar las actividades económicas y el respeto de los derechos de los miembros de todas las comunidades. De hecho, tal anticipación constituye la manifestación más palmaria de la seriedad del esfuerzo por impregnar la activi-

²⁸ Este mecanismo constituye una concretización de la denominada participación ciudadana, la cual tiene como fundamento el derecho de todo ciudadano a formar parte de las decisiones públicas (más aún cuando ella tiene una directa repercusión en su vida diaria). Los titulares de este derecho serán los representantes legítimos de la población (pueblos indígenas u originarios) que vivan dentro del ámbito territorial respecto al cual se halla planificada la realización de un proyecto extractivo y que puedan resultar afectados por este.

dad de la empresa con una cultura de cumplimiento del ordenamiento jurídico y puede servir para demarcar en el futuro la separación entre empresas que se esfuerzan por respetar los derechos humanos y organizaciones orientadas por el lucro a toda costa, las cuales, sin duda, tampoco han de tener cabida en sociedades respetuosas de los derechos humanos.

El análisis del funcionamiento del *compliance* norteamericano y de las instituciones que le dan soporte, es un punto de partida necesario para posteriores trabajos comparativos y de acercamiento con los desarrollos que se vienen dando en sistemas como el alemán, donde solo desde hace pocos años el *compliance* ha merecido la atención de la comunidad científica, apreciándose una progresiva sistematización de los principales aspectos dogmáticos, de parte general y especial –si cabe la expresión–, y procesales del *compliance* (Rotsch, 2015a). El valor de esta tarea se extiende a ordenamientos como el español, donde se vienen realizando similares esfuerzos de sistematización (Nieto Martín, 2015) con el añadido, a diferencia de Alemania, que rige desde 2010 la responsabilidad penal corporativa, ampliada o perfeccionada recientemente con la Ley Orgánica 1/2015 vigente desde 1 de julio y que establece por ejemplo la exclusión de la responsabilidad penal de la empresa que cuente previamente con un adecuado sistema de cumplimiento, o una reducción de la pena si el *compliance program* es imperfecto o se instauró solo con posterioridad al hecho delictivo, dejando con ello abiertas importantes cuestiones como si dicha exclusión de pena puede fundamentarse dogmáticamente en criterios de imputación objetiva como el riesgo permitido, o si el hecho que se permita una reducción de la pena cuando el programa se instaura *ex post* acaso implica asumir una regla solo explicable a nivel de la punibilidad, desde la teoría de la pena, o conforme a criterios de eficiencia procesal, lo que podría verse reforzado por el dato de que incluso cuando el programa es anterior al evento delictivo, este debe contemplar, para acceder a la exclusión de pena, que los órganos de la empresa han de observar una conducta de permanente cooperación con la justicia y las autoridades en momentos muy posteriores a la comisión del delito, durante el proceso penal, como da cuenta el famoso caso Morgan & Stanley (Carrión Zenteno, 2015, pp. 100-102).

8. CONCLUSIONES

En el ámbito del derecho internacional no está definida la existencia de obligaciones jurídicas vinculantes para las empresas con respecto a los derechos humanos, sino más bien obligaciones de índole político que vinculan a las empresas privadas con el respeto y garantía de derechos fundamentales. Estas obligaciones políticas o de buena voluntad emanan de instrumentos internacionales propios del denominado *soft law*. Por consiguiente, no se ha establecido la competencia de tribunales internacionales para conocer eventuales violacio-

nes de derechos humanos por parte de empresas, por lo cual el análisis de la responsabilidad internacional se circunscribe únicamente a los estados. Frente a ello, los modelos de prevención (*compliance*) constituyen una herramienta valiosa de la cual pueden valerse las empresas para hacer frente a los riesgos que durante el desarrollo de su actividad pudiesen ocasionar graves y directas repercusiones en los derechos humanos. Con ese fin, la instauración y el mantenimiento de los programas de cumplimiento normativo deberán tener en cuenta los elementos concretos de la conflictividad que podría generar su actividad extractiva, para lo cual pueden resultar de valiosa ayuda algunos mecanismos ya conocidos como la consulta previa o los estudios de impacto ambiental.

En un mundo económico sin límites, antes que el riesgo de un «*compliance* sin límites» (Rotsch, 2015b, p. 29), existe el peligro de una criminalidad económica y empresarial también ilimitada o desbordada, que en muchos casos adquiere los matices o se entremezcla con formas de criminalidad organizada y estatal, como ha quedado expuesto por ejemplo en las primeras condenas por los casos Petrobras y Odebrecht en la región latinoamericana, empresas brasileñas en las que, como en el caso Siemens, la existencia de medidas de cumplimiento, códigos de conducta y sistemas de denuncias internas que ahora se antojan como de simple fachada o «saludo a la bandera», no impidieron que sus funcionarios se coludan con particulares en las contrataciones y licitaciones, a cambio de millonarias sumas de dinero que durante años fueron maquilladas en las contabilidades como pagos por servicios diversos a empresas *off shore*, y lavadas mediante complejos esquemas de ingeniería financiera. Ello pone sobre la mesa nuevas preguntas, ¿pueden el Estado y sus entidades asumir verdaderos programas de cumplimiento, incluso en derechos humanos?, ¿es conveniente la autorregulación estatal?, ¿debe el *compliance* limitarse a la prevención del riesgo penal empresarial o debe extenderse a la prevención de la criminalidad organizada empresarial? La literatura parece aún por detrás de estas cuestiones prácticas, si el *compliance* implica la instauración de una cultura corporativa de cumplimiento, en países que enfrentan altos niveles de informalidad y corrupción privada y pública, esa realidad conspira contra la eficacia de ese sistema general de prevención del riesgo penal, lo que hasta aquí permite formular una pregunta final, ¿cuál es entonces la capacidad de rendimiento del *compliance* en contextos especialmente caóticos, de debilidad institucional, pública y privada? No parece que la respuesta se pueda esbozar con la ayuda del Derecho penal, la pregunta parece devolvernos al terreno de la criminología del control social, y ello quizás nos permita entender, por ejemplo, porque una empresa alemana como Siemens no fue capaz de cometer actos de corrupción en Alemania, pero si en Argentina, Bangladesh y Venezuela (Carrión Zenteno, 2015, pp. 95-98).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALFONSO MONROY, M. P. (2013). Empresas y derechos humanos: una responsabilidad en construcción. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 4(118), 349-385.
- ARTAZA VARELA, O. (2014). Programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad jurídico-penal. En S. MIR PUIG, M. CORCOY BIDASOLO & V. GÓMEZ MARTÍN (Dirs.). *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal* (pp. 239-265). Montevideo-Buenos Aires: BdeF.
- BACIGALUPO, E. (2011). *Compliance y derecho penal*, Pamplona: Aranzadi.
- BAJO FERNÁNDEZ, M., FEIJOO SÁNCHEZ, B., & GÓMEZ-JARA DIEZ, C. (2012). *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Pamplona: Civitas-Thomson Reuters.
- BALCARCE, F. & BERRUEZO, R. (2016). *Criminal compliance y personas jurídicas*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF.
- BÖHM, M. L. (2012). Empresas transnacionales y violaciones de Derechos Humanos en América Latina – Dificultades para su imputación y juzgamiento. *Boletín Semestral GLIPGö*, 4, 11-24.
- BÖHM, M. L. (2016). Transnational Corporations, Human Rights Violations and Structural Violence and Structural Violence in Latin America: A Criminological Approach. *Kriminologisches Journal (KrimJ)*, 48(4), 272-293.
- CALABRESI, G. (1984). *El coste de los accidentes*. Barcelona: Ariel.
- CARO CORIA, D. C. (1995). *La protección penal del ambiente*. Lima: BM&U.
- CARO CORIA, D. C. (1999). *Derecho penal del ambiente*. Lima: Horizonte.
- CARO CORIA, D. C. (2016). Recensión, *ZIS* 2, 152-154.
- CARRIÓN ZENTENO, A. (2015). *Criminal Compliance, de la Ley de EE. UU. de Prácticas Corruptas en el Extranjero, el riesgo de las empresas de acción internacional y la trascendencia de los programas de cumplimiento*. Lima: Thomson Reuters.
- COCA VILA, I. (2013). ¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada? En J. M. SILVA SÁNCHEZ & R. MONTANER FERNÁNDEZ (Dirs.). *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas* (pp. 43-110). Barcelona: Atelier.
- DE TRAZEGNIES GRANDA, F. (1988). *La responsabilidad extracontractual*. T. I. LIMA: PUCP.
- GALVIS, M. C. (2011). La obligación estatal de prevenir las conductas de particulares contrarias al derecho internacional. *Aportes DPLF. Revista de la Fundación para el Debido Proceso*, 15, 7-11.
- GONZÁLEZ SIERRA, P. (2014). *La imputación penal de las personas jurídicas. Análisis del art. 31 bis CP*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- LASCURAÍN, J. A. (2013). *Compliance*, debido control y unos refrescos. En L. ARROYO ZAPATERO y A. NIETO MARTÍN (Dirs.). *El derecho penal económico en la era Compliance* (pp. 111-135). Valencia: Tirant lo Blanch.
- LÓPEZ HURTADO, C. (2011). Empresas y derechos humanos: hacia el desarrollo de un marco normativo internacional. *Aportes DPLF. Revista de la Fundación para el Debido Proceso*, 15, 7-11.
- NIETO MARTÍN, A. (2008). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo*. Madrid: Iustel.

- NIETO MARTÍN, A. (2013). Problemas fundamentales del *compliance* y el Derecho penal. En L. KUHLEN, J. P. MONTIEL, & I. ORTÍZ DE URBINA (Eds.). *Compliance y teoría del Derecho penal* (pp. 21-50). Madrid: Marcial Pons.
- NIETO MARTÍN, A. (2015). *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- RICCO, V. H. (2011). Las directrices de la OCDE para las empresas multinacionales: ¿esperanza en la revisión? *Revista Aportes DPLF*, 4(15), 31-33.
- ROTSCH, T. (2012). Criminal Compliance. *InDret* 1. Recuperado el 22 de febrero de 2021, de <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/876a.pdf>.
- ROTSCH, T. (Ed.) (2015a). *Criminal compliance, Handbuch*. Baden-Baden: Nomos.
- ROTSCH, T. (2015b). Sobre las preguntas científicas y prácticas del *criminal compliance*. *ADPE*, 3, 13-29.
- RUGGIE, J. (2011). Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, «Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar», de 21 de marzo de 2011, Consejo de Derechos Humanos, 17º período de sesiones de la ONU. Recuperado el 5 de septiembre de 2017, de <https://n9.cl/xahtx>.
- SIEBER, U. (2013). Programas de *compliance* en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. En L. ARROYO ZAPATERO & A. NIETO MARTÍN (Dirs.). *El derecho penal económico en la era Compliance* (pp. 63-109). Valencia: Tirant lo Blanch.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2013). *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF.
- SLACK, K. (2011). Derechos humanos e industrias extractivas en América Latina. *Revista Aportes DPLF*, 15(4), 4-6.
- BLACK'S LAW DICTIONARY (1990, 6ª Ed.). Minnesota, West: St. Paul.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES Y LEGISLATIVAS

- CORTE IDH, CASO SARAYAKU VS. Ecuador, Sentencia, 2012.
- DL N° 1352, DECRETO LEGISLATIVO QUE AMPLÍA LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. Recuperado el 10 de octubre de 2017, de rb.gy/utj9w.
- LEY N° 30424, LEY QUE REGULA LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS POR EL DELITO DE COHECHO ACTIVO TRANSNACIONAL. Recuperado el 10 de octubre de 2017, de rb.gy/8frd6.
- OCDE (2013). *Líneas Directrices de la OCDE para empresas multinacionales. Revisión 2011*. OECD Publishing. Recuperado el 21 de marzo de 2021, de <https://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf>.
- ONU (2003). *Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos*. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 Recuperado el 29 de junio de 2022, de <http://hrlibrary.umn.edu/links/Snorms2003.html>.
- ONU (2012). *La responsabilidad de las empresas de respetar los Derechos Humanos, Guía para la interpretación*. New York/Ginebra: ONU.
- RULLI, M. & JUSTO, J. B. (2012). *Guía de derechos humanos para empresas. Proteger, respectivamente Remediar: Todos Ganamos*. PNUD. Recuperado el 29 de junio de 2022, de rb.gy/mve3t.

EL OBJETIVO DE UN DESARROLLO ECONÓMICO SOSTENIBLE EN LA AMAZONIA: EL *CRIMINAL COMPLIANCE* MEDIOAMBIENTAL

*O objetivo de um desenvolvimento econômico
sustentável na Amazônia:
o criminal compliance ambiental*

The goal of sustainable economic development
in the Amazon: criminal environmental compliance

JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ
Universidad de Huelva (UHU, España)

RESUMEN

Este artículo analiza los delitos medioambientales y la problemática de la criminalidad de empresa. También estudia el *criminal compliance* aplicable a esta materia. Finalmente, estudia su aplicación en la Amazonia.

Palabras clave: Delitos medioambientales; criminalidad de empresa; Amazonia; *criminal compliance*.

RESUMO

Este artigo analisa os delitos ambientais e a problemática da criminalidade da empresa. Também estuda o *criminal compliance* aplicável a essa matéria. Finalmente, estuda a sua aplicação na Amazônia.

Palavras-chave: Delitos ambientais; criminalidade de empresa; Amazônia; *criminal compliance*.

ABSTRACT

This article analyses the environmental crimes and the problem of corporate criminality. It also studies the criminal compliance applicable to this matter. Finally, it studies its application in the Amazon.

Keywords: Environmental crime; corporate crime; Amazon; criminal compliance.

I. APROXIMACIÓN

LA ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS ha aprobado en septiembre de 2015 una resolución denominada «Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible» cuyo xvº objetivo es «Proteger, restaurar y promover el uso sostenible de los ecosistemas terrestres, gestionar sosteniblemente los bosques, luchar contra la desertificación, detener e invertir la degradación de las tierras y detener la pérdida de biodiversidad». Se trata de lograr la sostenibilidad ambiental, y eso afecta de manera directa a la Amazonia¹. Se trata del ecosistema con mayor biodiversidad del mundo, cuyo

¹ Dentro del Objetivo xvº se identifican muchas de las acciones a emprender:

15.1 De aquí a 2020, asegurar la conservación, el restablecimiento y el uso sostenible de los ecosistemas terrestres y los ecosistemas interiores de agua dulce y sus servicios, en particular los bosques, los humedales, las montañas y las zonas áridas, en consonancia con las obligaciones contraídas en virtud de acuerdos internacionales.

15.2 De aquí a 2020, promover la puesta en práctica de la gestión sostenible de todos los tipos de bosques, detener la deforestación, recuperar los bosques degradados y aumentar considerablemente la forestación y la reforestación a nivel mundial.

15.3 De aquí a 2030, luchar contra la desertificación, rehabilitar las tierras y los suelos degradados, incluidas las tierras afectadas por la desertificación, la sequía y las inundaciones, y procurar lograr un mundo con efecto neutro en la degradación del suelo.

15.4 De aquí a 2030, asegurar la conservación de los ecosistemas montañosos, incluida su diversidad biológica, a fin de mejorar su capacidad de proporcionar beneficios esenciales para el desarrollo sostenible.

15.5 Adoptar medidas urgentes y significativas para reducir la degradación de los hábitats naturales, detener la pérdida de biodiversidad y, de aquí a 2020, proteger las especies amenazadas y evitar su extinción.

15.6 Promover la participación justa y equitativa en los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos y promover el acceso adecuado a esos recursos, según lo convenido internacionalmente.

15.7 Adoptar medidas urgentes para poner fin a la caza furtiva y el tráfico de especies protegidas de flora y fauna y abordar tanto la demanda como la oferta de productos ilegales de flora y fauna silvestres.

mantenimiento es esencial para la vida en todo el planeta, al mismo tiempo que debe permitir el desarrollo de los pueblos indígenas que allí habitan.

El logro de los objetivos y metas de desarrollo sostenible (ods) es una tarea titánica, que requiere el más alto grado de compromiso internacional, tanto de los Estados como de las personas. Lógicamente, mala política sería si comenzara a construirse sobre los aspectos criminales. Sin embargo, la previsión de sanciones penales para las personas físicas y jurídicas que atenten gravemente contra algunos de estos objetivos, a través de conductas medioambientales significativamente lesivas, también tiene que entrar en la balanza. Es una iniciativa independiente pero complementaria de los ods, que debe servir para apuntalar los logros a los que se aspira en favor de las personas, del planeta y de su habitabilidad.

En primer término, siguiendo una tradición muy consolidada, la responsabilidad penal será cosa de seres humanos, personas físicas que en este caso pueden delinquir contra el ambiente y deben, por lo tanto, asumir las consecuencias de sus actos. Sin embargo, se debe destacar que los delitos medioambientales y contra la biodiversidad pueden ser perfectamente cometidos por personas jurídicas. Es más, tratándose de la materialización de actividades industriales y empresariales, que normalmente son las que afectan al medio ambiente y al ecosistema, podemos deducir que las empresas están con frecuencia detrás de los daños ecológicos, justamente en la primera línea lesiva. Este es el espacio donde puede plantearse la responsabilidad penal de la persona jurídica y, al mismo tiempo, la estructura, vigencia y consecuencias de un *criminal compliance*.

15.8 De aquí a 2020, adoptar medidas para prevenir la introducción de especies exóticas invasoras y reducir significativamente sus efectos en los ecosistemas terrestres y acuáticos y controlar o erradicar las especies prioritarias.

15.9 De aquí a 2020, integrar los valores de los ecosistemas y la biodiversidad en la planificación, los procesos de desarrollo, las estrategias de reducción de la pobreza y la contabilidad nacionales y locales.

15.a Movilizar y aumentar significativamente los recursos financieros procedentes de todas las fuentes para conservar y utilizar de forma sostenible la biodiversidad y los ecosistemas.

15.b Movilizar recursos considerables de todas las fuentes y a todos los niveles para financiar la gestión forestal sostenible y proporcionar incentivos adecuados a los países en desarrollo para que promuevan dicha gestión, en particular con miras a la conservación y la reforestación.

15.c Aumentar el apoyo mundial a la lucha contra la caza furtiva y el tráfico de especies protegidas, incluso aumentando la capacidad de las comunidades locales para perseguir oportunidades de subsistencia sostenibles.

2. LOS DELITOS MEDIOAMBIENTALES

Los delitos medioambientales conforman uno de los ámbitos del Derecho penal que descansa sobre una regulación jurídica administrativa, es decir, forma parte del derecho penal administrativizado². Las normas administrativas son las que construyen el sustrato sobre el que se asienta la responsabilidad, le dan vida y fundamento. Posteriormente pueden gestionar de manera exclusiva un mecanismo sancionador para los incumplimientos, o compartir esa esfera con el Derecho penal, que normalmente se ocupa de dar respuesta a los ataques más graves. En todo caso, la responsabilidad penal depende sustancialmente de la administrativa, en cuanto es esta última la que define la entidad del peligro aceptable (Fuentes Osorio, 2019, p. 2) es decir, la magnitud del riesgo que se considera permitido para poder desarrollar actividades reguladas: proyectos industriales, turísticos, de desarrollo urbano, etc. En todo caso, como señala Navarro Cardoso, cuando el Derecho penal interviene en sectores ordenados administrativamente, es frecuente que coexista con un régimen de sanciones administrativas, lo que obliga a una compleja convivencia (Navarro Cardoso, 2020, p. 644). La problemática que encierra esta doble regulación es el posible solapamiento de lo penal con lo administrativo, lo que genera sin duda conflictos cuando existen dudas acerca de la priorización de un mecanismo o de otro, fundamentalmente cuando los límites son borrosos.

Existe preocupación por definir esos límites, pues es evidente la posibilidad de superposición. Por fortuna, el principio *non bis in idem* permite y exige decantarse por una sola de las respuestas sancionadoras. Una posibilidad interpretativa pasa porque el delito incorpore un elemento adicional que lo diferencie de la infracción administrativa, por ejemplo, añadiendo el requisito de un daño grave, un perjuicio significativo, relevante, duradero, etc. Conocidas como cláusulas de significación penal, son muy utilizadas en el derecho penal medioambiental en Alemania. Presentan normalmente el problema de la ambigüedad, pues su falta de concreción conduce generalmente a vaguedades de las que deriva en muchas ocasiones una absolución en sede penal (Fuentes Osorio, 2019, pp. 3 y ss.)³. Es preferible intentar establecer límites objetivos, que brinden criterios interpretativos seguros para que la decisión

² Así lo define Silva Sánchez (2020, p. 785) junto a los delitos tributarios. Entiendo que otra pieza clave de esta parcela se integra, sin duda, con el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, puntales de la expansión del Derecho penal contemporáneo.

³ Estas cláusulas se han generalizado en el derecho penal medioambiental alemán, del que han pasado directamente a las normas europeas, concretamente a la Directiva 2008/99/EC.

última no quede en manos de los intérpretes, sin contar con un claro apoyo en la legislación vigente. Se propone, de *lege ferenda*, recurrir a criterios cuantitativos, como, por ejemplo, que se supere en determinado porcentaje los límites de contaminación fijados por las normas administrativas (Fuentes Osorio, 2019, p. 26).

En cualquier caso, para identificar las responsabilidades penales los tipos remiten de manera expresa o implícita a la legislación administrativa, conformándose en el derecho penal medioambiental el más clásico ejemplo de ley penal en blanco, técnica de remisión normativa que, en todo caso, es aceptada y aceptable en los ordenamientos jurídico- penales modernos (Muñoz Conde, López Peregrín y García Álvarez, 2015, p. 29).

Pasando a los delitos en particular, en el caso concreto de España suele afirmarse que en la regulación positiva vigente no existe un único delito medioambiental, sino muchos ilícitos que atentan contra el mismo bien jurídico. La regulación en Brasil sería, en este sentido, similar. Se considera con mucho acierto que estamos ante uno de los bienes jurídicos más difíciles de definir (Muñoz Conde, López Peregrín y García Álvarez, 2015, p. 125; Górriz Royo, 2019, pp. 22 y ss.; Navarro Cardoso, 2020, p. 647), pues otro sector doctrinal diferencia la defensa del medio ambiente de la tutela penal de la biodiversidad, es decir, del equilibrio de los sistemas naturales o defensa del hábitat. En este último supuesto, que afecta esencialmente a la Amazonia, no se requeriría una afección al medio ambiente ya que, aunque se trata de bienes jurídicos estrechamente ligados, no se confundirían entre sí (Corcoy Bidasolo, 2015, p. 1183).

En el caso de la normativa vigente en España, el Código Penal diferencia en dos capítulos distintos pero sucesivos la tutela ambiental de los recursos naturales (Capítulo III del Título XVI del Libro II CP) y la defensa de la biodiversidad, que comprende fauna y flora (Capítulo IV del Título XVI del Libro II CP). La mala técnica legislativa ha incorporado en este último capítulo la tutela de los animales domésticos, problemática que nada tiene que ver con el medio ambiente ni con la biodiversidad (Muñoz Conde, López Peregrín y García Álvarez, 2015, p. 127). La Ley de Crímenes Ambientales de Brasil se aboca a una regulación y confusión similar.

Tanto en España como en Brasil se contempla el delito medioambiental y contra la biodiversidad culposos. En España (art. 331 CP) se atiende a la siguiente fórmula: «Los hechos previstos en este capítulo serán sancionados, en su caso, con la pena inferior en grado, en sus respectivos supuestos, cuando se hayan cometido por imprudencia grave» (Navarro Cardoso, 2020, pp. 653 y ss.). Es similar la previsión en el art. 332.3 CP para los delitos contra la biodiversidad. Como era de esperar, la incorporación de estas modalidades culposas

se superpone claramente con las infracciones administrativas, por lo que es muy difícil delimitar ambos ámbitos (Corcoy Bidasolo, 2015, p. 1179).

En orden a la protección penal de la fauna y flora silvestres (art. 332 CP), que se integra en el mismo Título XVI del Libro II CP, en un capítulo independiente del resto de delitos medioambientales, se introduce una cláusula de atipicidad para excluir las infracciones sin gravedad suficiente para considerar la conducta como delictiva⁴.

El que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general, corte, tale, arranque, recolecte, adquiera, posea o destruya especies protegidas de flora silvestre, o trafique con ellas, sus partes, derivados de las mismas o con sus propágulos, salvo que la conducta afecte a una cantidad insignificante de ejemplares y no tenga consecuencias relevantes para el estado de conservación de la especie, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de ocho a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a dos años. La misma pena se impondrá a quien, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general, destruya o altere gravemente su hábitat. 2. La pena se impondrá en su mitad superior si se trata de especies o subespecies catalogadas en peligro de extinción. 3. Si los hechos se hubieran cometido por imprudencia grave, se impondrá una pena de prisión de tres meses a un año o multa de cuatro a ocho meses, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de tres meses a dos años (art. 332.I CP).

En Brasil, la Ley de crímenes ambientales 9605, de 12 de febrero de 1998, incorpora una larga serie de delitos medioambientales, aplicando una técnica jurídica muy deficiente. Se establecen unas reglas generales sobre las penas y las circunstancias atenuantes y agravantes, entre otras disposiciones que no están coordinadas con la parte general del Código Penal. Específicamente se determinan las penas aplicables a las personas jurídicas (arts. 21 a 24), siendo fundamental la pena de multa. Se trata de una ley que combina aspectos sustantivos, procesales, el decomiso, las infracciones administrativas (arts. 70 a 76), la cooperación internacional para la preservación del medio ambiente (art. 77 y 78), etc. En todo caso, se establece la aplicación subsidiaria del Código Penal y del Código Procesal Penal (art. 79).

Se contempla una serie numerosa de delitos contra la fauna (arts. 29 a 37), la flora (arts. 38 a 53), de polución y otros delitos ambientales (arts. 54 a 61), urbanísticos y contra el patrimonio cultural (arts. 62 a 65) y contra la adminis-

⁴ Cfr. Matallín Evangelio (2020, p. 568) quien destaca los errores legislativos que generó esta reforma, que provoca «problemas de seguridad jurídica y de ofensividad».

tracción ambiental (art. 66 a 69). El tráfico de especies protegidas se concreta en el comercio internacional ilegal de flora y fauna silvestres, que afecta sin duda a la Amazonia.

3. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y EL *COMPLIANCE* PENAL

3.1. *La persona jurídica como actor penal*

Toda la discusión históricamente desarrollada en España y en Brasil, acerca de la conveniencia o inconveniencia de aceptar la responsabilidad penal de las personas jurídicas queda en un segundo plano cuando el legislador incorpora este modelo de responsabilidad en el sistema penal, asociando consecuencias jurídicas –que pueden denominarse penas, medidas de seguridad o sanciones penales específicas– a comportamientos ilícitos cometidos en el seno de los entes colectivos. La dogmática puede valorar el acierto o el desacierto de haberse optado por esta solución político-criminal, pero en ningún caso puede ignorarla.

Aunque existen muchos modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas (uno por cada país que contempla este tipo de sanciones) es conveniente tener en cuenta algunas cuestiones comunes, que se dan en la mayoría de esos sistemas:

- La responsabilidad penal de la persona jurídica no es igual a la de la persona física. Se deben construir dos injustos: el de la persona individual y el de la persona jurídica. La relación entre ambos será fundamental para perfilar todo el sistema.
 - Consecuentemente, no se trata de sustituir la responsabilidad penal de los individuos por la de la persona jurídica. En realidad, hay una responsabilidad penal doble: la de la persona física, que se rige por los parámetros ordinarios de cualquier hecho delictivo, y la responsabilidad penal añadida de las personas jurídicas. Para poder estructurar este tipo de responsabilidad normalmente se exige como presupuesto que un miembro de la empresa haya cometido un hecho delictivo, dentro del marco propio de las actividades empresariales y buscando beneficios o ventajas para la entidad.
- a) Debe constatarse un hecho delictivo cometido por un miembro de la empresa, esto es, una persona física. Este requisito presenta muchos matices según las distintas legislaciones y opiniones doctrinales:
- Puede exigirse que se trate exclusivamente de un directivo u otro miembro relevante de la empresa. Algunos sistemas exigen que el hecho se

realice personalmente por el directivo, pero en otros casos es suficiente con que el directivo lo autorice o tolere. Incluso puede apreciarse responsabilidad porque el directivo no ha cumplido con sus deberes de supervisión, vigilancia y control de sus subordinados en la empresa, que son los que efectivamente han realizado el hecho. En otros sistemas es suficiente con que el ilícito sea llevado a cabo por cualquier empleado, trabajador o agente de la empresa.

- En otros, por último, ni siquiera es necesario identificar al concreto directivo o trabajador que ha cometido el delito, siempre que se compruebe que es obra de algún miembro indeterminado de la empresa.

b) El que actúa debe hacerlo dentro del marco propio de actividades de la empresa. Excluye todo hecho delictivo en el que esté implicado un directivo o trabajador a título particular. Debe haber un hecho de conexión, una relación entre el ilícito cometido por el individuo y las actividades propias de la entidad.

c) Tiene que perseguir beneficios o ventajas para la empresa. Si las ventajas del delito fueran exclusivamente para el directivo o trabajador que interviene, quedará excluida la responsabilidad de la sociedad.

Para poder concretar el planteamiento previamente expuesto, es necesario adoptar un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas. Cada Código que consagra este tipo de responsabilidad lo hace a través de una estructura propia y original. Son los principales modelos el sistema de responsabilidad vicarial y el sistema directo de culpabilidad de la empresa, aunque pueden darse entre ellos también distintas combinaciones. He de advertir que la lacónica regulación que adopta la Ley de crímenes ambientales del Brasil no permite identificar ninguno de los modelos existentes, y ni siquiera advertir que exista un genuino modelo de imputación. Reina la anarquía conceptual, lo que conduce necesariamente a la impunidad de las personas jurídicas que delinquen.

- Modelo de responsabilidad vicarial (responsabilidad objetiva de la empresa) Con un gran paralelismo con las responsabilidades civiles, una vez que se comprueba que en una sociedad o persona jurídica se ha cometido un delito, siempre que lo materialice un miembro de la empresa actuando dentro del marco propio de las actividades empresariales y buscando beneficios o ventajas para la entidad, parte de la responsabilidad será transferida a la empresa, de tal forma que se sancionará tanto al individuo que ha realizado el hecho como a la propia persona jurídica.

En consecuencia:

- El autor material e individual debe responder penalmente con los criterios objetivos y subjetivos de imputación tradicionales. Es fundamental destacar que si no se constata la responsabilidad individual no puede haber responsabilidad penal de la persona jurídica.
- La persona jurídica responde penalmente sobre la base de una responsabilidad objetiva, es decir, no se exige ningún grado de «culpabilidad de la empresa». Las consecuencias de la conducta del individuo se imputan a la empresa, sin que sea admisible la prueba que aporte la entidad. Este mecanismo de trasladar a la empresa una responsabilidad penal de manera objetiva ha sido cuestionado, aduciendo una violación al principio de culpabilidad. La persona jurídica terminaría respondiendo por un hecho ajeno y no por el hecho propio. La tesis contraria, que no ve inconvenientes en mantener este tipo de responsabilidad, considera que las bases de la culpabilidad de la persona jurídica son distintas a las de las personas físicas y que, por lo tanto, no resulta afectado el mencionado principio por la transferencia de culpabilidad, siempre que se respete el derecho de defensa.
- Modelo directo de culpabilidad de la empresa (autorresponsabilidad). Son los planteamientos más modernos, que no estructuran la responsabilidad trasladando la culpabilidad individual de la persona física que ha actuado hacia la empresa, sino que se fundamentan sobre la base de una culpabilidad propia. Las notas distintivas de este sistema respecto al vicarial son fundamentalmente dos. Una hace referencia a la responsabilidad penal del miembro de la empresa que ha cometido el delito, y la otra se refiere a la propia culpabilidad de la empresa.
- Respecto al sujeto que ha actuado dentro de la empresa, es decir, el autor material e individual de los hechos, se trata de un individuo que puede llegar a responder penalmente por el delito cometido, aplicando en este caso los criterios objetivos y subjetivos de imputación tradicionales. Su culpabilidad puede llevarle a sufrir la imposición de una pena. Pero a diferencia del sistema vicarial, puede haber responsabilidad penal de la empresa incluso sin existir la responsabilidad penal del agente individual. En muchas ocasiones por el propio desorden empresarial o por cualquier otro motivo no se puede identificar plenamente a la persona individual que ha cometido el delito dentro de la empresa, o bien dicho sujeto resulta exonerado de responsabilidad (por ejemplo, en caso de fallecimiento). Esto no impide que se considere demostrada la realización del hecho delictivo, y se siga adelante persiguiendo la responsabilidad penal de la empresa.

- Respecto a la empresa, esta posee su propia culpabilidad. Ya no se trata de un modelo de responsabilidad objetiva, como el vicarial, dado que se sanciona por no haber controlado convenientemente la marcha de la empresa, por una desorganización interna que ha favorecido la comisión del delito, el llamado «disturbio empresarial». Como vemos, la culpabilidad de empresa (culpabilidad por la organización) es para este modelo algo completamente distinto a la culpabilidad de las personas físicas. Se trata de un defecto de organización que da fundamento a la sanción penal. Sin embargo, si una empresa ha establecido correctamente los mecanismos de gestión, organización y control para evitar delitos (*criminal compliance*) y pese a ello se comete un hecho delictivo, podría llegar a eximirse de la pena que le hubiera correspondido.

Respecto a las consecuencias jurídicas del delito, la sanción que se impone a una persona jurídica podría ser una pena, o una medida de seguridad. Sin embargo, es mayoritaria la posición de quienes consideran que estamos ante una tercera vía, es decir, no son penas ni medidas, sino sanciones específicas. ¿Qué fines cumple esta «sanción específica»? Para los cada vez más numerosos partidarios del modelo de culpabilidad de la empresa, el fin de estas sanciones será alcanzar la autorregulación por parte de la sociedad, motivar a los responsables para que se organicen, para que establezcan ciertos códigos de prevención contra el delito en el interior de la empresa.

La sanción penal más relevante será, sin duda, la multa, que tendrá en cuenta la capacidad económica de la empresa. Pero dado que se está castigando por no contar con una organización interna adecuada, la intervención o supervisión judicial serán sanciones significativamente importantes. También es de gran trascendencia la posibilidad de disolver o liquidar la empresa. Igualmente se podrían establecer otras sanciones de impacto para determinados sectores económicos o empresariales, como la imposibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas, o de participar en concursos públicos, la revocación de una concesión administrativa, etc.

Sea cual fuere el sistema escogido para criminalizar a las personas jurídicas, recordamos que el sistema penal no sólo es un instrumento que persigue evitar delitos con eficacia, sino que también encierra un marco de garantías, reflejado en la Constitución, los Tratados Internacionales y en general en las leyes penales. Aunque se trate de la responsabilidad de entes colectivos, no puede imponerse pena alguna sin garantías (vigencia de los principios de culpabilidad, personalidad de las penas, *non bis in idem*, igualdad, etc. adaptados a la persona jurídica). La opción contraria supone abrir la puerta para que un modelo sin garantías se extienda a todo el Derecho penal. Es evidente

que deben respetarse los principios fundamentales, aunque eso sí, tomando en consideración las particularidades que presenta la aplicación de una sanción penal a una persona jurídica. No podemos ignorar que el principio de culpabilidad, por ejemplo, se ha estructurado histórica y constitucionalmente para las personas físicas. Su aplicación a los entes jurídicos requiere una adaptación, es decir, que sus contenidos resulten matizados y adaptados a un ente colectivo. No debemos olvidar que la responsabilidad penal de las personas jurídicas es un espacio que aún está en construcción en buena parte del mundo. Seguramente se alcanzará un modelo más depurado, que permita consagrar una solución eficaz, pero a su vez garantista, para las personas físicas y jurídicas.

3.2. *La persona jurídica en el delito contra el medio ambiente*

3.2.1. España

En España se ha consagrado un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas basado en un *numerus clausus*. En particular, en los delitos ambientales, rige la disposición prevista en el art. 328 CP que habilita la responsabilidad penal de las personas jurídicas para todos los delitos contemplados en ese capítulo (arts. 325 a 330 CP). Lo que considero correcto, en tanto y en cuanto los ataques más graves de naturaleza medioambiental suelen provenir de empresas contaminantes⁵.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este capítulo, se le impondrán las siguientes penas: a) Multa de uno a tres años, o del doble al cuádruple del perjuicio causado cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad. b) Multa de seis meses a dos años, o del doble al triple del perjuicio causado si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos (Art. 328 CP).

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

La pena principal prevista es la multa, a partir de un sistema combinado de días multa o de multas proporcionales que atienden al perjuicio efectivamente

⁵ Así ocurre sin duda en los Estados Unidos, y puede extrapolarse a todo el mundo. Cfr. Górriz Royo (2019, p. 39).

causado al medio ambiente, y a la entidad de la pena de prisión prevista para las personas físicas (Górriz Royo, 2019, p. 31). Aunque podría plantearse alguna duda, considero perfectamente posible la responsabilidad penal de la persona jurídica si la conducta delictiva realizada es imprudente. Creo que lo permiten la literalidad del art. 331 CP y una interpretación razonable de los preceptos en cuestión (Górriz Royo, 2019, p. 33).

Sorprendentemente, no cabe la responsabilidad penal de las personas jurídicas para los delitos contemplados en el Capítulo IV^o es decir, los «delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos», en aplicación del mencionado sistema de *numerus clausus*, pues el legislador no lo ha previsto expresamente (Muñoz Conde, López Peregrín y García Álvarez, 2015, p. 227). Solución incomprensible, pues una empresa puede cometer no solo los delitos medioambientales previstos en el mencionado Capítulo III^o, sino también los atentados contra la biodiversidad significados en el Capítulo IV^o, que podrían alcanzar dimensiones catastróficas en zonas del mundo especialmente protegidas como es la Amazonia.

3.2.2. Brasil

En Brasil, por imperativo constitucional, el espacio medioambiental es uno de los pocos en los que existe responsabilidad penal de las personas jurídicas⁶. Así, dispone el art. 225.3^o de la Carta Constitucional que «Las conductas y actividades consideradas nocivas para el medio ambiente someterán a los infractores, sean personas físicas o jurídicas, a sanciones penales y administrativas, sin perjuicio de la obligación de reparar los daños causados». De tal forma que, como indica Kauss Vellasco, la responsabilidad abarca tres esferas: penal, administrativa y civil, todas reguladas por la misma norma (Kauss Vellasco, 2020, p. 63). Es la Ley de Crímenes ambientales 9605, de 12 de febrero de 1998, la que dispone al respecto:

Las personas jurídicas serán responsabilizadas administrativa, civil y penalmente conforme lo dispuesto por esta Ley, en los casos en que la infracción

⁶ También se consagra este requisito en el art. 173. 5 de la Carta Constitucional al establecer que «Sin perjuicio de la responsabilidad personal de los funcionarios de una persona jurídica, la ley establecerá la responsabilidad de esta, sometiéndola a penas compatibles con su naturaleza por actos que contravengan el orden económico y financiero y la economía popular». Sin embargo, esta disposición no cuenta con una regulación específica en la ley penal brasileña y, por lo tanto, la responsabilidad penal en cuestión no es operativa.

sea cometida por decisión de su representante legal o contractual, o de su órgano colegiado, en interés o beneficio de su entidad (Art. 3º).

Añade el párrafo único que «La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas, autoras, coautoras o partícipes del mismo hecho».

El debate doctrinal sobre este tipo de responsabilidad está muy vivo en Brasil. Aunque se sigue discutiendo la capacidad de la persona jurídica para ser sujeto activo de un delito –invocándose carencia de dolo, carencia de culpabilidad, etc. (Kauss Vellasco, 2020, pp. 63 y ss.)–, considero que ninguna de estos posibles impedimentos es insalvable, y la persona jurídica puede llegar a ser criminalizada en el Brasil como acontece actualmente en casi todo el mundo. Quedan dudas acerca del modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas adoptado, si es el de responsabilidad objetiva de la empresa, el de culpabilidad de la empresa o un modelo mixto.

Todas estas dudas son lógicas en tanto y en cuanto la Ley de crímenes ambientales es parca en conceptos, con los que no se puede desarrollar una auténtica teoría. Aquí surge la pregunta acerca de la necesidad de la condena previa a una persona física que habilite la responsabilidad penal de la persona jurídica (doble imputación) (Kauss Vellasco, 2020, p. 66; Januário, 2020, p. 18). O bien si cabe entender que cada sujeto debe responder independientemente, es decir, que sin condena a la persona física cabría la responsabilidad penal de la jurídica. Considero que la ley de crímenes ambientales vincula la responsabilidad de las personas jurídicas a las personas físicas, conforme a los dispuesto en el ya mencionado art. 3º (Ferré Olivé, Núñez Paz, Terra de Oliveira y Couto de Brito, 2016, p. 744; Pinto dos Reis y Magalhães Passamani, 2019, pp. 303 y ss.). Entiendo, en línea con el texto de la ley, que prevalece la interpretación que requiere la actuación y condena previa para una persona física, que habilita la responsabilidad penal de la persona jurídica, con lo que se aproximaría a un sistema de responsabilidad objetiva de la empresa.

En todo caso, creo que hay cierto consenso en considerar al sistema brasileño aquí analizado como un mecanismo que presenta «graves inconsistencias dogmáticas y político- criminales», «un instrumento de latente violación de derecho y garantías» y «un mecanismo de baja idoneidad al enfrentamiento de la criminalidad empresarial» (Januário, 2020, p. 17)⁷. Desde una perspectiva de técnica penal, la ley es completamente defectuosa. Sanciona con penas genuinas conductas poco lesivas que, a lo sumo, podrían ser amenazadas con

⁷ Cfr., también críticamente, considerando que se trata de un ejemplo de derecho penal simbólico, Chaves de Mendonça y Custodio (2015).

sanción administrativa, como por ejemplo el art. 49 que reprime con pena de prisión de tres meses a un año, multa o ambas conjuntamente el hecho de «destruir, dañar, lesionar o maltratar, por cualquier forma o medio, plantas ornamentales de lugares públicos o de propiedad privada», conducta que también se sanciona en su modalidad culposa⁸. Las fronteras entre el ilícito administrativo y el delito ambiental son borrosas o inexistentes.

Ante esta ambigüedad conceptual, tampoco queda claro si las personas jurídicas de derecho público son susceptibles de sanción penal por un delito ambiental. El debate está abierto en Brasil, ya que la Carta Constitucional guarda silencio, y sería la ley penal la que debería concretar si los entes públicos son susceptibles de sanciones penales en estas materias (Pinto dos Reis y Magalhães Passamani, 2019, p. 306). En síntesis, el silencio que guarda la regulación legal hace poco aplicable en la práctica un genuino modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

3.3. *El criminal compliance medioambiental*

Como se ha expuesto reiteradamente, el punto de partida de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y fundamentalmente del *criminal compliance* es el de una «autorregulación regulada». El *criminal compliance* se presenta como un auténtico plan de prevención de riesgos penales, premiando con una exoneración o atenuación de la pena que pudiera corresponder a la persona jurídica que ha cometido un delito. Sin embargo, se ha generalizado entre muchos autores la idea de que el *compliance* se convierte en una plena delegación regulatoria a las empresas que asumen códigos disciplinarios internos. Se habla, por ello, de una «autorregulación regulada» o *enforced self-regulation* (Braithwaite, 1982, pp. 1466 y ss.), caracterizada por Sieber como

una fórmula mixta o intermedia entre la autorregulación y la regulación estatal, que se caracteriza por conceder un margen de discrecionalidad a aquellos que deben concretar el programa y por las fórmulas que emplea para estimular o presionar para su adopción (Sieber, 2013, p. 77).

Este concepto debe entenderse como la concesión de libertad a las empresas para regularse, pero a la vez esa libertad que se otorga no es plena, sino

⁸ Apuntan Chaves de Mendonça y Custodio (2015) que se sancionaría penalmente por delito medioambiental a aquel que se tropieza por descuido con una begonia instalada en la puerta del vecino.

sometida a controles públicos obligatorios. Se trata de actividades riesgosas de todo tipo (sector económico-financiero, industria de alimentos, de medicamentos, medioambientales, etc.) que están sometidas a importantes controles administrativos que no pueden obviarse por el hecho de contar con un buen marco organizativo de prevención delictiva.

La autorregulación en materia penal no es más que la exclusión del Derecho penal para resolver los posibles conflictos. Como acertadamente apunta González Cussac (2018), todo se gesta en los Estados Unidos donde se ha ido logrando primeramente la desregulación administrativa y de derecho privado, eliminando controles del Estado. Pero, ante los increíbles escándalos financieros generados por grandes empresas, debía recurrirse a la legislación penal:

Aceptaban la regulación (la posibilidad de castigo a la empresa), pero a cambio impusieron los programas de cumplimiento y prevención de delitos, una remozada traslación de los códigos de conducta al derecho penal (el incentivo) (González Cussac, 2018, p. 98).

El modelo se extendió posteriormente por todo el mundo.

En este mecanismo de *criminal compliance*, estructurado en torno a la autorregulación y a la vigilancia interna, el control del cumplimiento normativo (no violar la ley en general) que debería ejercitar permanentemente el Estado se traslada a la propia empresa. El ahorro de costes públicos en vigilancia y una mejora de resultados preventivos deberían resultar evidentes. Al hablar de autorregulación se advierte que existe previamente otro elemento equilibrante, pero mucho más oneroso desde la perspectiva del gasto público, como es el de la regulación por parte del Estado. La regulación marca las áreas de intervención pública prioritaria, aquellas que requieren un control más intenso. Dentro de estas áreas sensibles encontramos situaciones muy conflictivas, pues en determinados sectores es frecuente apreciar la captura regulatoria, que se da cuando el regulador público interviene favoreciendo intereses privados específicos o deja de intervenir y controlar, mermando la protección del interés general⁹. Puede hacerlo porque algún representante ha recibido sobornos, por presiones políticas directas o indirectas (grupos de presión en el parlamento), porque el político o responsable espera ser colocado en ese sector empresarial cuando abandone la función pública (las llamadas «puertas giratorias»), o por otras múltiples causas. Los recientes escándalos financieros internacionales (Arthur Andersen, Enron, Lehman Brothers,

⁹ Sobre esta problemática, cfr. Rose-Ackerman y Palifka (2016), y en particular Dal Bo (2006, pp. 203 y ss.).

Siemens AG, Parmalat, los que afectan a fabricantes de automóviles, aviones, a la industria farmacéutica, etc.) están muy relacionados con el capitalismo de amigos, es decir, con la captura regulatoria, que se caracteriza por ceder espacios al regulado, una falta de control de la que suelen derivar auténticas catástrofes. Tal vez con estos precedentes podría afirmarse la ventaja de la autorregulación (*compliance*) frente al control estatal directo. Así se defiende doctrinalmente por Bermejo y Palermo (2013), quienes sostienen que los ámbitos de autorregulación empresarial pueden «tener mejor en cuenta las diversas técnicas y especializaciones de la economía moderna que las regulaciones administrativas o jurídico-penales». Basan su tesis en los «conocimientos especiales de las empresas», en «sus posibilidades de intervención global (no siempre disponibles para el Estado o los organismos internacionales)» así como en «su dominio de medios de control centrales para la prevención del delito, las competencias jerárquicas para dictar instrucciones y la disponibilidad del sistema de información» (Bermejo y Palermo, 2013, p. 176). Se plantea, en definitiva, la difícil opción entre control estatal y autorregulación, aunque no puede ignorarse que la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el sistema autorregulatorio que consagra el *compliance* conforman hasta cierto punto una forma de privatizar el control del delito en el seno de las empresas (Sieber, 2013, p. 63 y ss.)¹⁰. En definitiva, la autorregulación no difiere demasiado de la captura regulatoria en cuanto que el regulador deja de intervenir y controlar, con lo que las ya mentadas empresas o sus competidores tendrán plena libertad para desarrollar o no una lucha preventiva de los escándalos económicos previamente descritos.

Existen otros planteamientos que acrecientan la perplejidad de cualquier observador racional cuando se postula la cesión a la empresa del *ius puniendi* sobre sus propios trabajadores, concediéndole facultades penales en relación con todos los delitos cometidos en su seno, generando importantes ahorros al Estado en la persecución, prueba y sanción de los hechos delictivos. Evidentemente, no pueden concederse a las normas autorregulatorias del sector privado los mismos efectos que reciben las normas que pertenecen en exclusiva a los poderes públicos (Coca Vila, 2013, p. 53). Si se produjera una cesión del *ius puniendi* estatal a las empresas se estarían conculcando estrepitosamente las bases del Estado de Derecho. Por último, no puedo dejar de mencionar el enorme negocio empresarial y formativo que se ha tejido en

¹⁰ Caro Coria (2018, p. 112) habla de la creación de un sistema policial interno que impida la comisión de delitos.

torno al *criminal compliance*, por lo que se puede hablar de un auténtico mercado de certificaciones (Terradillos Basoco, 2020, p. 79)¹¹.

Todo debe entrar en la balanza. Los beneficios para una empresa que adopta programas de *compliance* son importantes, y mucho más tratándose de grandes empresas: eventuales exoneraciones o reducciones de pena, ahorro en pleitos y abogados, detección anticipada de eventuales delitos, una mejora reputacional, etc. Pero dado que implementar el *criminal compliance* es muy costoso, deben existir ciertas garantías de que esos beneficios potenciales se materializan en la práctica.

En cuanto al *compliance program medioambiental*, es un instrumento fundamental a la hora de prevenir el riesgo de daño medioambiental y de la biodiversidad por parte de las empresas. Como todo *compliance*, debe comenzar por el diseño de un mapa de riesgos específico atendiendo a las situaciones que se dan en cada actividad económica y ámbito geográfico. Así, por poner un ejemplo de la especificidad, en España preocupa mucho a los autores la posibilidad de un daño medioambiental por contaminación acústica (Górriz Royo, 2019, pp. 3 y ss.), que en la Amazonia no es, ni mucho menos, prioritario.

3.3.1. El mapa de riesgos

El mapa de riesgos conforma el punto de partida de todo *criminal compliance*, pues exige la identificación de las actividades riesgosas, de las que puede derivar la lesión al bien jurídico y por lo tanto el delito. Se trata de una descripción o inventario de situaciones peligrosas, según las peculiaridades de la actividad a desarrollar. Existen una serie de riesgos básicos o transversales, que derivan de la propia existencia de la empresa: toda organización empresarial, por el mero hecho de estar en funcionamiento, genera situaciones de peligro para bienes jurídicos. Así, puede defraudar tributos, blanquear capitales o caer en insolvencia, a lo que se van sumando otras situaciones de peligro más concretas conforme a la actividad emprendida, como pueden ser los delitos relacionados con la corrupción y pago de sobornos (si contrata con Administraciones públicas) o las ya mucho más específicas y excluyentes que se relacionan con la actividad diferencial que la empresa desarrolla, en el que también pesa su ámbito geográfico de actuación (su contexto).

¹¹ Se certifica a la empresa la existencia del programa, conforme a normas ISO o AENOR, se dictan cursos y certifica la formación de los *compliance officers*, se genera, en síntesis, un fabuloso negocio.

Se trata de un auténtico proceso, en el que la empresa deberá analizar los riesgos que se generan desde su organización a través de sucesivas indagaciones y sondeos. Así, se identificarán los delitos sobre los que existe mayor posibilidad de comisión, las actividades riesgosas y los mejores mecanismos de control (León Alapont, 2020, pp. 480 y ss.). Todo ello desarrollado para la entidad en cuestión, como un traje a medida. Dentro de las hipótesis que se presentan de cara a la responsabilidad penal de las personas jurídicas aparecen extrañas figuras, como los llamados *papers compliance*. Se trata de una mera apariencia de *compliance*, un *compliance* «cosmético» que exterioriza una voluntad fingida pero no real de tomar en serio la prevención de delitos dentro de la empresa. El *compliance* debe ser individualizado, es decir, debe ser único, trazado a la medida exacta del riesgo que asume la empresa, su objeto social, el número y características de trabajadores, sus relaciones de negocio, la idiosincrasia de la organización, etc.

En esta particular parcela del *criminal compliance medioambiental*, creo que deben analizarse las disposiciones normativas que identifican los riesgos medioambientales que pueden ser cometidos por directivos o empleados de la empresa, que sirven para diseñar un mapa de riesgos jurídicamente relevante. Tratándose de un documento realizado específicamente para una determinada empresa, debe analizar las actividades concretas que realiza la entidad (por ej. la actividad industrial, comercial, minera, específicamente desarrollada) y los precedentes de infracciones administrativas o penales que le han sido imputadas. Serán de enorme trascendencia, para fijar los límites de la actuación lícita, contar con los niveles permitidos de contaminación, fijados en las autorizaciones administrativas pertinentes (Górriz Royo, 2019, p. 53). Así, se deben describir los vertidos, emisiones atmosféricas, gestión de residuos, almacenamiento de productos peligrosos, depuradoras, etc. concretando el recurso natural (agua, suelo, subsuelo, atmósfera, ambiente, etc.) que pueden ponerse en peligro con las concretas actuaciones de la sociedad. De la misma manera deben identificarse los peligros para la biodiversidad. Tras inventariar todos estos riesgos, podrá hacerse un diagnóstico de cómo prevenirlos y qué medidas concretas deben desarrollarse para ello (Górriz Royo, 2019, pp. 54 y ss.; León Alapont, 2020, pp. 495 y ss.).

3.3.2. Actuaciones concretas

Son medidas dirigidas a evitar delitos controlando los procesos productivos y la conducta de directivos y trabajadores. En definitiva, se trata de un mecanismo que obliga a la empresa a mantenerse dentro del espacio del riesgo permitido. El *compliance* se basa, entonces, en la autorregulación y en la prevención. Una vez completado el mapa de riesgos, deberán implementarse los

mecanismos de control interno para evitar que los peligros identificados deriven en hechos delictivos. El deber de vigilancia está directamente relacionado con el riesgo que genera la empresa, que está a su vez condicionado por el tipo de actividad, el número de trabajadores y la entidad de los procesos productivos que se gestionan.

El *compliance officer* (co o director de cumplimiento) es sin duda un personaje central en todo el modelo de *compliance*. Doctrinalmente se considera que está obligado a velar por la legalidad de las decisiones que se tomen en la empresa. En la evolución actual de esta figura ya se diferencia el *corporate compliance officer* (cco) que desarrolla funciones generalistas, del *data protection officer* (DPO, en España Delegado de Protección de datos o DPD), figura que puede llegar a ser necesaria en algunas empresas. El co ejercita un amplio control jurídico interno y, por lo tanto, deberá ocuparse de múltiples aspectos de la organización empresarial y de los sujetos que en ella intervienen. Debe velar por la formación del personal en la prevención de riesgos penales, a través de cursos y asesoramientos pedagógicos específicos.

Deben existir canales de denuncia. La información acerca de lo que acontece dentro de la empresa supone un elemento sumamente valioso a la hora de conformar un *criminal compliance*. Por una parte, los órganos de administración deben tener entre sus prioridades el conocimiento de lo que ocurre dentro de la propia empresa. Por la otra, los subordinados deben tener la posibilidad de hacer llegar la información a los superiores o a otras autoridades, sin ser sancionados por ello. Con estos mecanismos de denuncia e información se procura la exteriorización del cumplimiento real por parte de la empresa del marco preventivo del delito, que es la esencia del *criminal compliance*.

4. AMAZONIA, PERSONAS JURÍDICAS Y COMPLIANCE

La región o selva amazónica, la de mayor biodiversidad del planeta, se extiende por nueve naciones, aunque son la República Federativa de Brasil y la República del Perú las que cuentan con la mayor superficie selvática. En concreto en Brasil, país que cuenta con cuatro millones doscientos mil kilómetros cuadrados de ecosistemas forestales amazónicos, el Estado y los Gobiernos han desarrollado desde mediados del Siglo xx hasta la actualidad políticas públicas que producen impacto sobre la diversidad social y biológica. Así, se difundía que la Amazonia era un espacio vacío y se convocaba espontáneamente a trabajadores, a quienes se ofrecía una «tierra sin hombres para hombres sin tierra» (Lima da Silva, 2020, p. 222). Con estas estrategias se aceleró el crecimiento, se crearon infraestructuras y se potenció la agricultura extensiva. Las necesarias inversiones para producir energía hidroeléctrica y en general

el *boom* económico de la región han llevado a una destrucción sistemática de la biodiversidad y a la expulsión de las poblaciones nativas de sus territorios (Lima da Silva, 2020, p. 222). En la actualidad viven en Brasil poco menos de un millón de personas autodeclaradas indígenas, la mayoría de ellos en la Amazonia, por lo que no se trata de un territorio vacío. Existen poblaciones aisladas y otras urbanas; unas y otras gozan de protección –al menos formalmente– conforme a las disposiciones de la Constitución brasileña de 1988, fundamentalmente el art. 231 que reconoce a los indígenas su organización social, costumbres, lenguas, creencias y tradiciones (Loureiro Dias, 2019, p. 50).

En la Amazonia pueden cometerse cualquiera de los delitos contemplados en la Ley de crímenes ambientales 9605, de 12 de febrero de 1998. Sin embargo, los graves defectos técnicos que se advierten en dicha ley propician la impunidad de los delitos medioambientales cometidos por empresas. Por otra parte, de la misma forma que el Código Penal establece las causas de justificación y exculpación para que las personas físicas puedan eventualmente librarse de una condena penal, la ley de crímenes ambientales debería haber establecido expresamente los requisitos para que la adopción de un *criminal compliance* ambiental exonere de penas a las empresas que cometen delitos ambientales.

Se trata de emprender imperiosas reformas penales, tarea que ni siquiera se ha iniciado y que, desgraciadamente, ya está llegando muy tarde.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUILERA GORDILLO, R. (2017). Consideraciones para la fundamentación analítica de la responsabilidad penal de las corporaciones y los *compliances*. En M. PALMA HERRERA y R. AGUILERA GORDILLO. *Compliances y responsabilidad penal corporativa*. Pamplona: Aranzadi.
- BERMEJO, M. y PALERMO, O. (2013). La intervención delictiva del *compliance officer*. En L. KUHLEN, J. P. MONTIEL e I. ORTIZ DE URBINA GIMENO (Eds.). *Compliance y teoría del derecho penal* (171-206). Madrid: Marcial Pons.
- BRAITHWAITE, J. (1982). Enforced Self-Regulation: A New Strategy for Corporate Crime Control. *Michigan Law Review*, 80(7), 1466-1507.
- CARO CORIA D. C. (2018). *Compliance y corrupción*. En AA. VV. *Responsabilidad penal de las empresas y compliance penal*. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik.
- CHAVES DE MENDONÇA T. M. y CUSTODIO, M. M. (2015). Direito Penal e ambiental: uma necessária interlocução. *Medio Ambiente & Derecho: Revista electrónica de derecho ambiental*, 28-29.
- COCA VILA, I. (2013). ¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada? En J. M. SILVA SÁNCHEZ (Dir.) & R. MONTANER FERNÁNDEZ (Coord.). *Criminalidad de empresa y compliance*. *Prevención y reacciones corporativas* (pp. 43-72). Barcelona: Atelier.

- CORCOY BIDASOLO, M. (2015). Art. 331 CP. En M. CORCOY BIDASOLO y S. MIR PUIG (Dirs.). *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*. 2º ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- DAL BO, E. (2006). Regulatory capture: a Review. *Oxford Review of Economic Policy*, 22(2), 203-225.
- DE LA CUESTA AGUADO, P. (1995). *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- FERRÉ OLIVÉ, J. C. (2019). Reflexiones en torno al *compliance* penal y a la ética en la empresa. *Revista Penal*, 44, 63-83.
- FERRÉ OLIVÉ, J. C., NÚÑEZ PAZ, M. A., TERRA DE OLIVEIRA, W. & COUTO DE BRITO, A. (2016). *Direito Penal Brasileiro*, Parte Geral. 2ª ed. São Paulo: Saraiva.
- FUENTES OSORIO, J. L. (2019). El retorno de Sísifo: las cláusulas de significación y su indeterminación en los delitos medioambientales. El caso de Alemania. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 21. Recuperado el 25 de marzo de 2022, de <http://criminet.ugr.es/recpc/21/recpc21-23.pdf>.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (2018). El plano político criminal en la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En A. MATA LLÍN EVANGELIO (Dir.). *Compliance y prevención de delitos de corrupción* (pp. 91-112). Valencia: Tirant lo Blanch.
- GÓRRIZ ROYO, E. M. (2015). *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GÓRRIZ ROYO, E. M. (2019). Criminal *compliance* ambiental y responsabilidad de las personas jurídicas a la luz de la LO 1/2015, de 30 de marzo. *InDret*, 4. Recuperado el 15 de febrero de 2021, de <https://indret.com/wp-content/uploads/2019/12/1491vi.pdf>.
- JANUÁRIO, T. F. X. (2020). El modelo brasileño de responsabilidad penal para entidades jurídicas: un comentario de la Ley 9.605/98 y el nuevo Código Penal. En E. DEMETRIO CRESPO & D. C. CARO CORIA (Coord.). *Problemas y retos actuales del Derecho penal económico* (pp.15-42). Cuenca: Ediciones Universidad de Castilla-La Mancha.
- KAUSS VELLASCO, M. B. (2020). La evolución de la responsabilidad penal de la persona jurídica en Brasil y el sistema de la doble imputación. En E. DEMETRIO CRESPO & D. C. CARO CORIA (Coord.). *Problemas y retos actuales del Derecho penal económico* (pp. 61-90). Cuenca: Ediciones Universidad de Castilla-La Mancha.
- LEÓN ALAPONT, J. (2020). La prevención de delitos ambientales en la era *compliance*: mapa de riesgos. En J. L. ALAPONT (Coord.). *Estudios jurídicos en memoria de la profesora doctora Elena Górriz Royo* (pp. 477-498). Valencia: Tirant lo Blanch.
- LIMA DA SILVA, M. D. (2020). A Amazônia e o desenvolvimento: aspectos da trajetória das políticas públicas na região. *Revista de Estudos Brasileños*, 7(15), 219-232.
- LOUREIRO DIAS, C. (2019). Direitos dos povos indígenas e desenvolvimento na Amazônia. *Revista de Estudos Brasileños*, 6(11), 49-60.
- MATA LLÍN EVANGELIO, A. (2020). El art. 332 CP: otra transposición supranacional fuera de contexto. En J. L. ALAPONT (Coord.). *Estudios jurídicos en memoria de la profesora doctora Elena Górriz Royo* (pp. 557-574). Valencia: Tirant lo Blanch.
- MATELLANES RODRÍGUEZ, N. (2008). *Derecho penal del medio ambiente*. Madrid: Iustel.

- MUÑOZ CONDE, F., LÓPEZ PEREGRÍN, C., & GARCÍA ÁLVAREZ, P. (2015). *Manual de Derecho penal medioambiental*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- NAVARRO CARDOSO, F. (2020). La estructura típica del artículo 325 del Código Penal. En J. L. ALAPONT (Coord.). *Estudios jurídicos en memoria de la profesora doctora Elena Górriz Royo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PINTO DOS REIS, A. y MAGALHÃES PASSAMANI, B. (2019). A responsabilidade penal da pessoa jurídica no atual contexto jurisprudencial dos crimes ambientais. *Revista Derecho y Cambio Social*, 58, 296-310.
- ROSE-ACKERMAN, S. y Palifka, B. (2016). *Corruption and Government*. 2ª ed. New York: Cambridge University Press.
- SIEBER, U. (2013). Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. En L. A. ARROYO ZAPATERO (Dir.). *El Derecho penal económico en la era del compliance* (pp. 63-110), Valencia: Tirant lo Blanch.
- TERRADILLOS BASOCO, J. (2020). *Aporofobia y plutofilia. La deriva jánica de la política criminal contemporánea*. Barcelona: JB Bosch.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. (2009). *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Pamplona: Aranzadi.

LA CORRUPCIÓN EN EL ÁMBITO AMBIENTAL Y LA IMPORTANCIA DE COMPLIANCE: EL CASO DE LA AMAZONIA

*A corrupção no âmbito ambiental e a importância
da compliance: o caso da Amazônia*

Corruption in the environmental field
and the importance of compliance:
the case of the Amazon

PAULA ANDREA RAMÍREZ BARBOSA

Universidad Católica de Colombia (UCATOLICA, Colombia)

RESUMEN

La Amazonia es un epicentro global por sus riquezas medioambientales y su gran biodiversidad. Diversos fenómenos entre ellos, la corrupción y el crimen organizado han afectado la conservación, uso y mantenimiento de los recursos naturales de esta importante región con consecuencias a escala mundial. La corrupción impacta en la gestión adecuada de los recursos medioambientales e incide negativamente en el desarrollo sostenible de la Amazonia. La corrupción medioambiental se puede manifestar en la ejecución ilegal de programas ambientales, expedición irregular de permisos, concesión de licencias para instalaciones de eliminación o autorizaciones para transportar desechos peligrosos y licencias de explotación, pago u ofrecimiento de sobornos a funcionarios, abuso de poder y fraudes. Las afectaciones al medio ambiente se pueden presentar junto a formas de delincuencia organizada con la participación de actores públicos y privados. Ante esta realidad, las medidas como *compliance* pueden

resultar útiles para fortalecer las acciones orientadas a la salvaguarda de la naturaleza y especialmente de los recursos naturales en la Amazonia.

Palabras clave: Amazonia; *compliance*; medio ambiente; corrupción; crimen organizado.

RESUMO

A Amazônia é o epicentro global por suas riquezas ambientais e sua grande biodiversidade. Diversos fenômenos, entre eles, a corrupção e o crime organizado prejudicaram a conservação, uso e manutenção dos recursos naturais desta importante região com consequências a escala mundial. A corrupção impacta na gestão adequada dos bens ambientais e incide negativamente no desenvolvimento sustentável da Amazônia. A corrupção ambiental pode se manifestar na execução ilegal de programas ambientais, expedição irregular de autorizações, concessão de licenças para a instalação ou autorizações para transportar dejetos perigosos e licenças de exploração, pagamento ou oferta de suborno a funcionários, abuso de poder e fraudes. A lesão ao meio ambiente pode ser apresentada como delinquência organizada com a participação de agentes públicos e privados. Frente a esta realidade, as medidas como *compliance* podem ser úteis para fortalecer as ações dirigidas à salvaguarda da natureza e especialmente dos recursos naturais na Amazônia.

Palavras-chave: Amazônia; *compliance*; meio ambiente; corrupção; crime organizado.

ABSTRACT

The Amazon is a global epicenter for its environmental riches and its great biodiversity. Various phenomena, including corruption and organized crime, have affected the conservation, use and maintenance of the natural resources of this important region with consequences on a global scale. Corruption impacts the proper management of environmental resources and negatively affects the sustainable development of the Amazon. Environmental corruption can manifest itself in the illegal execution of environmental programs, irregular issuance of permits, granting of licenses for disposal facilities or authorizations to transport hazardous waste and exploitation licenses, payment or offer of bribes to officials, abuse of power and frauds. The effects on the environment can occur together with forms of organized crime with the participation of public and private actors. Given this reality, measures such as compliance can be useful to strengthen actions aimed at safeguarding nature and especially natural resources in the Amazon.

Keywords: Amazon; compliance; environment; corruption; organized crime.

“El mundo necesita a la selva amazónica.
La necesitamos y nuestros hijos la necesitan”.
Handech Wakana Mura, líder indígena.

I. INTRODUCCIÓN

LOS DELITOS AMBIENTALES comprenden un conjunto de acciones u omisiones ilegales que perturban directa o indirectamente al medio ambiente y la vida silvestre, que, afectan también, las cadenas de proveedores y suponen un peligro grave y concreto para la seguridad y la estabilidad global (Nellemann, 2016, pp. 14 y ss.). Estos delitos suelen tener objetivos relacionados con un beneficio individual o un interés lucrativo de colectivos específicos, como empresas o corporaciones de explotación, distribución y comercialización, que se aprovechan indebidamente de los bienes que integran la naturaleza. El comercio ilegal de los recursos naturales afecta los negocios legales y sostenibles, mediante la competencia desleal y el impago de impuestos legítimos para beneficios sociales, e inversiones públicas (Nellemann, 2016, p. 17).

El sector ambiental es muy vulnerable a los riesgos de corrupción por el potencial de obtener grandes beneficios del tráfico, explotación, comercialización y desviación de los fines legítimos de los recursos naturales. Esta situación se genera por la ausencia de políticas eficaces en la prevención de la corrupción, la ausencia de efectividad institucional, la falta del uso de la tecnología, transparencia e integridad, esto ocurre, por ejemplo, cuando las concesiones mineras se otorgan sin el cumplimiento de los requisitos de ley a los consorcios extranjeros, lo cual produce, un alto riesgo de corrupción entre los altos funcionarios y políticos en conjunto con las corporaciones (Dinh, 2012, pp. 44 y ss.).

Los bosques amazónicos y los 1,6 millones de indígenas que viven dentro de la cuenca del Amazonas enfrentan una expansión descontrolada de las fronteras agrícolas, el desarrollo de infraestructura a gran escala, la minería a pequeña y gran escala, la extracción de petróleo y la tala insostenible (tanto legal como ilegal). La mayor variación climática está aumentando los incendios forestales destructivos, que devastan aún más los ecosistemas amazónicos. En su protección y salvaguarda es importante fortalecer y desarrollar acciones concretas con los Gobiernos de la región, organizaciones ambientales globales y locales, grupos de la sociedad civil y corporaciones, donde se destacan las estrategias contra la corrupción en este ámbito y especialmente, los aportes de *compliance* (USAID, 2021).

2. LA AMAZONIA Y LA DEGRADACIÓN AMBIENTAL

La Amazonia es la mayor región tropical del planeta, distribuida en nueve países de América del Sur (Brasil, Bolivia, Colombia, Ecuador, Guyana, Guyana Francesa, Perú, Surinam y Venezuela), con aproximadamente el 60 % de la selva (más de cuatro millones de cuadrados kilómetros) ubicado en el norte de Brasil. La Amazonia brasileña alberga alrededor de 45.000 especies diferentes de plantas y animales, siendo vital para el medio ambiente mundial, y su efecto en el cambio climático (Telles de Souza, 2019).

La Amazonia, pierde cada año enormes extensiones de selva, emitiendo grandes cantidades de gases de efecto invernadero, influye de este modo en el cambio climático, la pérdida de biodiversidad, sus recursos naturales, degradación ambiental y riesgos para la pervivencia de los pueblos nativos y comunidades indígenas (Telles de Souza, 2019). Brasil es el país que alberga la mayor parte de la selva amazónica, afectado además por la degradación boscosa, la expansión de la frontera agrícola, la explotación forestal industrial, en gran parte ilegal. A lo cual, se suman los mega proyectos hidroeléctricos que amenazan los valiosos ríos de la cuenca amazónica, en la cuenca del río Tapajos, hogar de la tribu Mundurukú¹.

La Amazonia brasileña se ha visto afectada en los últimos años por la extensión de los incendios forestales, que pueden vincularse en parte con la corrupción y la crisis ambiental de la Amazonia. En un contexto de extracción ilegal de madera, el desmonte prohibido de tierras para preparar los terrenos para uso comercial, para la agricultura y la ganadería. Aproximadamente el 80 % de la tierra en la Amazonia es de propiedad pública; cuyo bosque no puede ser explotado ni quemado².

Una investigación del Instituto de Investigación Ambiental del Amazonas (IPAM) y la Universidade Federal de Acre, en Brasil, destaca que, el número de incendios en la Amazonia está directamente relacionado a la deforestación. Los diez municipios amazónicos que más informaron de brotes de incendios también fueron los que tenían las tasas de deforestación más altas (IPAM, 2019). Estos municipios son responsables del 37 % de los brotes de incendios en 2019 y del 43 % de la deforestación registrada. Además, según la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), un 80 % de la pérdida de bosques en Brasil se relaciona directa o indirectamente con la ganadería (Costa, 2020).

¹ *Vid.* <https://es.greenpeace.org/es/trabajamos-en/bosques/amazonas/>.

² *Vid.* <https://www.nytimes.com/es/2019/12/06/espanol/america-latina/amazonia-bolsonaro.html>.

Brasil es el mayor exportador de carne de res del mundo, según datos del Departamento de Agricultura de EE.UU. y de la Asociación Brasileña de Industrias Exportadoras de Carne de Res. Esta actividad corresponde al 7 % del PIB del país y supone el 4,6 % de sus exportaciones. En el último año, las áreas que tuvieron las mayores tasas de deforestación están cerca de las ciudades donde está la mayor concentración de cabezas de res de Brasil y son también las regiones que sufrieron más incendios, según el IPAM (Costa, 2020).

El gobierno brasileño es responsable de la gestión forestal, la emisión de permisos para la extracción de madera, el desmonte, y el rastreo de la madera para asegurar que no ha resultado extraída ilegalmente de tierras públicas o de áreas protegidas de terrenos privados³. La deforestación como un problema ambiental se agrava por la corrupción en los órganos ambientales que deberían combatirla (Telles de Souza, 2019).

Para Telles de Souza, las empresas privadas se confabulan con servidores públicos corruptos (guardabosques, agentes de policía y otros) para evadir estas reglas. Como resultado, cantidades sustanciales de madera se extraen ilegalmente de tierras públicas y áreas privadas protegidas, y los intereses agrícolas y ganaderos queman y talan ilegalmente bosques irremplazables. Los servidores públicos corruptos no previenen, controlan o intervienen ante estos delitos ambientales, sino que, además, advierten a los infractores sobre posibles inspecciones por parte de otros agentes (Telles de Souza, 2019).

La relación entre la corrupción y degradación ambiental en la Amazonia se fortalece ante la ausencia de intervenciones judiciales eficaces que sancionen a los responsables de estos graves hechos y ante la débil acción de las autoridades para prevenir los daños ambientales y garantizar el uso razonable de los recursos (Costa, 2020).

³ El ministro de Medio Ambiente de Brasil, Ricardo Salles, dimitió en junio de 2021, en medio de una investigación en su contra por presunta implicación en un entramado de exportación ilegal de madera a Estados Unidos y Europa. Indígenas, académicos y organizaciones ambientalistas nacionales e internacionales han acusado al Gobierno de Bolsonaro, y en particular el ministro Salles, de haber favorecido el repunte de la deforestación en ese país. Consideran que durante la gestión se redujeron los recursos de los organismos de control y se alabó la apertura de la región amazónica a actividades agropecuarias y mineras. *Vid.* <https://www.ip.gov.py/ip/re-nuncio-un-ministro-de-jair-bolsonaro-que-es-investigado-por-corrupcion/>.

3. LA CORRUPCIÓN Y SU IMPACTO NEGATIVO EN EL MEDIO AMBIENTE

La Convención de la ONU contra la Corrupción entró en vigor en 2005, entre sus objetivos se incluyen abordar la corrupción en los sectores público y privado a nivel nacional e internacional. Esta norma al igual que la Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos sobre la Lucha contra el Soborno de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales y la Convención de Derecho Penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa, exigen estándares internacionales sobre la sanción de la corrupción al tipificar delitos específicos que constituyen corrupción.

La Convención de la ONU incluye entre los delitos, el soborno activo y pasivo de funcionarios públicos nacionales; soborno activo de un funcionario público extranjero o internacional; lavado de dinero; y malversación, apropiación indebida u otras desviaciones de propiedad por parte de un funcionario público, entre otros.

La corrupción afecta la adecuada implementación y cumplimiento de las diversas obligaciones de los Estados previstas en el ámbito interno o a nivel internacional. La malversación de los recursos naturales, puede ocurrir en cualquier momento y se puede expresar de diversas maneras, lo cual, dificulta su descubrimiento y judicialización oportuna en clara afectación del goce de un medio ambiente sano. La *green corruption* lleva implícita que las personas a las que se les ha confiado la protección, conservación o gestión de los recursos naturales abusan del poder concedido para beneficio personal o de terceros. Así, Transparencia Internacional ha destacado que se puede categorizar este fenómeno como macro, sórdido y político dependiendo de la cantidad de dinero que se haya perdido junto con el sector en cuestión.

Las expresiones de la corrupción pueden ser variadas, sofisticadas o encubiertas que se concretan entre otros, en la concesión de licencias ambientales, la desviación de recursos destinados a la prevención y, el control de los impactos directos e indirectos de zonas de protección medio ambiental, el pago de sobornos para omitir el cumplimiento de la ley, el uso descontrolado de zonas agrícolas, la facilitación de permisos en zonas protegidas. De igual manera, sus formas comisivas se pueden expresar en la malversación de recursos destinados a los pueblos indígenas, las comunidades ancestrales y rurales que se ven afectadas por la acción devastadora de particulares que extraen los recursos naturales sin control estatal.

La corrupción y sus consecuencias plantean costos elevados para el medio ambiente, especialmente en los países en desarrollo ricos en recursos. La existencia de vínculos entre la corrupción y la gobernanza ambiental débil repercuten negativamente en el interés colectivo. En este entorno, la estructura

institucional del país, como las características del sistema político y judicial, determina el alcance de la corrupción. En tal contexto, la transparencia y el *compliance* son herramientas eficaces contra la corrupción.

El sector medio ambiental puede resultar afectado por el incumplimiento normativo a gran escala y propiciar la corrupción generalizada, en áreas como las licitaciones para la adjudicación de concesiones, la gestión de los recursos naturales en el marco de tales concesiones, la sobreexplotación forestal, la declaración de volúmenes de madera inferiores a los reales, el uso indiscriminado de recursos fuera de áreas permitidas, la evasión impositiva y la inacción del Estado frente a los infractores. Lo anterior, se potencializa por la actuación de funcionarios públicos que en el ejercicio de sus facultades discrecionales actúan a cambio de sobornos.

Con frecuencia, la corrupción desvirtúa los incentivos para la conservación de los recursos naturales y dificulta el análisis de las causas del deterioro ambiental. Se requiere entonces, abordar la corrupción en la conservación y gestión transparente de los recursos naturales, para lo cual, se precisa el análisis de factores en las economías y políticas locales, nacionales e internacionales y su relación con el ámbito privado mediante acciones de transparencia, *compliance* e integridad.

4. EL CRIMEN ORGANIZADO Y LA CORRUPCIÓN: SUS IMPLICACIONES EN EL MEDIO AMBIENTE

La corrupción que afecta la transparencia, conservación y manejo de los recursos naturales incide muy negativamente en el desarrollo sostenible (Rose-Ackerman, 2011). En el preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), se reconoce que la corrupción está particularmente relacionada con el crimen organizado y el crimen económico, los cuales ocurren en el contexto de los delitos contra el medio ambiente. El artículo 7 de la CNUCC requiere que los Estados Partes se esfuercen por adoptar, mantener y fortalecer los sistemas de servicio civil, que promuevan una adecuada remuneración y programas de educación y capacitación que permitan a los servidores públicos cumplir con los requisitos para el adecuado desempeño de sus funciones públicas (Yeater, 2012, pp. 17 y ss.).

De otra parte, el artículo 12 de la referida Convención, reconoce la necesidad de prevenir el uso indebido de los procedimientos que regulan a las entidades privadas, incluidos los relacionados con las licencias otorgadas por las autoridades públicas para actividades comerciales. Tales procedimientos, así como otros servicios administrativos, pueden ser frágiles frente al soborno, el tráfico de influencias, abuso de funciones, enriquecimiento ilícito, blanqueo de capitales y encubrimiento, entre otros (Yeater, 2012, pp. 17 y ss.).

La delincuencia organizada transnacional también se relaciona con el delito ambiental, en particular el tráfico ilícito de fauna silvestre y madera. El problema es particularmente agudo en los países en desarrollo, pues los Gobiernos con recursos insuficientes muchas veces se ven privados de medios para controlar la explotación de sus recursos naturales. En lugar de promover el progreso económico, la riqueza natural mal administrada puede conducir a la mala gobernanza, la corrupción o incluso el conflicto violento.

Los delincuentes ambientales utilizan la corrupción y el fraude para participar en el comercio ilegal de vida silvestre, la pesca, la tala y la minería. Explotan las lagunas legales y lavan las ganancias de sus transacciones ilícitas en los mercados financieros internacionales. El Banco Mundial estima que, cada año, se tala o produce madera de forma ilegal o de origen sospechoso por valor de entre US\$ 10.000 y 23.000 millones, de los cuales cerca de US\$ 5.000 millones ingresan al comercio internacional (Banco Mundial, 2016, p. 11). Los cambios en el uso de los suelos, incluida la deforestación, son la causa de cerca del 18 por ciento de las emisiones anuales de gases de efecto invernadero (Alley, 2011, pp. 389 y ss.).

Los delitos ambientales y su expansión internacional mediante el crimen organizado, se caracterizan por sus técnicas sofisticadas, conocimiento logístico y contactos a gran escala para transportar las materias primas extraídas ilegalmente hacia mercados de Europa, Estados Unidos y Asia. Este tipo de actividades criminales son lideradas por intermediarios dispuestos a concertarse ilegalmente con compradores y vendedores; medios de transporte robustos y niveles importantes de corrupción como condiciones básicas para expandir el negocio criminal (Jones, 2021).

El tráfico ilegal de especies está clasificado como la tercera actividad delictiva más lucrativa y representa uno de los mayores peligros para la biodiversidad. La creciente expansión del mercado ilegal de especies silvestres a nivel internacional, que se nutre de una demanda constante de especies, en particular aquellas clasificadas como en peligro de extinción o que son económicamente importantes. Se pueden verificar prácticas asociadas con el soborno e intercambio ilegal en la gestión de recursos naturales, con graves consecuencias para la calidad del medio ambiente (American Bar Association).

Según la INTERPOL, la escala de los ingresos procedentes de los delitos contra la fauna y flora silvestres queda eclipsada por los beneficios derivados de la explotación forestal ilegal y los delitos forestales (Nellemann, Henriksen, Raxter, Ash, Mrema, 2014, pp. 7 y ss.). Los delitos contra el medio ambiente organizados a nivel transnacional ocurren principalmente en cinco ámbitos clave: 1. Explotación forestal y deforestación ilegales, 2. Pesca ilegal 3. Minería ilegal y comercio ilegal de minerales, 4. Vertimiento y comercio ilegales de

residuos tóxicos y peligrosos 5. Caza furtiva y comercio ilegal de fauna y flora silvestres, entre otros (Nellemann *et al.*, 2014, pp. 7 y ss.).

El comercio ilegal de fauna y flora silvestres puede ocultarse tras el comercio legal y la corrupción. Entre las formas más destacadas sobresalen el blanqueo de madera, carbón vegetal, animales silvestres, peces y otros productos de fauna y flora obtenidos de manera ilegal. El comercio ilegal de fauna y flora silvestres puede suponer complejas combinaciones de crimen organizado transnacional con formas delictivas tradicionales (Nellemann *et al.*, 2014, pp. 7 y ss.). Los delitos forestales y contra la flora y fauna silvestres desempeñan un papel significativo en la financiación de la criminalidad y del terrorismo de la delincuencia organizada y los grupos armados no estatales, incluidas las facciones terroristas (Nellemann *et al.*, 2014, pp. 7 y ss.).

La delincuencia organizada transnacional contra el medio ambiente también pone en peligro la seguridad de los Estados y de las personas dado que facilita y extiende la corrupción. Además, la pérdida de ingresos, el desarrollo, la seguridad alimentaria, estimula daños en el medio ambiente y los ecosistemas de las comunidades que resultan afectadas en contextos de debilidad institucional, impunidad y ausencia de responsabilidades.

El territorio de la Amazonia ha experimentado fuertes aumentos en el tráfico de narcóticos, maderas raras y peces ornamentales (que cuestan aproximadamente dos dólares estadounidenses en Brasil, pero más de US\$ 100 en el extranjero). El crimen organizado se fortalece y expande al identificar, reforzar y explotar los vínculos y las debilidades del estado (Instituto de Libertad. Ideas para Chile, 2018, pp. 3 y ss.).

Los delitos ambientales se nutren del soborno y pueden ser conexos con el crimen organizado, el efectivo recibido por actos corruptos, se contamina junto a otros negocios legales o ilegales. Por lo tanto, resulta necesario, investigar, perseguir y sancionar a los delincuentes del sector medio ambiental que cometan delitos para luego blanquear el producto del crimen o que recurran a otras formas de delincuencia organizada.

5. *COMPLIANCE* Y SUS APORTES EN LA SALVAGUARDA DEL MEDIO AMBIENTE

El derecho corporativo ha demostrado la importancia del *compliance* como instrumento de gestión de los riesgos empresariales. Es así como las empresas vienen implementando programas de cumplimiento para prevenir la comisión de los delitos y neutralizar las infracciones administrativas. Los delitos medioambientales a gran escala donde resultan involucrados actores públicos y privados, precisan de medidas eficaces para combatir y limitar sus efectos.

Compliance es un cuerpo normativo interno que gestiona riesgos corporativos conectándose a la propia estrategia de la organización, para lo que se estructura en acciones de distinta naturaleza. Su objetivo principal es promover la observancia de la legalidad y la ética corporativa. *Compliance* no se basa en un deber jurídico en sentido estricto; es un incentivo para posicionar preventivamente a la empresa frente a determinados riesgos y escenarios de infracciones normativas. De ahí sobresalen sus aportes en la prevención de la corrupción y la criminalidad medio ambiental.

Los programas de cumplimiento deben responder a la realidad de la empresa, sus riesgos específicos y las necesidades concretas. La misma OCDE ha destacado la necesidad de fijar obligaciones alineadas con la ética y el cumplimiento. *Compliance* supone, en definitiva, un cambio de estrategia para la generación de valor en las corporaciones, en la que un código de ética, una política de cumplimiento transversal, una línea ética, un plan de formación, entre otros instrumentos, se integran a la operativa de la organización.

La gerencia de riesgos que puedan afectar el medio ambiente sano necesita del fortalecimiento de las medidas de prevención y articulación de la salvaguarda de los recursos naturales destinadas a los sectores público, privado y sociedad civil. Sus elementos esenciales pueden resultar útiles en este ámbito, para lo cual, se pueden desarrollar acciones dirigidas a: 1. Fortalecer el cumplimiento regulatorio en materia medio ambiental. 2. Actualizar las acciones de prevención, conservación y explotación razonable de los recursos naturales. 3. La supervisión y vigilancia permanente de los procesos empresariales que involucren el uso, extracción, comercialización de los recursos naturales. 4. El cumplimiento basado en la actualización de los riesgos que puedan afectar el medio ambiente por la acción u omisión del sector público y empresarial (Ramírez Barbosa y Ferré Olivé, 2019).

Las empresas cuyo objeto social se vincula con la extracción, uso y comercialización de los recursos naturales, deben adoptar políticas de cumplimiento que garanticen la promoción efectiva del medio ambiente sano. Los esfuerzos deben enfocarse en el fortalecimiento de los canales de información, formación y capacitación de actores públicos y privados en la salvaguarda de los ecosistemas, recursos forestales, fauna, minerales, entre otros. Además, se deben incluir, medidas anticorrupción y de transparencia, los canales de denuncia especializados y el flujo de actividades que resulten precisas para alertar posibles incumplimientos normativos en materia medio ambiental.

La responsabilidad del estado es fundamental y debe activarse mediante el monitoreo de las actividades corporativas que se desarrollen en áreas protegidas, actividades extractivas y forestales, lo que debe incluir entre otras

acciones, auditorías aleatorias, control de gestión, supervisión de negocios, o a través del uso de herramientas tecnológicas; el análisis de la información aplicable a la empresa y a los agentes del Estado. A su vez, un mayor filtro y supervisión en los nexos de las empresas y el sector público en la concesión de licencias, autorizaciones y permisos en el aprovechamiento de los recursos naturales que garanticen los principios de integridad y transparencia.

El estudio dinámico y permanente de los peligros emergentes, la valoración de los riesgos en materia medio ambiental requiere planificación, visión, revisión regular; actualización continua de los programas de cumplimiento de acuerdo al sector específico. Se precisa una especial atención frente a los riesgos de corrupción, fraude y abuso de poder vinculados con los recursos naturales, priorizando la transparencia del gasto público, contratación, licencias, subvenciones que precisan de medidas efectivas de cumplimiento.

6. ACCIONES DE *COMPLIANCE* PARA LA AMAZONIA

El cumplimiento ambiental incluye una amplia gama de leyes, regulaciones y estándares enmarcados por los Gobiernos y otros organismos reguladores para proteger el medio ambiente, enfocadas a las empresas, individuos y agentes públicos. Estas acciones implican medidas destinadas a prevenir la contaminación, proteger la vida silvestre y mejorar los procesos de conservación, uso y comercialización de los recursos naturales, orientados al equilibrio ecológico, el desarrollo económico y el disfrute colectivo del medio ambiente sano.

El cumplimiento ambiental es esencial para la protección de los recursos naturales de la Amazonia y el desarrollo empresarial sostenible, responsable y eficaz. El liderazgo del estado resulta imprescindible en la detección de riesgos que puedan afectar el medio ambiente y que puedan suponer un peligro para las comunidades nativas y la comunidad en general. En el marco de una acción de cumplimiento eficaz, la visión de una Amazonia saludable puede incluir seis objetivos:

- 1) Disminuir la deforestación, la degradación forestal y las emisiones de gases de efecto invernadero;
- 2) Fomento de una economía respetuosa con el medio ambiente;
- 3) Proteger paisajes y especies clave;
- 4) Asegurar los derechos, los recursos y la salud de las comunidades que dependen de los bosques;

- 5) Garantizar la transparencia, integridad y ética en la actividad de las empresas que se benefician de los recursos naturales;
- 6) Propiciar marcos eficaces de responsabilidad en los diferentes ámbitos para quienes (actores públicos o privados) afecten los recursos naturales por acción u omisión.

Las empresas que operan en la Amazonia deben cumplir con la legislación del país donde operan, las reglamentaciones específicas y las normas internacionales que fijan pautas ambientales. Esto implica la realización constante de informes de cumplimiento ambiental, los cuales, suelen requerir estudios previos y actualizados, análisis de riesgos, acciones en concreto e inversión de fondos.

Una mayor autorregulación y *compliance*, pueden contribuir a la mitigación de los riesgos de sanción de la persona jurídica y los individuos que afectan gravemente el medio ambiente en la Amazonia. Es necesario, desarrollar con enfoque preventivo los Programas de Transparencia y Ética Empresarial e instrumentos análogos como mecanismos efectivos en la prevención de los delitos medio ambientales en la Amazonia, especialmente los relacionados con la corrupción y el crimen organizado.

La atribución de responsabilidad penal a las corporaciones que afectan el medio ambiente de forma grave causando perjuicios irreparables es fundamental, por la naturaleza y magnitud de las afectaciones a los bienes jurídicos supraindividuales. No obstante, la intervención penal debe ser el último recurso y el enfoque principal debe efectuarse en la prevención, detección y mitigación de los riesgos que pueden afectar el desarrollo sostenible medioambiental, entre los que se destaca *compliance*.

Un buen y eficaz programa de cumplimiento en este ámbito busca garantizar que se observen las obligaciones legales y, sobre todo, la eficaz protección de los recursos naturales y un medio ambiente sano como intereses globales. *Compliance* también puede contribuir a las empresas y generar menos impactos negativos innecesarios o involuntarios en el medio ambiente, multas costosas, suspensión de permisos y licencias que impedirían la operación y las actividades aprobadas, sanciones reputacionales, entre otras. Lo cual, supone un mayor compromiso y diligencia debida del estado y de las corporaciones, se trata de determinar y aplicar medidas exigibles a todos aquellos que intervienen en los procesos de extracción, uso, distribución y comercialización de los recursos naturales en la Amazonia.

7. ESTRATEGIAS PARA GARANTIZAR LA PROTECCIÓN DE LA AMAZONIA Y LA SALVAGUARDA DEL MEDIO AMBIENTE

Resulta fundamental fortalecer las acciones de cumplimiento en defensa de los recursos naturales de la Amazonia por su relevancia global mediante políticas integradoras que incluyan los actores públicos y empresariales, que contengan entre otras medidas, acciones como las siguientes:

- a) Apoyar una mejor representación de los pueblos indígenas en la gobernanza y conservación, y en los esfuerzos para promover sus derechos, medios de vida y recursos.
- b) Abordar los impulsores y las amenazas mediante el desarrollo de enfoques estratégicos para conservar la biodiversidad y reducir las emisiones de gases de efecto invernadero.
- c) Usar la ciencia para monitorear, mejorar la toma de decisiones y abordar los efectos del cambio climático global.
- d) Promover el intercambio de información y la comunicación entre audiencias internas y externas para generar conocimiento y conciencia regional sobre la importancia de los bosques y aguas del Amazonas, y para informar enfoques estratégicos para su conservación y sostenibilidad.
- e) La prevención y las políticas de cumplimiento efectivo son imprescindibles, lo cual, debe reforzarse desde las actividades de las autoridades administrativas encargadas de la protección del medio ambiente y un fortalecimiento de las actividades de inspección y verificación de focos de riesgo.
- f) La formación y capacitación de los funcionarios públicos en este ámbito debe ser permanente, las acciones del Estado deben ser integrales y efectivas en la promoción de la transparencia, integridad, vigilancia ambiental
- g) El uso de herramientas tecnológicas como *Big Data* e inteligencia artificial, pueden resultar útiles para monitorear focos de riesgos y sectores de deforestación, explotación forestal, aprovechamiento ilícito de los recursos naturales, para de este modo, identificar posibles violaciones, ausencia de intervención pública efectiva, o expresiones de probable complicidad de funcionarios públicos. El uso de drones, sistemas de videovigilancia, y demás instrumentos que aporta la tecnología pueden contribuir a prevenir los daños ambientales y fomentar una cultura de la integridad y salvaguarda de los recursos naturales.
- h) En este ámbito se requiere una colaboración intersectorial, entre los actores públicos y privados, tanto a nivel nacional como internacional, que incluya acciones de información, análisis, prevención, ejecución y

reparación de los delitos ambientales, sus vínculos con la corrupción y el crimen organizado. Para lo cual, resulta necesario el fortalecimiento de los incentivos económicos, la capacitación y la sensibilización de los funcionarios del estado, corporaciones y particulares.

- i) Las medidas preventivas deben fortalecerse mediante análisis exhaustivo y la exploración versátil de los sectores con mayores riesgos de corrupción medioambiental. El equilibrio entre el desarrollo económico y la salvaguarda de la naturaleza precisan de enfoques coordinados a nivel nacional e internacional con regulaciones armonizadas para prevenir prácticas corruptas en este ámbito.
- j) El abordaje innovador junto a la detección oportuna de delitos que afecten al medio ambiente es imprescindible para garantizar el uso sostenible y transparente de los recursos naturales, con el objetivo final de proteger el medio ambiente como un interés global crucial para el equilibrio ambiental del planeta.
- k) La tecnología puede aportar en la transparencia en la concesión de licencias, permisos y gestión relevante de información como el mapeo georreferenciado de fuentes y rutas de comercio ilegal, y otras herramientas modernas de evaluación.
- l) Facilitar la participación de las comunidades locales en todas las etapas de un proyecto de extracción o de manejo forestal, desde el estudio de su impacto ambiental hasta su seguimiento y evaluación. La participación de la sociedad civil debe ser fortalecida en el proceso de asignación y seguimiento de concesiones (Dinh, 2012, p. 44 y ss.).
- m) La detección, persecución y sanción efectiva de los individuos y empresas que realicen o participen directa o indirectamente en actos corruptos y crimen organizado que causan daño ambiental. Cuando se ha probado las responsabilidades penales y/o administrativas, deben existir sanciones idóneas, útiles y eficaces para disuadir a otros de causar daños similares.
- n) La construcción de un programa de cumplimiento medioambiental puede resultar útil como un instrumento para prevenir los delitos e infracciones administrativas graves en este ámbito, junto a los controles contables internos efectivos y la adecuada gestión de riesgos, seguida de políticas y procedimientos anti delincuencia, respaldados por controles integradores a todos los sectores involucrados con la conservación, gestión, aprovechamiento y comercialización de los recursos naturales.

8. REFLEXIONES FINALES

Las empresas y los Gobiernos deben asumir sus compromisos como principales responsables de la destrucción del medio ambiente, la influencia de la corrupción y el crimen organizado en este ámbito. La participación del sector empresarial, en la implementación de políticas de protección del medio ambiente que garanticen entre otros, la no deforestación, los límites en la conversión de bosques en plantaciones, la utilización del fuego para despejar la selva, la transparencia en la cartografía en las concesiones forestales de sectores productivos de interés, la protección de recursos naturales de especial protección, la observancia de los requisitos en la concesión, conservación y explotación de los recursos, por mencionar algunos (Dinh, 2012, pp. 44 y ss.).

Las corporaciones deben implementar políticas para promover la prevención, desarrollo sostenible y criterios de responsabilidad empresarial en materia de medio ambiente, derechos humanos, lucha contra la corrupción. Lo anterior, en el desarrollo de los proyectos que puedan impactar negativamente en los ecosistemas y la población especialmente vulnerable como comunidades indígenas, ancestrales y rurales en la Amazonia, también de la humanidad por sus efectos a gran escala.

Es importante, el compromiso de la comunidad internacional para reconocer y abordar los delitos ambientales en la Amazonia como una seria amenaza para el desarrollo global. El robustecimiento de las capacidades institucionales de los estados mediante la formación, capacitación y apoyo tecnológico a las autoridades públicas encargadas de la protección, conservación y gestión de los recursos naturales en la amazonia es imprescindible y relevante. De igual forma, las acciones dirigidas a dotar de mayores recursos y reconocimiento a los funcionarios encargados de la detección, investigación y sanción de los delitos ambientales que allí se causan como una acción estratégica a la impunidad existente.

La corrupción es un grave problema que se acrecienta cuando se trata de recursos naturales altamente lucrativos que revisten mayor interés, también en la corrupción que incide en el desarrollo de las comunidades vulnerables que dependen de recursos naturales para su sustento y supervivencia. La malversación del medio ambiente puede interconectarse con abusos a los derechos humanos y al crimen organizado, por tanto, su prevención y combate debe ir más allá de la persecución de individuos y se requieren investigaciones sólidas contra personas jurídicas comprometidas en estas formas de criminalidad. La consolidación de estrategias anticorrupción en materia medioambiental, precisan un enfoque holístico, abordando todas las áreas en riesgo en los sectores público y privado y mayor sensibilización en la socie-

dad en la trascendencia del medio ambiente a nivel global, de allí surgen los aportes de *compliance*.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALLEY, P. (2011). Corrupción: una de las causas fundamentales de la deforestación y la degradación de los bosques. En Transparencia Internacional. *Informe Global de la Corrupción Cambio climático* (pp. 343-358). Londres: Earthscan.
- AMERICAN BAR ASSOCIATION. Tráfico ilegal de vida silvestre y su relación con el crimen organizado transnacional en Latinoamérica y el caribe. Recuperado el 13 de octubre de 2022, de rb.gy/l2lfo.
- ASCHER, W. (1999). *Why Governments Waste Natural Resources: Political Failures in Developing Countries*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press.
- AUTY, R. (2001). The political economy of resource-driven growth. *European Economic Review*, 45(4-6), 839-846.
- AYMOZ, B., RANDRIANJAFY, V., RANDRIANJAFY, Z, y KHASA, D. P. (2013). Community management of natural resources: A case study from Ankarafantsika National Park, Madagascar. *Ambio*, 42(6), 767-775.
- BANCO MUNDIAL (2006). *Strengthening Forest Law Enforcement and Governance: Addressing a Systemic Constraint to Sustainable Development*. Washington, D. C.: Banco Mundial.
- BULTE, E., DAMANIA, R. & DEACON, R. (2005). Resource intensity, institutions and development. *World Development*, 33(7), 1029-1044.
- BUSCAGLIA, E. (2011). On best and not so good practices for addressing high-level corruption worldwide: An empirical assessment. En S. Rose-Ackerman & T. Søreide (Eds.). *The International Handbook on the Economics of Corruption*, Volume Two. Northampton: Edward Elgar Publishing.
- CEPAL (2016). Hacia una nueva gobernanza de los recursos naturales en América Latina y el Caribe. Recuperado el 13 de octubre de 2022, de rb.gy/cico2.
- COSTA, C. (2020). Destrucción del Amazonas: las principales amenazas para la mayor selva tropical del mundo en los 9 países que la comparten. Recuperado el 13 de octubre de 2022, de rb.gy/kix7b.
- D'ADAMO, I. & ROSA, P. (2020). How Do You See Infrastructure? Green Energy to Provide Economic Growth after COVID-19. *Sustainability* 12(11), 4738.
- DINH, T. van (2012). Addressing Corruption in the Environmental Sector: How the United Nations Convention against Corruption Provides a Basis for Action. En UNODC. *Corruption, environment and the United Nations Convention against corruption*.
- ESQUIVEL, M. (2021). La corrupción y el COVID-19: la opacidad es un riesgo para la salud. Recuperado el 13 de octubre de 2022, de rb.gy/176zt.
- FARIZ, D. (2012). Corruption in Forest Crimes. En UNODC. *Corruption, Environment and the United Nations Convention Against Corruption* (pp. 30-33).
- GANDA, F. (2020). The influence of corruption on environmental sustainability in the developing economies of Southern Africa. *Heliyon*, 6(7). Recuperado el 13 de octubre de 2022, de rb.gy/62xzg.

- INSTITUTO DE LIBERTAD. Ideas para Chile (2018). *Persecución de delitos ambientales en América Latina. Informe comparado para el estudio de los proyectos de ley que establecen delitos ambientales en nuestro ordenamiento*. Santiago de Chile: Instituto Libertad.
- JONES, K. (2021). Crimen organizado y medio ambiente en Latinoamérica: un encuentro fatal. *InSight Crime*. Recuperado el 13 de octubre de 2022, de rb.gy/5rrk7.
- KASIM, A., FAROUK, T. & WILLIAMS, A. (2008). Grand corruption in the regulation of oil. *U4 Issue, Anti-Corruption Resource Centre*. Bergen: Chr. Michelsen Institute.
- NELLEMANN, C., HENRIKSEN, R., RAXTER, P., ASH, N., MREMA, E. (Eds.). (2014). *La crisis de delitos contra el medio ambiente – Amenazas al desarrollo sostenible procedentes de la explotación y el comercio ilegales de recursos forestales y de la fauna y flora silvestres*. Noruega: Bikeland Trykkeri AS.
- NELLEMANN, C. (2016). The rise of environmental crime: a growing threat to natural resources, peace, development and security. Recuperado el 13/10/2022, de <https://wedocs.unep.org/handle/20.500.11822/7662>.
- ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (2007). *Corruption: A Glossary of International Criminal Standards*. Paris: OECD.
- PICHLER, M. (2010). Agrofuels in Indonesia: structures, conflicts, consequences, and the role of the EU. *Austrian Journal of South-East Asian Studies*, 3(2), 175-193.
- RAHARINIRINA, V. (2013). Madagascar: conflits locaux autour des projets extractifs et agraires. En D. DELCOURT (Dir.). *Etats des résistances dans le Sud: Les Mouvements paysans* (Alternatives Sud, vol. 20). Bélgica: CENTRI Syllepse.
- RAHARINIRINA, V. (2013). Madagascar: ¿to eat or to be eaten? The lang grabbing issues in Madagascar. Post del blog de EJOLT. Rambouillet, REEDS-Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines (UVSQ).
- RAHARINIRINA, V. (2015). Conflictos ambientales en torno a proyectos extractivos y agrarios en Madagascar. *Ecología Política*, 48, 69-75.
- RAMÍREZ BARBOSA, P. y FERRÉ OLIVÉ, J. (2019). Compliance, *Derecho penal corporativo y buena gobernanza empresarial*. Bogotá: Tirant lo Blanch.
- ROSE-ACKERMAN, S. (2011). Anti-corruption policy: Can international actors play a constructive role?. *Yale Law & Economics Research Paper*, n° 440, 13 September. New York: New York University Law School. Recuperado el 13 de octubre de 2022, de <http://ssrn.com/abstract=1926852>.
- ROSE-ACKERMAN, S., & Søreide, T. (Eds.). (2011). *The International Handbook on the Economics of Corruption* (Vol. 2). Northampton, USA and Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing.
- ROSE-ACKERMAN, S. (2010). The law and economics of bribery and extortion. *Annual Review of Law and Social Science*, 6, 217-238.
- ROSE-ACKERMAN, S. (2021). Corrupción y COVID-19. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 20, 37-60.
- SANTOSO, T. Indonesia's National Strategy to Combat Illegal Logging and Corruption. En UNODC. *Corruption, environment and the United Nations Convention against corruption*.
- TACONNI, L. & WILLIAMS, D. (2020). Corruption and anti-corruption in environmental and resource management. *Annual Review of Environment and Resources*, 45(1), 305-329.

- TELLES DE SOUZA, R. (2019). Amazonia is burning. Corruption is one of the reasons. GAB, The Global Anticorruption Blog, Law, Social Science, and Policy. Recuperado el 13 de octubre de 2022, de rb.gy/uyyis.
- TEREKHOVA, T. (2012). Transboundary movements of hazardous wastes and corruption: The special case of E-waste in West Africa. En UNODC. *Corruption, environment and the United Nations Convention against corruption*.
- USAID (2021). Programa Regional para la Amazonia. Recuperado el 13 de octubre 2022, de rb.gy/9lh2w.
- VRUSHY J. & MARTINEZ R. (2021). Why fighting corruption matters in times of COVID 19. Transparency Internacional. Recuperado el 12 de octubre de 2022, de rb.gy/jiomo.
- WILD MONEY: The Human Rights Consequences of Illegal Logging and Corruption in Indonesia's Forestry Sector (2009). Recuperado el 12 de octubre de 2022, de https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/indonesia1209web_o.pdf.
- YEATER, M. (2012). Corruption and Illegal Wildlife Trafficking. En UNODC. *Corruption, environment and the United Nations Convention against corruption*.

DIREITO PENAL AMBIENTAL, *COMPLIANCE* E ESG: INTERLOCUÇÕES A PARTIR DO PANORAMA DA AMAZÔNIA BRASILEIRA

*Derecho penal ambiental, compliance y ESG:
diálogos a partir del panorama
de la Amazonia brasileña*

Environmental Criminal Law, Compliance and ESG: Dialogues from the Panorama of the Brazilian Amazon

RODRIGO FUZIGER

Universidade Presbiteriana Mackenzie (Brasil)

RESUMO

O presente trabalho visa a delinear o panorama de enfrentamento dos crimes ambientais na Amazônia brasileira. Nesse sentido, contextualizado tal cenário e apresentadas algumas disposições atinentes à Lei de crimes ambientais brasileira (Lei nº 9.605/1998), buscar-se-á uma interlocução com o tema da degradação ambiental na Amazônia brasileira e as dinâmicas do *criminal compliance* e *compliance ambiental*. Em seguida, avaliar-se-ão as práticas no âmbito da métrica *Environmental, Social and Governance* (ESG) e suas possibilidades de contribuição para a proteção ambiental da Amazônia, sobretudo, considerando-se que o desmatamento e outras práticas de degradação ambiental ocorrem em um âmbito de impunidade, ocultação de autores e permissividade estatal. Nesse sentido, tem-se por hipótese que medidas efetivas ligadas ao *compliance* ou, mais especificamente, ao ESG possuem efetividade apenas em

um âmbito reduzido se não contextualizadas às especificidades do cenário amazônico de degradação ambiental.

Palavras-chave: Amazônia brasileira; Direito penal ambiental; *compliance*; ESG.

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivo delinear el panorama del enfrentamiento de los delitos ambientales en la Amazonia brasileña. En este sentido, contextualizado el escenario y presentadas algunas disposiciones relativas a la Ley Brasileña de crímenes ambientales (Ley 9.605/1998), se buscará un diálogo con el tema de la degradación ambiental en la Amazonia brasileña y la dinámica del *compliance* criminal y *compliance* ambiental. Luego, se evaluarán las prácticas en el ámbito del ESG (*Environmental, Social and Governance*) y sus posibilidades para contribuir a la protección ambiental de la Amazonia, especialmente considerando que la deforestación y otras prácticas de degradación ambiental se producen en un contexto de impunidad, encubrimiento de autores y permisividad estatal. En este sentido, se hipotetiza que las medidas efectivas relacionadas con el *compliance* ambiental o, más específicamente, con el ESG tienen un alcance muy limitado si no se tienen en cuenta las especificidades del escenario amazónico de degradación ambiental.

Palabras clave: Amazonia brasileña; Derecho penal ambiental; *compliance*; ESG.

ABSTRACT

The present work aims to outline the scenario of environmental crimes in the Brazilian Amazon and its restraint. In this sense, it will be presented some data related to the Brazilian Amazon deforestation and a brief synthesis of the Brazilian Law against environmental crimes (9.605/1998). Then, it will be established a dialogue between the environmental degradation in the Brazilian Amazon and the dynamics of criminal compliance and environmental compliance will be sought. Therefore, the practices in the scope of ESG (Environmental, Social and Governance) and their possibilities of contribution to the environmental protection of the Amazon will be evaluated, especially considering that deforestation and other environmental degradation practices occur within a framework of impunity, concealment of perpetrators and state permissiveness. In this sense, it is hypothesized that effective measures related to environmental compliance or, more specifically, to ESG, are effective only in a very limited scope if not contextualized to the specificities of the Amazonian scenario of environmental degradation.

Keywords: Brazilian Amazon; Environmental Criminal Law; Compliance; ESG.

1. INTRODUÇÃO

Quem por acaso ouviu falar da sucupira, parece até mentira que o jacarandá, antes de virar poltrona, porta, armário, mora no dicionário, vida eterna, milenar.

Matança – canção de Augusto Jatobá

A IMENSIDÃO E RIQUEZA NATURAL DA AMAZÔNIA, em toda sua extensão de 6,7 milhões de kms², abrangendo oito países, rendeu a ela um apelido de “pulmão do mundo”. Ainda que o título não seja tecnicamente preciso, já que a ela não corresponde a função de protagonismo na produção de superávit de oxigênio no planeta (tarefa precípua das cianobactérias oceânicas, também conhecidas como algas azuis), é certo que a importância para a biodiversidade e equilíbrio do ecossistema da Terra torna a Amazônia uma área de interesse para toda humanidade.

Além da relevância da fauna e flora da Amazônia, há que se ter em conta questões ligadas a povos nativos que habitam a região desde tempos imemoriais, sendo certo que a destruição amazônica está ligada à obliteração de modos de vida tradicionais e, mais além, com a morte de indígenas em confronto com madeireiros, mineradores e “grileiros” (expressão que designa indivíduos que ocupam terras de terceiros a partir de práticas criminosas).

Observa-se, desafortunadamente, nos anos recentes, uma marcha acelerada de degradação ambiental na região amazônica, com especial destaque à realidade brasileira. Nesse sentido, este trabalho busca descortinar os dados de desmatamento e outras formas de ilícitos ambientais que assolam a Amazônia. A seguir, a partir de um recorte da legislação brasileira, verificaremos alguns aspectos históricos e dogmáticos da Lei nº 9.605/1998 (Lei dos crimes ambientais). Trata-se de uma norma que inovou o ordenamento jurídico-penal brasileiro, com a previsão de criminalização da pessoa jurídica. Ainda hoje, mais de duas décadas depois da Lei nº 9.605/1998, a criminalização de pessoas jurídicas no Brasil permanece associada a crimes ambientais.

Conforme buscar-se-á demonstrar mais adiante, nota-se com clareza solar em tipos penais de tutela ambiental o conhecido fenômeno do “direito penal simbólico”, em que normas são criadas com funções de apaziguamento social e/ou de demonstração de alinhamento a valores socialmente relevantes, sem que haja qualquer cuidado de instrumentalização das previsões normativas, com o subsequente e devido efeito prático de proteção de bens jurídicos penalmente relevantes.

Desde uma outra perspectiva, sobretudo na última década, ganhou relevância a discussão a respeito do *compliance* em um escopo protetivo do

meio ambiente. É certo que em conjunturas específicas, a ideia de *compliance* ambiental guarda um potencial de proteção do bem jurídico, no caso, o equilíbrio e diversidade do meio ambiente.

Todavia, a reflexão aqui proposta diz respeito à efetividade de medidas de *compliance* ambiental diante do panorama de degradação ambiental da Amazônia brasileira. Em uma métrica mais específica, necessário verificar o rendimento das práticas empresariais norteadas pela noção de *Environmental, Social and Governance* (ESG), no que concerne à realidade amazônica.

2. O CENÁRIO CONTEMPORÂNEO DA PRESERVAÇÃO DA AMAZÔNIA BRASILEIRA E A TUTELA PENAL DO MEIO AMBIENTE

De acordo com relatórios do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE, 2021), estima-se que de 1988 a 2020, a área desmatada da Amazônia (englobando territórios de Brasil e países adjacentes) alcançou 813 mil km², o que corresponde mais de 20% de sua área total. Na denominada área da Amazônia Legal (que engloba nove estados do Brasil pertencentes à bacia Amazônica, sendo tal território instituído como área de especial proteção ambiental pela Lei nº 1.806/1953) foram desmatados 457 mil km² de floresta, o que corresponde a uma área de 16% de seu total.

Houve uma diminuição do desmatamento amazônico aferido entre 2005 e 2015. Todavia, há um novo incremento da destruição da floresta que atingiu números expressivos nos últimos cinco anos, chegando-se em 2020 a maior área desmatada desde 2008 na Amazônia legal: 11,1 mil km² (com estimativas de mais de 620 milhões de árvores destruídas, em área sete vezes superior ao território da cidade de São Paulo). O índice de desmatamento de 2020 corresponde a uma taxa 2,8 vezes superior à meta fixada pela Política Nacional de Mudança do Clima para 2020 (instituída pela Lei nº 12.187/2009).

O desmatamento (via queimadas ou corte de árvores) possui várias frentes e finalidades: criação de pastagens para rebanhos bovinos de corte; cultivo de grãos (por exemplo a soja); corte de árvores para o comércio madeireiro. Além disso, a Amazônia é assolada também por práticas predatórias de mineração, caça de espécies protegidas, tráfico internacional de animais exóticos, dentre outros ilícitos criminalizados pela Lei nº 9.605/1998, a lei brasileira de crimes ambientais, sobre a qual será feita uma análise ulterior a respeito de alguns temas pertinentes ao recorte deste trabalho.

A degradação da floresta amazônica traz consigo ainda uma série de problemas que afetam povos nativos que habitam áreas protegidas como reservas florestais (sendo a demarcação de terras indígenas um tema candente no judiciário brasileiro). Todavia, para mais além do direto problema que assola

indígenas em seu próprio lar, o desmatamento e outras formas de degradação reverberam em toda humanidade, por, ao menos, três razões:

A primeira razão corresponde ao aumento das emissões de gases do efeito estufa. Segundo o Sistema Brasileiro de Estimativa de Emissões de Gases de Efeito Estufa (SEEG), há um notável incremento de emissão de CO₂ decorrente das queimadas na Amazônia (Zimbres *et al.*, 2021). Assim, registra-se atualmente um fenômeno inédito na Amazônia: a emissão de CO₂ superior à sua absorção. Assim, se a denominação da Amazônia como “pulmão do planeta” jamais foi tecnicamente correta (conforme apontou-se na introdução), mais do que nunca e cada vez mais por obra humana, tal epíteto falseia a realidade.

Em segundo lugar, há um nível de precipitação altíssimo característico à floresta amazônica (não à toa, classificada na língua inglesa como *rain forest*). Estimativas apontam que cerca de 20% da água doce disponível no planeta encontra-se na bacia amazônica. Todavia, os índices pluviométricos da região têm sofrido notáveis decréscimos. Nesse sentido, no segundo semestre de 2020 registrou-se uma redução superior a 30% das chuvas na região e, concomitantemente, uma alta de 2° C em sua temperatura média.

Em terceiro lugar, outro ponto que demanda extrema preocupação está ligado à diminuição de diversidade da riquíssima fauna e flora amazônica (que conjuga cerca de 10% da biodiversidade global). Nesse sentido, a cada novos 10 mil km² afetados pelas colossais queimadas no território da Amazônia, estima-se um severo prejuízo (com riscos sensíveis de extinção) a cerca de 40 espécies.

Exposto esse breve, mas aterrador panorama, cabe indagar qual é o papel do Direito penal na proteção do bioma amazônico. Antes da análise da lei brasileira de crimes ambientais (diploma que compõe o estrito recorte deste escrito), cabem algumas reflexões gerais a respeito da interlocução entre Direito penal e meio ambiente, em uma mirada perfunctória e pontualmente orientada a específicos temas. Nesse sentido e de início, um tema tormentoso em tal mirada diz respeito ao bem jurídico tutelado penalmente em casos de crimes ambientais. Afinal, um meio ambiente (ao menos como *locus*) devastado, com altos índices de poluição e quase estéril em termos de vida, ainda seria é um meio ambiente. Assim, atributos como manutenção da diversidade e busca da integralidade de ecossistemas parecem ser indicativos daquilo que efetivamente é almejado na tutela penal ambiental no que concerne à fauna e flora.

Qual é o bem jurídico tutelado em crimes ambientais é questão que, ao fim e ao cabo, serviu e serve de pano de fundo para debates dogmáticos ligados ao rendimento da teoria do bem jurídico, sendo certo que, a despeito de um consenso doutrinário, parece haver uma premissa importante em tal discus-

são: a perspectiva de compreensão relacional do meio ambiente com o ser humano reverbera na questão do bem jurídico afetado nos crimes ambientais. É dizer, linhas antropocêntricas ou ecocêntricas e seus matizes afetam a compreensão, definição e delineamento do bem jurídico ambiental (Murata, 2016, pp. 53 e ss.).

Apenas a título exemplificativo, a partir de um posicionamento de parte da doutrina brasileira, Luiz Régis Prado, em uma perspectiva que pode ser compreendida como ecocêntrica moderada, aponta que o bem jurídico ambiental possuiria autonomia sistemática em relação a bens jurídicos individuais, mas possuiriam vínculo com fundamentos naturais da vida humana, uma vez que condições ecológicas afetariam a existência e convivência humana em sua globalidade (Prado, 2008, p. 133). Sem a pretensão de aprofundamento de tal debate neste escrito, há ainda outra questão que orbita na discussão da dimensão protetiva do meio ambiente pelo Direito penal: seria missão de um instrumento de *ultima ratio* a proteção do meio ambiente compreendido como um direito intergeracional? Ou seja, há um dever jurídico (asegurado inclusive por meio de sanções penais) de proteção em prognóstico (para gerações futuras, nem mesmo concebidas) do meio ambiente?

É possível sustentar que a preservação ambiental com um prognóstico intergeracional se restringiria a um âmbito moral de solidariedade, em uma interpretação restritiva do Direito penal em sua dimensão temporal, inclusive tendo em vista sua subsidiariedade diante de outros ramos do Direito (Hassemer, 1998, p. 29).

Em uma perspectiva de vislumbre de legitimidade (com ressalvas) do uso do Direito penal como instrumento de proteção do meio ambiente tendo em visto gerações futuras, Helena Regina Lobo da Costa sustenta tal possibilidade, ressaltando a imprescindibilidade do referencial individual que norteia e limita o Direito penal. Nesse sentido, aponta a autora que quanto maior a distância de um bem jurídico penal com a pessoa concreta, menor será sua legitimação (Costa, 2010, p. 27).

Ainda quanto ao referencial do indivíduo e suas liberdades, cabe apontar a advertência de Ignacio Berdugo Gomez de la Torre, no sentido do risco implícito de um incremento acrítico da proteção de interesses de titularidade coletiva. Tal risco reside em uma possível inversão do modelo social, com um abandono da pedra angular da sistemática penal que é a tutela do indivíduo, a partir da compreensão da teoria do bem jurídico com um cariz limitador da ingerência estatal e intervenção penal sobre as liberdades individuais (Berdugo Gómez de la Torre, 2012, p. 206).

Outra questão de relevo na dinâmica da utilização do Direito penal para tutelar demandas relacionadas a riscos difusos, muitas vezes de magnitude

global, diz respeito a sua utilização com uma função promocional. Isso ocorre em tipos penais que criminalizam condutas com uma função de incutir consciência ambiental na sociedade, o que gera, não raro, inefetividade, externalidades contraproducentes e respostas apenas no plano simbólico (Pérez Cepeda, 2007, p. 372).

Alguns autores compreendem a relação entre “direito penal simbólico” e “direito penal promocional”, como continente e conteúdo. Nesse sentido, a primeira categoria (direito penal simbólico) –que alberga normas carentes de instrumentalidade, mas que visam a atingir finalidades não manifestas do Direito penal– englobaria a segunda categoria (direito penal promocional), na qual há uma busca de finalidades pedagógicas por meio de um instrumento de *ultima ratio*.

Um exemplo paradigmático da relação de continência exposta no parágrafo anterior ocorre no âmbito do Direito penal ambiental, a partir da seguinte sutileza: ao lançar mão da severidade do Direito penal para proteger o “valor” da preservação ambiental, o legislador pode estar menos preocupado em ensinar a importância da preservação do meio ambiente à sociedade (função pedagógica, de ordem promocional), do que em satisfazer uma demanda de considerável parte da população que é simpática à causa ambiental (Fuziger, 2015, p. 276).

2.1. *Algumas considerações sobre a gênese, histórico e atual estado de arte da Lei brasileira de crimes ambientais (Lei nº 9.605/1998)*

Embora a previsão de crimes ambientais fosse preexistente no ordenamento brasileiro, em tipos dispersos em diversos diplomas legais, objetivou-se, ao final da década de 1990, conjugar os crimes ambientais no âmbito de uma mesma lei. A rigor, ainda há leis esparsas que preveem delitos característicos de Direito penal ambiental. No entanto, é inegável que a proposta de concentração dos crimes em uma mesma lei logrou êxito, haja vista que a Lei nº 9.605/1998 possui mais de 30 tipos penais, divididos em cinco seções: 1) “dos crimes contra a Fauna”; 2) “dos crimes contra a Flora”; 3) “da poluição e outros crimes ambientais”; 4) “dos crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural”; 5) “dos crimes contra a administração ambiental”.

O título da seção V já dá um indício de um fenômeno absolutamente recorrente na proteção penal do meio ambiente: a “administrativização” do Direito penal (sobre este tema, vide pertinentes reflexões, por exemplo, em: Zúñiga Rodríguez, 2001; Ramos Vásquez, 2011). Não se trata de mero indício, mas sim de concreta ocorrência de tal fenômeno, por exemplo, com um tipo penal que pune com detenção de um a três anos e multa, aquele que “deixar, aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo, de cumprir obrigação de re-

levante interesse ambiental” (Art. 68 da Lei nº 9.605/1998). A gigantesca generalidade da expressão “relevante interesse ambiental” evidencia a (renitente) atecnia do legislador na redação da Lei de crimes ambientais.

Além disso, há um desmedido uso de crimes de perigo abstrato, com uma ilegítima e subsequente antecipação do *jus puniendi* em tipos penais da Lei nº 9.605/1998. Um exemplo disso está na disposição de seu art. 51, que pune com pena de detenção de três meses a um ano e multa aquele que comercializa motosserra sem licença ou registro de autoridade competente.

Sem adentrar em outros problemas técnicos e de matriz de política criminal da Lei brasileira de crimes ambientais, salta aos olhos sua absoluta inefetividade em proteger o meio ambiente e, mais especificamente, salvaguardar a Amazônia brasileira. Trata-se assim, de um privilegiado e lamentável exemplo de descompasso entre previsão normativa e sua instrumentalização, haja vista que sua gênese foi concebida a partir da necessidade de punição dos grandes poluidores, desmatadores e outros criminosos ambientais de grande monta.

Nessa toada e não sem razão, a Lei nº 9.605/1998 inovou (inovação que permanece exclusiva no ordenamento jurídico penal brasileiro) ao permitir a responsabilidade penal da pessoa jurídica, tema sobre o qual há um sem-fim de obras e que, ademais, escapa ao recorte deste trabalho. Certo é que previsão não é concretização e a incidência de crimes ambientais praticados por pessoas jurídicas é um sólido argumento a essa assertiva.

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre observa com acurácia que diante de um hipotético tipo penal que proteja o meio ambiente de alguma forma de ataque, é mais fácil a prova de um comportamento que ofende levemente o meio ambiente (alguém que lava o carro em rio protegido), do que a prova e posterior punição de um grande ataque (uma indústria que contamina o mesmo rio em razão de um possível descumprimento das condições de sua autorização pela Administração (Berdugo Gómez de la Torre, 2012, p. 212).

A assertiva doutrinária do parágrafo anterior já se concretizou na realidade brasileira em aviltante episódio ocorrido pouco tempo depois da promulgação da Lei dos crimes ambientais. No ano 2000, um lavrador foi preso em flagrante porque raspou uma casca de árvore para fazer chá para sua esposa adoecida, com base na Lei nº 9.605/1998, cuja grande inovação foi justamente possibilitar a imputação penal a pessoas jurídicas, visando às grandes empresas poluidoras (Fuziger, 2021, p. 274).

O fracasso da Lei nº 9.605/1998 aferido pelo crescente desmatamento amazônico seria uma demonstração de falência do Direito penal em sua matriz tradicional (ressalvando-se que o termo “tradicional” deve ser lido com ressalvas, eis que está a se tratar de crimes que afetam um bem jurídico transindividual)? Seria a hora de centrar esforços no denominado *compliance* ambiental

para “salvar” a Amazônia? Ou a crença em uma nova panaceia apenas geraria a mesma frustração compartilhada por aqueles que olharam o Direito penal como solução à destruição do meio ambiente?

3. O GIRO COPERNICANO DA AUTORREGULAÇÃO REGULADA: UM BREVÍSSIMO PANORAMA DO *CRIMINAL COMPLIANCE*

Não comporta ao recorte deste escrito uma análise pormenorizada da temática do *compliance*, com sua gênese histórica, perspectivas e intensas discussões doutrinárias produzidas sobre o assunto. Todavia, faz-se necessário ao menos delinear um conceito do objeto sobre o qual serão destinadas as próximas linhas. Assim, o *compliance* pode ser entendido como “as medidas pelas quais as empresas pretendem assegurar que seja cumpridas as regras pertinentes a elas e seus colaboradores, bem como as medidas para que se descubram e sancionem eventuais infrações a tal regramento” (Kuhlen, 2013, p. 51).

Faz-se necessário compreender que o desenvolvimento do *compliance* não se deu a partir de influxos do Direito penal, muito embora nas últimas décadas há um movimento de aproximação entre Direito penal, Criminologia e *compliance*, inclusive com um notável giro metodológico de aplicação do Direito penal empresarial, a partir de um incremento de punições por omissões impróprias, tipos penais de perigo abstrato e criminalização de condutas que outrora estariam no âmbito do Direito administrativo.

Surge, assim, um panorama de autorregulação regulada em que há um dever penalmente relevante de conformidade com determinadas normas, sendo que a adequação de uma empresa e seus dirigentes deve ser demonstrada a partir de tais práticas de conformidade. Sob tal perspectiva, o *compliance* acaba por se alicerçar sobre um paradoxo, como bem observado por Giovani Saavedra, valendo-se da terminologia de Martin Hartmann e Axel Honneth.

Tal paradoxo redundando no fato de que a atuação em *compliance* (como um processo dinâmico) visa à redução de riscos jurídicos a uma empresa, com a figura dos *compliance officers* atuando em uma posição de garantidores a partir de um dever de vigilância na prevenção de riscos. Todavia, tais controles internos criam uma condição para que ocorra nas empresas novas cadeias de responsabilização penal, a partir de uma omissão do dever de vigilância por tais agentes (Saavedra, 2011).

3.1. *Interlocuções entre criminal compliance e compliance ambiental*

Em linhas muito gerais, é possível conceber um programa de *compliance* e a gestão do risco corporativo em três etapas: 1) mensuração do risco; 2)

mitigação do risco; 3) avaliação contínua e revisão do processo (Coimbra & Manzi, 2010, p. 92). Tal métrica pode ser também pensada a partir de um objetivo relacionado ao enfrentamento de riscos empresariais de matriz ambiental.

Daí decorre a noção de *compliance* ambiental, termo que nas últimas décadas vem ganhando força e que permite uma interlocução com o *criminal compliance*, se pensado a partir de omissões impróprias penalmente relevantes dentro da legislação penal ambiental. Assim, sob um enfoque bastante específico, é possível conceber uma ideia de *criminal compliance* ambiental, sobretudo na realidade brasileira em que há responsabilidade penal da pessoa jurídicas exclusivamente quanto a crimes ambientais.

No entanto, no alvorecer da discussão doutrinária sobre o *compliance* no Brasil, autores já mencionavam que a Lei nº 9.605/1998 foi tímida no que concerne à positivação de hipóteses minorantes e excludentes de responsabilidade corporativa, caso medidas internas de prevenção fossem adotadas segundo programas sérios de atuação ética preventiva (Shecaira & Andrade, 2011, p. 2).

Ademias de questões penais, faz-se necessário compreender que o *compliance* ambiental também está direcionado a instrumentos de *soft law*, ou seja, sem obrigatoriedade jurídica, mas que exercem influência em um mercado cada vez mais integrado e globalizado. Nesse sentido, pode-se pensar em boicotes de países estrangeiros a determinado país que não cumpre metas avençadas em acordos de diminuição de gases de efeito estufa (Shaw, 2008, p. 117).

Já em um exemplo interno, ainda no ano de 1995 foi criado o “Protocolo Verde”, com um instrumento de adequação de empresas à responsabilidade ambiental. Tal protocolo, criado pelo governo federal brasileiro, com apoio de bancos estatais, impunha uma série de procedimentos (como a apresentação de licenças ambientais) como requisitos à concessão de financiamentos. Para além de previsões de crimes ambientais, embargos internacionais e regras de financiamento, com o passar do tempo empresas centraram forças (muito em razão de estratégias mercadológicas) em boas práticas relacionadas ao meio ambiente, conforme ver-se-á adiante.

4. UMA NOVA MÉTRICA DE PRÁTICAS EMPRESARIAIS: O ESG

A sigla ESG (que será pormenorizada adiante) não revoluciona o mundo empresarial em termos de inovação, uma vez que boa parte de suas ideias já estavam descritas em uma outra sigla que desde a metade do século passado (Carroll, 1999) era objeto de grande relevância nas práticas empresariais: CSR (*Corporate Social Responsibility*), em uma tradução livre, “responsabilidade social corporativa”, que descreve práticas empresariais que visam a aportar

benefícios à coletividade, mas que (sem qualquer ingenuidade) proporcionam ganhos reputacionais às empresas.

Muito mais recente – e cada vez mais impactante no ideário empresarial – a sigla ESG (traduzível como “meio ambiente, sociedade e governança”) designa boas práticas relacionadas à sustentabilidade e medidas de desenvolvimento social que são realizadas no âmbito de governança corporativa (sendo que nesse âmbito há uma interlocução entre *compliance* e ESG). A primeira menção à sigla ESG é reputada a um relatório da Organização das Nações Unidas de 2005, denominado *Who cares wins*. Iniciativas ESG designam ações que afetam a performance de uma empresa a partir de riscos não-financeiros (Harper Ho, 2016, p. 651). Fundamental esclarecer que riscos não-financeiros, ao contrário do que o nome possa sugerir, podem afetar decisivamente o valor de uma empresa e seus resultados. Ilustrativamente, um desastre ambiental ocorrido na planta de uma indústria corresponde a um risco não-financeiro. Porém, é certo que a depender das proporções, para além de sanções administrativas ou eventualmente penais, há também uma possibilidade de um desvalor reputacional que acaba por reverberar nas vendas de produtos das marcas dessa empresa.

4.1. *Do rendimento do ESG diante das dinâmicas de crimes ambientais na Amazônia brasileira: uma utopia diante de uma distopia?*

Novas ideias, ainda que muitas vezes repaginadas com inéditas denominações, costumam trazer em si um objetivo de revolucionar seu campo de incidência. Nesse sentido, há que se ter parcimônia ao se verificar o rendimento de novas propostas em um âmbito empírico, afinal, o grande problema da teoria é a prática. Assim, a ideia de ESG guarda consigo um problema inicial de ordem nominalista, eis que conjuga objetos e objetivos que não são inéditos, embora estejam colocados em uma nova sigla. Cabe ressaltar que, no entanto, ideias não propriamente inéditas muitas vezes alcançam novas dimensões quando remodeladas e renomeadas.

Nesse cenário, é certo a sigla ESG (ainda pouco conhecida para além do mundo corporativo) paulatinamente atingirá níveis de relevância que a alçará a um papel cada vez mais central nas dinâmicas empresariais das próximas décadas. Isso porque há um caldo de cultura e um cenário de degradações ambientais e sociais que tornam os fundamentos e finalidades da métrica ESG absolutamente pertinentes à humanidade.

No entanto, circunspecção é uma necessidade de primeira ordem em qualquer tipo de análise, sobretudo em um olhar acadêmico. Sob tal premissa e considerando a questão da degradação ambiental amazônica (que atingiu ní-

veis distópicos), a utopia do fim de sua destruição estará longe de ser alcançada, ainda que por uma ampla adoção da métrica ESG no universo empresarial global.

Uma das razões para a cautela quanto à efetividade da métrica ESG no cenário amazônico diz respeito às particularidades de suas formas de degradação. Nesse sentido, o desmatamento via incêndios e corte de árvores não é realizado diretamente por grandes empresas regularmente constituídas e com equipes de governança, planos de *compliance* e congêneres. Ao contrário, a destruição, no mais das vezes, ocorre a partir da atuação de pessoas que atuam na mais absoluta clandestinidade ou, outras tantas vezes, por meio de empresas de fachadas.

Evidentemente, grandes corporações, os próprios governos nacionais dos países com território amazônico e governos estrangeiros se beneficiam em certa medida da degradação da Amazônia. Basta pensar no exemplo brasileiro e sua balança comercial preponderantemente lastreada na exportação de produtos agropecuários. Porém, há que se ter em conta que entre esses grandes players privados ou estatais costuma haver uma intrincada série de intermediários até que se chegue no sujeito que acende a chama de um incêndio florestal ou golpeia abaixo uma árvore com uma motosserra. É justamente tal complexidade que exorbita as previsões normativas de crimes ambientais pelo Estado e métricas como a ESG por corporações ou entidades governamentais.

Feita essa ressalva e entendendo que o combate à degradação da Amazônia depende de medidas multifatoriais, algumas iniciativas vinculadas à ESG são alvissareiras e podem contribuir (como uma, dentre diversas frentes) para a contenção da desenfreada destruição da floresta amazônica. Nesse sentido e ilustrativamente, surgem articulações como a do Fórum Amazonia+21, a Confederação Nacional da Indústria e outras instituições, buscando fomentar o desenvolvimento sustentável, a monetização de ativos florestais e a recuperação de áreas degradadas. Nessa linha, nota-se ainda um incremento de iniciativas norteadas pela Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, bem como dos princípios ambientais enumerados no Pacto Global das Nações Unidas.

No entanto, cabe ainda uma última advertência, sobretudo diante de um fenômeno recorrente nas políticas de sustentabilidade de empresas. Trata-se do chamado *greenwashing*, que pode ser definido como uma deturpação das informações relacionadas às ações sustentáveis de empresas, as quais buscam lucrar por meio desse expediente, ao transmitir uma aparência de compromisso com a preservação ambiental que não corresponde à realidade (Voltolini, 2011, p. 63).

Não à toa e por exemplo, diante de tal cenário, criou-se na Europa o *Sustainable Finance Disclosure Regulation* (SFDR, traduzível como Regulamento

de Divulgação de Finanças Sustentáveis) o qual visa a regulamentar a transparência na divulgação de dados sobre práticas sustentáveis e investimentos das empresas em programas ambientais. Em síntese, há que se assegurar que para além da almejada imagem de comprometimento com a preservação ambiental, haja uma efetivação e concretude das políticas ambientais e de sustentabilidade por parte de empresas, instituições e governos.

5. CONCLUSÕES

Ao longo das breves linhas deste escrito, falou-se muito sobre estratégias de política criminal, questões de dogmática penal, uso de técnicas e tecnologias, bem como de métricas de vanguarda na gestão empresarial e governança para a preservação ambiental. No entanto, todos esses temas só fazem sentido na concretude da questão da degradação amazônica a partir de uma correta compreensão do que ela significa em seus mais diversos aspectos.

Nesse sentido, quem vê e vivencia a destruição de sua terra é quem melhor dá o testemunho dessa tétrica realidade, retratada com maestria, por exemplo, em obras artísticas, como nos versos doloridos de cancioneiros populares brasileiros. Nessa toada, a estrofe que serve de epígrafe deste artigo é parte da lamuriosa canção “Matança”, de Augusto Jatobá, imortalizada nas vozes de cantores do Norte e Nordeste do Brasil, como Elomar, Vital Farias, Xangai e Geraldo Azevedo.

E na sabedoria da música popular brasileira encontra-se o diagnóstico privilegiado de uma verdade já quase inelutável, insculpida na estrofe de epígrafe desse texto: muito da diversidade da fauna e flora é hoje encontrada apenas em bibliotecas, seja em seu mobiliário ou nos dicionários de seu acervo. Diante disso, ainda assim é possível conceber um horizonte possível de versos musicais mais alvissareiros sobre a Amazônia, o que seria sintoma de um ponto de inflexão no cenário de desmatamento da região.

Todavia, a hoje remota hipótese de concretude de uma nova era de proteção das riquezas naturais e diversidade da Amazônia passa por uma sinergia de esforços e, imprescindivelmente, em um primeiro momento, com a correta leitura de conjuntura. Nesse sentido, há que se compreender que mudanças por propostas legislativas penais de muito pouco ou nada servem, diante de estruturas de omissão e impunidade há décadas sedimentadas em uma região de continentais dimensões, o que torna sua vigilância especialmente desafiadora, ainda que com uso de refinadas tecnologias.

É certo que a imensidão amazônica possui um microcosmos próprio quanto ao binômio legalidade/ilegalidade, cuja compreensão é inacessível mesmo para muitos juristas de outras regiões do Brasil. Assim, objetivamente, corres-

ponde a uma patente ingenuidade crer em uma mudança de panorama da degradação ambiental da Amazônia a partir de (mais) rigorismo penal, de influxos de normas de *compliance* ou, mais especificamente, das dinâmicas de ESG. É necessária a compreensão de que ideias bem-intencionadas e valorosas não são ideias universais, sendo certo que a conjuntura de aplicação sempre será uma das variáveis mais relevantes na efetividade de uma proposta protetiva.

Todavia, o parágrafo acima não deve ser lido como um vaticínio pessimista. Ao contrário, é necessário esclarecer que há um rendimento possível e promissor (ainda que com limitado alcance) no que concerne à ideia de articular o *compliance* ambiental e a métrica ESG com a questão da degradação ambiental amazônica: por exemplo, ao se exigir práticas de conformidade de empresas que adquirem *commodities* potencialmente produzidas na Amazônia ou, ainda, que essas empresas, por seu turno, exijam cada vez mais conformidade ambiental de seus fornecedores (por exemplo, exportadores de carne bovina, soja, dentre outros produtos).

Em outras palavras, se há vislumbre de possibilidade que determinada matéria-prima seja oriunda da região amazônica, faz-se necessária uma política de rastreabilidade e certificação de toda cadeia de produção daquele bem. Em tal panorama, influxos relacionados ao *compliance* e ESG podem ser de grande valia na articulação dessas medidas, dentre várias outras medidas sinérgicas de proteção amazônica, as quais vão muito além de soluções penais.

O Direito penal, como é sabido, nunca logrou êxito em seu propalado intento de salvar o mundo e a humanidade. Salvar especificamente a Amazônia também está fora de seu horizonte de possibilidade, sendo ele, no máximo, um tímido coadjuvante em tal tarefa. E é importante que isso fique absolutamente claro, eis que para cada folha impressa com uma Lei ambiental inefetiva e característica de “Direito penal simbólico”, padeceu inutilmente uma árvore no planeta.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (2012). *Viejo y nuevo derecho penal. Principios y desafíos del derecho penal de hoy*. Madrid: Iustel.
- CARROLL, A. B. (1999). Corporate Social Responsibility: Evolution of a Definitional Construct. En: *Business & Society*, 38(3), 268-295.
- COIMBRA, M. A., & MANZI, V. A. (2010). *Manual de compliance*. São Paulo: Atlas.
- COSTA, H. R. L. da. (2010). *Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do Direito*. São Paulo: Saraiva.
- FUZIGER, R. (2015). *Direito penal simbólico*. Curitiba: Juruá.
- FUZIGER, R. (2021). *Autodeterminação e Direito penal*. Belo Horizonte: D'Plácido.

- HARPER HO, V. (2016). Risk-Related Activism: The Business Case for Monitoring Non-financial Risk. *Journal of Corporation Law*, 41, 647-704.
- HASSEMER, W. (1998). A preservação do ambiente através do Direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 6(22), 27-38.
- INPE. INSTITUTO NACIONAL DE PESQUISAS ESPACIAIS (2021). *Monitoramento do Desmatamento da Floresta Amazônica Brasileira por Satélite*. Recuperado em 29 de agosto de 2021, de <http://www.obt.inpe.br/OBT/assuntos/programas/amazonia/prodes>.
- KUHLEN, L. (2013). Cuestiones Fundamentales de Compliance y Derecho Penal. En L. KUHLEN, J. P. MONTIEL, I. O. U. GIMENO (Orgs.). *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons.
- LEI Nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009. (2009). Institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima - PNMC e dá outras providências. Brasília, DF. Recuperado em 26 de março de 2023, de https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12187.htm.
- LEI Nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. (1998). Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, DF. Recuperado em 26 de março de 2023, de https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm.
- MURATA, A. M. L. K. (2016). *Ofensividade nos delitos ambientais*. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, São Paulo, Brasil.
- PÉREZ CEPEDA, A. I. (2007). *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: Iustel.
- PRADO, L. R. (2008). Apontamentos sobre o ambiente como bem jurídico-penal. *Revista de Direito Ambiental*, vol. 50, 133-158.
- RAMOS VÁSQUEZ, J. A. (2011). Compatibilidad de la sanción penal con la sanción administrativa. En P. FARALDO CABAÑA, L. M. PUENTE ABA (Dirs.). *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código penal y la legislación especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- SAAVEDRA, G. A. (2011). Reflexões Iniciais sobre Criminal Compliance. *Boletim IBCCRIM*, nº 218.
- SHAW, M. N. (2008). *International law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- SHECAIRA, S. S., & ANDRADE, P. L. B. (2011). Compliance e o Direito Penal. *Boletim IBCCRIM*, nº 222.
- VOLTOLINI, R. (2011). *Conversa com líderes sustentáveis: o que aprender com quem fez ou está fazendo a mudança para a sustentabilidade*. São Paulo: Senac.
- ZIMBRES, B. et alii. (2021). *Nota Metodológica SEEG 8*. Recuperado em 27 de agosto de 2021, de seeg-br.s3.amazonaws.com.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. (2001). Relaciones entre Derecho penal y Derecho Administrativo Sancionador. ¿Hacia una “administrativización” del Derecho penal o una “penalización” del Derecho Administrativo Sancionador? En L. ARROYO ZAPATERO, I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (Dirs.). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos* (Vol. 1.) Cuenca: Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha/Ediciones Universidad de Salamanca.

La presente obra recoge las ponencias impartidas en el Seminario Internacional «Reflexiones políticas y jurídicas sobre la protección del medio ambiente y las políticas de desarrollo en la Amazonia», que tuvo lugar –en formato virtual– entre el 4 de mayo y el 1 de junio de 2021. Sus páginas abordan muchos de los problemas que afectan actualmente a la región amazónica, así como los conflictos políticos y económicos derivados de la protección del medio ambiente. Los 21 autores recopilados en el libro son académicos de universidades españolas, brasileñas y colombianas. Esta pluralidad de orígenes pretende ser expresión de la globalización del medio ambiente y de sus consecuencias. Esto es, la protección del medio ambiente en la Amazonia no es solo de interés o responsabilidad de un país, es un objetivo que nos debe interesar a todos y en el que todos deberíamos implicarnos.



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



CENTRO DE
ESTUDIOS
BRASILEÑOS

ISBN: 978-84-1311-980-9



9 788413 119809