

## La experiencia brasileña de las fiscalías en la protección penal del ambiente

Eladio Lecey<sup>1</sup>

Voy a hablar, específicamente, sobre la experiencia brasileña de las fiscalías y la protección penal del ambiente. Desde principios de mi carrera como juez inicial tuve una gran aproximación con el Ministerio Público y, en la actualidad, tengo una gran admiración por los fiscales de mi país. Considero que el Ministerio Público está muy bien preparado y tiene mucha independencia. Aún así, no dejo de ser juez. Conuerdo que el compromiso de ajuste de conducta es una de las mayores conquistas que tenemos en Brasil, en materia de posibilidad de protección de derechos difusos, en especial, del medio ambiente. Pienso que es una buena solución para la pacificación de la contienda, y no toma tanto tiempo como el juicio contestatario.

Se puede hacer una conexión entre el aspecto civil y el penal, la que tiene que ver con el mencionado compromiso. La protección penal del ambiente en Brasil se basa en una ley de crímenes contra el medio ambiente, que también abarca infracciones administrativas. Pero lo que vamos a tratar aquí es la cuestión penal.

De acuerdo con nuestra ley, en su artículo 26, la acción penal es pública y exclusiva del Ministerio Público. Es solamente él quien tiene la titularidad de la acción penal en materia de crímenes contra el ambiente. El Ministerio Público acusa —denuncia—, propone la acción penal y postula la condena del autor del hecho. En el ámbito penal, el Ministerio Público también puede hacer investigaciones y/o requerir investigación por parte de la policía en materia de crímenes contra el medio ambiente. La Fiscalía tiene atribuciones, antes de la fase judicial, para que los fiscales puedan hacer directamente, investigaciones, lo que, según sé, es algo que existe sólo en Brasil.

De lo que estamos hablando es de derechos difusos, donde hay un daño macro social y esto se refleja también en el derecho ambiental penal, por lo que es necesario encontrar formas de reparación rápida del daño. Por eso, la legislación brasileña ya tenía, desde 1995, con anterioridad a la ley de crímenes contra el ambiente, algunos instrumentos que la nueva legislación penal ambiental comenzó a utilizar para proteger con mayor rigor al ambiente. Por lo tanto, pasamos a tener lo que se llama acuerdo de reparación, que lo que busca es cómo el autor del hecho va reparar el daño.

Hay otra figura que llamamos de transacción penal, una especie de negociación en la que el fiscal puede no hacer acusación de algunos crímenes —con penas privativas de libertad conminadas de hasta dos años— y, en cambio, proponer para el autor la aplicación de alguna medida real, que beneficie al medio ambiente. Más adelante haré propuestas de medidas reales que el Ministerio Público pudiera aplicar o que ya se están aplicando en Brasil y que configuran auténticos beneficios al ambiente. Esta transacción penal, en materia de crímenes contra el ambiente —y solamente para dichos crímenes— tiene una condición obligatoria: el Ministerio Público solamente puede ofrecer esta propuesta de medida real sin proceso —sin propuesta de condena— si el autor del hecho lo acepta y si hay acuerdo de reparación, el que la ley llama de composición del daño. Es decir, la composición del daño es una condición, un requisito indispensable, para la transacción penal.

Otra figura penal más es la suspensión del proceso, posible en los crímenes que tienen establecidas penas privativas de libertad con mínimo de un año. Según dicha

<sup>1</sup>Director Presidente de la Escuela Nacional de la Magistratura y Profesor de Derecho Ambiental Penal, Brasil.

figura, el Ministerio Público propone la acusación, el proceso se suspende y se aplican algunas medidas reales, aunque sigue existiendo la condición obligatoria de reparación del daño.

Según la Ley Penal Ambiental —Ley 9605/98— hay una importante distinción con otras infracciones penales: en caso de crímenes contra el ambiente, el juez no puede extinguir el proceso por el simple transcurso del plazo de la suspensión. Para la declaración de la extinción de la punibilidad, transcurrido el plazo de la suspensión, es indispensable comprobar la efectiva reparación del daño al ambiente. Es decir, aunque el fiscal no pida la verificación de la reparación del daño, el juez no puede cerrar el proceso sin la verificación de expertos que certifiquen si fue o no reparado el daño al ambiente. Solamente será declarada la extinción de la punibilidad del autor del hecho, si es comprobada la reparación. En Brasil tenemos ya mucha jurisprudencia en tal sentido.

Esta nueva legislación ha cambiando el papel de los “operadores del derecho”, es decir, de jueces, fiscales y abogados defensores. En este sentido, hoy en día, se debe reflexionar sobre el rol del juez, puesto que ya no es más aquel que espera que las partes debatan para solucionar la controversia; debe ser un mediador de conflictos y buscar, también, la pacificación. El cambio destacable en el caso de los fiscales es que, anteriormente, el Ministerio Público estaba obligado a presentar una acusación en casos de crímenes de acción pública; ahora debe, en primer lugar, buscar una solución pacificadora, es decir, deja de ser un “acusador compulsivo”. Hoy, el Ministerio Público tiene una posición privilegiada, pues se podría decir que, de una cierta forma, también es un juez: sea cuando trabaja para hacer una averiguación civil, cuando hace un compromiso de ajuste de conducta, sea después, en el juicio criminal, cuando hace una propuesta de transacción penal sin ofrecer acusación o, aun, cuando ofrece acusación pero propone la suspensión del proceso, decidiendo si debe o no ofrecer la acusación plena, en todos esos momentos, el fiscal es también un juzgador.

Hay cambios muy importante, también, en el rol del defensor, del abogado. En primer lugar, debe estar atento a las posibilidades de soluciones pacificadoras, que constituyen auténticos beneficios a sus clientes. Esto quiere decir que aunque el fiscal no las proponga, él debe provocar sus aplicaciones, postulando al juez. En segundo lugar, debe preocuparse con la “dignidad ambiental” de su cliente cuando va hacer soluciones pacificadoras, tanto judiciales cuanto extrajudiciales. Sea cuando hace términos de ajuste de conducta ante el Ministerio Público, sea cuando hace transacciones en el juicio criminal, el abogado solamente debe aceptar medidas reales que reviertan al ambiente, y no otras cosas.

La transacción penal y la suspensión del proceso, según la ley de crímenes contra el ambiente tienen carácter de derecho penal reparador. Esto lo menciono porque se han dado caso en donde se ha acusando a la Ley brasileña de crímenes ambientales de cumplir un rol que no es propio del ámbito penal, puesto que el suyo debe ser reparador, es decir, una tarea propiamente del ámbito civil. No obstante ello, creo que, aunque se trate de temas de derechos difusos —como lo es la protección ambiental—, se debe buscar soluciones alternativas, como algún intercambio entre lo civil y lo penal.

Intentando encontrar soluciones para América Latina, quizá debemos buscar modelos propios de fiscalías y jueces. Necesitamos juzgados especializados en materia ambiental porque, tanto jueces como fiscales necesitan tener mayor sensibilidad y fuerza para intentar la protección del ambiente, en el ámbito penal y en el civil, y, al

mismo tiempo, conocer de temas ambientales. Fiscalías más fuertes en toda América Latina no significa debilitar al poder judicial, puesto que no hay antagonismo entre ellos. Un asunto más es buscar soluciones pacificadoras, como el término de ajuste de conducta, pero sin dejar de lado la acción penal cuando el caso lo amerite.

Retornando a Brasil, su ley, en el artículo 27, estableció como condición de la transacción penal el que sea hecha una propuesta de previo acuerdo de reparación del daño. Inclusive, en el artículo 28 puso como requisito de la declaración de la extinción de la punibilidad en la suspensión del proceso, la comprobación por laudo de la reparación del daño al ambiente, lo que funciona de la siguiente manera: hay una acusación; se suspende el proceso; se aplican algunas condiciones, medidas reales de carácter ambiental; transcurrido el plazo de la suspensión se declara extinta la que llamamos punibilidad —la responsabilidad penal— como si nada hubiera ocurrido, algo positivo para la parte que cometió el delito. En Brasil, esto es sólo en relación a crímenes contra el ambiente. La declaración de extinción de la responsabilidad sólo puede llevarse a cabo con el dictamen de un experto constatando la reparación de daño. En este sentido, si lo que ocurre es una reparación parcial, puede prorrogarse la suspensión del proceso. A todas luces es un derecho penal reparatorio, y el papel del fiscal, frente a un caso así, es el de estar atento a la implementación de las condiciones.

Dada la situación descrita anteriormente, el fiscal no puede ofrecer una transacción sin un acuerdo reparatorio previo, por lo que juega un papel en la etapa previa a la composición del daño. Ocurre lo mismo en la suspensión del proceso, debido a que el fiscal debe buscar la efectiva reparación del daño al ambiente.

El juez, por su parte, no puede declarar extinto el proceso aunque el Ministerio Público no intervenga en este aspecto. De todas maneras, aun con la nueva legislación, hubo jueces que no se percataron de la existencia del artículo 28 o, si lo hicieron, perdieron de vista toda su extensión y aplicaron la jurisprudencia tradicional. Una vez cumplidos los plazos, consideraron extinta la punibilidad sin preocuparse si hubo o no reparación del daño. Por lo tanto, transcurrido el plazo de la suspensión del proceso, el juez debe verificar la reparación del daño, y solamente después de comprobada la reparación puede declarar extinta la responsabilidad penal del autor del hecho.

Ahora bien, una cosa no impide la otra, es decir, que haya una intervención en el juicio civil y también en el penal. Esto es así, justamente porque un hecho puede ser punible civil y penalmente. El papel del fiscal en estos casos es el de proponer la aplicación inmediata de las medidas, así como el rol de juez será aplicarlas. Pero, eso puede hacerse sólo como condición de la transacción penal, en la que hay como requisito la composición del daño. Siguiendo con el caso de Brasil, por ejemplo, un juez, aceptando la intervención del fiscal, ha condicionado a una empresa —en Brasil es posible adjudicar a una persona jurídica la responsabilidad penal— a que, para recibir beneficio de la transacción penal, presente previamente un plan de recuperación del área degradada. Pero, para tener derecho a la transacción penal no sólo se toman en cuenta cuestiones meramente objetivas, sino también otros requisitos, algunos subjetivos, tales como una personalidad bien desarrollada, etcétera. Si dichos requisitos no están presentes, el Ministerio Público intentará la acción penal con la acusación y un pedido de condena. Ocurre lo mismo con la composición del daño. Esta transacción penal, en Brasil, es posible en veinte tipos de crímenes distintos contra el ambiente. Las penas privativas de libertad previstas no son superiores a los dos años.

En esos mismos veinte crímenes contra el ambiente, cuya pena máxima son dos años, la mínima no es superior a un año. En estos casos, el papel del fiscal es el de

ofrecer la acusación y proponer la suspensión del proceso y algunas condiciones. Algunas de estas condiciones pueden ser medidas reales para con el medio ambiente.

En Brasil, el acuerdo de reparación del daño al ambiente, en el área civil, es posible en cualquier situación de daño al ambiente. La ley de acción civil pública prevé la posibilidad de los términos de ajuste de conducta (**TAC**). No es una transacción en el sentido de que se puede negociar la no reparación del daño, puesto que, como ya se ha dicho, la reparación es una obligación, una responsabilidad objetiva en materia civil. Lo que sí se puede negociar es cómo se va a reparar el daño, en qué forma, en qué tiempo, etcétera. En el área penal, ese acuerdo de reparación, de la composición del daño, es posible solamente para las infracciones de menor potencial ofensivo, es decir, en aquellos crímenes cuya pena máxima sea dos años. Un ejemplo es la actividad de extracción de minerales no autorizada, en tanto no haya contaminación. De haberla, la pena será mayor, por lo que ya no será posible la transacción, aunque sí la suspensión del proceso.

Sin embargo, nada impide que los delitos más graves puedan, en el ámbito civil, tener composición del daño ajustada. O sea, podrá ser hecho el término de ajuste de conducta con el Ministerio Público en lo civil y ser intentada acusación en lo penal. La composición del daño ajustada civilmente, no en tanto, tendrá consecuencias en el juicio criminal: por ejemplo, como atenuante, si se proporciona la reparación del daño.

Haciendo una conexión entre lo civil y lo penal, lo ideal sería que el mismo fiscal —el mismo agente del Ministerio Público— esté presente en los dos ámbitos. Eso le crearía al fiscal el compromiso de tratar la cuestión penal también. En Brasil, el Concejo del Ministerio Público ya tiene orientaciones para que los fiscales, cuando deban hacer términos de ajuste de conducta, traten también el tema en lo penal.

Hay muchos abogados que orientan a sus clientes a no hacer compromiso de ajuste con el Ministerio Público cuando su conducta pueda haber sido criminal, porque eso podría dar a entender que se está admitiendo la responsabilidad penal. Las esferas son distintas, como sabemos; para que exista la responsabilidad penal —incluso en materia ambiental no hay responsabilidad objetiva— se necesitan otros requisitos, en este caso, pruebas del hecho punible, como conducta típica, ilícita y culpable. En realidad, es preferible para quien comete el ilícito hacer los términos de ajuste ante el Ministerio Público con la composición del daño ajustada. Esto es así porque en el caso de infracción de menor potencial ofensivo ya estará garantizada la transacción penal, por lo que no habrá acusación. El Ministerio Público va a proponer la solución pacífica, también en juicio criminal, con aplicación de alguna medida real.

Sin embargo, también este tema ha dado alguna dificultad, puesto que algunos tribunales entendieron que no podría haber intervención en el juicio criminal. Es decir, como ya se habría hecho la reparación del daño o, por lo menos, ya se habría tratado de hacer un acuerdo para la reparación del daño, el Ministerio Público no podría intentar en juicio criminal una intervención, ni siquiera con la transacción penal, porque ésta tiene como consecuencia la aplicación de una medida real que tiene carácter sancionatorio.

En este sentido, ya hubo jurisprudencia en Minas Gerais. Mientras tanto, en las provincias de Sao Paulo, Santa Catarina, Rio Grande do Sul y en tribunales federales, se ha entendido que el ajuste sobre la reparación del daño no impide la intervención en el juicio criminal. La conexión entre lo civil y lo penal es muy interesante, debido a que se llega a una solución más rápida para el tema ambiental, con composición y reparación del daño, y con aplicación de medidas reales, en el juicio criminal.

Una solución atrayente, y de interés al tema de la tutela del medio ambiente, son las medidas reales que pueden ser aplicadas en la transacción en juicio criminal. Se recomiendan las previstas en la ley de crímenes contra el ambiente de Brasil, especialmente las del artículo 23: costear programas y proyectos ambientales; manutención de espacios públicos; contribuciones a entidades ambientales o públicas, entre otras. El papel del fiscal es, justamente, proponer estas medidas en la transacción penal o en la suspensión del proceso.