



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Ciencias Penales

Protección del medioambiente en el Estatuto de Roma: ¿ecocidio, una alternativa necesaria?

Memoria para optar al grado de Licenciado en
Ciencias Jurídicas y Sociales

Francisco Javier Rivera Aguirre

Profesor Guía: Dr. Juan Pablo Mañalich Raffo

Santiago, Chile

2024

Parte de las ideas tratadas en esta memoria (específicamente, aquellas sobre las que versan los capítulos I y II) fueron desarrolladas en el marco del trabajo elaborado para el seminario “International Law 4.0. Perspectives from International Public Law and International Criminal Law on the Environment, Climate Change and Human Rights”, entre la Universidad de Chile y la Universität Hamburg, realizado entre marzo y septiembre del 2022, y que contó con financiamiento del DAAD.

A Matías Fernández, el último 14.

AGRADECIMIENTOS

Siendo lo que aquí se encuentra una mera tesis de pregrado, reciban los mencionados en este apartado un escueto, pero no por ello menos efusivo, agradecimiento, por las razones que, también escuetamente, se indican.

Al profesor Juan Pablo Mañalich, por su (inconmensurable) paciencia y acompañamiento durante este proceso, y, por cierto, su insoslayable responsabilidad en volver el estudio de la dogmática penal un placer; al profesor Alfredo Jocelyn-Holt, por mostrar cómo se desenvuelve genuinamente el quehacer universitario e intelectual; y a la profesora Claudia Cárdenas, por la metódica y excelentísima guía en los, a veces intrincados, asuntos del derecho penal internacional.

En suma, a todos, por el rigor y la exigencia, *conditio sine qua non*, de esta Memoria.

A Cristóbal, Alan, Eduardo Sebastián, Gabriel, Cristián, Germán, Matías, Miguel, Sebastián, Vicente, Felipe y Alfonso, por toda la paciencia que debe haber tomado soportar nuestras conversaciones, relativas a estas y otras yerbas.

A Ignazio, Paola, Raúl y Alicia, por todo.

Y, con (*solo un poco*) más efusividad, a Belén, por todo y *más*.

ÍNDICE

RESUMEN.....	7
INTRODUCCIÓN.....	8
I.- CASO <i>RENDULIC</i> : PRECEDENTE DE LA PROTECCIÓN AL MEDIO AMBIENTE EN SEDE PENAL INTERNACIONAL	11
1. PRESENTACIÓN	11
2. RAZONAMIENTO DE LA <i>REGLA RENDULIC</i>	12
2.1. NECESIDAD MILITAR	13
2.2. CONOCIMIENTO DEL COMANDANTE	15
3. PROBLEMAS DE PERSECUCIÓN DESPRENDIDOS DEL ART. 8.2 (B) (IV).....	15
II.- ¿PROBLEMA ELUDIDO? CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD Y GENOCIDIO COMO FORMAS INDIRECTAS DE CASTIGO INDIRECTO A LA DESTRUCCIÓN DEL MEDIOAMBIENTE.....	18
1.-INTRODUCCIÓN: EL ART. 5 DEL ESTATUTO DE ROMA	18
2. ¿CREANDO UNA SALIDA? PERSIGUIENDO CRÍMENES MEDIOAMBIENTALES UTILIZANDO OTRAS FIGURAS.....	18
2.1 CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD	19
2.2. GENOCIDIO	21
3. PROBLEMAS CON ESTE ACERCAMIENTO DESDE UNA PERSPECTIVA ECOCÉNTRICA.....	23
3.1. LA FUNCIÓN EXPRESIVA DEL CASTIGO INTERNACIONAL.....	23
3.2. ¿ES CONSISTENTE LA CRIMINALIZACIÓN DEL DAÑO MEDIOAMBIENTAL CON LA PROHIBICIÓN DE ANALOGÍA?.....	27
III.- LA CRIMINALIZACIÓN DEL ECOCIDIO COMO RESPUESTA, SU (POSIBLE) TIPIFICACIÓN Y UBICACIÓN EN EL ESTATUTO DE ROMA	29
1.- ORÍGENES E HISTORIA DEL CONCEPTO	29
2.- PROPUESTAS DEFINICIONALES	30
2.1. PROPUESTA DE POLLY HIGGINS	31
2.1.A) ECOCIDIO À LA HIGGINS	33
2.2. PROPUESTA DE NEYRET	38
2.2.A) RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA POR EL ECOCIDIO SEGÚN NEYRET	39
2.2.B) EL ECOCIDIO BAJO LA PROPUESTA DE NEYRET.....	41
2.2.C) ECOCIDIO COMO CRIMEN INTERNACIONAL.....	43
2.2.D) EXCURSO: LA (NO) REFORMA DEL ESTATUTO DE ROMA.....	44
2.3. PROPUESTA DE LA STOP ECOCIDE FOUNDATION	45
2.3.A) ¿RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS BAJO EL ESTATUTO DE ROMA?.....	46
2.3.B) LA REFORMA AL PREÁMBULO Y EL ANÁLISIS COSTO - BENEFICIO: ¿UN EJEMPLO DE PENALIZACIÓN (PURAMENTE) SIMBÓLICA, PERO (NO) ECOCÉNTRICAMENTE MOTIVADA?	47

IV. ¿ECOCIDIO COMO CRIMEN DE LESA HUMANIDAD O COMO FIGURA AUTÓNOMA? ANÁLISIS A LA LUZ DE LA TEORÍA LUBANIANA DE LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD, Y LA TEORÍA DEL ATAQUE AL ORDEN SOBERANO DE ESTADOS	52
1.- LUBAN Y LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD	52
2.1 CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD COMO ATAQUES CONTRA EL “ANIMAL POLÍTICO”	53
2.2 CARACTERÍSTICAS DE LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD.....	55
2.3 ¿ECOCIDIO COMO CRIMEN CONTRA LA HUMANIDAD BAJO LA TEORÍA DE LUBAN?	57
2.3.1 ¿ECOCIDIO COMO UN CRIMEN CONTRA EL ANIMAL POLÍTICO?	59
2.3.2. ¿ECOCIDIO COMO CRIMEN CONTRA LA HUMANIDAD A LA LUBAN?.....	62
2.- LISS Y LA TEORÍA LOS DELITOS INTERNACIONALES COMO “ATAQUES CONTRA EL ORDEN SOBERANO DE ESTADOS”	66
2.1 CUESTIONAMIENTOS DE LISS A LAS ANTERIORES FUNDAMENTACIONES DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL	66
2.2. ATAQUE CONTRA EL ORDEN SOBERANO DE LOS ESTADOS	71
2.3 ¿ECOCIDIO COMO UN NUEVO “DELITO CONTRA LA SEGURIDAD HUMANA?	73
CONCLUSIONES	77
BIBLIOGRAFÍA	79
A. LIBROS Y ARTÍCULOS ACADÉMICOS	79
B. RECURSOS WEB	82
C. NOTICIAS	83
D. JURISPRUDENCIA	83

RESUMEN

Este trabajo se enmarca en la discusión jurídico penal, particularmente en sede penal internacional, que ha rodeado a la discusión respecto de la posible tipificación de los más graves daños al medioambiente, propuesta de tipificación habitualmente denominada *ecocidio*. Así, el trabajo principia contextualizando el estado de la cuestión, en lo referido a la protección medioambiental, que dispensa el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. De esa forma, se analizan diversos crímenes contenidos en el Estatuto y se conceptualiza si ellos pudieran, o no, entenderse como formas adecuadas para criminalizar la destrucción medioambiental. Posterior a ello, se da cuenta de algunas propuestas de tipificación del ecocidio existentes, para finalizar contrastando las nociones allí contenidas con dos teorías explicativas respecto a lo que hace distintivo a un crimen internacional de uno doméstico, para efectos de dar cuenta del tratamiento que, a la luz de los mentados planteamientos, pudiera merecerle al ecocidio. Todo lo anterior se realiza con el objetivo de clarificar si el ecocidio, en cuanto conducta propuestamente criminal, pudiera (o debiera) ser equiparada a los demás crímenes contenidos en el Estatuto de Roma.

INTRODUCCIÓN

La situación contemporánea del medioambiente en el planeta es una cuestión que genera diversas discusiones, en variados ámbitos de la vida pública. El estado actual de las cosas ha motivado diversas consideraciones respecto a la vieja pregunta de *qué hacer* ante la problemática climática. Se organizan anualmente innumerables conferencias y actividades que buscan entregar posibles respuestas a estas interrogantes, siendo la necesidad de *hacer algo* la única certeza que, al parecer, se tiene.

Estas discusiones no han sido ajenas al derecho, así lo demuestran los numerosos tratados suscritos entre Estados que buscan atajar de alguna manera la crisis medioambiental que azota al planeta, suscribiéndose diversos acuerdos y compromisos adquiridos dentro de la comunidad internacional buscando encontrar una solución a dicha problemática.

En este orden de ideas, el derecho penal, específicamente, también ha sido sindicado como una de las ramas que podría aportar en la solución a la crisis ambiental. Así, ha existido desde hace mucho tiempo tanto discusión doctrinal como modificaciones legales dirigidas a criminalizar conductas que provocan un daño al medioambiente.

Empero, los esfuerzos nacionales son insuficientes si lo que se busca es dar una respuesta a un problema que, por su naturaleza, es global. Es por ello que, de un tiempo a esta parte, se ha discutido también en el ámbito del derecho penal internacional la posibilidad de criminalizar el daño medioambiental, propuesta de tipificación hoy conocida como *ecocidio*, concepto que, si bien, originalmente se acuñó para describir las actuaciones militares de las tropas del ejército estadounidense en el marco de la guerra de Vietnam¹, gran parte de las propuestas doctrinales para la definición de este (posible) delito lo extienden al daño ocasionado también en tiempos de paz,² en miras de criminalizar también el daño ocasionado, por ejemplo, producto de actividades económicas o industriales.

A pesar de este interés teórico nada reciente, y de que existen registros históricos de que en algún momento se consideró de forma seria la inclusión de un delito medioambiental en este, el Estatuto de Roma, tratado internacional que dio origen a la Corte Penal Internacional y que actualmente cuenta con 124 Estados Parte, no solo no reconoce este tipo, sino que sólo alude al medioambiente directamente a propósito de uno de los crímenes enlistados, en la forma de un crimen de guerra consagrado en el Art. 8.2 (b) (iv). A la fecha, tampoco ha existido un intento por reformar dicho tratado para la inclusión de este delito.

¹ Véase el capítulo III de este trabajo.

² Véase, a modo de ejemplo, las definiciones contenidas en la propuesta del Panel de Expertos, de Neyret y de Higgins.

De forma reciente, si bien la Corte Penal Internacional ha vuelto a poner el foco en la comisión de crímenes medioambientales que sean, actualmente, materia de su competencia, aquello se sigue teniendo lugar bajo una normativa que no contempla la criminalización del ecocidio, no existiendo comunicaciones oficiales que den cuenta de un interés en adoptar una innovación a este respecto.³

Lo anterior no obsta a que el debate siga siendo relevante y suscitando interés tanto a niveles académicos como Estatales,⁴ por lo que la pregunta por el lugar que le merezca (o no) al ecocidio en el Estatuto de Roma sigue siendo una interrogante importante.

Esto último queda demostrado cuando se tiene presente, por ejemplo, que, si bien pareciera existir en la doctrina un sector importante que aboga por la necesidad de proteger el medioambiente en sede penal internacional no existe, empero, acuerdo respecto al mecanismo para lograr dicho fin. Así, existen propuestas que van desde la “simple” modificación del Estatuto de Roma para incluir un nuevo crimen de ecocidio, hasta la creación de un Tribunal Internacional del Medioambiente, pasando por intentar dar uso a los tipos actualmente contenidos en el Estatuto de Roma, encajando dentro de ellos, en la medida que sea posible, el daño medioambiental.

Dentro de este marco, el presente trabajo pretende aportar a la dilucidación respecto del tratamiento que debería recibir el ecocidio, dentro del aparataje institucional del Estatuto de Roma, si alguna vez llega a cristalizarse en él. Para ello, en primer lugar, se realizará una breve revisión del estado actual de la protección medioambiental en el mentado tratado. Para ello, se utilizará como puntapié inicial, y a modo de contextualización, un caso en que una persona enfrentó una imputación penal por daños al medioambiente. El objetivo de dicha revisión será mostrar los diversos problemas que el tipo contenido en el Art. 8.2 (b) (iv) enfrenta en miras de brindar una protección efectiva al medioambiente, producto de los constreñimientos y exigencias del mismo, así como un análisis de algunas de las propuestas que han sido esbozadas por sectores doctrinales que, como respuesta al *Policy Paper on Case Selection and Priorization* del año 2016 emanado de la fiscalía de la Corte Penal Internacional, buscaron encontrar una forma de hacer encajar el daño medioambiental como una posibilidad de cometer crímenes de lesa humanidad o el crimen de genocidio.

Enseguida, se dará cuenta de los problemas que este posible acercamiento tiene desde una perspectiva ecocéntrica.

³ “The Office of the Prosecutor launches public consultation on a new policy initiative to advance accountability for environmental crimes under the Rome Statute”, International Criminal Court, 16 de febrero 2024, <https://www.icc-cpi.int/news/office-prosecutor-launches-public-consultation-new-policy-initiative-advance-accountability-0>

⁴ El Estado de Vanuatu, por ejemplo, participó en actividades de la Stop Ecocide Foundation en el marco de la COP 27.

Luego, y como una manera de responder dichas problemáticas, el trabajo se concentrará en el ecocidio en sí, sus propuestas de tipificación y como el mismo podría (o no) lograr los objetivos que la doctrina le ha identificado. Para estos efectos, se han seleccionado únicamente tres propuestas de tipificación para ser reseñadas, a saber; la elaborada por la abogada ambientalista Polly Higgins; aquella que consta en una propuesta de tratado internacional relativa a la criminalización de delitos ambientales, evacuada por el grupo de trabajo a cargo del Dr. Laurent Neyret; y, finalmente, la propuesta elaborada por el Panel de Expertos de la *Stop Ecocide Foundation*.

Los motivos para haber seleccionado estas propuestas normativas serán explicados ulteriormente en los acápites respectivos, pero, a modo de prolegómeno, vale la pena anunciar que se ha escogido la propuesta de Higgins en virtud del importante rol que tuvo su propulsora en impulsar el debate público respecto a la criminalización del ecocidio; la de Neyret en cuanto la misma posee ciertos elementos que la hacen particularmente distintiva respecto de la de Higgins; y la del Panel de Expertos, en cuanto constituye uno de los más recientes esfuerzos por cristalizar y condensar la discusión que ha existido entorno al ecocidio, además de haber despertado mucha discusión doctrinal.

Posteriormente, y a efectos de clarificar la posición que al ecocidio pudiera corresponder dentro del marco del derecho penal internacional vigente, se expondrán dos teorías que buscan explicar *qué* es lo que subyace a la criminalización de determinadas conductas, y el por qué estas se dejan entender a sí mismas como crímenes que escapan al derecho penal nacional; particularmente, la teoría de David Luban respecto a los crímenes de lesa humanidad (*crimes against humanity*); y la teoría que identifica a los crímenes de derecho penal internacional como delitos que atacan al *sistema de Estados soberanos*, desarrollada por Ryan Liss.

Lo anterior, con el objetivo de ubicar la discusión respecto a la posible tipificación del ecocidio en el marco de estas dos teorías, dando cuenta de en cuál de ellas sería más fértil hacer descansar una posible tipificación del ecocidio, para finalizar con las conclusiones generales del análisis realizado.

I.- CASO *RENDULIC*: PRECEDENTE DE LA PROTECCIÓN AL MEDIO AMBIENTE EN SEDE PENAL INTERNACIONAL

1. PRESENTACIÓN

Como se observó anteriormente, existe un precedente en lo que respecta al castigo que, en sede internacional, puede enfrentarse cuando se hayan ocasionado severos daños al medioambiente. Dicho caso involucró al general alemán Lothar Rendulic, quien fue acusado por la comisión de diversos crímenes de guerra en los juicios posteriores a Núremberg. Para efectos de este trabajo, lo relevante es la imputación, y posterior absolución, respecto de la orden impartida a sus tropas de llevar a cabo tácticas de “tierra quemada” (*scorched earth*) durante el desarrollo de la Segunda Guerra Mundial en Noruega.

El antecedente de la absolución de Rendulic, cuando consideramos (aunque sea hipotéticamente) el posible resultado de un eventual juicio a quien cometa un crimen medioambiental en tiempos de guerra, es particularmente relevante;⁵ no sólo porque representa un antecedente en materia de persecución criminal de la destrucción medioambiental, sino por las exigencias contempladas en el Art. 8.2 (b) (iv) del Estatuto de Roma (que, como se aludió anteriormente, formula el único tipo que alude al medioambiente en todo el tratado) para que el daño sea considerado punible. En efecto, el *actus reus* consiste en:

“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 medioambiente, **que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea**”.⁶

Teniendo presente lo anterior, en este apartado se busca mostrar como el razonamiento aplicado por el tribunal en el caso Rendulic podría aún ser aplicable en caso de que una persona fuera a enfrentar un proceso acusado bajo esta figura.

El análisis anterior, por supuesto, no prejuzga la posibilidad de que el daño al medioambiente pudiera ser punible aplicando otras figuras contenidas en el Estatuto de Roma, puesto que en doctrina se ha sugerido que algunas formas de daño medioambiental *podrían* ser perseguidas como variantes de genocidio o crímenes contra la humanidad.⁷

⁵ Brian Bill, “The Rendulic ‘Rule’: Military Necessity, Commander’s Knowledge and methods of warfare”, *Yearbook of International Humanitarian Law* 12 (2009), *passim*.

⁶ Es importante recordar que, merced de lo dispuesto en el art. 128 del Estatuto de Roma, el texto en español se considera auténtico.

⁷ Tara Weinstein, “Prosecuting Attacks that Destroy the Environment: Environmental Crimes or Humanitarian Atrocities”, *Georgetown International Environmental Law Review* 17, núm. 4 (2005): 697; Jessica Durney, “Crafting a Standard:

Empero, es importante tener en mente que la única disposición que *de lege lata* criminaliza el daño medioambiental es el Art. 8.2 (b) (iv), por lo que se debe comenzar el análisis respecto a su posible aplicación.

Con ello en consideración, las siguientes líneas ofrecerán un bosquejo que buscará mostrar algunos de los problemas que podría suscitar la aplicación de la norma antes aludida, sobre todo cuando se considera que la *Regla Rendulic* y, más específicamente, el estándar conductual que impone en el comportamiento que un militar habría de desplegar para que el mismo sea considerado punible en virtud de la destrucción ocasionada al medioambiente, pueden devenir en una más que relevante barrera para imponer una pena fundada en la comisión del crimen de guerra que estamos aludiendo.

2. RAZONAMIENTO DE LA *REGLA RENDULIC*

Para comenzar, puede ser útil transcribir el fallo dictado por el tribunal, el cual -luego de recapitular las tácticas de *tierra quemada* llevadas a cabo por Rendulic y sus tropas-, concluye que **no** existió **necesidad militar** para la destrucción y la devastación ocasionadas. Sin perjuicio de ello, al momento de analizar si la conducta podía o no ser considerada criminal, el tribunal refirió:

“Pero estamos obligados a juzgar la situación como le apareció al acusado en su momento. Si las circunstancias eran tales que habrían justificado su accionar luego de haber ejercido su juzgamiento, luego de haber considerado todos los factores y posibilidades existentes, a pesar de que la conclusión alcanzada pueda haber sido equivocada, no puede decirse que sea criminal. Luego de haber considerado delicadamente toda la evidencia en la materia, estamos convencidos que el acusado no puede ser considerado criminalmente responsable a pesar de que, visto en retrospectiva, el peligro, de hecho, no existía... No estamos llamados a determinar si la urgente necesidad militar por la devastación y destrucción de la provincia de Finmark realmente existieron. Es nuestra opinión que las condiciones, como le parecían al acusado en su momento, eran suficientes para que el pudiera honestamente concluir que la urgente necesidad militar protegía la decisión tomada. Siendo esto cierto, el acusado puede haber errado en el ejercicio de su análisis, pero no es culpable de acto criminal alguno. Consideramos al acusado no culpable de esta porción de los cargos.”⁸

En atención al pasaje recién citado, Bill reconoce que los elementos clave para diseccionar el razonamiento del caso Rendulic radican en el elemento de la necesidad militar y el conocimiento del

Environmental Crimes as Crimes against Humanity under the ICC”, *Hastings Environmental Law Journal* 24, núm. 2 (Verano 2018): 413.

⁸ The Hostages Case (United States v. List et al.), *Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10*, Vol 11 (1950), 1295-97.

comandante, y cuanto es posible demandar razonablemente de él.⁹ Que dar cuenta de la lógica detrás del caso Rendulic es relevante, puede ser debidamente advertido teniendo presente la precisión realizada por Watts, en cuanto a que diversos cuerpos normativos harían suyo el razonamiento de la Regla Rendulic, como el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949.¹⁰

Incluso quedándonos en un nivel superficial de análisis, aparece un primer problema en miras de la persecución del crimen, a saber: la eventual imputación de la destrucción ambiental podrá ser desactivada incluso allí donde se pruebe, *ex post*, que la destrucción ordenada era innecesaria.

2.1. NECESIDAD MILITAR

Que la doctrina de la necesidad militar podría ser invocada como una posible defensa ante una posible imputación por el tipo del Art. 8.2 (b) (iv), es claro cuando se analiza el tenor literal del artículo. Esto, toda vez que, incluso si el Fiscal de la Corte Penal Internacional fuera capaz de reunir evidencia de que el daño provocado al medioambiente fuera extenso, duradero y grave, debería ingeniárselas para probar, además, que el daño no se encuentra cubierto bajo la doctrina de la necesidad militar.¹¹

Si bien se ha sostenido que el contenido que tradicionalmente informaba a la noción de necesidad militar se encuentra ya anticuado,¹² no por ello, el concepto puede ser vaciado enteramente de su contenido; ya que debe recordarse que, durante los conflictos armados las pérdidas tanto humanas como se normalizan¹³ por lo que es necesario proveer al comandante de fuerzas armadas de algún tipo de discreción respecto a qué hacer, a pesar del constreñimiento de normas generales o específicas.¹⁴

En un sentido similar, podemos mencionar que, inclusive dentro de concepciones particularmente acotadas del principio de necesidad militar, el mismo siempre se concentra en la protección de las *vidas humanas*. Chehtman nos dice, citando a McMahan, que un entendimiento más acertado del principio de necesidad militar rezaría de la siguiente forma: “That an act of war that would harm innocent people as a side effect is impermissible if there is an alternative act that would cause less harm to innocent people and make an equal or greater contribution to the achievement of a just or justifying aim”.¹⁵

⁹ Bill, “The Rendulic Rule”, 128, 134-37.

¹⁰ Sean Watts, «The genesis and significance of the Law of War “Rendulic Rule”», en *Honest Errors? Combat Decision-Making 75 Years After the Hostage Case*, ed. Nobuo Hayashi y Carola Lingaas (La Haya: T.M.C. Asser Press, 2024), 170-72.

¹¹ Mark Drumbl, “International Human Rights, International Humanitarian Law, and Environmental Security: Can the International Criminal Court Bridge the Gaps?”, *ILSA Journal of International & Comparative Law* 6, núm. 2 (2000): 319.

¹² Eric Jensen, “The International Law of Environmental Warfare: Active and Passive Damage during Armed Conflict”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 38, núm. 1 (Enero 2005): 145, 177-78.

¹³ Naturalmente, dentro de los límites del *ius in bello*.

¹⁴ Bill, “The Rendulic Rule”, 130-31.

¹⁵ Alejandro Chehtman, “Revisionist Just War Theory and the Concept of War Crimes”, *Leiden Journal of International Law*, 31, núm 1 (2017): 5.

La cuestión por dilucidar, entonces, sería; qué ocurre allí donde la destrucción grave, extensa o duradera del medioambiente pueda como un objetivo alternativo que, de hecho, afecte a menos *gente inocente* y consiga los mismos efectos en el combate. Esto, porque allí donde esta condición se verifique existe la posibilidad de sostener que la *necesidad militar* puede operar como justificación de la destrucción medioambiental realizada.

También es necesario, en este mismo sentido, aceptar que — para evitar concluir que la doctrina de la necesidad militar fungir siempre como una defensa para un comandante, respecto de las decisiones por él adoptadas¹⁶ — se debe tener presente la naturaleza evolutiva del alcance del concepto: cuando la comunidad internacional toma una decisión respecto de una determinada definición o regla, no es posible excluir injustificadamente una situación jurídica sobre la cual esta regla deba operar. En el caso particular, entonces, no existirá posibilidad alguna de escudarse en la necesidad militar para justificar una medida discrecional, ya que la medida empleada será considerada repudiable *per se*.¹⁷

A pesar de esto, cuando la necesidad militar sí admita ser invocada en referencia a una operación militar en particular, el problema respecto a la vaguedad del concepto permanece, puesto que no existe un criterio claro para determinar cuándo nos encontramos ante una conducta amparada por la necesidad militar, y cuando no, debido a la vaguedad propia del término.¹⁸

Ahora bien, cuando esta doctrina es puesta en relación con el tenor literal del Art. 8.2 (b) (iv) otro problema salta a la vista. A pesar de que el Estatuto de Roma compara el daño ocasionado con la ventaja militar, sigue sin existir un parámetro objetivo de comparación para considerar que dicho estándar se ha verificado (o no).¹⁹

Esta es una primera barrera relevante para la posible aplicación de la norma. Pero, enseguida, se debe dirigir atención no solo a la relación entre los conceptos de necesidad militar y ventaja militar, sino también al hecho de que —tal y como ocurrió en el Caso Rendulic— una posible defensa a la imputación de este crimen radicaría en que, inclusive si el daño cumpliera el (alto) estándar contemplado en el tipo, podría esgrimirse que el mismo no fuera *anticipado*.

Lo anterior se conecta con el hecho de que el razonamiento de la necesidad militar en el caso Rendulic establece que la necesidad de las medidas adoptadas por el comandante no debe ser realizado *ex post*, sino que debe situarse en la perspectiva del acusado en el momento en el que tomó la decisión.²⁰

¹⁶ Drumbl, “International Humans Rights, International Humanitarian Law and Environmental Security”, 319.

¹⁷ Bill, “The Rendulic Rule”. 131. Revítese para una visión, como ejemplo, respecto de la prohibición de tomar rehenes.

¹⁸ Weinstein, “Prosecuting Attacks that Destroy the Environment”, 703.

¹⁹ Drumbl, “International Humans Rights, International Humanitarian Law and Environmental Security”, 319

²⁰ Bill, “The Rendulic Rule”, 137

2.2. CONOCIMIENTO DEL COMANDANTE

La absolución en el *Hostage's Case* también sirvió para dar forma a lo que, actualmente, se conoce como la *regla Rendulic*, que opera como sigue: toda vez que se juzgue a un comandante por sus decisiones militares, estas deben ser evaluadas conforme a la información que este podía, razonablemente, tener a la mano en el momento en el cual la decisión fue adoptada.²¹ La relevancia de la regla, a la hora de ponderar las circunstancias que podrían hacer de una situación eventualmente punible bajo el Estatuto de Roma como un crimen de guerra que ocasione daños al medioambiente, radica en la posibilidad de que la misma puede ser utilizada como defensa ante una eventual persecución, cuestión que, de hecho, ha ocurrido en el pasado ante situaciones similares, como los bombardeos acometidos por el ejército estadounidense durante la guerra de Vietnam.²²

Cómo evaluar el conocimiento que el comandante, de hecho, tenía, es otro problema diferente. A modo de ejemplo; durante el juicio, Rendulic declaró que él esperaba que los soviéticos atacaran, siendo aquella la razón para ordenar el uso de tácticas de *tierra quemada*.²³ Esta situación permite mostrar las dificultades probatorias que acarrearía demostrar que el conocimiento que tenía era suficiente para no haber dado pie a la operación.

En conjunto con ello, Bill reconoce que la regla tiene otro efecto respecto del comandante, este es, hacerle saber que las decisiones que adopten podrán ser juzgadas conforme a un determinado criterio²⁴, el cual, en este caso, corresponde a la Corte Penal Internacional determinar.

Ateniéndonos nuevamente al tenor literal del Art. 8.2 (b) (iv), parece ser que este hace posible la aplicación parcial de la regla, al establecer que los efectos del ataque deben ser contrastados con la ventaja militar *anticipada*. Con esto, el Fiscal no sólo tendrá que reunir evidencia de que se han cumplido las condiciones para que el daño medioambiental sea susceptible de encajar en el tipo, sino que, además, tendrá que convencer a la Corte Penal Internacional de que la operación, luego de ser evaluada conforme a una visión razonable, muestre que el comandante no debiera haberla realizado.²⁵

3. PROBLEMAS DE PERSECUCIÓN DESPRENDIDOS DEL ART. 8.2 (B) (IV)

Ahora bien, aun cuando si una (hipotética) imputación por parte del Fiscal fuera capaz de demostrar que, inclusive luego de aplicada la *regla Rendulic*, el comportamiento del comandante puede

²¹ Bill, "The Rendulic Rule", 135.

²² Bill, "The Rendulic Rule", 135. Bombardeos que, al igual que las tácticas de Rendulic, pueden ser descritas como tácticas de *tierra quemada*.

²³ Bill, "The Rendulic Rule", 136.

²⁴ Bill, "The Rendulic Rule", 137

²⁵ Jessica Lawrence y Kevin Jon Heller, "The first ecocentric environmental war crime: the limits of Article 8 (2) (b) (iv) of the Rome Statute", *Georgetown International Environmental Law Review* 20, núm. 1 (2007): 82-3.

ser considerado criminal, el mismo aún debe realizar el elemento común de todos los crímenes de guerra, el cual consiste en que el mismo haya sido cometido “como parte de un plan o política, o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes”.²⁶

Considerando lo anterior y, conforme lo que se ha mostrado hasta ahora, la aplicación de la norma contenida en el Art. 8.2 (b) (iv) se muestra bastante compleja, por una variedad de razones: (a) la expresión “daños *extensos, duraderos y graves*” representa un escollo difícil de superar en sí mismo, toda vez que existe una gran dificultad para determinar cuándo se ha verificado dicho estándar; (b) incluso si el Fiscal fuera capaz de reunir la evidencia necesaria para probar que dicho estándar ha sido sobrepasado, enfrentaría una defensa basada en una eximente (probablemente, sustentada en la doctrina de necesidad militar), que se fundamentaría en que el daño no fue excesivo; y (c) la imputación debe ser capaz de sobrepasar el filtro que implica la *regla Rendulic*, demostrando que el comandante no tenía forma razonable de saber que la operación podía ser considerada criminal.

Esto último cobra capital relevancia cuando se tiene presente que el Art. 32 del Estatuto de Roma, al contemplar una eximente basada en un *error de hecho*, podría estar dando —si bien no de forma expresa— cabida a la aplicación plena de la *Regla Rendulic*, por cuanto el artículo parece contener “una reminiscencia” de esta.²⁷

A mayor abundamiento, el aspecto relativo a que el comandante debería *no haber podido razonablemente saber* que su conducta era criminal se vuelve más preocupante cuando se la pone en relación con el artículo como un todo, el cual ya de por sí ya contiene exigencias que vuelven sumamente difícil, sino es que imposible, su aplicación²⁸, ya que incluso si el Fiscal fuera capaz de encajar un comportamiento dentro de la vaguedad²⁹ de los términos utilizados, el precedente del caso *Rendulic* aún representaría posiblemente un importante obstáculo, que se vuelve aún más difícil de sobrepasar cuando se considera que la norma contenida en el Art. 8.2 (b) (iv); (i) nunca ha sido aplicada en proceso alguno, y que la figura es, en sí misma, relativamente nueva dentro del derecho penal internacional³⁰, por lo que el espacio que posee la Corte Penal Internacional para buscar guía para su aplicación es reducido, y que; (ii) el tipo parece estar redactado en términos particularmente similares a la lógica subyacente a la *regla Rendulic*.³¹

²⁶ Art. 8.1 del Estatuto de Roma

²⁷ Mateusz Piątkowski, “The Rendulic Rule and the Law of Aerial Warfare”, *Polish Review of International and European Law*, 2, núm. 3 (2013): 71; Watts, «The genesis and significance of the Law of War “Rendulic Rule”», 172.

²⁸ Ryan Gilman, “Expanding Environmental Justice after War: The Need for Universal Jurisdiction over Environmental War Crimes” *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy* 22, núm. 3 (2011): 453.

²⁹ Gilman, “Expanding Environmental Justice after War”, 457.

³⁰ Gilman, “Expanding Environmental Justice after War”, 448.

³¹ Watts, «The genesis and significance of the Law of War “Rendulic Rule”», 171.

Además de estos problemas, existe otra barrera si se adopta una perspectiva *ecocéntrica*, y viene dada por la ubicación específica del tipo dentro del Estatuto de Roma, puesto que el Art. 8.2 (b) (iv) solo puede reclamar aplicación cuando la conducta se enmarque en conflictos armados internacionales,³² excluyendo desde ya la posible punibilidad de un comportamiento destructivo del medioambiente en el marco de, por ejemplo, una guerra civil.³³

Lo anterior podría llevarnos a la conclusión de que la norma falla en proteger, de manera efectiva,³⁴ el medioambiente, y que —dado que es el único tipo contenido en el Estatuto de Roma que prevé la protección medioambiental—, entonces, no existe manera de que la Corte Penal Internacional pueda ejercer jurisdicción respecto de conductas que menoscaben el medioambiente.

Esta conclusión, sin embargo, es discutida por algunos autores, quienes consideran que el daño medioambiental sí puede quedar comprendido bajo el espectro de las conductas susceptibles de ser enjuiciadas por la Corte Penal Internacional, utilizando para ello las figuras criminalizadas en los Arts. 6 y 7³⁵, a saber, el genocidio y los crímenes de lesa humanidad³⁶.

³² Así lo prescribe el encabezado de literal B) del art. 8.2, del Estatuto de Roma al declarar punibles *otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales (...)*

³³ Lawrence y Heller, “The first ecocentric environmental war crime”, 84-5.

³⁴ Steven Freeland, “Human rights, the environment and conflict: addressing crimes against the environment”, *Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos* 2 núm. 2, (2005): 130. Para este autor, las condiciones de aplicación del Art. 8.2 (b) (iv) pueden ser “imposibles de satisfacer”.

³⁵ Freeland, “Human rights, the environment and conflict”; Durney, “Crafting a Standard”; y Weinstein, “Prosecuting Attacks that Destroy the Environment”, *in toto*.

³⁶ En la versión anglosajona del Tratado, se utiliza la voz *Crimes Against Humanity*.

II.- ¿PROBLEMA ELUDIDO? CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD Y GENOCIDIO COMO FORMAS INDIRECTAS DE CASTIGO INDIRECTO A LA DESTRUCCIÓN DEL MEDIOAMBIENTE

1.-INTRODUCCIÓN: EL ART. 5 DEL ESTATUTO DE ROMA

Además de los crímenes de guerra, el Estatuto de Roma confiere a la Corte Penal Internacional jurisdicción sobre otros tres crímenes: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y el crimen de agresión. De ellos, los dos primeros han sido considerados por algunos autores como pertinentes para dar lugar a un juzgamiento de personas que incurran en conductas destructivas del medioambiente.³⁷

Antes de analizar las propuestas que se han esbozado, es necesario decir ciertas cosas respecto a estas figuras. En primer lugar, y a diferencia de la figura del Art. 8.2 (b) (iv), que presupone el contexto de un conflicto armado, es posible identificar conductas constitutivas de genocidio que pueden no desenvolverse en el contexto de un conflicto, como ejemplo prístino de ello, la figura contenida en el Art. 6 e).³⁸ Lo anterior no es predicable de los crímenes de lesa humanidad, toda vez que el Art. 7, antes de enunciar las conductas que son susceptibles de ser enmarcadas dentro de la figura, específicamente exige que la conducta sea realizada como parte de un *ataque* contra una población civil.

En segundo lugar, tanto el Art. 6 como el Art. 7 no hacen distinción alguna respecto de si los delitos fueron cometidos en un contexto internacional o no, distingo que, como se señaló *supra*, es particularmente relevante a efectos de analizar el Art. 8.2 (b) (iv), toda vez que esta norma solo es capaz de reclamar aplicación en el contexto de conflictos armados internacionales.

Este argumento podría permitir llegar a la (preliminar) conclusión de que, si acaso la tesis de que es posible interpretar algunas figuras contenidas en los Arts. 6 y 7 como una manera de proteger efectivamente el medioambiente es acertada, se aumentaría significativamente el rango de protección que el Estatuto de Roma proveería al medioambiente, volviendo esta no exclusiva de la única norma que lo menciona expresamente.³⁹

2. ¿CREANDO UNA SALIDA? PERSIGUIENDO CRÍMENES MEDIOAMBIENTALES UTILIZANDO OTRAS FIGURAS

Como se aludió, se ha discutido en doctrina la posibilidad de que la Corte Penal Internacional invoque otras figuras para juzgar la destrucción medioambiental. Las razones para presentar los argumentos varían, existiendo autores que lo consideran una manera de, efectivamente, proteger el

³⁷ Freeland, "Human rights, the environment and conflict", 116.

³⁸ Gerhard Werle y Florian Jeßberger, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 3ª edición (Valencia: Tirant lo Blanch, 2017), 514-16.

³⁹ Lawrence y Heller, "The first ecocentric environmental war crime", 131.

medioambiente,⁴⁰ como un punto medio en el desarrollo institucional del reconocimiento de que los crímenes medioambientales deberían ser considerados punibles bajo el derecho penal internacional,⁴¹ u otros que lo entienden como una respuesta a los problemas que suscita el Art. 8.2 (b) (iv), constituyendo así una herramienta efectiva de persecución.⁴²

Esta línea argumentativa ostenta la ventaja de esquivar los problemas que ya fueron anteriormente enunciados, a saber, la vaguedad de la terminología contenida en el tipo y la eventual invocación de una eximente basada en la doctrina de la necesidad militar, a la vez que puede –ya que que el genocidio y los crímenes de lesa humanidad no hacen distinción- proveer al medioambiente de protección en conflictos armados tanto nacionales como internacionales.⁴³

Las siguientes líneas se abocan a considerar ambas posibilidades, ofreciendo comentarios finales para concluir que, a pesar de que la aceptación de estas teorías representaría un gran avance para la protección medioambiental, seguirían existiendo ciertos problemas.

2.1 CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

La categoría de crímenes de lesa humanidad se encuentra consagrada en el Art. 7 del Estatuto de Roma. En él, se encuentran indicadas las conductas que, realizadas como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, y con conocimiento de dicho ataque, constituyen crímenes de lesa humanidad, y pueden por tanto ser juzgadas por la Corte Penal Internacional.

Por ello, se revisará, en primer lugar, el listado contenido en el artículo aludido, para evaluar si es posible que la destrucción medioambiental encaje dentro de alguno de ellos. A primera vista, la respuesta sería negativa, toda vez que ninguna de las conductas enlistadas criminaliza *per se* el daño a la naturaleza.⁴⁴ Sin embargo, podría esgrimirse el argumento de que esta revisión preliminar nada dice respecto de aquellos actos en cuya ejecución el medio ambiente es utilizado como un *medio* a través del cual se ve realizado el tipo respectivo.⁴⁵

⁴⁰ Aurelie Lopez, “Criminal liability for environmental damage occurring in times of non-international armed conflict: Rights and remedies”, *Fordham Environmental Law Review* 2, núm. 18 (2006), *passim*.

⁴¹ Weinstein, “Prosecuting Attacks that Destroy the Environment”, 713.

⁴² Gilman, “Expanding Environmental Justice after War”, 470-71.

⁴³ *Ibid*.

⁴⁴ El listado de crímenes de lesa humanidad está conformado por los delitos de a) asesinato; b) exterminio; c) esclavitud; d) deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) tortura; g) violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en los motivos enumerados en el literal; i) desaparición forzada de personas; j) apartheid, y; k) otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

⁴⁵ Weinstein, “Prosecuting Attacks that Destroy the Environment”, 714.

El primero de los literales que salta a la vista cuando se introduce dicha variable, y podría razonablemente permitir *encajar* el daño medioambiental es el contenido en el literal k),⁴⁶ consistente en un tipo residual, que permite entregar jurisdicción a la Corte Penal Internacional respecto de otras conductas inhumanas que no hayan quedado expresamente incluidas en el Art.7,⁴⁷ al declarar punibles “otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”, lo que le ha valido también ser denominado, desde la perspectiva de las conductas que criminaliza, un tipo de recogida o “atrápalo-todo”.⁴⁸

Atendiendo a su tenor literal, lo primero que debiera acreditarse es que la gravedad de la conducta desplegada es similar a la del resto de los crímenes que allí se enlistan.⁴⁹

Esto significa que el Fiscal deberá realizar un análisis pormenorizado de la situación concreta, teniendo presente esta propuesta interpretativa, a efectos de concluir si es plausible que se haya generado un escenario en el que resulte adecuada la imputación de un crimen de lesa humanidad de “características medioambientales”.

A modo de ejemplo, refiriéndose al drenaje de pantanos perpetrado por el régimen de Saddam Hussein en Irak, Weinstein evalúa que: “Hussein privó a los *marsh arabs* no solo de su dignidad, sino que también de su estilo de vida, así como de su propia cultura (...) (...) los *marsh arabs* ya no eran capaces de sustentar su tradicional estilo de vida, lo que llevó al fin de la existencia de los *marsh arabs* en los pantanos”.⁵⁰

Dado que hasta la fecha no se ha desarrollado un proceso que haya intentado poner esta tesis en práctica, es imposible determinar si una evaluación como la anterior sería acogida por la Corte Penal Internacional, pero sí demuestra la existencia de la posibilidad en sí misma.

Sin perjuicio de lo anterior, el tipo de recogida del Art. 7 no es el único que podría reclamar aplicación, toda vez que -como se aludió anteriormente-, lo relevante es encontrar conductas que utilicen la destrucción medioambiental como una *herramienta* para la comisión del respectivo ilícito.

⁴⁶ Freeland, “Human rights, the environment and conflict”, 129.

⁴⁷ Otto Triffterer y Kai Ambos, *The Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary*, 3a ed (Alemania: C.H. Beck, Hart, NOMOS, 2016), 235.

⁴⁸ *Ibid*, 236.

⁴⁹ Weinstein, “Prosecuting Attacks that Destroy the Environment”, 720.

⁵⁰ *Ibid*. Traducción libre.

Teniendo en mente lo anterior, Durney nos ofrece otra alternativa, consistente en utilizar la letra b), que criminaliza el exterminio, y la letra d), que alude a la deportación o el traslado forzoso de población.⁵¹

Toda vez que el Estatuto de Roma define el exterminio como “la imposición intencional de condiciones de vida, entre otras, la privación del acceso a alimentos o medicinas, entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población”⁵², cuando el medioambiente sea dañado con el objetivo de provocar un exterminio, podría el mismo encajar dentro concepto.⁵³ Lo mismo puede decirse, *mutatis mutandis*, del traslado forzoso de población.⁵⁴

Esto permitiría a la Corte Penal Internacional conocer —y, eventualmente, imponer condenas en— casos en los que el medioambiente (y, especialmente, su menoscabo) haya sido utilizado como el método para la comisión de crímenes de lesa humanidad, como una alternativa a la persecución del daño medioambiental en cuanto crimen de guerra (y, además, de conflicto internacional)⁵⁵, y, de esa manera, se evitaría dejar la destrucción medioambiental en la impunidad. Con todo, debe notarse que la eventual sentencia condenatoria no sería, *stricto sensu*, pronunciada en virtud de la comisión de un *crimen medioambiental*.

Si se tiene en mente que el medioambiente solo es mencionado en el contexto de conflictos armados internacionales, esta posibilidad representa un avance desde el punto de vista de entregar una respuesta punitiva a la destrucción medioambiental. Ahora bien, también debe notarse que siendo que el medioambiente no está siendo expresamente aludido en crimen alguno, este no puede considerarse como protegido *per se*, por lo que el mismo solo está siendo eventual y contingentemente protegido, toda vez que su destrucción deviene una herramienta para la comisión del crimen.

2.2. GENOCIDIO

El Estatuto de Roma contiene, en su Art. 6, el listado de conductas que, cuando se cometan con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal, constituyen genocidio.

En este sentido, es importante mencionar que, a diferencia de los crímenes de lesa humanidad, el catálogo de conductas criminalizadas en el Art. 6 y que pueden ser constitutivas de genocidio, carece de un literal de recogida como el contenido en el Art. 7 letra k), por lo que todo intento de criminalizar

⁵¹ Durney, “Crafting a Standard”, 417.

⁵² Art. 7.2 b) del Estatuto de Roma.

⁵³ Durney, *op cit*.

⁵⁴ *Ibid*. 418.

⁵⁵ Freeland, “Human rights, the environment and conflict”, 129.

el daño medioambiental utilizando un *enfoque genocida* debe cumplir un primer estándar, a saber, el de que la conducta imputada sea capaz de encajar en alguna de las conductas específicamente enlistadas en el Art. 6.

A pesar de ello, lo que fue dicho anteriormente respecto de los crímenes de lesa humanidad, puede ser dicho también, *mutatis mutandis*, en este acápite. Lo anterior, significa que cuando el medioambiente y su daño estén siendo utilizados como el medio en virtud del cual el autor del delito logra materializar el ilícito, en este caso, la destrucción de alguno de los grupos protegidos conforme al Estatuto de Roma, las normas del genocidio podrán ser consideradas aplicables, para efectos de la imputación.

Específicamente, se ha discutido en doctrina la posibilidad de que pudiera ser aplicable la norma contemplada en el literal c), que criminaliza el “sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial”.

Utilizando el mismo ejemplo del drenaje de los pantanos en Irak, autores han argumentado que, al desplegar dicha conducta, se cometió un genocidio en contra de los *marsh arabs*⁵⁶, y lo mismo podría ser dicho a propósito de otros medioambientes indígenas que suelen ser destruidos de forma violenta, como lo es la quema de las plantaciones, cultivos y villas de los musulmanes rohinyás.⁵⁷

Con todo, y a pesar de que este razonamiento representa una nueva forma de proteger el medioambiente sin echar mano del Art. 8.2 (b) (iv), este acercamiento también tiene problemas; para que proceda una condena a título de genocidio es necesario comprobar que se satisfacen algunos requisitos adicionales al mero despliegue de la conducta, palmariamente, el que se contaba con la intención de destruir a uno de los grupos específicamente protegidos por el Estatuto de Roma.

Este punto específico también merece atención particular si pensamos en los daños ocasionados en un contexto de conflicto armado. Si bien, sería posible argumentar que, en el contexto de un conflicto armado, es consustancial al mismo que uno de los objetivos de uno de los bandos beligerantes sea *derrotar* al enemigo (y que la derrota militar suele estar aparejada de la pérdida de vidas humanas en el bando que ha sido, precisamente, vencido), la cuestión un tanto más peliaguda radica en que para que nos encontremos ante la perpetración de un crimen de genocidio no basta únicamente con que se haya dado muerte a una cantidad indeterminada o numerosa de personas, sino que, además, la Fiscalía deberá

⁵⁶ Freeland, “Human rights, the environment and conflict”, 127; Weinstein, “Prosecuting Attacks that Destroy the Environment”, 717.

⁵⁷ Durney, “Crafting a Standard”, 417; 425-426. Contiene un análisis pormenorizado del caso de este pueblo.

probar, adicionalmente, que lo que se buscaba era *exterminar al grupo en sí mismo*, circunstancia que podría acarrear (aún más) problemas desde el punto de vista probatorio.

Lo anterior podría volverse aún más intrincando cuando se esté lidiando con algún conflicto interno, como podría serlo una guerra civil. Como ya se aludió, uno de los problemas que plantea el Art. 8.2 (b) (iv) es que este sólo es aplicable en situaciones de conflictos armados internacionales. Por ello, si fuéramos a pensar en una guerra civil que se librase en un país cultural y/o étnicamente homogéneo, la destrucción medioambiental que se utilizare como una forma de dañar al ejército enemigo (como, por ejemplo, las tácticas de tierra quemada desplegadas durante la guerra civil estadounidense),⁵⁸ difícilmente podrían venir en consideración como el medio utilizado para la perpetración de un genocidio. Esto, porque los combatientes de lado y lado serían miembros de un mismo grupo nacional, o inclusive étnico, lo que estrecharía aún más las opciones para lograr que la conducta pueda ser identificada como genocidio.

Aceptando, entonces, que es posible hacer encajar la destrucción medioambiental como una manera de producir el exterminio de un grupo protegido, lo mismo que fue dicho respecto de los crímenes de lesa humanidad puede ser reiterado, *mutatis mutandis*: el medioambiente sigue figurando, de manera contingente y eventual, como el objeto de una mera “protección refleja”, lo cual responde a la adopción de un enfoque antropocéntrico para intentar disolver la problemática.⁵⁹

A pesar de que la vía recién explorada sigue representando una manera de sustentar la punibilidad de determinados atentados contra el medioambiente sin que ello dependa de una modificación ulterior del Estatuto de Roma, con ello permanecen abiertos los problemas detectados a propósito de la tipificación de los crímenes de lesa humanidad.

3. PROBLEMAS CON ESTE ACERCAMIENTO DESDE UNA PERSPECTIVA ECOCÉNTRICA

3.1. LA FUNCIÓN EXPRESIVA DEL CASTIGO INTERNACIONAL

El apartado anterior se dedicó a mostrar que, de hecho, es posible idear, dentro del aparato institucional actualmente dispuesto por el Estatuto de Roma, alternativas para la persecución y el castigo en casos de irrogación de daños severos al medioambiente, mediante su *encajamiento* en figuras contenidas en crímenes que ya son objeto de competencia de la Corte Penal Internacional.

⁵⁸ Carl Bruch, “All’s Not Fair in (Civil) War: Criminal Liability for Environmental Damage in Internal Armed Conflict”, *Vermont Law Review* 25, núm. 3 (2001): 695 – 700.

⁵⁹ Emmanuel Kreike, *Scorched Earth: Environmental Warfare as a Crime against Humanity and Nature* (Princeton: Princeton University Press, 2021), 8.

Empero, un problema que podría enfrentar una aceptación acrítica de las posturas que han sido presentadas es que ello podría interferir con uno de los principales objetivos de la imposición de penas (tanto en sede nacional como internacional), como lo es la expresión de reproche respecto de la conducta en sí misma.

Lo anterior, que podría ser considerado una alusión a las teorías retribucionistas de la pena, no debiera ser algo que genere ulteriores suspicacias, toda vez que tanto la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional,⁶⁰ como la doctrina⁶¹ han reconocido que los objetivos comunes del castigo forman parte de los objetivos del derecho penal internacional.

En esta misma línea, si tenemos en mente que la adscripción de responsabilidad en sede penal internacional implica un acto de habla, susceptible de crear una “realidad nueva”,⁶² es particularmente relevante entender en qué consistiría esta. Y, en lo que aquí interesa, dicha “realidad nueva” se deja entender como el hecho de que, formulada la declaración de responsabilidad, la misma trae aparejada una serie de efectos relevantes, como lo son la reafirmación en la comunidad internacional de la vigencia de los derechos humanos que el Estatuto de Roma pretende proteger.⁶³

Ahora bien, esta no es el única de las consecuencias que trae aparejada la declaración de culpabilidad de una persona por un determinado comportamiento. Lo anterior, toda vez que — reconociendo la distinción entre *imputatio facti* e *imputatio iuris* — la declaración de culpabilidad implica que existe un juzgamiento respecto del comportamiento desplegado por el autor, el cual puede ser “cargado” en su “cuenta normativa”, siendo dicha operación la que justifica la imposición de la pena,⁶⁴ y, crucial a este respecto, se debe tener presente que aquello implica que el contenido proposicional de la declaración de culpabilidad deba ser “tratado como verdadero”⁶⁵; lo que aquí significaría que, para efectos de la comunidad internacional, la persona condenada deba ser tratada como una que ha perpetrado el *específico* crimen por el cual se le condena.

La relevancia de lo recién mencionado es manifiesta si consideramos que, ante una hipotética condena que haya utilizado la técnica del “encajamiento” aquí reseñada, el sujeto será culpable única y

⁶⁰ *The Prosecutor v Germain Katanga* (Sentence) ICC-01/04-01/07 (23 de mayo 2014), § 38.

⁶¹ Héctor Olasolo, “Los fines del derecho internacional penal”, *International Law*, núm. 29 (2016): 111.

⁶² Rodrigo Gonzalez y María Soledad Krause, “La responsabilidad en el derecho penal internacional: una aproximación desde la filosofía de John Searle. Reflexiones a partir del caso Lubanga”, *Tribuna Internacional* 2, núm. 3 (2013): 36.

⁶³ *Ibíd.*, 49.

⁶⁴ Juan Pablo Mañalich, «Culpabilidad y Justicia Procedimental», en *Imputación y Culpabilidad*, ed. Andrea Perin (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020), 82.

⁶⁵ Mañalich, “Culpabilidad y Justicia Procedimental”, 85.

exclusivamente a título del delito que le haya sido atribuido: o bien un genocida o un criminal de lesa humanidad; mas no un “destructor del medio ambiente” o un “ecocida”.

A lo anterior debemos agregar que, si se está de acuerdo con que la imposición de un castigo cuenta como un acto ilocutivo,⁶⁶ lo que -en palabras de Habermas-, significa un acto de habla en virtud del cual se *hace algo*,⁶⁷ y que ese algo es la expresión de reproche, entonces la condena pronunciada sobre el acusado, cuando es culpable, debe expresar exactamente la conducta que sirve como lo que motiva el reproche que se le dirige.

A mayor abundamiento, ha sido reconocido que uno de los principales objetivos del castigo, desde el punto de vista del derecho penal internacional, consiste precisamente en “generar una conciencia jurídica universal entre quienes dirigen las instituciones estatales y las organizaciones con capacidad suficiente para cometer crímenes internacionales, mediante la reafirmación de sus normas y los valores sociales que estas protegen”.⁶⁸ Lo anterior es particularmente relevante si se está de acuerdo con que el sistema de la Corte Penal Internacional debe contribuir a crear y consolidar un sistema internacional de justicia que proteja valores comunes y compartidos por la comunidad internacional⁶⁹. Este orden de ideas va en consonancia, por lo demás, con lo dispuesto en el Art. 5 del Estatuto de Roma que confiere el listado de crímenes que son competencia de la Corte Penal Internacional pero que, además, denomina a estos *los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto*.

Empero, la cuestión a preguntarse radica en si no se ha alcanzado aún un consenso en que la destrucción medioambiental debiera ser considerada, *per se*, uno de los *crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto*.

Lo anterior debiera servir para mostrar como los acercamientos anteriormente analizados, inclusive si no son incorrectos, pueden enfrentar problemas cuando tenemos en mente las cuestiones que fundamentan el castigo que podría, eventualmente, imponer la Corte Penal Internacional por la utilización del medioambiente como el mecanismo para la comisión de algún crimen de lesa humanidad o genocidio.

Lo anterior puede verse de forma más clara cuando se pone en perspectiva dichas propuestas con el Art. 8.2 (b) (iv) que, con todos sus problemas y limitaciones, de todas maneras, representó un gran avance en el reconocimiento de la protección penal medioambiental y es la norma más ecocéntrica que

⁶⁶ Juan Pablo Mañalich, “La pena como retribución”, *Estudios Públicos*, núm 108 (2008): 157.

⁶⁷ Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, Vol. I, trad. Manuel Jiménez Redondo (España: Taurus, 1999), 157.

⁶⁸ Olasolo, “Los fines del derecho internacional penal”, 123.

⁶⁹ Kai Ambos, “Crímenes de Lesa Humanidad y la Corte Penal Internacional”, *Cuadernos de Derecho Penal* 9 (2013): 95-140, citado en Olasolo, Los Fines del Derecho Internacional Penal, 120.

puede encontrarse en el Estatuto de Roma. De hecho, al concebir al medioambiente como la víctima del crimen,⁷⁰ se deja espacio para que valores de carácter ecocéntrico se integren a las normas que rigen los conflictos armados.⁷¹

Todas estas consideraciones muestran que un acercamiento a una persecución penal internacional por la destrucción medioambiental que renuncie a responsabilizar a quien ocasione el daño, únicamente por el daño causado, si bien podrá cumplir el objetivo de atacar el problema de la impunidad de la conducta, no expresará una consideración respecto de que la destrucción medioambiental es, en sí misma, un hecho que se busca censurar, por lo que el rechazo a dicha conducta no estará proyectado en ese —eventual— castigo.⁷²

La cuestión relevante es, entonces, si lo anterior debiera ser un objetivo perseguido por la comunidad internacional. Es decir, la pregunta radica en si de la misma forma en que, posterior a la Segunda Guerra Mundial, existió un consenso en que ciertas conductas serían proscritas, inclusive en el contexto de un conflicto armado a gran escala, hoy en día existe anuencia para estimar que los daños más severos al medioambiente son una cuestión digna de criminalizar juntamente con los demás crímenes internacionales.

Debe tenerse presente, también, que una respuesta afirmativa a la pregunta anterior no necesariamente implica, como corolario, que la razón subyacente a dicha decisión de criminalización sea realizada con motivos *ecocéntricos*, pues lo anterior implica sostener que la protección del medioambiente deba ser realizada por mor de sí mismo, en circunstancias que, como se verá posteriormente, es posible sostener que los daños al medioambiente deben ser un ilícito propio, independiente de los ya existentes crímenes medioambientales, sin estar recurriendo a una matriz ecocéntrica en la estructura de criminalización.

Con todo, el matiz anterior no obstaría a que, preliminarmente, sea cual sea la razón aducida para la eventual criminalización de la conducta, el castigo impuesto al eventual autor de ecocidio expresará un reproche por una conducta consistente, precisamente, en el haber provocado *ese ilícito específico* y no, por ejemplo, de un crimen de lesa humanidad, expresando de esa manera el reproche de la comunidad internacional a la violación de dicho consenso civilizatorio, cumpliendo así con su función *ilocutiva*.

⁷⁰ Bronwyn Leebaw, “Scorched earth: environmental war crimes and international justice”, *Perspectives on Politics* 12, núm. 4 (2014): 782.

⁷¹ *Ibid.*, 783.

⁷² Drumbl, “International Humans Rights, International Humanitarian Law and Environmental Security”, 328.

3.2. ¿ES CONSISTENTE LA CRIMINALIZACIÓN DEL DAÑO MEDIOAMBIENTAL CON LA PROHIBICIÓN DE ANALOGÍA?

Además de los problemas que se acaban de reseñar (que podrían ser considerado primordialmente filosóficos), las propuestas antes esbozadas pueden encontrar otra plausible objeción: que ni el Fiscal ni la Corte Penal Internacional pueden ser vistos como “inventando crímenes”,⁷³ toda vez que el Estatuto de Roma consagra en su Art. 22 el principio *nullum crimen sine lege*, que expresamente prohíbe la extensión analógica.⁷⁴

Si se tiene en cuenta que el objetivo de la fijación de dicho principio en el Estatuto de Roma fue impedir a la Corte Penal Internacional invocar normas generales de derecho internacional para fundamentar la punibilidad⁷⁵, así como el que todo el punto de las estrategias anteriormente revisadas era demostrar que la Corte Penal Internacional podría *interpretar* que el daño medioambiental ha sido ocasionado como un método para la comisión de algún delito, podría estimarse que una aplicación de los razonamientos anteriormente descritos por parte de la Fiscalía podría ser eventualmente problemática desde el punto de vista de la proscripción de analogía; toda vez que este tribunal únicamente tiene jurisdicción de los crímenes específicamente enumerados en el Estatuto de Roma;⁷⁶ lo que ha llevado inclusive a sostener que uno de los principios rectores del derecho ambiental (a saber, el principio precautorio) se encuentra en abierto conflicto con el principio de legalidad.⁷⁷

Con todo, estas prevenciones debieran ser desestimadas. Si bien es cierto que el Art. 22 constriñe la interpretación en lo relativo a la definición de los crímenes, ese constreñimiento se limita únicamente a esto,⁷⁸ por lo que en casos donde el medioambiente esté siendo utilizado como el método para la perpetración de los crímenes no debiera generar un problema insoluble, siempre y cuando el Fiscal sea capaz de probar el delito respecto del cual la Corte Penal Internacional tenga competencia expresamente consagrada, que subyace al daño medioambiental, respecto del cual este último es únicamente el método utilizado.

Lo anterior no es algo que resulte particularmente novedoso en el derecho penal internacional. Así, y a modo de ejemplo, en su momento el Tribunal Internacional Penal para Ruanda consideró que la violación de mujeres de la etnia Tutsi fue un método para alcanzar la perpetración de un genocidio,

⁷³ Freeland, “Human rights, the environment and conflict”, 128.

⁷⁴ El Art. 22.2 del Estatuto de Roma reza: “La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena”

⁷⁵ Triffterer y Ambos, “The Rome Statute of the International Criminal Court”, 950.

⁷⁶ Triffterer y Ambos, “The Rome Statute of the International Criminal Court”, 18.

⁷⁷ Danuta Palarczyk, “Ecocide before the International Criminal Court: Simplicity is better than an elaborate embellishment”, *Criminal Law Forum*, Vol. 34 (2023): 161.

⁷⁸ Triffterer y Ambos, “The Rome Statute of the International Criminal Court”, 962.

conforme a la forma en la que está fue realizada, ya que “constituye genocidio en la misma manera que otro acto siempre y cuando hayan sido cometidas con la específica intención de destruir, en todo o en parte, a un grupo particular, perseguido como tal”, y que la intención de destruir era clara, lo que se constató por el sufrimiento a la que se les sometió.⁷⁹

Lo dicho debiera servir para mostrar, nuevamente, que las principales dificultades asociadas a la persecución del daño medioambiental, inclusive con la teoría de perseguirlos conforme a crímenes de lesa humanidad o genocidio, radica en la capacidad que el Fiscal tenga para probar el crimen que impute ante la Corte Penal Internacional.

La principal dificultad es, entonces, la misma que aqueja a la persecución penal respecto de cualquiera de los crímenes contemplados en el Estatuto de Roma: lograr la comprobación de que el ilícito específico ha sido perpetrado. De todas maneras, esto implica que dicha propuesta interpretativa representa una manera plausible para castigar la destrucción medioambiental, allí donde dicha destrucción puede ser subsumida como uno de los elementos para la comisión de uno de los *core crimes*.⁸⁰

⁷⁹ *Prosecutor v Akayesu* (Judgment) ICTR-96-4-A (1 de junio 2001), § 731-32.

⁸⁰ Lopez, “Criminal liability for environmental damage [...]”, 266.

III.- LA CRIMINALIZACIÓN DEL ECOCIDIO COMO RESPUESTA, SU (POSIBLE) TIPIFICACIÓN Y UBICACIÓN EN EL ESTATUTO DE ROMA

Antes de proseguir con el desarrollo del argumento, vale la pena hacer una breve revisión de la evolución histórica que ha tenido el concepto de ecocidio.

1.- ORÍGENES E HISTORIA DEL CONCEPTO

Como se observó anteriormente, el concepto de ecocidio no es nuevo en la discusión pública, toda vez que data de los años 1970 cuando el profesor Arthur Galston, motivado por los horrores de Vietnam, buscó promover la creación de un tratado internacional contra el ecocidio,⁸¹ lo que provocó que el término comenzara a expandirse rápidamente en la discusión acerca del uso del agente naranja y la guerra de Vietnam, aunque en esta época la discusión se mantuviera aún centrada en la utilización del ecocidio en cuanto táctica de guerra.⁸² Ya en 1973, Richard Falk había publicado un artículo, que devendría célebre, que presentaba su propuesta para una convención contra el ecocidio, la que contendría una definición del mismo así como un listado de conductas que consistirían en él,⁸³ aunque, poco antes, también podemos encontrar en 1954, en el marco del encargo por las Naciones Unidas de la redacción de un código de crímenes contra la paz y la seguridad humana, la propuesta de inclusión en el listado de crímenes “una disposición en virtud de la cual el incumplimiento de obligaciones internacionales de protección de medio ambiente constituiría un acto punible”.⁸⁴

La idea anterior tampoco sería desechada, toda vez que en 1991 la Comisión de Derecho Internacional plasmaría, en su art. 26 de la propuesta de código, un nuevo delito, distinto de los crímenes contra la humanidad, que quedaría especificado así: “el que intencionalmente cause daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, u ordene que sean causados tales daños, será condenado, después de ser reconocido culpable”⁸⁵. Este artículo sería posteriormente excluido de forma completa y unilateral del proyecto,⁸⁶ siendo esta la causa de que, hasta el día de hoy, el Estatuto de Roma solo contenga una alusión al medioambiente en el marco de los crímenes de guerra.⁸⁷

⁸¹ Anja Gauger et al, “Ecocide is the Missing 5th Crime against peace”, *School of Advanced Study University of London* (2012): 1.

⁸² Anastacia Greene, “The campaign to make ecocide an international crime: Quixotic quest or moral imperative”, *Fordham Environmental Law Review* 30, núm. 3 (2018): 9.

⁸³ Greene, “The campaign to make ecocide an international crime”, 12-3.

⁸⁴ Libia Arenal, “Regulación jurídica de los crímenes contra el medio ambiente en derecho internacional: desafíos para la definición del ecocidio como un crimen internacional”, *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, núm. 9 (2021): 5.

⁸⁵ Arenal, “Regulación jurídica de los crímenes contra el medio ambiente en derecho internacional”, 6; Greene, “The campaign to make ecocide an international crime”, 15.

⁸⁶ Arenal, “Regulación jurídica de los crímenes contra el medio ambiente en derecho internacional”, 8; Anja Gauger et al, “Ecocide is the Missing 5th Crime against peace”, 2.

⁸⁷ Greene, “The campaign to make ecocide an international crime”, 16.

Lo anterior da cuenta de un fracaso, por parte de los organismos internacionales, de entregar protección al medioambiente en sede penal internacional, lo que no implica que esta situación jurídica se replique, necesariamente, en los ordenamientos jurídicos nacionales; actualmente diversos países sí contemplan las conductas ecocidas como un delito autónomo,⁸⁸ y en la discusión doctrinal el tema se encuentra sumamente en boga.

Esto último es un hecho particularmente relevante. Contamos ya con un (brevísimo) repaso histórico que da cuenta de la relevancia del concepto de ecocidio. Sin embargo, aún no existe una definición consensuada respecto de qué sería lo que, hipotéticamente, queremos perseguir, más allá de una noción “de sentido común” que pudiera provenir de la similitud fonética entre el concepto de genocidio y ecocidio. Por ello, el siguiente apartado estará dedicado a ofrecer una breve reseña de estas propuestas definicionales; aunque el debate respecto a cuál de ellas sea la más acertada esté lejos de ser zanjado y, por su extensión, exceda los límites del presente trabajo.

2.- PROPUESTAS DEFINICIONALES

En la literatura especializada es plausible encontrar propuestas para definir el ecocidio, muchas de ellas emergiendo de puntos de partida disímiles entre sí.

Lo anterior es prístino si se tienen presente las diferencias relativas a qué conductas constituyen ecocidio y cuáles no, según cual propuesta específica de criminalización se tenga en mente; por ejemplo, dentro de la matriz acuñada por el prof. Galston, no se contemplaba la posibilidad de incluir la destrucción ocasionada fuera del contexto de un conflicto armado. En sus antípodas, la propuesta desarrollada por Polly Higgins, dada su cargada fundamentación ecocéntrica,⁸⁹ contempla un ecocidio mucho más amplio, el que puede ocurrir también en tiempos de paz. Finalmente, también podemos encontrar propuestas como la del prof. Pettigrew, quien desarrolló la idea de un derecho a la “libertad del ecocidio”, el que podría ser desprendido de enmiendas de la constitución estadounidense.⁹⁰

Con todo, más allá de dichas sutilizas, es posible decir que bajo el concepto de ecocidio podemos englobar la destrucción ambiental *lato sensu*.⁹¹

Con ello presente, procederemos a esbozar algunas de las propuestas desarrolladas de forma prioritariamente contemporánea. Pues, si bien las alusiones al ecocidio pueden hacerse datar de hace

⁸⁸ Greene, “The campaign to make ecocide an international crime”, 19.

⁸⁹ Saloni Malhostra, “The environmental crime that could have been but never was: An English school perspective on the ecocide law”, *Amsterdam Law Forum* 9, núm. 3 (2017): 51.

⁹⁰ Harry Pettigrew, “A constitutional right of freedom from Ecocide”, *Environmental Law*, 2, núm. 1 (1971), *passim*.

⁹¹ Malhostra, “The environmental crime that could have been but never was”, 52.

poco más de cincuenta años,⁹² para efectos del debate actual puede ser más útil centrar la atención en las propuestas que más atención han despertado en los últimos años, esto es, la propuesta de Polly Higgins, la propuesta de Neyret, y la emanada por el Panel de Expertos de *Stop Ecocide Foundation*.

2.1. PROPUESTA DE POLLY HIGGINS

La labor de esta abogada ambientalista en materia de difusión del ecocidio fue, sin duda, encomiable. Escribiendo numerosos libros sobre el tema, llegando a redactar un proyecto de ley para aplicar en su país de origen (Reino Unido), así como numerosos actos de activismo.⁹³

Su preocupación por el medioambiente tiene su origen en la constatación del hecho de que la humanidad ha consumido y provocado la destrucción del medioambiente a través de la comisión de múltiples crímenes y otras formas de menoscabo, muchas de ellas realizadas en el marco del sistema de desarrollo imperante en el mundo contemporáneo ⁹⁴, poniendo de esa manera en riesgo incluso a la raza humana misma⁹⁵, lo que la llevaría a esbozar una propuesta que, en su interés por defender a raja tabla el medioambiente, ha llegado a ser tildada de radical.

Así, dentro de la obra de Higgins podemos encontrar un compendio de afectaciones y daños al medioambiente actualmente punibles en distintos ordenamientos jurídicos, mencionando como ejemplos la contaminación del agua y el maltrato de especies animales no humanas.⁹⁶

En este contexto, la autora considera como uno de los casos más prístinos de criminalidad medioambiental el saqueo de recursos naturales; llegando al punto de comparar dicha conducta con el pillaje, conducta que es generalmente reconocida como constitutiva de un crimen de guerra.

A este respecto, agrega Higgins, que, si se tiene presente que este argumento fue esgrimido para perseguir a funcionarios de la Alemania nacionalsocialista por la apropiación de bienes ubicados en territorios ocupados, parece sostenible que, existiendo una similitud entre crímenes anteriormente perpetrados y las prácticas corporativas contemporáneas, exista la posibilidad de criminalizar, actualmente, dichas conductas. ⁹⁷

⁹² El artículo de Pettigrew fue publicado en 1971, y el de Richard Falk en 1973.

⁹³ Pablo Serra Palao, “Ecocidio: La odisea de un concepto con aspiraciones jurídicas”, *Revista Catalana de Dret Ambiental X*, núm. 2 (2019): 30.

⁹⁴ Polly Higgins, Damien Short y Nigel South, “Protecting the planet: a proposal for a law of ecocide”, *Crime, Law and Social Change* 59 (2013): 251.

⁹⁵ Serra Palao, “Ecocidio”, 31.

⁹⁶ Higgins, Short y South, “Protecting the planet”, 252-3.

⁹⁷ Higgins, Short y South, “Protecting the planet”, 254-5.

En el contexto de todo lo anterior es que Higgins, en 2010, presentó su primera propuesta para tipificar el ecocidio, que pudiera ser añadida al Estatuto de Roma, que rezaría de la siguiente forma:

“Ecocidio es el daño extenso a, la destrucción del o los ecosistemas de un territorio determinado, sea por agencia humana o por otras causas, de tal forma que el disfrute pacífico por los habitantes de ese territorio haya sido severamente disminuido”.⁹⁸

Una de las primeras cosas que salta a la vista es que Higgins no identifica únicamente como ecocidio aquel que es ocasionado por los seres humanos, por lo que, en palabras de Serra Palao; “entiende el ecocidio como cualquier colapso de un ecosistema determinado, independientemente de que el actuar del ser humano haya sido causante de tal catástrofe o no”.⁹⁹

Otra cuestión interesante que se desprende de la formulación que Higgins hace del ecocidio es que la misma sería un tipo que carece de un elemento¹⁰⁰ que -hasta ahora- está presente en todos los delitos que son competencia de la Corte Penal Internacional, a saber, el *mens rea* o elemento de intencionalidad, lo que no solo no es problemático para Higgins, sino que además destaca como una virtud que, por lo demás, ya habría sido recogida por la legislación de países que ya penalizan el ecocidio.¹⁰¹

Las razones que Higgins entrega para justificar esta exclusión dicen relación, en lo sustantivo, con buscar que la tipificación sea un medio efectivo de persecución penal, lo que, en sus palabras, solo sería posible si el ecocidio es concebido como un delito de responsabilidad estricta,¹⁰² valiéndole lo anterior situar su tesis dentro de las llamadas “maximalistas”, toda vez que ha “construido un concepto de una amplitud que permite integrar prácticamente cualquier caso de deterioro ambiental que ostente una repercusión significativa”.¹⁰³

Todo lo anterior para Higgins vendría dado por su fuerte preocupación no solo por el ecocidio producido por el daño medioambiental que se ocasiona en conflictos armados, sino que, palmariamente, por aquel ocasionado por la actividad industrial económica; destacando que “la mayoría del ecocidio corporativo no es intencional; usualmente es evaluado un daño colateral o un accidente”.

Lo anterior, permite entender por qué, a su juicio, incluir el elemento de intencionalidad dentro del tipo volvería la criminalización del ecocidio, en estos términos, ilusoria:¹⁰⁴ toda vez que los posibles

⁹⁸ Higgins, Short y South, “Protecting the planet”, 257. Traducción libre.

⁹⁹ Serra Palao, “Ecocidio”, 35.

¹⁰⁰ Polly Higgins, *Eradicating Ecocide*, 2da ed. (Londres: Shephard-Walwyn, 2010), 68.

¹⁰¹ Higgins, Short y South, “Protecting the planet”, 262.

¹⁰² Higgins, *Eradicating Ecocide*, 68-69.

¹⁰³ Serra Palao, “Ecocidio”, 33.

¹⁰⁴ Véase la nota 98.

autores podrán esgrimir, constantemente, la falta de dicho elemento en la conducta desplegada. Así las cosas, consagrar el ecocidio como un delito de responsabilidad estricta sería la única forma de asegurar que exista una verdadera *accountability* por la perpetración del crimen.¹⁰⁵

En definitiva, lo que subyace a la premisa anterior estaría sustentado en la necesidad de generar un incentivo para que se adopten medidas preventivas, desde el punto de vista de quienes toman las decisiones que, finalmente, terminan ocasionando los ecocidios, buscando cambiar el paradigma de “el que contamina, paga” al principio de “el contaminante, no contamina.”¹⁰⁶

2.1.A) ECOCIDIO À LA HIGGINS

Teniendo claro el aparataje conceptual de Higgins, es posible acercarse ciertos comentarios respecto a la utilidad que la propuesta por ella elaborada pudiera específicamente tener a la hora de, efectivamente, *erradicar el ecocidio*.

Una primera cuestión que debiera saltar a la vista (y que va más allá del posible maximalismo del que pudiera adolecer su propuesta, como fuera aludido *supra*) es que la propuesta de ecocidio realizada por Higgins, dada su formulación como un delito de resultado,¹⁰⁷ podría eventualmente abarcar tanto ecocidios que fueran consecuencia directa de una acción humana, como aquellos ocasionados de forma “natural”.¹⁰⁸

Un planteamiento en dichos términos podría tener sentido si se buscara entregar una definición meramente descriptiva de lo que, de hecho, pueda constituir un daño severo, grave o extenso al medioambiente; pues es claro que existen alteraciones medioambientales con severas consecuencias respecto de las cuales el ser humano no es más que un simple espectador. Con todo, toda vez que el contexto de dicha formulación no es aquel, sino el de una propuesta de criminalización, pareciera que la mentada definición no es del todo consistente.

Esto es relevante, ya que debería ser claro que en sede jurídico-penal los comportamientos que son merecedores de un castigo son aquellos comportamientos que, en alguna medida, implican un despliegue de una acción por parte de una persona.

Lo anterior es, en alguna medida, refrendado por la propia autora, quien un par de páginas después de realizar su propuesta definicional recuerda las palabras del Tribunal Internacional de

¹⁰⁵ Ibid.

¹⁰⁶ Higgins, Short y South, “Protecting the planet”, 262-63.

¹⁰⁷ Higgins, *Eradicating Ecocide*, 68.

¹⁰⁸ Higgins, *Eradicating Ecocide*, 62-3.

Núremberg, el que estableció, precisamente, que: “los crímenes contra el derecho internacional son cometidos por personas, no por entidades abstractas (...)”.¹⁰⁹

Como aquello podría ser predicable de cualquiera de los *core crimes* del derecho penal internacional pero no de este (posible) nuevo crimen, es una pregunta que queda sin respuesta, especialmente considerando; (i) la ubicación en la que se encuentra la definición en la obra: el capítulo V cuyo nombre es, precisamente: “Ecocidio: el quinto crimen contra la paz” y; (ii) que en su obra publicada dos años más tarde, titulada *Earth is our Business*, en la que contempla una pormenorizada propuesta de “ley de ecocidio” (*Ecocide Act*), Higgins continúa englobando dentro de su definición el ecocidio ocasionado por “agencia humana u otras causas” (énfasis añadido).¹¹⁰

Otra de las cuestiones respecto de las cuales vale la pena ofrecer algún comentario, dice relación con la caracterización que hace Higgins del ecocidio como un crimen de responsabilidad estricta (*strict liability*). Esto, toda vez que -de ser eventualmente adoptada una reforma al Estatuto de Roma à la Higgins- aquello constituiría una novedad en el andamiaje institucional del mentado cuerpo normativo, pues se alejaría marcadamente de la regla general contenida en su Art. 30, a saber; que todos los comportamientos susceptibles de adquirir relevancia típica bajo el Estatuto de Roma deben haber sido cometidos con *intención y conocimiento*.

Ambos conceptos son definidos en el Estatuto, estableciéndose que actúa *intencionalmente* quien: (a) en relación con una conducta, se propone incurrir en ella, o; (b) en relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos, mientras que se actúa con *conocimiento* cuando existe “la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos”.

Ahora bien, que aquello constituye únicamente la regla general de la que, de hecho, es posible apartarse, debiera quedar suficientemente claro de la mera lectura del artículo antes aludido. Esto es pacífico, también, en doctrina.¹¹¹

Con todo, toda vez que se está ofreciendo una desviación de la regla general, debiera prestarse atención a los argumentos esgrimidos por Higgins a la hora de justificar dicha innovación: tanto para dar cuenta de cómo el ecocidio se diferencia de la generalidad de los ilícitos del Estatuto en cuanto a su *mens rea*; como para evaluar si dicha diferenciación en el trato se encuentra justificada, especialmente si

¹⁰⁹ Véase la nota 107.

¹¹⁰ Polly Higgins, *Earth is our Business: changing the rules of the game* (Londres: Shephard-Walwyn, 2012), 157 y ss.

¹¹¹ Triffterer y Ambos, “The Rome Statute of the International Criminal Court”, 1118.

tenemos presente que la criminalización del ecocidio pretende presentarse a sí misma como una herramienta útil en la lucha contra la destrucción medioambiental.

De esta forma, las razones ofrecidas por Higgins para hacer del ecocidio un delito sin *mens rea* son cuatro; (i) que al ser un delito de resultado, lo que se busca castigar no es tanto el despliegue de una conducta en sí, sino la consecuencia (ecocida) de la misma; (ii) que la gravedad de las consecuencias del ecocidio justificarían la condena sin necesidad de un elemento mental; (iii) que sin una responsabilidad estricta (*absolute liability*) la reforma sería ineficaz, y; (iv) que estructurar el delito como uno de responsabilidad estricta pone el foco en la prevención del ecocidio, no en la culpa del acusado.¹¹²

De todos estos, solo respecto del cuarto ofrece la autora una fundamentación más pormenorizada. Por ello, será en el que nos detendremos ulteriormente. Con todo, unas breves palabras pueden ser dichas respecto de los primeros tres argumentos enarbolados.

En lo que respecta al primero, parece extraño que se ofrezca como premisa para sustentar que se debe prescindir del elemento mental en el ecocidio el que lo que se busca es proscribir una consecuencia antes que una conducta en específico. Si bien puede entenderse que la autora se refiere al ecocidio que tiene lugar a través del desarrollo de actividades industriales o extractivistas, no parece convincente sustentar una desviación de la regla general del Art. 30 en esta circunstancia, pues un buen número de crímenes del Estatuto de Roma también proscriben conductas en mérito del resultado que ocasionan, sin por ello eximir del *mens rea* para la eventual punición (piénsese, por ejemplo, en el delito de homicidio).

Sobre el segundo punto; el argumento que Higgins busca sostener descansa en la premisa consistente en que, de esta forma, podrá asegurarse la condena respecto del ecocidio cuya ocurrencia sea resultado de una actividad empresarial.¹¹³ Lo anterior sería correcto toda vez que, según Higgins, los tribunales tienden a considerar que las corporaciones son criminalmente responsables únicamente allí donde no se requiere un elemento volitivo.¹¹⁴ Con todo, la autora no ofrece mayor sustento para dicha afirmación. Empero, también vale la pena recalcar otra cuestión: el Estatuto de Roma contempla únicamente la responsabilidad penal individual, por lo que la eventual imputación que podría enfrentar un empresario por un ecocidio no descansará (necesariamente) en la actividad del cuerpo colegiado encargado de la toma de decisiones de la industria respectiva, sino que de su comportamiento personal. Por lo demás, dado que no existe jurisprudencia en la Corte Penal Internacional respecto de personas

¹¹² Higgins, "Eradicating Ecocide", 68-9.

¹¹³ *Ibid.*, 68.

¹¹⁴ *Ibid.*

jurídicas, parece irrelevante aludir a lo que las cortes *habrían* fallado anteriormente para sustentar este punto.

El tercer argumento es al que menos espacio dedica Higgins, lo que podría indicar que para la autora lo que subyace al mismo debiera ser autoevidente. En definitiva, al no ofrecer mayor sustento al mismo se vuelve difícil evaluarlo argumentativamente, aunque sí puede mencionarse que lo predicado del ecocidio *bien podría ser dicho* de cualquier otro crimen, pues es claro que allí donde se introduzca un requisito *adicional* siempre aumentará la dificultad de probar el elemento extra, que allí donde no se exige.

Finalmente, el cuarto argumento de Higgins reposa en que un ecocidio así tipificado provocaría un *cambio de paradigma*, enfocándose ulteriormente en la prevención de la conducta antes que en la culpa del acusado; en palabras de la autora: “By creating a pre-emptive binding obligation, the crime of ecocide is focused on prevention from the outset. It creates a quasi-crime, a regulatory offence, rather than an ordinary criminal offense”.¹¹⁵

Que la criminalización del ecocidio, en estos términos, vaya a ocasionar el anunciado *cambio de paradigma*, mediante una alteración conductual consistente en la adopción de mayores deberes de cuidado para efectos de no incurrir en el delito, es algo que no parece estar fundamentado con precisión, pues si lo sostenido descansa en la premisa de que allí donde se establezca responsabilidad estricta siempre se hará mayor énfasis en la prevención de la conducta, dicho argumento debiera desarrollarse ulteriormente, cuestión que no ocurre.

Por lo demás, Higgins sostiene que “in the case of ecocide, as with all crimes against peace, the focus is *ultimately* on war prevention” (énfasis añadido), por lo que, nuevamente, se echa en falta una mayor elaboración en el argumento; si se quiere ser consistente con que el ecocidio, al mismo tiempo que contiene rasgos que lo vuelven “igual que los demás crímenes contra la paz” es una conducta delictualmente lo suficientemente distinta para justificar apartarse por completo de la regla general en lo referido al elemento mental dentro del sistema del Estatuto de Roma.

Finalmente, otra posible objeción que sería posible esgrimir a una tipificación del ecocidio en los términos que se están reseñando, consiste en que parece difícil conciliar la misma con una perspectiva retribucionista. Que lo anterior es un punto de interés en la discusión relativa al ecocidio ya fuera aludido anteriormente en el capítulo segundo.

¹¹⁵ Ibid., 69.

Una de las formas en la que se percibe la existencia de una problemática al intentar conciliar un ecocidio formulado en términos Higginianos y el retribucionismo aparece de manifiesto al momento de retrotraernos a uno de los primeros puntos levantados en este acápite, a saber, el que el ecocidio propuesto por la autora incluye tanto el ocasionado por el despliegue de una conducta humana, como el que no. Que esto es problemático salta a la vista teniendo presente que malamente podríamos justificar, desde una óptica retribucionista, la hipotética condena a una persona en función de un hecho que no ha sido ocasionado por ser humano alguno.

Una segunda manera de dar cuenta de esto radica en que la fundamentación de Higgins para excluir en el ecocidio el elemento volitivo radica en argumentos de política criminal, como fuera reseñado *supra*. Aquello también sería difícil de compatibilizar posiciones retribucionistas.

Por lo demás, que para la autora este es un punto relevante, fluye de la lectura misma de su obra, pues, al sostener la ventaja de la creación de una *ofensa regulatoria*, reflexiona que: “the concept of fault for regulatory offences is based upon the reasonable care standard, which does not imply moral blameworthiness in the same manner as criminal fault”.¹¹⁶ De lo anterior podemos desprender que la culpabilidad del acusado es un punto relevante para la autora cuando se piensa en el ecocidio que, en su esquema, constituiría la figura *criminal*, pues dicha imputación estaría cargada de mayor reprochabilidad moral.

Todo lo anterior no obsta a que la obra de Higgins deba ser reconocida como una de las más importantes a la hora de relevar la importancia del debate del ecocidio, particularmente dentro del contexto contemporáneo; como se ha intentado dar cuenta en este apartado, la acometida intelectual de la abogada escocesa fue sumamente relevante, no solo en términos de presencia en la discusión pública, sino también en el debate técnico respecto a las propuestas de criminalización, como veremos más adelante.

¹¹⁶ Ibid.

2.2. PROPUESTA DE NEYRET

Otra de las propuestas que se han esbozado respecto de la criminalización del ecocidio es la emanada del grupo de trabajo que estuvo a cargo de Laurent Neyret, que resulta ser más *pragmática* que la de Higgins.¹¹⁷

La razón de dicha adjetivación fluye con claridad cuando se contrastan no solo las propuestas para el crimen en sí, sino el contexto justificativo de ambas, como se abordará *infra*.

Respecto de la primera cuestión, la propuesta de Neyret no se enmarca en el contexto de una propuesta de reforma del Estatuto de Roma.

Existe aquí, pues, una primera gran diferencia con la propuesta reseñada recientemente; toda vez que el desglose de conductas que serían subsumibles bajo el concepto de ecocidio no implicaría una agregación de dicho tipo al Estatuto de Roma; sino que su criminalización se lograría mediante la adopción de un nuevo tratado internacional, a saber: una convención contra el crimen de ecocidio.

La propuesta, vale la pena anotar también, no se agotaría únicamente en dicha convención, toda vez que, conjuntamente con la adopción de la convención contra el crimen de ecocidio, Neyret propone la entrada en vigencia de otro tratado *hermanado* con este: una convención contra crímenes contra el medioambiente, que serían conocidos como *eco-crímenes* (*ecocrimes*). La razón de la división en dos cuerpos normativos distintos radicaría en la entidad del daño ocasionado al medioambiente: allí donde la trascendencia de la destrucción no sea suficiente para ser considerada ecocidio, podrá ser perseguida como un eco-crimen.

Esta propuesta bipartita de convenciones, con todo, implicaría, a su vez, la creación de un nuevo tribunal penal internacional para el medioambiente, el que vendría a ejercer la respectiva jurisdicción (complementaria) respecto de estos crímenes.¹¹⁸

Es decir, si bien se apuesta por la elevación del ecocidio al estatus de crimen internacional, aquello se haría por fuera de la actual competencia de la Corte Penal Internacional.

Un primer problema con una postura como esta podría ser el que disgrega los esfuerzos del derecho penal internacional, pasando por alto la existencia de un tribunal altamente especializado, reconocido y con financiamiento, optando por la creación de un nuevo ente que, como es lógico, requeriría de tiempo y esfuerzo por parte de la comunidad internacional para poder echarse a andar. Con

¹¹⁷ Serra Palao, "Ecocidio", 35 ss.

¹¹⁸ Laurent Neyret, *From Ecocrimes to Ecocide: Protecting the Environment Through Criminal Law* (Cambridge: C-EEENRG Reports. Cambridge Centre for Environment, Energy and Natural Resource Governance, University of Cambridge, 2017-2), 38.

todo, la propuesta parecería hacerse cargo de estos resquemores de diversas formas; pero principalmente, mostrándose como una alternativa más realizable para la criminalización del ecocidio que la acometida por Polly Higgins.

En este orden de ideas encontramos, por ejemplo, el hecho de que al ser una nueva convención esta no tendría que pasar por el engorroso sistema de reforma contemplado actualmente en el Estatuto de Roma que, por lo demás, permite a un Estado parte repudiar la reforma, dejando esta sin efecto respecto de aquel, lo que desde ya generaría problemas a la hora de hacer efectiva la jurisdicción de la Corte sobre este nuevo crimen. En cambio, al promoverse la idea de la creación de un nuevo tratado internacional, adquirirían desde ya todos los Estados parte los deberes de criminalización contenidos en dicho instrumento.

2.2.A) RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA POR EL ECOCIDIO SEGÚN NEYRET

Un segundo e importante ventaja que tiene la convención propuesta por Neyret es que permite enfrentar una de las principales dificultades que, como se reseñó *supra*, puede tener la criminalización del ecocidio en los términos de Higgins, esto es, el problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Dicha cuestión no puede ser soslayada cuando se tiene en mente que buena parte de las conductas ecocidas son desplegadas, actualmente, por grandes corporaciones y empresas transnacionales,¹¹⁹ las que contaminan o destruyen el medioambiente de las zonas en las que desarrollan sus actividades industriales. Si bien la propuesta de Higgins buscaría dar una respuesta a este problema, a través del régimen de la responsabilidad del superior,¹²⁰ aquello podría seguir siendo estimado insuficiente, sobre todo si aceptamos que, contemporáneamente, estas corporaciones transnacionales son “verdaderos Estados soberanos”.¹²¹

Aunque la cuestión sigue siendo debatida hasta hoy,¹²² Neyret apuntaba que una de las bondades de la propuesta radicaba, precisamente, en abrir el espacio a la discusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en materia de derecho penal internacional.¹²³

¹¹⁹ Neyret, *From Ecocrimes to Ecocide*, 46

¹²⁰ Higgins, Short y South, “Protecting the planet”, 157.

¹²¹ Emmanuela Fronza, «Towards a New Crime of Ecocide: The Moving Frontiers of International Criminal Law », en *Strafrecht und Systemunrecht*, ed. por Florian Jeßberger, Moritz Vormbaum y Boris Burghardt (Tubinga: Mohr Siebeck, 2022), 101.

¹²² *Ibid.*

¹²³ Neyret, *From Ecocrimes to Ecocide*, 144.

La consagración de la responsabilidad penal de la persona jurídica quedaría consagrada en el Art. 5 del tratado propuesto, que reza como sigue:¹²⁴

1. Cada Estado Parte deberá adoptar las medidas que sean necesarias, consistentes con sus principios legales, para asegurar que una persona jurídica pueda ser hecha responsable criminalmente por el crimen de ecocidio, cuando el crimen haya sido cometido para su beneficio, por cualquier persona que tenga una posición de liderazgo con la personalidad jurídica involucrada, actuando o bien individualmente o como parte del órgano de la persona jurídica, basado en:
 - a) Un poder de representación de la persona jurídica;
 - b) Autoridad para tomar decisiones en representación de la persona jurídica; o
 - c) Autoridad para ejercer control dentro de la persona jurídica.
2. Cada Estado Parte deberá adoptar las medidas que sean necesarias, consistentes con sus principios legales, para asegurar que la persona jurídica pueda ser hecha responsable criminalmente cuando su falta de supervisión o control haya hecho posible la comisión de un crimen de ecocidio en su beneficio
3. La responsabilidad penal de una persona jurídica conforme a los parágrafos 1 y 2 no excluirá la persecución criminal contra personas naturales que hayan participado en la comisión de un crimen de ecocidio referido en el artículo 3.
4. “Persona jurídica” significa cualquier entidad que tenga personalidad jurídica conforme al derecho aplicable, exceptuando a los Estados o entidades públicas ejerciendo autoridad Estatal y organizaciones públicas internacionales.

La propuesta anterior debería ser, en primer término, evaluada críticamente en miras a determinar si correspondiera o no atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas en sede penal internacional.

Desde ya, aquello está proscrito *de lege lata*, pues el Estatuto de Roma contempla únicamente la responsabilidad penal individual. Esto tiene razones históricas; a partir de los juicios de Nuremberg se ha considerado un objetivo del derecho penal internacional el castigar a personas (naturales) para demostrar que “estos crímenes no son cometidos por entidades abstractas”.¹²⁵

Con todo, el que las personas jurídicas no sean capaces de responsabilidad penal en el nivel del derecho penal internacional, se corresponde con una proposición contingente, *de lege lata*, que no obsta a que el asunto pueda ser discutido *de lege ferenda*. Esto, especialmente si nos estamos situando, precisamente, en una discusión respecto a la inclusión de un nuevo crimen que, a primera vista, pareciera estar ajeno a los paradigmas de Núremberg.

¹²⁴ Traducción propia.

¹²⁵ Mirtha Medina y César Vásquez, “Los crímenes de lesa humanidad y su juzgamiento”, *Lex – Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política* 9, núm. 8 (2011): 111.

2.2.B) EL ECOCIDIO BAJO LA PROPUESTA DE NEYRET

La segunda diferencia -y que lleva a Serra Palao a caracterizar como *pragmática* la propuesta- radica en la definición que se propone en el borrador de convención para tipificar el ecocidio.

Antes de realizar el análisis y contraste con la propuesta anterior, puede ser de utilidad tener la definición de Neyret a la vista, consagrada en su Art. 2º:¹²⁶

1. A los efectos de la presente Convención, se entiende por ecocidio aquellos actos intencionales definidos a continuación, cuando sean cometidos en el contexto de una acción generalizada y sistemática y tengan un impacto negativo en la seguridad del planeta:
 - a) El vertido, emisión o introducción de una cantidad de sustancias o de radiaciones ionizantes en el aire o la atmósfera, en el suelo, el agua o los medios acuáticos;
 - b) La retirada, el transporte, la recuperación o la eliminación de residuos, incluida la supervisión de dichas operaciones y el mantenimiento posterior de los vertederos, así como las medidas adoptadas como negociante o intermediario en cualquier actividad relacionada con la gestión de residuos;
 - c) La explotación de una instalación en la que se lleve a cabo una actividad peligrosa o en la que se almacenen o utilicen sustancias o preparados peligrosos;
 - d) La producción, el tratamiento, la manipulación, la utilización, la posesión, el almacenamiento, el transporte, la importación, la exportación o la eliminación de materias nucleares u otras sustancias radiactivas peligrosas;
 - e) La muerte, destrucción, posesión o apropiación de especímenes de especies de fauna o flora salvajes, estén o no protegidas;
 - f) Otros actos de carácter análogo cometidos de forma intencionada y que afecten negativamente a la seguridad del planeta.
2. Los actos referidos en el apartado 1 afectan negativamente a la seguridad del planeta cuando causen:
 - a) Una degradación extensa, duradera y grave de la calidad del aire o de la atmósfera, de la calidad del suelo o de las aguas, de la fauna o la flora o de sus funciones ecológicas; o
 - b) La muerte, invalidez permanente u otras enfermedades graves e incurables a una población, o la expropiación permanente de sus tierras, territorios o recursos.
3. Los actos referidos en el apartado 1 deben ser cometidos intencionadamente y con conocimiento del carácter generalizado y sistemático de las acciones en cuyo marco se lleven a cabo dichos actos. Estos actos también se consideran intencionales cuando su autor supiera o debiera haber sabido que existía una alta probabilidad de que tales actos pudieran afectar negativamente la seguridad del planeta.

¹²⁶ Serra Palao, “Ecocidio”, 39. Traducción del autor.

Una de las primeras diferencias que debiera saltar a simple vista es la mayor extensión del texto que se propone, merced de la elección, por parte de Neyret, de una tipificación ajustada a la técnica actualmente empleada en las disposiciones del Estatuto de Roma, en cuanto contiene un listado de actos que, cumpliéndose determinadas circunstancias, pueden dar lugar a que se haya configurado el ecocidio. En este mismo orden de ideas, es interesante reparar en que -al igual que en la tipificación de los crímenes de lesa humanidad- se cuenta aquí con un tipo residual o “de recogida”, que permitiría al ente persecutor y, eventualmente, jurisdiccional contar con la ductilidad necesaria para no dejar en la indefensión al medioambiente cuando este se vea de forma análoga a las descritas en los literales anteriores.

También se debe dar cuenta de uno de los elementos cruciales de la propuesta teórica realizada por Higgins, a saber, la omisión del elemento de intencionalidad dentro del tipo, no se encuentra presente aquí: toda vez que el ecocidio, adoptada la matriz propuesta por Neyret, sí requeriría de este elemento. Ello podría hacer pertinente la justificación ofrecida por Higgins: una tipificación del ecocidio en estos términos podría volverse ilusoria, toda vez que allí donde no se cumplan los requisitos del *mens rea* la conducta no podrá ser efectivamente perseguida. Con todo, estas prevenciones podrían ser desestimadas si se tiene presente que, en la propuesta aquí reseñada, se contempla la posibilidad de adscribir responsabilidad por negligencia.

Una similitud entre ambas propuestas, con todo, es el enfoque *ecocéntrico* que mantienen. Como ya vimos anteriormente, es posible sostener la existencia de normas que criminalizan la destrucción del medioambiente, pero que lo hacen manteniendo un punto de vista *antropocéntrico*.

Esto cambia radicalmente en la propuesta que aquí se reseña, la cual convierte *la seguridad del planeta* en objeto de protección. Y, si bien se manifiesta una preocupación patente por la protección de “la población” (que, para efectos del argumento, podríamos leer como expresión sinónima de “población [humana]”), también hace mención expresa a que la seguridad del planeta podría verse comprometida aún si la destrucción medioambiental no ocasionara daño alguno a un ser humano, toda vez que existe alusión expresa a la protección de la “flora y fauna”.

Lo anterior se ve refrendado por los comentarios de Neyret a su propuesta, expresando este abiertamente que el objetivo del ecocidio es proteger como bien jurídico la seguridad del planeta que, en sus palabras, “emerge en el contexto de la costumbre del derecho internacional”,¹²⁷ citando para ello diversos tratados internacionales que darían cuenta de un deber de protección respecto de este bien jurídico.

¹²⁷ Neyret, *From Ecocrimes to Ecocide*, 85.

Otra similitud entre ambas propuestas radica en que ambas carecen del elemento de balance que se encuentra presente en el Art. 8.2 b) iv). Lo anterior se deja ver ya que, si bien, la propuesta integra como elemento de la variable ecocida de degradación el que esta sea *extensa, duradera y grave*, no existe alusión alguna a una exigencia que el autor pudiera esgrimir, como la que se encuentra consagrada en el artículo anteriormente aludido. Esto no viene sino a refrendar lo dicho anteriormente, esto es, el carácter fuertemente *ecocéntrico* de la propuesta.

Con todo, podría plantearse una objeción en contra de lo recién dicho: difícilmente puede decirse que el tipo tenga una fundamentación ecocéntrica, si en la misma forma de tipificación se agrega un elemento adicional a la destrucción ambiental: el que el daño deba ser *extenso, duradero y grave*.

Empero, esta objeción debiera ser desestimada. Lo anterior, ya que la propuesta encuentra una más que razonable explicación a dicha aparente problemática; la concepción de ecocidio aquí favorecida contempla al delito como uno de los crímenes más graves posibles, siendo el bien jurídico protegido uno equiparable a la dignidad humana.¹²⁸

Teniendo presente esto último, no debería generar extrañeza que el rótulo de ecocidio esté reservado únicamente para los daños particularmente severos contra la seguridad del planeta,¹²⁹ máxime si se tiene presente que, dentro del aparatage conceptual aquí sustentado, la tipificación del ecocidio vendría aparejada de la firma de otra convención que contemplaría la tipificación de otros crímenes medioambientales de menor envergadura.

2.2.C) ECOCIDIO COMO CRIMEN INTERNACIONAL

Como se acaba de explicar, la propuesta que ahora se analiza contempla la existencia de dos tratados internacionales para brindar protección penal al medioambiente, siendo lo que distingue al ecocidio de los meros eco crímenes la particular severidad que aquél tiene en cuanto a su impacto.

La circunstancia anterior permite fundamentar de mejor manera la inclusión del ecocidio como un nuevo crimen internacional, especialmente si se tiene en cuenta la evolución de la criminalización de conductas a nivel global: la historia nos muestra que el concepto de crímenes de lesa humanidad no existía en esta sede sino hasta después de la Segunda Guerra Mundial, por lo que el ecocidio puede ser pensado como un crimen internacional “en elaboración”,¹³⁰ cuya proceso de cristalización no es baladí: de la misma manera que los crímenes tradicionales del derecho penal internacional protegen la dignidad humana, la criminalización del ecocidio protegerá la seguridad del planeta; permitiendo que este valor

¹²⁸ Ibid, *From Ecocrimes to Ecocide*, 86-7.

¹²⁹ Ibid, *From Ecocrimes to Ecocide*, 93.

¹³⁰ Ibid., p. 130.

integre la categoría de los bienes jurídicos protegidos por los más serios crímenes internacionales, cuestión que se justificaría en función del daño ocasionado a uno de los principales valores existentes en el orden internacional,¹³¹ cuestión que, además, se vería refrendada por la exigencia típica de que este crimen se cometa en el marco de una acción generalizada o sistemática.¹³²

2.2.D) EXCURSO: LA (NO) REFORMA DEL ESTATUTO DE ROMA

Como se explicó anteriormente, una de las principales características de la propuesta de Neyret es que su adopción no supone modificar el Estatuto de Roma.

Aquello parece ser una decisión adoptada decidido por motivos prácticos y esta es, de hecho, una de las razones que suele aducirse para atacar la idea de la criminalización del ecocidio: se dice, pues, que la reforma del Estatuto de Roma es tan compleja y los Estados Parte tan reacios a esta, que la propuesta de reforma terminará, indefectiblemente fracasando, volviéndose así nada más que un interesante momento en el juego de abalorios, pero nada más. Y, más allá de la intuición de *sentido común* que pudiera fundamentar este resquemor, el favorecimiento de una propuesta que cristalice el ecocidio a través de un nuevo tratado internacional, dejando de lado la existente institucionalidad penal internacional, parecería requerir más que la mera intuición, especialmente si se tiene en cuenta que se tiene registros de otros Estados que ya han rechazado otros instrumentos que apuntaban en líneas parecidas.¹³³

Por lo demás, ya nos hemos referido a que el proceso de reforma del Estatuto de Roma puede ser considerado engorroso, siempre existiendo, por lo demás, la posibilidad de que un Estado se niegue a concurrir a la reforma de dicho instrumento, volviéndole inoponible la criminalización del ecocidio.

Con todo, dicha circunstancia simplemente deja, *en lo que a ese Estado respecta*, en el mismo estadio de cosas en que se encuentran actualmente, pero abriendo la posibilidad de perseguir la conducta ecocida allí donde los demás Estados la hayan aceptado¹³⁴, cuestión que no sería muy distinta respecto de un escenario en el que solo un puñado de países adoptaran la hipotética convención contra el ecocidio.

Finalmente, vale la pena apuntar que el problema definicional (que ha motivado la exposición del presente capítulo) puede ser atajado conforme a los mecanismos institucionales que contempla el

¹³¹ Ibid., p. 131.

¹³² Ibid., p. 133-34.

¹³³ Rachel Killean, "From ecocide to eco-sensitivity: 'greening' reparations at the International Criminal Court", *The International Journal of Human Rights* 25, núm. 2 (2021): 7.

¹³⁴ Raúl Campusano y Luis Acevedo, "Inclusión de delitos ambientales en el Estatuto de Roma", *Actualidad Jurídica* núm. 37 (2018): 230-2.

Estatuto de Roma, respecto de lo cual y que, ya se cuenta con un precedente, como lo es la historia de la criminalización del delito de agresión.¹³⁵

2.3. PROPUESTA DE LA STOP ECOCIDE FOUNDATION

La última propuesta que será aquí reseñada se corresponde con aquella que fuera emanada en junio de 2021 por parte de un panel independiente de expertos, encargados por la *Stop Ecocide Foundation* (Fundación Parar el Ecocidio).

La propuesta elaborada, que retoma la senda de Higgins¹³⁶ y se aparta de la propuesta de Neyret, implicaría una reforma al Estatuto de Roma, que vendría a establecer un Art. 8 ter en el cual se consagraría este nuevo crimen, así como una enmienda al preámbulo del Estatuto, incorporando dentro de este la preocupación medioambiental.

Vale la pena transcribir la redacción propuesta, para así poder marcar sus similitudes, diferencias y disonancias con las definiciones anteriormente presentadas:

Art. 8 ter.

1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “ecocidio” cualquier acto ilícito o arbitrario perpetrado a sabiendas de que existe una probabilidad sustancial de que cause daños graves que sean extensos o duraderos al medio ambiente.
2. A los efectos del párrafo 1:
 - a) Se entenderá por “arbitrario” el acto temerario de hacer caso omiso de unos daños que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja social o económica prevista;
 - b) Se entenderá por “grave” el daño que cause cambios muy adversos, perturbaciones o daños notorios para cualquier elemento del medioambiente, incluidos los efectos serios para la vida humana o los recursos naturales, culturales o económicos;
 - c) Se entenderá por “extenso” el daño que vaya más allá de una zona geográfica limitada, rebase las fronteras estatales o afecte a la totalidad de un ecosistema o una especie o a un gran número de seres humanos;
 - d) Se entenderá por “duradero” el daño irreversible o que no se pueda reparar mediante su regeneración natural en un plazo razonable;
 - e) Se entenderá por “medioambiente” la Tierra, su biosfera, criósfera, litósfera, hidrósfera y atmósfera así como el espacio ultraterrestre.

¹³⁵ Claudia Cárdenas, “De Londres a Kampala: ¿hacia una definición del crimen de agresión?”, *Anuario de Derecho Público*, núm 1 (2011): *passim*. Con todo, también es menester apuntar que los tiempos de dicha reforma no serían nada auspiciosos si se considera el ecocidio una respuesta efectiva contra la crisis ambiental.

¹³⁶ Stop Ecocide Foundation, “Independent Expert Panel for the Legal Definition of Ecocide” (2021): 3. Cabe destacar que el texto del Panel de Expertos contiene una dedicatoria a la autora.

La entrega del documento que contiene la propuesta fue recibida tanto con entusiasmo¹³⁷ como con desagrado.¹³⁸ A su respecto fueron vertidos diversos comentarios en cuanto a las bondades que acarrearía la propuesta, pero también hubo quienes echaron en falta elementos como la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cuestión que, como vimos, sí se encontraba presente en la propuesta precedentemente analizada. Con todo, la cuestión probablemente más problemática que le pudiera ser criticada a esta propuesta se corresponde con una impugnación, realizada por algunos autores, a su pretendido carácter *ecocéntrico*. Estas consideraciones serán comentadas en lo sucesivo.

2.3.A) ¿RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS BAJO EL ESTATUTO DE ROMA?

Como se indicó anteriormente, uno de los elementos que algunos sectores de la doctrina echaron en falta en la propuesta del Panel de Expertos fue el que esta no hiciera alusión en ningún sentido a la posibilidad de hacer responsable a una persona jurídica por el ecocidio que hubiere cometido.¹³⁹

En efecto, de aprobarse la reforma emanada por el Panel de Expertos, la estructura del Estatuto de Roma se mantendría tal cual, con su jurisdicción circunscrita a hechos constitutivos de crímenes de su competencia que sean imputables a personas naturales. Ya se mencionó que uno de los principales debates doctrinales que ha suscitado la posible criminalización del ecocidio es, precisamente, el de si la inclusión de este nuevo crimen en el ámbito de competencia de la CPI podría abriría la puerta para la persecución de entidades corporativas como sujetos responsables bajo el derecho penal internacional, toda vez que la comisión particular de este delito se realizaría primariamente por empresas antes que personas naturales. Lamentablemente, el Panel de Expertos no emitió un comentario con respecto a por qué se optó por desechar la idea de incluir esta innovación, si es que en algún momento fue considerada.

Lo anterior podría, en principio, hacer ver a esta propuesta como una menos *radical* que la encontrada en la propuesta de Neyret, toda vez que mantiene la sistematicidad del derecho penal internacional, únicamente innovando en los crímenes de los que la Corte puede o no conocer. Empero, aquella percepción sería errada, toda vez que la propuesta del Panel de Expertos prevé una reforma no solo al preámbulo del Estatuto, sino que el mismo hecho de que se agregue un nuevo crimen al Art. 5 implica una reforma mayor al mentado cuerpo normativo, la que, como se analizó *supra*, en caso de ser

¹³⁷ Romina Pezzot & Jan-Phillip Graf, “Ecocide – Legal Revolution or Symbolism?”, *Völkerrechtsblog*, 3 de febrero de 2022, doi: [10.17176/20220203-120935-0](https://doi.org/10.17176/20220203-120935-0).

¹³⁸ Kevin Jon Heller, “Fiddling (With Ecocide) While Rome (and Everywhere Else) Burns”, *Völkerrechtsblog*, 18 de febrero de 2022, doi: [10.17176/20220218-120939-0](https://doi.org/10.17176/20220218-120939-0).

¹³⁹ Jelena Aparac, “A Missed Opportunity for Accountability?: Corporate Responsibility and the Draft Definition of Ecocide”, *Völkerrechtsblog*, 9 de julio 2021, doi: [10.17176/20210709-135824-0](https://doi.org/10.17176/20210709-135824-0).

aprobada, conferirá, en forma directa, jurisdicción a la CPI respecto de este nuevo crimen, únicamente allí en los Estados que se hagan parte de la reforma.¹⁴⁰

Lo anterior permite ver que el hecho de haber omitido la alusión a la responsabilidad penal de la persona jurídica no es *necesariamente* un signo de moderación en la propuesta; perfectamente podría deberse a una comodidad sistemática por parte de los redactores de esta con el estado actual de la responsabilidad en el Estatuto. Con todo, dado lo exiguo del comentario entregado por estos, será imposible saber qué los llevo a excluir dicha cuestión de la propuesta.

2.3.B) LA REFORMA AL PREÁMBULO Y EL ANÁLISIS COSTO - BENEFICIO: ¿UN EJEMPLO DE PENALIZACIÓN (PURAMENTE) SIMBÓLICA, PERO (NO) ECOCÉNTRICAMENTE MOTIVADA?

Otra de las cuestiones que se le han criticado a la propuesta es que será difícil, por un lado, que llegue a ser aprobada por parte de la Asamblea de Estados Parte,¹⁴¹ y, por el otro, que en caso de serlo esta llegue a tener algún dejo de utilidad práctica.

Esto último sería consecuencia de la forma en la que la propuesta de tipificación ha sido formulada;¹⁴² dados los elementos que en ella se contienen, la reforma estatutaria sería meramente simbólica, toda vez que los requisitos para la configuración del tipo serían de tal entidad que rara vez podrá estimarse que una conducta cumple a cabalidad con estos.

A lo anterior, deben sumarse las objeciones referidas a que la propuesta, de ser adoptada, seguiría siendo tributaria de una perspectiva antropocéntrica, en desmedro de una ecocéntrica. De aquel problema nos ocuparemos en el apartado siguiente, de este, en lo que se sigue.

En primer lugar, debe tenerse presente que se contempla la inclusión de un nuevo párrafo 2 bis en el preámbulo del Estatuto, que rezaría como sigue:

“2. Preocupados por la amenaza constante a la que el medioambiente está siendo sometido como resultado de su grave destrucción y degradación que ponen en serio peligro los sistemas naturales y humanos en todo el mundo”

Si bien esta definición podría ser, en primera instancia, considerada ecocéntrica, en cuanto declara expresamente al medioambiente como un objeto de protección, dicha conclusión podría

¹⁴⁰ Con todo, debe apuntarse que la jurisdicción de la Corte podría, de todas formas, activarse respecto del nuevo crimen (o de cualquiera de los demás contenidos en el Estatuto de Roma) en caso de que la situación sea referida al Fiscal de la CPI por acuerdo del Consejo de Seguridad de la ONU, de conformidad al art. 13 del Estatuto de Roma y al capítulo VIII de la Carta de las Naciones Unidas.

¹⁴¹ Kai Ambos. “Protecting the Environment through International Criminal Law.” *EJIL: Talk*. 29 de junio 2021, <https://www.ejiltalk.org/protecting-the-environment-through-international-criminal-law/>

¹⁴² Ibid. Véase también, Natascha Kersting, “On Symbolism and Beyond: Defining Ecocide”, *Völkerrechtsblog*, 8 de julio 2021, doi: 10.17176/20210708-135823-0.

cuestionarse cuando se tiene en mente que, para cierto sector, el rasgo distintivo del *antropoceno* viene dado por realizar la distinción entre naturaleza y humanidad, como si fueran cosas distintas.¹⁴³

Esta diferenciación es recogida por la propuesta, la cual introduce una bifurcación entre los conceptos de *naturaleza* y *humanidad*, haciendo suya la diferencia entre ambas nociones. En una vereda menos crítica, Kersting describe este preámbulo como una suerte de “híbrido” entre el antropocentrismo y el ecocentrismo.¹⁴⁴

Uno de los principales detractores de cómo quedó plasmado el ecocidio en el documento del Panel de Expertos es Kevin Jon Heller. En línea con lo que recién se reseñara, el profesor sostiene que de adoptarse el ecocidio dentro del marco de la propuesta que aquí se analiza, no solo no se estaría cumpliendo con los fines presuntamente perseguidos por el ecocidio, sino que, además, implicaría la consagración dentro del Estatuto de Roma de valores antropocéntricos en desmedro de un punto de vista ecocéntrico respecto del ecocidio. Lo anterior ocurriría toda vez que la propuesta no criminaliza un daño grave extenso o duradero al medio ambiente a secas, sino que agrega como requisitos el que el daño sea cometido por un acto o bien ilícito, o bien arbitrario.¹⁴⁵

Respecto a la primera hipótesis (ilicitud), Heller apunta que, ante la inadecuada posición del derecho internacional de zanjar cuando un daño medioambiental es susceptible de ser considerado ilícito, se debería echar mano a las regulaciones locales, circunstancia que por sí misma no configuraría un prospecto muy alentador.¹⁴⁶

Ante la segunda hipótesis (arbitrariedad) nuevamente se da cuenta de lo problemática de la misma, al incluir un balance de costo beneficio en el nuevo crimen. Lo anterior ocurre ya que el (propuesto) art. 8 ter. 2 a) establece qué se entiende por arbitrario, estableciendo que el acto, para ser entendido como tal, debe ser un *acto temerario de hacer caso omiso de unos daños que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja social o económica prevista*.

Por tanto, para que la irrogación de daño grave y extenso o duradero sea punible, en caso de que no sea abiertamente ilícito, deberá además cumplir con haber sido (i) temerario y (ii) manifiestamente excesivo en relación con la ventaja que el mismo traería aparejada para el desarrollo humano.

¹⁴³ Clémentine Dècle -Classen, “Ecocide and the end of the Anthropocene: An ecocentric critique of the (failed) developments of an International Crime of Ecocide”, *International Crimes Database*, 28 (Agosto 2022): 11.

¹⁴⁴ Kersting, “On Symbolism and Beyond: Defining Ecocide”.

¹⁴⁵ Kevin Jon Heller, “Ecocide and Anthropocentric Cost-Benefit Analysis”, *OpinioJuris*, 26 de Junio 2021, <http://opiniojuris.org/2021/06/26/ecocide-and-anthropocentric-cost-benefit-analysis>

¹⁴⁶ *Ibid.*

Es particularmente esta circunstancia (ii) la que lleva a Heller a concluir que, más allá de las intenciones que hayan motivado la elaboración del documento, en la propuesta del Panel de Expertos no se encuentra una propuesta de criminalización de características estrictamente ecocéntricas (de hecho, la califica de “injustificablemente antropocéntrica”),¹⁴⁷ lo que volvería su inclusión, inclusive, odiosa.¹⁴⁸ En efecto, si la posición que motiva la inclusión del ecocidio como un nuevo crimen internacional es la preocupación por consagrar valores ecocéntricos, debiera entonces proscribirse cualquier tipo de comportamiento que acarree una *posibilidad sustancial de que cause daños graves que sean extensos o duraderos al medioambiente*, pues hacer un análisis respecto a si el mismo corresponde o no desde la óptica del beneficio que acarrea a los humanos estaría fuera de lugar, conforme a dichos valores que se estarían, presuntamente, protegiendo.

En el comentario a la propuesta, el Panel de Expertos alude someramente a esta cuestión, justificando la inclusión del requisito de ilicitud o arbitrariedad en función de *los principios del derecho medioambiental que compaginan los beneficios sociales y económicos con los daños al medioambiente por medio del concepto de desarrollo sostenible*.¹⁴⁹ Ante esta circunstancia, Heller responde que sería extraño poder considerar un acto que es capaz de ocasionar los daños que el ecocidio exige para entenderse configurado como uno que se ampare bajo el rótulo de desarrollo *sostenible*.¹⁵⁰

Lo anterior parecería tener sustento en el mismo comentario del Panel de Expertos. Así, al explicar la definición de los términos, en lo referido a la expresión “graves que sean extensos o duraderos”, estos enuncian que se optó por dicha formulación toda vez que el crimen de ecocidio siempre presupondría un daño que sea “grave”, y que se desechó una formulación copulativa por ser “innecesariamente exigente”. Más allá de que suena intuitivamente extraño que un daño *grave* al medioambiente pueda ser entendido como uno que sea compatible con la noción de desarrollo sustentable, el comentario del Panel de Expertos da argumentos que permiten sustentar dicha objeción, al definir el daño grave como uno que *cause cambios muy adversos, perturbaciones o daños notorios para cualquier elemento del medioambiente, incluidos los efectos serios para la vida humana o los recursos naturales, culturales o económicos*.

Otra muestra de que la lógica del (presunto) desarrollo sustentable inspiró al Panel de Expertos se encuentra en justificación de la hipótesis de arbitrariedad, la que se realiza reconociendo que existen “actos beneficios desde el punto de vista social, como los relacionados con el desarrollo urbanístico o la

¹⁴⁷ Kevin Jon Heller, “Fiddling (With Ecocide) While Rome (and Everywhere Else) Burns”, *Völkerrechtsblog*, 18.02.2022, doi: 10.17176/20220218-120939-0.

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ Stop Ecocide Foundation, “Independent Expert Panel for the Legal Definition of Ecocide”, 7.

¹⁵⁰ Heller, “Ecocide and Anthropocentric Cost-Benefit Analysis”.

creación de redes de transporte, y que estos pueden causar daños graves que sean extensos o duraderos al medioambiente”.¹⁵¹

A este respecto, Heller apunta que, si la eventual formulación del nuevo crimen de ecocidio dejaría fuera de las hipótesis de ilicitud un comportamiento de dichas características, merced de un test de proporcionalidad, difícilmente podría considerarse que dicha decisión de criminalización tenga una matriz subyacente de características estrictamente ecocéntricas.¹⁵²

Pero el problema no sería únicamente de índole ideológica o axiológica, ya que la propuesta de criminalización en comento importaría problemas en su aplicación práctica, producto de la forma en la que fue redactada. Específicamente, dichos problemas aparecerían en la configuración del *mens rea* del crimen.

Además de una constatación, por parte del Panel de Expertos, de que la exigencia de conocimiento sería, en realidad, una fachada para establecer un régimen de responsabilidad fundamentado en una atribución de *recklessness* o dolo eventual (lo que podría acarrear problemas a la hora de obtener la ratificación de la enmienda en la Asamblea de Estados Parte), existe otro problema ligado con la exigencia de conocimiento de que el comportamiento que se despliega sea arbitrario, es decir, en relación con el test de proporcionalidad, lo que acarrea problemas de prueba similares a los que se aludieron *supra* en lo relativo al crimen de guerra del Art. 8.2 (b) (iv)¹⁵³, a saber: se tendrá que probar, además, que el perpetrador del crimen tenía conocimiento de que el actuar que se propuso deberá haber hecho “caso omiso” en cuanto a que los daños serían excesivos en relación con la ventaja antropocéntrica prevista.

Todas las cuestiones anteriores han llevado a destacar no sólo el antropocentrismo de la propuesta, pero además un cuestionamiento respecto de si el tipo de comportamiento que se busca criminalizar de esta forma puede ser entendido como uno similar al genocidio.¹⁵⁴

Así, Ambos se pregunta si un crimen que en realidad cuya estructura y fundamento de criminalización siguen siendo tributarias de una visión antropocéntrica merece tener la calificación de ecocidio. En este sentido, la crítica de Ambos se encuentra en sintonía con la de Heller; si lo que se busca es criminalizar el daño severo y grave al medioambiente (en la forma de ecocidio) no tendrías, por qué, incluir un test de valoración propio de consideraciones antropocéntricas.

¹⁵¹ Ibid., 10.

¹⁵² Kevin Jon Heller, “Skeptical thoughts on the proposed crime of “Ecocide” (That Isn’t)”, *Opinio Juris*, 23 de Junio 2021, <http://opiniojuris.org/2021/06/23/skeptical-thoughts-on-the-proposed-crime-of-ecocide-that-isnt/>

¹⁵³ Ibid.

¹⁵⁴ Ambos, “Protecting the Environment through International Criminal Law.”

Las líneas argumentativas previamente reseñadas parecen presentar una crítica potencialmente demoledora no solo a la propuesta de criminalización del ecocidio realizada por el Panel de Expertos, sino que, *mutatis mutandis*, a la idea misma de consagrar este comportamiento como un nuevo crimen. Ambos, incluso, aboga expresamente por adoptar una de las tesis reseñadas en el capítulo anterior, a saber, echar mano de las demás figuras actualmente vigentes del Estatuto e intentar hacer caber en ellas al ecocidio.¹⁵⁵ Lo anterior podría permitir concluir que la propuesta por criminalizar el ecocidio sería poco más que una postura poética, pero con pocas posibilidades de materializarse en la práctica y que, inclusive de lograrlo, la misma adolecería de tantos problemas que su materialización misma podría ser indeseable.

Con todo, más allá de las objeciones técnicas y valorativas que han sido recién reseñadas, parecería que la férrea crítica a la propuesta del Panel de Expertos pasa por alto un factor relevante, a saber, la imperiosa necesidad de conciliar el interés en proteger penalmente el medioambiente (cuestión que subyace a cualquier propuesta de inclusión del ecocidio) con un criterio de realidad con respecto a los puntos en los cuales, de hecho, podrían llegar a estar de acuerdo los Estados miembros de la Asamblea de Estados Parte. Heller se hace cargo de ello tangencialmente, sugiriendo que la inclusión del ecocidio en el Estatuto de Roma, en la forma en la que ha sido propuesta, implicaría una cristalización de la idea de que “el medioambiente solo es digno de protección cuando los humanos no tienen una buena razón para destruirlo”,¹⁵⁶ cuestión que sería tan problemática que justificaría, incluso, la no criminalización del ecocidio.

En este mismo orden de ideas, Kersting, si bien encontrándose en concordancia con las críticas que se han ido señalando a la propuesta, admite que la misma parece más coherente con la actual estructura del Estatuto de Roma y la cultura institucional que rodea al funcionamiento de la Corte Penal Internacional.¹⁵⁷

Con esto en mente podríamos argumentar que, a pesar de compartir las críticas formuladas a la propuesta emanada por el Panel de Expertos, la misma contaría aún con los suficientes méritos como para justificar su adopción, más allá de cuestiones puramente “simbólicas”.

¹⁵⁵ Ambos, “Protecting the Environment through International Criminal Law.”

¹⁵⁶ Heller, “Skeptical thoughts on the proposed crime of “Ecocide” (That Isn’t)”

¹⁵⁷ Kersting, “On Symbolism and Beyond: Defining Ecocide”.

IV. ¿ECOCIDIO COMO CRIMEN DE LESA HUMANIDAD O COMO FIGURA AUTÓNOMA? ANÁLISIS A LA LUZ DE LA TEORÍA LUBANIANA DE LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD, Y LA TEORÍA DEL ATAQUE AL ORDEN SOBERANO DE ESTADOS

1.- LUBAN Y LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

Expuestas, entonces, (algunas de) las posibilidades de tipificación que existen, así como las características que la doctrina ha identificado respecto de este posible nuevo crimen, nos compete ahora hacernos la pregunta por la ubicación que a este le mereciera dentro del Estatuto de Roma.

Como se ha aludido anteriormente, dicho tratado contempla cuatro conductas cuya comisión acarrea responsabilidad penal internacional (individual); y la posibilidad de incluir el ecocidio dentro de alguna de estas convive con la hipótesis de la creación de un nuevo artículo que específicamente criminalice el ecocidio.

Ante ello, vale la pena detenerse en algunas de las teorías que, en el marco de la doctrina específica del derecho penal internacional, buscan teorizar respecto de *qué distingue* a estos delitos respecto de conductas que solo son punibles a nivel nacional.

Lo anterior es relevante cuando se repara en que la comunidad internacional carece de instituciones similares a las del legislador nacional, por lo que la legitimidad y explicación de los tipos penales no puede surgir desde la perspectiva que tradicionalmente se adopta en el marco de un derecho penal liberal estatal.¹⁵⁸ Esta circunstancia ha implicado que el derecho penal internacional sea considerado un “derecho penal sin Estado” y “sin soberano”¹⁵⁹, y es por ello que, antes de discurrir respecto a la ubicación que una posible reforma deba dar al ecocidio en el Estatuto de Roma, es relevante tener claro de qué hablamos cuando hablamos de delitos en sede penal internacional.

Una de las más importantes teorías respecto de la que pasar revista es la elaborada por el profesor de Yale, David Luban, quien desarrolló una teoría que buscaría explicar en qué consistirían específicamente los crímenes de lesa humanidad, o “contra la humanidad”.¹⁶⁰

Con todo, debe hacerse una precisión inicial e idiomática: si bien en el contexto anglosajón se utiliza la voz *crimes against humanity*, dicha locución es usualmente traducida al castellano bajo el concepto de *crímenes de lesa humanidad*.¹⁶¹ La precisión anterior no es baladí, toda vez que -y como se expondrá- uno de los objetivos centrales de Luban radica en poder dar una explicación satisfactoria a

¹⁵⁸ Werle y Jeßberger, “Tratado de Derecho Penal Internacional”, 90.

¹⁵⁹ Kai Ambos, “Punishment without a Sovereign? “The Ius Puniendi Issue of International Criminal Law: A first contribution towards a Consistent Theory of International Criminal Law”, *Oxford Journal of Legal Studies* 33 núm. 2 (2013): 298.

¹⁶⁰ David Luban, “A theory of crimes against humanity”, *Yale Journal of International Law* 29 (2004): 85-168.

¹⁶¹ Como puede constatar al contrastar el art. 7 del Estatuto de Roma, en su versión inglesa, con la misma en castellano.

como esta forma particular de criminalidad se deja entender como una *contra la humanidad* (*against humanity*). Por ello, en lo sucesivo, se utilizará la expresión “crímenes contra la humanidad” como una traducción directa del concepto del autor, sin perjuicio de que lo predicado aquí también pueda ser dicho respecto de los crímenes *de lesa humanidad*.

En este sentido, para hacer inteligible lo planteado por el autor, es menester dar cuenta de cómo el mismo entiende que se utiliza el concepto de *humanidad* en el contexto en que nos encontramos.

Así, Luban nos plantea, en lo que aquí interesa, que la voz “humanidad” debe ser entendida en dos acepciones; (i) humanidad en cuanto *humaness* (lo que, en castellano, debiera entenderse conforme a la primera acepción contenida en el diccionario de la Real Academia Española, esto es, naturaleza humana)¹⁶², y; (ii) *humankind*, que vendría a indicar, aquí, a todo el conjunto de la especie humana.¹⁶³

Esta dualidad es importante pues los crímenes contra la humanidad se distinguirían en la medida en que son, “simultáneamente, delitos contra la naturaleza y contra la especie humana”.¹⁶⁴ De esta forma, la teoría de Luban se fundaría en dos premisas adicionales, a saber; (i) que la “humanidad” (lo que aquí se ha traducido como naturaleza humana) en el contexto de “crímenes contra humanidad”, refiere a la naturaleza del ser humano en cuanto *animal político*, y que; (ii) este tipo de crímenes representan una afrenta a la especie humana, que tiene un interés común y compartido en su represión.¹⁶⁵

2.1 CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD COMO ATAQUES CONTRA EL “ANIMAL POLÍTICO”

Para introducir las características que Luban estima exhiben conjuntamente todos los delitos que se agrupan en los crímenes contra la humanidad, es útil mencionar, a título preliminar, que su teoría se construye de tal forma que esta pueda dar una respuesta satisfactoria a la pregunta de qué tienen en común los comportamientos considerados crímenes de lesa humanidad, lo que el autor identifica, precisamente, en que estas formas de comportamiento vulneran aspectos de la *humaness* que son parte de la naturaleza humana.¹⁶⁶

Para ahondar en ello utiliza la imagen aristotélica de *zoon politikon*, la que serviría para dar cuenta del hecho de que el ser humano es un tipo particular de animal, que se encuentra inmerso en la necesidad de vivir en grupos, pero que al mismo tiempo que estos representan una amenaza potencial

¹⁶² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.ª ed., [versión 23.6 en línea]. <<https://dle.rae.es/humanidad>> [9 de Enero de 2023].

¹⁶³ David Luban, “A theory of crimes against humanity”, 90.

¹⁶⁴ Ibid.

¹⁶⁵ Luban, “A theory of crimes against humanity”, 91.

¹⁶⁶ Luban, “A theory of crimes against humanity”, 111.

para cada uno, necesita echar mano de la política, en cuanto esta vida comunitaria puede ir en contra de sus intereses individuales.¹⁶⁷

Una vez realizada la precisión anterior, Luban busca explicar cómo los crímenes de lesa humanidad vulneran estos elementos particulares de nuestras características como animal político, en función de una comparación con el crimen de genocidio.

Para hacer esta comparación, Luban repara en el hecho de que la diversidad -en cuanto característica del animal político- también admite dos posibles vertientes, esto es, la diversidad *de grupos* y la diversidad *individual*. La distinción anterior no sería baladí, toda vez que -argumenta Luban- la diversidad individual no puede ser en caso alguno reducida a la diversidad de grupos: la identidad de una persona jamás estará conformada únicamente por su inclusión dentro de un grupo racial, étnico, de género, etc. Por el contrario, un corolario de nuestra naturaleza en cuanto animales *políticos* (en contraposición a *sociales*), es que estos grupos representan una amenaza para nuestra identidad individual.¹⁶⁸

En atención a lo anterior, Luban prefiere echar mano del concepto kantiano de “sociabilidad asocial”, ya que esta permitiría seguir dando cuenta de esta doble naturaleza del animal político, ya que una fijación específica en la diversidad *de grupos* puede servir para dar cuenta del crimen de genocidio, mas no así de los crímenes contra la humanidad.¹⁶⁹

La razón de ello es que, si se toma la diversidad *de grupos* como la característica distintiva de la humanidad, se ignora que los individuos exhiben un valor propio, más allá del de los grupos a los que pertenecen. La “doble naturaleza” (en cuanto individuos y miembros de un grupo) del animal político viene a ser aquello que los crímenes contra la humanidad atacan, y es por ello que se dejan entender como crímenes contra la *naturaleza humana*.¹⁷⁰

Lo anterior se funda en que el autor de un crimen contra la humanidad vulnera al mismo tiempo ambos componentes de la naturaleza del animal político: la individualidad, en cuanto se entiende que incluso quien me daña debe hacerlo por quien yo sea, no por mi membresía a algún grupo en particular, y la particularidad de que la naturaleza humana nos implica a vivir en grupos con otras personas, toda vez que atacar a una persona por su membresía en un grupo sería “lo mismo que atacarla por el hecho de respirar”.¹⁷¹

¹⁶⁷ Luban, “A theory of crimes against humanity”, 113.

¹⁶⁸ Luban, “A theory of crimes against humanity”, 115.

¹⁶⁹ Luban, “A theory of crimes against humanity”, 116.

¹⁷⁰ Ibid.

¹⁷¹ Luban, “A theory of crimes against humanity”, 117.

A continuación, Luban introduce un nuevo elemento interesante para el análisis, y es la caracterización de los crímenes contra la humanidad como crímenes cuya perpetración conlleva que “la política se vuelva cancerígena”. Esto, toda vez que la perpetración de estos crímenes suele estar de la mano con que la comisión de los mismos sea realizada a través de distintos grupos, paradigmática -y tristemente- el Estado¹⁷², o en su defecto, organizaciones que se asemejan al gobierno.¹⁷³

Todo lo anterior nos permite resumir el aparato conceptual de Luban en un sentido como el que se sigue: un crimen contra la humanidad siempre vulnerará ambos elementos de la naturaleza del *animal político* que como sociedad compartimos. Una persona que comete crímenes contra la humanidad es una persona que está dispuesta tanto a poner en peligro la sociabilidad necesaria para que esta característica elemental de la *naturaleza humana* pueda desenvolverse correctamente, además de negar la individualidad propia del miembro del grupo que se encuentra siendo atacado.

Lo anterior, a efectos de los objetivos planteados por este trabajo, puede llevarnos a plantear la pregunta respecto a si la conducta ecocida, en los términos en los que fue descrita en el capítulo anterior, podría llegar a ser entendida como una que ponga en jaque de tal manera las características propias del *animal político*. Empero, antes de entregar la respuesta a dicha interrogante, es menester analizar las demás características que Luban considera son exhibidas por el conjunto de conductas que se agrupan en el concepto de crímenes contra la humanidad, pues solo así podremos responder a ciencia cierta si el ecocidio merecería, o no, integrarse a dicho conjunto.

2.2 CARACTERÍSTICAS DE LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD

Su caracterización de los crímenes contra la humanidad lleva a Luban a identificar cinco características entre estos que, a su juicio, estarían presentes en las diferentes concepciones de este grupo de delitos, siendo su punto de partida, la definición de crímenes contra la humanidad contenida en la carta de Núremberg.

La primera de estas características sería que este tipo de crímenes son, típicamente, cometidos tanto contra compatriotas del perpetrador, como a extranjeros. Para probar lo anterior, Luban da cuenta de que, antes de Núremberg, ya existían en el ordenamiento jurídico internacional normas que proscibían la comisión de delitos contra extranjeros, pero todo enmarcado dentro de los crímenes de guerra. Así, la carta de Núremberg habría buscado llenar este vacío, criminalizando la persecución de personas que se encuentran bajo el control político de quienes cometen este crimen.¹⁷⁴

¹⁷² Ibid.

¹⁷³ Luban, “A theory of crimes against humanity”, 120.

¹⁷⁴ Luban, “A theory of crimes against humanity”, 93-4.

En segundo lugar, encontramos como una característica el hecho de que estos vendrían a ser delitos internacionales. Lo anterior, merced de que los comportamientos que fueron declarados punibles en Núremberg lo fueron con independencia de si estos vulneraron, o no, el derecho doméstico. De esta manera, los criminales nacionalsocialistas pudieron ser juzgados por crímenes contra la humanidad sin poder esgrimir como defensa la soberanía de su Estado, volviendo, así, este tipo de crímenes en internacionales.¹⁷⁵

Una tercera característica consiste en que los crímenes contra la humanidad son cometidos por grupos políticamente organizados que actúan bajo una misma bandera. Lo anterior puede verse tanto en la historia del concepto, ya que diversos instrumentos y tribunales internacionales han puesto el foco en el grupo capaz de cometer estos específicos crímenes, tanto por lo establecido en el Estatuto de Roma, ya que este en su art. 7.2 a) destaca que los actos perpetrados contra una población civil deben ser realizados *de conformidad con la política de un Estado o de una organización*, lo que permitiría dar cuenta que los crímenes contra la humanidad, en lo que al factor grupal respecta, enfatizan el carácter *colectivo* de quienes los perpetran.¹⁷⁶

En cuarto lugar, Luban destaca que otro factor compartido por los crímenes contra la humanidad consiste en que estos son “los más severos y abominables actos de violencia y persecución”. Así, pareciera que el factor relevante detrás de esta agrupación de crímenes radica en que estos exhiben una “fealdad que los pone más allá de la criminalidad ordinaria”.¹⁷⁷

Esto significa, como Liss lo observara, que existiría un criterio *de severidad* para dar cuenta de estos crímenes y, por lo tanto, Luban llega a decir que únicamente las “peores cuestiones que las personas pueden hacerse las unas a las otras” debieran integrar esta categoría.¹⁷⁸ Esto significaría, a su vez, que la esta particular forma de criminalidad se establece para marcar una línea entre comportamientos civilizados e incivilizados; con todo, el autor reconoce que no puede explicar por qué existirían ciertos tipos de daños que cruzarían esta línea mientras que otros no.¹⁷⁹

Finalmente, la última característica vendría a ser que las víctimas de estos crímenes lo son en razón de su membresía en una población, mas que por sus características individuales. El uso de la palabra no es baladí, pues permite a Luban, posteriormente, decirnos que los crímenes contra la humanidad tienen se dirigen en contra de una población, antes que contra personas individuales.¹⁸⁰

¹⁷⁵ Luban, “A theory of crimes against humanity”, 95.

¹⁷⁶ Luban, “A theory of crimes against humanity”, 95-8.

¹⁷⁷ Luban, “A theory of crimes against humanity”, 98-9.

¹⁷⁸ Luban, “A theory of crimes against humanity”, 99.

¹⁷⁹ Luban, “A theory of crimes against humanity”, 101.

¹⁸⁰ Luban, “A theory of crimes against humanity”, 103-4.

Si bien de forma somera, lo anterior nos permite tener claridad respecto a los principales planteamientos realizados por Luban respecto de las condiciones que exhiben conjuntamente *de lege lata*, los comportamientos que hoy en día se agrupan bajo el artículo séptimo del Estatuto de Roma. Esto nos pone ahora en la situación de evaluar si el ecocidio podría cumplir los requisitos que el autor ha enumerado o, en otras palabras, si la destrucción del medioambiente puede ser entendida como -para utilizar su metáfora- otro ejemplo de una situación en que *la política terminó muy mal*.¹⁸¹

2.3 ¿ECOCIDIO COMO CRIMEN CONTRA LA HUMANIDAD BAJO LA TEORÍA DE LUBAN?

Con todo lo anterior en mente corresponde ahora someter a análisis si, dentro del aparato conceptual reseñado, podría caber el ecocidio.

Es interesante notar que una respuesta preliminar, basada únicamente en la lectura superficial del texto, sería negativa; ya que es el autor mismo quien, de forma tangencial, alude a la cuestión; utilizando precisamente al interés de la humanidad en proscribir el severo daño medioambiental, da el ejemplo de una conducta sumamente grave, pero cuyo valor menoscabado no puede ser considerado uno humano, lo que lo alejaría del grupo al que en este momento se hace referencia.¹⁸²

Con todo, quedarse -solamente- con aquello implicaría arribar a una respuesta excesivamente vaga y, por lo tanto, vale la pena ahondar más profundamente en ella, aplicando tanto las características antes descritas como la noción de ataque al animal político como los elementos que el ecocidio tendría que ser capaz de exhibir para poder ser considerado un crimen de lesa humanidad dentro de la teoría de Luban.

Uno de estos elementos vendría a ser, entonces, si la conducta cuya criminalización se cristalizaría en el ecocidio se deja entender como una en la que se esté ante una situación de ataque ante la humanidad, en el sentido del grupo completo de seres humanos, y si existe un interés compartido en propiciar la represión de esta misma.

En este aspecto, pareciera que la propuesta de penalización del ecocidio se encuentra conforme a esta exigencia, pues bajo cualquiera de las acepciones definicionales existentes, es fácilmente constatable que el daño medioambiental que sería criminalizado en este caso es uno que tiene el potencial de afectar a toda la humanidad, ya que es precisamente el medioambiente natural el lugar en el que,

¹⁸¹ Luban, "A theory of crimes against humanity", 108.

¹⁸² Luban, "A theory of crimes against humanity", p. 90. Sin perjuicio de esto, sí alude que la conducta podría consistir en un crimen internacional independiente.

forzosamente, la vida del ser humano se desenvuelve, siendo en última instancia un elemento ineludible para propiciar la supervivencia de la especie.¹⁸³

Además de ello, la construcción teórica del ecocidio parte de la base de que la comisión de este posible delito vulnera diversos derechos humanos¹⁸⁴ tanto de forma directa como indirecta, por no mencionar que parecería poner en jaque al derecho humano más básico en el que puede sustentarse la vida en sociedad, como lo es el derecho a la vida. Esto sería así, si entendemos que la destrucción del medioambiente en el que una persona se desenvuelve terminaría, ulteriormente, poniendo en peligro la vida de esta persona. De estas mismas circunstancias podría hacerse fluir el interés generalizado en la represión de estas conductas; en la manera en la que se esté dispuesto a sostener que lo que subyace finalmente al ecocidio es una nueva forma de poner en riesgo la vida del ser humano, podría hacerse derivar de esta circunstancia el interés generalizado en la represión conductual, en los términos de la *jurisdicción del vigilante* de Luban.

Esto también parecería ir, además, en consonancia con otro punto histórico que fuera aludido por Luban. Dando cuenta del origen y necesidad de la existencia del tipo residual y “de recogida” de los crímenes contra la humanidad, el autor se da cuenta de que dicha figura es necesaria toda vez que la lista de conductas consistentes en crímenes contra la humanidad “a lo largo de las décadas, [la lista] se ha ido tristemente expandiendo, en un triste tributo a la capacidad de invención humana en encontrar formas de atormentar otras personas”¹⁸⁵, y la cuestión aquí sería si el ecocidio podría ser digno de considerarse un nuevo “triste tributo” que valiera la pena añadir a esta enumeración.

El problema es que Luban no entrega ulteriores características que den cuenta de cómo podríamos entender que una nueva conducta califica como crimen contra la humanidad; el mismo autor reconoce que la lista de crímenes está conformada únicamente por los crímenes que “dan vuelta nuestros estómagos, y que no existe un principio para explicar qué da vuelta nuestros estómagos”.¹⁸⁶ Esto es ulteriormente problemático, pues termina dejando exclusivamente en la subjetividad de quien lo estima si el crimen ecocida “sería digno” o no de engrosar esta lista. Pero, con todo, lo relevante es la constatación de que el criterio de ataque contra el género humano y el interés colectivo correlativo en su represión que este conlleva parece poder encontrarse en el ecocidio.

¹⁸³ Bronwyn Lay; Laurent Neyret; Damien Short; Michael Urs Baumgartner; Antonio A. Oposa Jr., "Timely and Necessary: Ecocide Law as Urgent and Emerging," *Journal Jurisprudence* 28 (2015): 436.

¹⁸⁴ *Ibíd.*, p. 439 y ss.

¹⁸⁵ Luban, "A theory of crimes against humanity", 99.

¹⁸⁶ *Ibíd.*, p. 101.

Enseguida, correspondería analizar si el ecocidio se deja entender como un caso de ataque al animal político, o una situación en la que la “política ha devenido en cancerígena”, para poder comprender si estamos ante una situación que ataca a nuestra *naturaleza humana*.

La metáfora antes aludida podría volverse esclarecedora cuando se tiene presente que parte de quienes han teorizado respecto del ecocidio, lo han hecho tomando su eventual cristalización delictiva como una respuesta a los procesos económicos que ocasionan el medioambiente, en el marco del desarrollo de una economía neoliberal.¹⁸⁷ El factor *cancerígeno* vendría dado por un sistema y andamiaje institucional incapaz de entregar eficaz protección al medioambiente que, ante la nula respuesta entregada por quienes deben tomar las decisiones respectivas, se va deteriorando día tras día, incluso propiciando o formando parte de la comisión de otra serie de ilícitos.¹⁸⁸ Lo anterior también podría verse refrendado por la alusión que Bronwyn et al. recogieran en su artículo, quienes citan a un “influyente juez de la Corte Penal Internacional” quien, ante la consulta de la viabilidad del ecocidio, habría respondido que “más que cualquier cosa, tomará, principalmente, coraje”.¹⁸⁹

Pero la inclusión del ecocidio como un nuevo crimen contra la humanidad, al menos de acuerdo con la teoría enarbolada por Luban, debería ser rechazada, en atención a las razones que se expondrán.

Más allá de lo que se aludió *supra*, respecto de los resquemores del autor respecto de subsumir el daño medioambiental como una conducta que se pueda caracterizar como crimen contra la humanidad, debe tenerse en mente, a su vez, que Luban hace un potente llamado de atención ante la posibilidad de agregar más conductas bajo el paraguas de los crímenes contra la humanidad. Así, nos dice que “no good purpose is served by labelling all the world’s oppressions crimes against humanity”.¹⁹⁰

2.3.1 ¿ECOCIDIO COMO UN CRIMEN CONTRA EL ANIMAL POLÍTICO?

La primera cuestión que considerar, entonces, sería si el ecocidio puede ser entendido como un crimen contra el animal político dentro de la terminología favorecida por Luban, es decir, como un comportamiento que vulnera aspectos de la *humaness* compartida por todos en cuanto especie.

Aquí radicaría un primer escollo; en la medida que un crimen de lesa humanidad es entendido como uno que vulnera la “doble naturaleza” del animal político, sería difícil plantear que la gran

¹⁸⁷ Arenal, “Regulación jurídica de los crímenes contra el medio ambiente en derecho internacional: desafíos para la definición del ecocidio como un crimen internacional”, 14.

¹⁸⁸ Adán Nieto, “Bases para un futuro derecho penal internacional del Medio Ambiente”, *Revue internationale de droit penal* num. 3-4, vol. 82 (2011): 490-96. Analizando diversas formas en las que el medioambiente es dañado en la comisión de otros crímenes.

¹⁸⁹ Bronwyn et al., “Timely and Necessary: Ecocide Law as Urgent and Emerging”, 432. Con todo, debe hacerse notar que los autores no indican la fuente de los dichos de este presunto “influyente juez”.

¹⁹⁰ Luban, “A theory of crimes against humanity”, 102.

destrucción medioambiental que acarrea el ecocidio pueda ser entendida como una instancia de ataque contra la “diversidad” tanto individual como grupal propia de la *naturaleza humana*, por una razón sumamente sencilla: en todas las variantes de propuesta de tipificación revisadas, el ecocidio es entendido como una conducta cuyo menoscabo radica, precisamente, en la destrucción del medioambiente *en cuanto tal* (sin que esto prejuzgue las consideraciones que deban hacerse respecto a su fundamentación antropocéntrica) y no como un ataque a un individuo.

Vale la pena apuntar aquí, además, que el que el ecocidio haya sido conceptualizado en algunos contextos¹⁹¹ en el marco de las destrucciones medioambientales que ocurren en zonas pobladas por pueblos originarios, no es argumento suficiente para hacer derrotar lo recién dicho, pues, si bien, se considera dicha circunstancia como una aquellas que *justificaría* (en cuanto demuestra la necesidad de) la criminalización del ecocidio, ello no obstaría a que una de estas instancias de perpetración de grave destrucción medioambiental siga teniendo como víctima al medioambiente, y no a quienes en él habitan.

Lo recién dicho debiera hacer eco con las consideraciones presentadas en el capítulo segundo. Si bien existirán casos en los que será posible criminalizar la destrucción medioambiental cuando esta sea utilizada como *medio* para la obtención de un fin ulterior (en este caso, la materialización de algún crimen ya considerado punible en el Estatuto de Roma), esa hipotética condena no acarreará la imposición de una pena *por la destrucción medioambiental* (podríamos agregar aquí, ecocida), sino que por la comisión del delito ante el cual nos encontremos.

Esto último debe ser puesto en relación con algo que fuera anunciado anteriormente: el posible entendimiento del ecocidio como un delito cuya fundamentación radica en la vulneración de derechos humanos. Sin duda, una elucubración como ella sería posible; existen diversos derechos humanos actualmente reconocidos en diversos instrumentos que podrían fungir como fundamentación de criminalización (valga únicamente como ejemplo prístino, el derecho a vivir en un medioambiente sano), una fundamentación en estos términos debiera enfrentarse a las mismas críticas que se tuvo ocasión de reseñar a propósito de la propuesta del Panel de Expertos, a saber; que se estaría echando mano de un fundamento de criminalización marcadamente *antropocéntrico*.

Si aquella circunstancia es algo que puede o no ser soportado dependerá de la conceptualización del ecocidio que se esté adoptando al momento de decidir, según se opte por una postura *maximalista* o una *pragmática*, en los términos anteriormente esbozados.

¹⁹¹ Higgins, “Eradicating Ecocide”, 67.

Con todo, es relevante reparar que, aun si se aceptara una fundamentación de carácter antropocéntrico en la criminalización del delito de ecocidio, aún quedaría pendiente dar cuenta de en qué forma una instancia de destrucción medioambiental puede ser entendida como un ataque al elemento de la *diversidad individual* de la naturaleza humana.

Dicho en otras palabras, para que el ecocidio pueda ser entendido como un crimen contra la humanidad en este contexto, debemos no ser solo capaces de explicar cómo el ecocidio afecta a la colectividad de individuos que conforman la humanidad, sino también a aquello que, como humanos, nos distingue.¹⁹² Ya hemos visto, someramente, como el ecocidio no puede ser entendido como una instancia de un crimen que ataque a la *colectividad de individuos*; quedaría pendiente revisar si puede ser entendido como una manera de ataque a la *naturaleza humana* en cuanto *diversidad individual*.

Y aquí es donde nuevamente encontramos un problema para sostener que el ecocidio podría ser entendido dentro del presente aparataje conceptual, por una argumentación similar a la esgrimida anteriormente: difícilmente una instancia de destrucción medioambiental que tiene como resultado la destrucción del medioambiente podrá ser correctamente categorizada como un ataque contra una persona *en cuanto ello la distingue de un grupo*, cuestión que subyace a elementos de la teoría de Luban.

Lo anterior debiera mostrar que la caracterización del ecocidio como un delito que constituya una instancia de ataque contra el “animal político” es una cuestión difícil de conciliar, no solo por los problemas que puede acarrear si se busca mantener una ratio de criminalización ecocéntrica, sino que, además, una instancia de ecocidio difícilmente puede dar cuenta de los elementos constitutivos del ataque al *animal político* de Luban.

Con todo, debería ser en este punto claro que, dado que toda definición del ecocidio será un compromiso imperfecto entre quienes participan hoy del debate¹⁹³, este argumento no debiera bastar, por sí solo, para descartar una categorización del ecocidio como crimen contra la humanidad. Después de todo, para muchos parecería que el punto más relevante radica en el poder expresivo que tendría la eventual criminalización del ecocidio en el contexto del Estatuto de Roma¹⁹⁴. Lo que correspondería es, además, revisar si el ecocidio, en cuanto figura criminal, exhibe las cinco características anteriormente reseñadas que, para Luban, se encuentran presente en las distintas concepciones de crímenes de lesa humanidad.

¹⁹² Alejandro Chehtman, “Contemporary approaches to the philosophy of crimes against humanity”, *International Criminal Law Review* 14, núm. 4-5 (2014): 816.

¹⁹³ Liana Georgieva, “The 5th international crime: reflections on the definition of “ecocide”, *Journal of Genocide Research* 25, núm. 1 (2023): 77.

¹⁹⁴ Palarczyk, “Ecocide Before the International Criminal Court: Simplicity is Better than an Elaborate Embellishment”, 157; Georgieva, “The 5th international crime”, 64.

2.3.2. ¿ECOCIDIO COMO CRIMEN CONTRA LA HUMANIDAD À LA LUBAN?

Dentro de las cinco características identificadas por Luban para dar cuenta de qué distinguiría a los crímenes contra la humanidad podemos mencionar, grosso modo; (i) que afectan tanto a nacionales del perpetrador como a extranjeros; (ii) que son delitos internacionales; (iii) que son cometidos por grupos políticamente organizados que actúan bajo una misma bandera; (iv) que consisten en los “más severos y abominables actos de violencia y persecución”, y; (v) que las víctimas de los mismos lo son en razón de formar parte de una población determinada, antes que por sus características individuales.

La primera de estas características podría ser fácilmente identificada en el ecocidio, toda vez que el mismo, en cualquiera de las variantes de tipificación que han sido revisadas, contempla la posibilidad de enmarcar dentro de esta hipótesis de daño *extenso*, el que puede, en ocasiones, traspasar fronteras nacionales, lo que facilita la posibilidad de que el mismo afecte a personas de nacionalidades distintas. Empero, también debe hacerse notar, nuevamente, la circunstancia que antes fuera enunciada: el ecocidio es un crimen que tendría como víctima al medioambiente en cuanto tal, por lo que, en principio, no estaría afectando a *persona* alguna, sino al ecosistema en el cual estos se desenvuelven. Con todo, esta objeción podría ser desarticulada si se abraza una fundamentación antropocéntrica de criminalización: allí será claro que donde se afecte gravemente el medioambiente en el cual vive una determinada población se podrá estar afectando tanto a nacionales como extranjeros del perpetrador, con independencia de su nacionalidad como factor relevante para la comisión del delito.

En segundo lugar, el carácter internacional, en la terminología de Luban, se deja entender como una característica exhibida por los crímenes de lesa humanidad en cuanto estos son declarados punibles con independencia de si estos vulneran o no el derecho doméstico. A este respecto debiera hacerse una primera prevención: toda vez que nos encontramos revisando una figura cuya existencia (salvo en un grupo reducido de países) sigue siendo *de lege ferenda*, no puede realizarse un análisis como el pretendido por Luban en esta sede.

Con todo, sí podría teorizarse *qué* ocurriría en casos donde el ecocidio fuera adoptado dentro del ordenamiento jurídico internacional, sea en la forma de una reforma al Estatuto de Roma o en la adopción de un nuevo tratado internacional. En uno u en otro caso, la adopción del delito podría acarrear la eventual criminalización de la conducta en los derechos domésticos, pero ello no es la cuestión central. El punto radical pasa por poder dar cuenta de que, en uno u otro caso, el ecocidio así tipificado podrá ser juzgado en sede internacional, allí donde los Estados hayan reconocido su inclusión (o, en el caso del Estatuto de Roma, inclusive en casos donde ello no se ha verificado, en atención a las facultades del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas). Así las cosas, si se adoptara el ecocidio en cualquiera de las

vertientes analizadas, el mismo se dejaría entender a sí mismo como un crimen *internacional* en los términos de Luban.

El tercer elemento sería, nuevamente, difícil de conjugar. Como nos referimos anteriormente, es difícil concebir al ecocidio como un crimen que es ocasionado con *intención ecocida*; suele ser un efecto colateral de actividades económicas o industriales (radicando, allí, otro de sus problemas de criminalización)¹⁹⁵, por lo que difícilmente podrá encontrarse un grupo que, operando bajo *la misma bandera*, esté ocasionando un ecocidio.

Con todo, aquello sería una respuesta excesivamente preliminar, pues la naturaleza industrial o económica de las principales instancias de ecocida permitiría entender que allí donde la conducta esté siendo ordenada u orquestada por una empresa transnacional podremos encontrar el elemento de *responsabilidad organizacional* que identificara Luban¹⁹⁶: allí donde la destrucción severa del medioambiente sea un elemento central de las actividades productivas, podremos considerar que nos encontramos ante una *organización* capaz de cometer un crimen contra la humanidad.

Ahora bien, y sin perjuicio de lo anterior, también debe apuntarse que, dentro de este entendimiento de los crímenes contra la humanidad, estos se entienden como formas de comportamiento que vulneran la dignidad de la población en tanto agregación de personas, no como una entidad que en sí misma exhiba algún tipo de estatus.¹⁹⁷

La precisión anterior debe tenerse presente para, nuevamente, revelar el hecho de que el ecocidio, si se entiende desde una perspectiva ecocéntrica, difícilmente podrá cumplir con este requisito si es que nos tomamos radicalmente en serio el que es un delito que afecta al medioambiente *por mor de sí mismo*. Empero, incluso si se estuviere dispuesto a aceptar una fundamentación antropocéntrica de criminalización, sería complejo decir que una instancia de destrucción ecocida ataca a la población civil *únicamente por su presencia en la población que es objeto del ataque*. Incluso en el caso de las poblaciones indígenas que fuera aludido *supra*, una instancia de ecocidio así entendida y/o motivada, se dejaría entender más como una instancia de comportamiento que busca atacar la dignidad del grupo *en cuanto tal*, lo que, siguiendo a Luban, tendría que llevarnos a emparentarlo antes con el genocidio que con los crímenes contra la humanidad.¹⁹⁸

En lo que respecta al cuarto elemento, relacionado con la severidad de la conducta, se pueden decir dos cuestiones de forma preliminar. En primer lugar, y siendo esta una crítica que se le ha realizado

¹⁹⁵ Georgieva, “The 5th international crime”, 70.

¹⁹⁶ Luban, “A theory of crimes against humanity”, 97.

¹⁹⁷ Ibid.

¹⁹⁸ Ibid.

a la noción de Luban, existe un problema en hacer descansar la diferenciación entre la criminalidad ordinaria y aquella contra la humanidad en cuanto esta última sería *particularmente severa*, toda vez que este rasgo distintivo es, precisamente, aquello que se quiere explicar cuando nos enfrentamos ante la noción de crímenes de lesa humanidad. Con todo, teniendo presente lo que se dijo anteriormente respecto a la opinión que a Luban le merece la grave destrucción medioambiental, podríamos dar por establecido que el autor no tendría problemas en sostener que el ecocidio exhibe estas características.

Una segunda cuestión, más relevante, radica en si el ecocidio puede ser entendido como una instancia de criminalidad que marca una diferencia entre comportamientos “civilizados e incivilizados”. Recordando que Luban no entrega una respuesta satisfactoria a qué explica que algunos comportamientos crucen dicha línea y cuáles no, la subsunción de las conductas ecocidas de cualquiera de las propuestas de tipificación que han sido revisadas hasta ahora parecen cumplir a cabalidad con este requisito; en la medida que se compromete severamente la integridad de uno de los presupuestos principales para el desenvolvimiento de la vida humana, no debiera ser difícil subsumir la conducta dentro de aquellas que pueden ser consideradas *incivilizadas*.

Con todo, el quinto elemento de la teoría *Lubaniana* también es difícil de hacer dialogar con el ecocidio. Nuevamente podemos distinguir según se esté dispuesto o no a adoptar un fundamento de criminalización de características eco o antropocéntricas, pero la respuesta es invariable: difícilmente podrá sostenerse seriamente que el ecocidio sería un crimen donde las víctimas lo son *en razón de su membresía en una población*.

Lo anterior, porque sea que se conciba al ecocidio como un delito donde la naturaleza es el titular de los bienes jurídicos que se ven dañados por la conducta¹⁹⁹ o porque se estime perjudicado gravemente una de las precondiciones para el desenvolvimiento de la vida humana, en uno y otro caso la ratio subyacente a la criminalización no será el que los afectados lo hayan sido por pertenecer a un determinado grupo; en el primer caso, porque aquello será irrelevante, en la medida que lo que se está proscribiendo es la destrucción ambiental por mor de si misma; y en el segundo, toda vez que dicho resultado de destrucción medioambiental no podrá ser reconducido conceptualmente en los términos aquí visitados.

Esta última situación es clara cuando volvemos a reparar en que, lo que fuera descrito en el capítulo II respecto de aquellas propuestas que buscaban *encajar* el ecocidio dentro de las actuales figuras del Estatuto de Roma, puede ser dicho *mutatis mutandis*, aquí.

¹⁹⁹ Franco Nicolas Gorini, *El crimen de ecocidio* (Buenos Aires: Cathedra Jurídica, 2023), 29.

Allí donde se reconozca que el ecocidio tiene un fundamento de criminalización antropocéntrico, las personas afectadas por la *conducta ecocida* deberán ser identificadas como aquellas que hayan visto menoscabada su calidad de vida a raíz del crimen, pero no podrá perderse de vista que, siguiendo las propuestas de las estructuras de tipificación que aquí se han reseñado, la conducta que debiera ser subsumible a título de ecocidio deberá consistir en una grave destrucción del medioambiente, por lo que la explicación *Lubaniana* respecto al porqué se afecta a las víctimas de crímenes de lesa humanidad no será aplicable ante un ecocidio.

Dicho de otro modo, si se acepta un fundamento antropocéntrico de criminalización del ecocidio, la adopción de dicha figura hará obsoleta la propuesta de *encajamiento* reseñada *supra*, lo que devendría en que allí donde se produzca una grave destrucción medioambiental no podrá predicarse que estemos ante *otros actos inhumanos*, en los términos del literal k) del Art. 7 del Estatuto de Roma, sino que ante un ecocidio, y solo de la primera hipótesis podríamos predicar que la misma se deja explicar correctamente siguiendo los lineamientos de Luban.

En definitiva, hemos visto que el ecocidio, en cualquiera de las propuestas de tipificación, y con cualquiera de los fundamentos de criminalización que se busque esgrimir, no admitiría ser reconocido como un nuevo crimen contra la humanidad, en los términos de David Luban.

Con todo, aquello no cierra la puerta a la posibilidad de entender correctamente el ecocidio como un (posible) nuevo crimen internacional. La teoría de Ryan Liss, que entiende a los crímenes internacionales como aquellos que socavan el *orden soberano de los Estados*, ofrece una posible alternativa. A su revisión se encuentran dedicadas las siguientes páginas.

2.- LISS Y LA TEORÍA LOS DELITOS INTERNACIONALES COMO “ATAQUES CONTRA EL ORDEN SOBERANO DE ESTADOS”

El profesor Ryan Liss ha desarrollado una teoría que ha denominado la teoría de los *crímenes contra el orden soberano* (*crimes against the sovereign order*), en virtud de la cual busca clarificar no sólo la conexión existente entre el actual catálogo de crímenes que conforma el sistema de la Corte Penal Internacional, sino que también una justificación, oponible al acusado, de por qué este puede ser juzgado por una entidad que no cuenta con una relación con él.²⁰⁰

Una adecuada teoría del derecho penal internacional, nos dice, debe ser capaz de dar una respuesta satisfactoria a estas dos cuestiones²⁰¹, explicitando, además, los dos criterios que, a su juicio, una teoría debiera poder abarcar si pretende explicar (correctamente) al derecho penal internacional.

Estos criterios son el estándar de “distintividad” (*distinctiveness*), en virtud del cual una teoría debe proveer una explicación razonable respecto de qué distingue a los crímenes internacionales de los domésticos²⁰², y un estándar de *amplitud* (*breadth*), el que una teoría solo aprobará si esta es capaz de capturar en su seno todo el abanico de delitos actualmente reconocidos como internacionales.²⁰³

2.1 CUESTIONAMIENTOS DE LISS A LAS ANTERIORES FUNDAMENTACIONES DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Luego de exponer lo anterior, Liss pasa revista a teorías rivales intentando mostrar que estas no podrían explicar el derecho penal internacional como actualmente existe²⁰⁴, agrupando a la doctrina en tres grandes grupos: aquellas que buscan justificar el derecho penal internacional haciendo una apelación al concepto de humanidad; aquellas que estiman que los delitos internacionales se distinguen de los nacionales por una cuestión de severidad; y, finalmente, aquellas que aluden al fallo del Estado como justificación para el castigo penal internacional.

Respecto de la primera, que él denomina “teoría de la humanidad” explicita que la misma conoce dos vertientes. Mientras que algunos autores, como Anthony Duff,²⁰⁵ enarbolan una teoría desde la perspectiva de que la justificación radica en que el responsable de un crimen internacional tiene una

²⁰⁰ Ryan Liss, “Crimes against the sovereign order: Rethinking international criminal justice”, *American Journal of International Law*, 113, núm. 4 (2019): 734-39.

²⁰¹ Ibid.

²⁰² Ibid, 738.

²⁰³ Ibid, 738-39.

²⁰⁴ Ibid., 737-38.

²⁰⁵ Antony Duff, “Can we punish the perpetrators of atrocity” en *The Religious responses to mass atrocity: interdisciplinary perspectives*, editado por Thomas Brudholm y Thomas Cushman (Cambridge: Cambridge University Press, 2009.), 79, 87-88. Citado en Liss, “Crimes against the sovereign order”, 739.

responsabilidad (*accountabilty*) frente a la humanidad, entendida como una comunidad, otros autores como David Luban se centrarían más en el impacto que estas conductas tienen en la humanidad.

Duff, nos dice Liss, tomaría como punto de partida el hecho de que, para justificar que el perpetrador un crimen internacional pueda ser hecho responsable por su comportamiento ante instituciones que carecen de un nexo con él, estos tipos de delitos deben tener una suerte de disvalor que los distinga de los crímenes ordinarios, puesto que dichos disvalores afectan a la “comunidad de la humanidad”, que estaría conformada por una serie de valores conforme a una “vida compartida”, valores que Liss parece asociar a una concepción “cosmopolita”.²⁰⁶ Empero, el problema con su perspectiva radicaría al hacer dialogar su teoría con el principio de *diferencia*, ya que la noción de los crímenes internacionales como ofensas a esta “vida compartida”, no podrían explicar qué es lo que distingue a los crímenes internacionales de los delitos que carecen de dicha característica, mencionando, como ejemplo de ello, el homicidio.²⁰⁷

Enseguida, Liss analiza la teoría, del “impacto en la humanidad” (*impact on humanity*), defendida por autores como May y Luban. Dado que la teoría de Luban ya fue objeto de análisis en el acápite anterior, en este apartado se ofrecerá un conjunto de nociones preliminares, a efectos de introducir de correcta forma las falencias que Liss detecta en estas teorías.

En el caso de May, su teoría fundamentaría la jurisdicción de tribunales internacionales en el hecho de que los actos consistentes en delitos internacionales vulnerarían el “principio del daño internacional” (*international harm principle*), por lo que los crímenes que deben poder ser perseguidos por estas entidades son aquellos que afectan a la comunidad mundial o a la humanidad.²⁰⁸

La razón por la que este principio del daño internacional conferiría legitimidad a los tribunales internacionales para sancionar dichas conductas vendría dado por el hecho de que los delitos paradigmáticos para May (esto es, el genocidio y los crímenes de lesa humanidad) implican o bien un “daño basado en el grupo” o una “perpetración basada en el grupo”. Entonces, el daño a la humanidad toda radicaría en que estos delitos reducen al individuo a un mero representante del grupo (étnico, racial, religioso, etcétera), al que aquel pertenece, vulnerando, de esa manera, *su* humanidad.²⁰⁹

Por su lado, Luban enarbola su teoría tomando la noción de crímenes contra la humanidad (*against humanity*) en un sentido literal, aunque reconociendo que la voz “humanidad” (*humanity*) contiene dos

²⁰⁶ Liss, “Crimes against the sovereign order”, 740-41.

²⁰⁷ Ibid., 741. Así, se pregunta: “Would not a single murder be the quintessential crime of concern to humanity against the core element of this “shared life?”.

²⁰⁸ Liss, “Crimes against the sovereign order”, 742.

²⁰⁹ Liss, “Crimes against the sovereign order”, 742-43.

significados distintos: humanidad en el sentido de *qué significa* ser humano (*humaness*), así como el sentido copulativo de *toda la humanidad* (*humankind*). Así, lo distintivo de los crímenes “contra la humanidad” sería que estos vulneran lo denotado por ambos sentidos del concepto: por un lado, atacando (y negando) la individualidad del sujeto, al reducirlo a un mero exponente del grupo al que pertenece; y atacando el vínculo entre nuestros grupos sociales y culturales, amenazando de esa manera la innata necesidad de establecer relaciones con otros. De esta manera se vulneraría el sentido de *humaness*.²¹⁰

En lo que respecta al ámbito del género humano, Luban desprende el derecho a castigar dado que, al atacar a una persona únicamente por su membresía en un grupo determinado, toda persona se vuelve una posible víctima de una agresión así motivada. Por ello, la jurisdicción universal derivaría de cada persona, en cuanto individuo.²¹¹

Con todo, sería nuevamente el principio de la diferencia lo que dejaría corto a este acercamiento teórico.

Aquello sería así toda vez que ninguna de ellas entregaría una respuesta satisfactoria a la pregunta respecto de qué distingue a los crímenes nacionales de los internacionales.

Si lo que distingue a estos es que niega nuestra individualidad en cuanto personas -siguiendo a May-, la teoría no podría explicar por qué ciertos delitos en que también ocurre esta circunstancia son punibles únicamente a nivel nacional.

Un ejemplo paradigmático de dicha problemática aparece cuando analizamos los crímenes de odio; mientras que si lo que está detrás de la distinción es el factor de que cada persona está en riesgo de ser atacada por su membresía dentro de un grupo -como se desprendería de Luban-, ello implicaría aceptar que crímenes cometidos de forma aleatoria contra cualquier persona (en cuanto miembro del grupo de la “humanidad”) podría satisfacer dicho estándar.²¹²

De esta forma, y luego de reseñar cómo las teorías, además, adolecen de problemas desde el punto de vista de la justificación del castigo internacional²¹³, Liss concluye que las teorías de la humanidad fracasan en explicar cómo una invocación al concepto de humanidad puede lograr distinguir entre crímenes domésticos e internacionales.

Concluyendo así su análisis de las *Humanity Theories*, Liss acomete posteriormente contra la segunda vertiente por él detectada; las denominadas “teorías de la gravedad”, las que explicarían la

²¹⁰ Liss, “Crimes against the sovereign order”, 743.

²¹¹ Liss, “Crimes against the sovereign order”, 744.

²¹² Ibid.

²¹³ Liss, “Crimes against the sovereign order”, 745.

diferenciación entre criminalidad nacional e internacional en función de una comparación: la criminalidad internacional es más grave y severa que la doméstica, fluyendo de allí la legitimidad de la comunidad internacional para castigar dichas conductas. Para ello, nos dice Liss, se ha razonado en función de dos argumentos: una analogía con la piratería, por un lado, y consideraciones de justicia, por otro.²¹⁴

Sin embargo, ninguna de las dos líneas de razonamiento podría sostenerse cuando es comparada con los estándares de Liss. En lo que respecta a la analogía con la piratería, el argumento no podría sostenerse cuando se tiene en mente que, de hecho, las conductas consistentes en piratería podían ser consideradas legales cuando se contaba con el permiso estatal respectivo o que, en su defecto, el comportamiento usualmente desplegado por los piratas (consistente en, por ejemplo, el robo y el homicidio) no es particularmente más grave que las mismas conductas cuando fueran cometidas en tierra firme. Por lo tanto, esta línea argumentativa debiera ser desechada por no ser consistente con el principio de diferencia.²¹⁵

Algo similar podría decirse de la línea argumentativa que distinguiría entre ambos grupos de delitos únicamente en base a un criterio de gravedad. Esto, porque los razonamientos a ese respecto no pueden establecer un lineamiento claro para determinar qué actos ameritan ser conocidos por un tribunal internacional, lo que lleva incluso a Liss a refrendar la idea de que la invocación de la “gravedad” sería en realidad una forma de eludir dar una respuesta correcta al problema de la distinción entre criminalidad nacional e internacional.²¹⁶

Esta teoría también enfrentaría problemas si se le hace dialogar con el estándar de amplitud; toda vez que muchas de las conductas cometidas son exactamente iguales a delitos tipificados en sede nacional, no podría explicarse por qué estas conductas idénticas serían más graves en el contexto del derecho penal internacional.²¹⁷

El castigo internacional tampoco quedaría correctamente justificado conforme a esta teoría, pues una mera alusión a la piratería provoca la pregunta respecto de si esta misma persecución era en sí misma justificable²¹⁸; y una simple alusión al hecho de que las conductas serían particularmente lesivas y que, por ello, cualquier Estado tiene derecho a castigarlas, también sería eludir el verdadero problema.²¹⁹

²¹⁴ Liss, “Crimes against the sovereign order”, 746.

²¹⁵ Liss, “Crimes against the sovereign order”, 747-48.

²¹⁶ Liss, “Crimes against the sovereign order”, 748.

²¹⁷ Ibid.

²¹⁸ Ibid.

²¹⁹ Liss, “Crimes against the sovereign order”, 749.

En lo que respecta al tercer grupo de teorías, que buscan explicar al derecho penal internacional en consideración al fracaso de los Estados (*State Failure Theories*), Liss nuevamente reconoce dos subvertientes, cada una identificada con un respectivo autor, como revisaremos a continuación, si bien ambos autores toman como punto de partida el fracaso del Estado para gobernar.

La primera de ellas sería la perspectiva de Win-chiat Lee, que se fundaría en que la jurisdicción universal respecto de los delitos internacionales estaría radicada en que dichas conductas vulneran las condiciones de legitimidad de la autoridad del Estado; es el involucramiento de este (o su fracaso en hacerlo) lo que hace nacer el derecho a castigar estas conductas en sede internacional.²²⁰ En esta línea, la diferenciación entre los crímenes de derecho interno y los crímenes de derecho internacional se trazaría en que estos vulneran “seriamente” su legitimidad, sin embargo, esta teoría enfrentaría los mismos problemas que las *Gravity Theories* en lo que respecta al estándar de la diferencia.²²¹

También se encontraría con un problema para fundamentar la legitimidad del castigo internacional, toda vez que este solo fluiría de un “interés general en detener la impunidad”, sin ahondar mayormente en el punto, lo que provocaría un problema si lo que se busca es justificar el derecho del ente en castigar al ofensor.²²²

Por otro lado, Chehtman comienza recalcando la importancia que tiene para los habitantes de un Estado el correcto funcionamiento de su sistema de derecho penal, lo que le permite castigar delitos cometidos dentro de su territorio sin la interferencia de otros Estados.²²³ Empero, los actos constitutivos de delitos internacionales serían distintos, toda vez que la prohibición de dichas conductas en sede nacional no sería suficiente, dadas las características de estos crímenes.²²⁴ El derecho a castigar estaría, así, originado en el interés de los habitantes del Estado donde se perpetran los crímenes internacionales en que exista un sistema internacional para juzgarlos.²²⁵

Sin embargo, nuevamente sería el estándar de la diferencia el que haría necesario desechar esta teoría; a juicio de Liss las bases de Chehtman para sostener el punto podrían cuestionarse, toda vez que la desconfianza de este en que un sistema estatal sería capaz de juzgar crímenes internacionales iría en disonancia con, por ejemplo, la confianza que, de hecho, el sistema penal internacional muestra hacia la

²²⁰ Win-chiat Lee, “International Crimes and Universal Jurisdiction”, en *International Criminal Law and Philosophy*, editado por Larry May y Zach Hoskins (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), 31. Citado en Liss, “Crimes against the sovereign order”, 749.

²²¹ Liss, “Crimes against the sovereign order”, 749-51.

²²² Lo que, recordemos, representa uno de los puntos de partida para la teoría de Liss.

²²³ Alejandro Chehtman, “The Philosophical Foundations of Extraterritorial Punishment” (Oxford: Oxford University Press 2010), 26-29, 30-33, 36-43, 52. Citado en Liss, “Crimes against the sovereign order”, 751.

²²⁴ Liss, “Crimes against the sovereign order”, 752. Analizando c/u.

²²⁵ *Ibid.*

posibilidad de juicios nacionales, así como que el interés colectivo en evitar la perpetración de delitos internacionales sea menor que en lo referido a la evitación de conductas consistentes en delitos “comunes” y nacionales; volviendo así la distinción entre delitos domésticos e internacionales difusa; fallando así en definitiva la teoría en explicar cómo es el fracaso estatal lo que distingue a estos de aquellos.²²⁶

2.2. ATAQUE CONTRA EL ORDEN SOBERANO DE LOS ESTADOS

Culminado su análisis respecto a las principales teorías de justificación para la persecución del castigo internacional, Liss delinea su propia tesis, la cual basa en la idea de que la distinción entre crímenes domésticos e internacionales radica en que estos vulneran los principios del orden soberano de estados.²²⁷

Para ello, echa mano de una cuarta teoría, la que denomina la teoría de los “Principios Nucleares Internacionales” (*Core International Principles Theory*), la cual fundamenta la distinción por la forma en la que los delitos internacionales vulnerarían los principios del orden legal internacional.

Si bien Liss desecha esta teoría pues, a su juicio, no entregaría una respuesta satisfactoria a la pregunta de qué justifica la jurisdicción internacional, sí sería un buen punto de partida en lo referido a lo que explica la criminalización de determinadas conductas.²²⁸

Retomando una noción evolutivo-histórica del derecho penal internacional, Liss da cuenta de que la criminalidad supraestatal ha estado subdividida en “tres períodos”, cada uno de ellos contando con su propia forma de criminalidad distintiva, a saber; la piratería, la libración de guerra ilegal y los crímenes de lesa humanidad, pudiendo explicarse la distinción entre delitos domésticos e internacionales si se analiza la transición entre la noción de crimen internacional, puesto que cada crimen internacional se distinguiría por vulnerar el núcleo constitucional o principio organizativo en virtud del cual el sistema de Estados soberanos se organizaba durante cada período.²²⁹

La primera época, cuyo como criminal paradigmático es el pirata, tendría como principio rector de la soberanía la consideración del Estado *qua* Estado territorial, siendo la piratería un agravio a este principio en la medida en la que el pirata utilizaría la fuerza de tal manera que rechaza la autoridad territorial soberana.²³⁰

²²⁶ Liss, “Crimes against the sovereign order”, 753-54.

²²⁷ Liss, “Crimes against the sovereign order”, 754.

²²⁸ Liss, “Crimes against the sovereign order”, 756.

²²⁹ Liss, “Crimes against the sovereign order”, 757.

²³⁰ Liss, “Crimes against the sovereign order”, 758.

La segunda época, cuyo criminal estandarte sería el general invasor, habría surgido en el período entreguerras y Núremberg, y el principio rector de esta época, el entendimiento del Estado soberano como un ente “estable y pacífico”. Así, los crímenes paradigmáticos de la época serían los crímenes contra la paz, como quedaría de manifiesto en los Juicios de Núremberg y Tokio; el crimen internacional se deja entender como un acto que viola este nuevo principio organizativo del orden soberano.²³¹

Finalmente, en la época contemporánea, el arquetipo de los crímenes internacionales estaría vinculado a los delitos que vulneran la seguridad humana, como lo son los crímenes de guerra, el genocidio y los crímenes de lesa humanidad.

El principio rector de la soberanía estatal, en esta época, habría ido moviéndose hacia la obligación estatal de proteger los derechos humanos, generando una idea de “soberanía como responsabilidad”, donde el Estado tiene una obligación de proteger a las personas, dentro de su territorio, de ciertas vulneraciones de sus derechos. Lo anterior se habría visto plasmado en la conferencia de Roma que dio lugar a la Corte Penal Internacional, donde se buscó asegurar que la soberanía estatal se volviera un concepto de responsabilidad y cooperación internacional, más que un obstáculo al goce de derechos humanos universales. Lo anterior puede ganar aún más relevancia si se tiene en mente que, en virtud de este nuevo paradigma del derecho internacional penal, este podría hoy tener “poco que ver con Núremberg”, al estar todos los delitos del Estatuto de Roma enfocados en el paradigma de la seguridad humana (inclusive, el crimen de agresión).²³²

Así, el principio rector que se vería vulnerado por la comisión de estos “delitos contra la seguridad humana”, sería aquel que logra vulnerar la protección de derechos que la distribución de autoridades soberanas busca asegurar, ya sea porque el delito es cometido por un actor estatal o no estatal, o porque el Estado es incapaz o reacio a perseguir dicho delito.²³³

Con esta revisión histórica, Liss pretende fundar su teoría basada en los planteamientos de los teóricos de los principios nucleares internacionales, dando una efectiva respuesta a cómo la criminalidad internacional “vulneraría los cimientos mismos de la sociedad internacional”.

Esto permitiría, además, satisfacer la pretensión original del autor, consistente en entregar una justificación al castigo internacional desde el punto de vista del acusado. Así, la posibilidad de que cada Estado juzgue estos comportamientos surgiría del hecho de que los crímenes internacionales vulneran, al mismo tiempo, los tres principios que fueron enumerados anteriormente; (i) la consolidación de la

²³¹ Liss, “Crimes against the sovereign order”, 759-60.

²³² Liss, “Crimes against the sovereign order”, 761-63.

²³³ Liss, “Crimes against the sovereign order”, 764.

autoridad soberana en Estados territoriales; (ii) la organización del mundo en Estados pacíficos y permanentes, y; (iii) la organización del mundo en Estados que deben cumplir con la obligación de la “soberanía como responsabilidad”. Estos principios darían cuenta de las condiciones necesarias para que el mundo pueda desenvolverse como un sistema de autoridades públicas, cada una asegurando el estado de los individuos que viven en su jurisdicción.²³⁴

De esa forma, cuando el responsable de un crimen internacional vulnera estos tres principios con su conducta, al mismo tiempo cuestiona la posibilidad misma de que el Estado se organice alrededor de dichos estándares. Así, y, en definitiva, lo que justificaría que cualquier Estado pueda legítimamente ejercer su jurisdicción penal sería que esos comportamientos cuestionan las bases globales que aseguran que, bajo el imperio del derecho, las personas sean tratadas de forma igualitaria; de ello fluiría que cada “entidad pública tendría derecho a usar el castigo para mantener [dicho orden]”²³⁵.

2.3 ¿ECOCIDIO COMO UN NUEVO “DELITO CONTRA LA SEGURIDAD HUMANA”?

Habiendo expuesto, entonces, los lineamientos principales en los que descansa la teoría de Liss, lo que ahora corresponde es dar cuenta de si el ecocidio, en los términos en los cuales ha sido reseñado en ese trabajo, admite ser entendido como un delito *contra la seguridad humana*, y, en ese sentido, si el mismo vulnera los “principios del orden soberano de Estados”.

Respecto a dicho punto, si se comparte la noción del autor, en virtud de la cual la soberanía como responsabilidad implica que se debe garantizar el goce de ciertos derechos humanos básicos, podríamos adelantar una respuesta afirmativa: toda vez que el ecocidio, aunque sea de forma indirecta, asegura ciertos “bienes jurídicos fundamentales e inherentes al ser humano, como lo son el derecho a la vida, la libertad, la salud, entre otros”²³⁶ (mediante la protección del medio ambiente), la tipificación del mismo vendría a constituir una forma en la que el Estado *se hace responsable* de salvaguardar, por la vía jurídico penal, los derechos antes mencionados.

Pero el punto no se agotaría aquí, toda vez que la adopción del ecocidio como derecho vigente dentro de la comunidad internacional, significaría un ensanchamiento de la protección dispensada al medioambiente, no solo en cuanto representa(ría) una innovación dentro de la normativa vigente, sino que, además, podría ser entendida como un robustecimiento la regulación *ya actualmente* protege el medioambiente²³⁷.

²³⁴ Liss, “Crimes against the sovereign order”, 767.

²³⁵ Liss, “Crimes against the sovereign order”, 768.

²³⁶ Gorini, *El crimen de ecocidio*, 59.

²³⁷ Kelsey Farris, “The World’s Big Tech Threat that is not being taken seriously: ecocide and the inadequacies of international environmental law”, *Journal of International Business and Law* 21, no. 2 (Primavera 2022): 281.

También se podría echar mano de los principios que, según el análisis histórico de Liss, justifican el castigo internacional, particularmente con el más antiguo: la consolidación de la autoridad soberana en Estados territoriales. En efecto, el ecocidio es un crimen cuya eventual comisión podría menoscabar la autoridad territorial de los Estados en diversas formas; se ha referido ya latamente en este trabajo como el ecocidio ocasionado por empresas transnacionales en muchas ocasiones provoca daños que trascienden las fronteras estatales, y si bien podría bastar dicha constatación para tener por satisfecho el argumento, se podría agregar uno más con bastante peso: la situación de los Estados isleños del pacífico, cuya misma integridad territorial en cuanto Estados se ha visto amenazada ante los efectos de la crisis climática, cuestión que ha sido denunciada por sus representantes en distintos foros.²³⁸ Teniendo presente aquello, no debiera ser sorprendente que Vanuatu sea uno de los Estados más interesados en la promoción y adopción del ecocidio dentro del Estatuto de Roma.²³⁹

Para mayor abundamiento de este punto, es útil recordar que una de las propuestas de tipificación revisadas *supra* (Neyret), expresamente señala que el ecocidio busca proteger, no solo la seguridad del planeta, sino uno de los “principales valores existentes en el orden internacional”.²⁴⁰

En este punto es bueno recordar que la pretensión del autor es encontrar un sustento para la proposición de que la criminalidad internacional “vulnera los cimientos mismos de la comunidad internacional”, así como ofrecer una respuesta, lo suficientemente satisfactoria desde el punto de vista del eventual acusado, a qué justifica que una persona sea juzgada por un tribunal internacional. Así, lo que quedaría por evaluar es si el ecocidio, como ha sido revisado aquí, puede ser considerado una conducta que ataca los mentados *cimientos de la comunidad internacional* y si, dentro de la justificación por Liss ofrecida, podría justificarse la persecución de una persona por dicha conducta ante la Corte Penal Internacional.

Respecto del primer punto, es claro que la noción de “cimientos de la comunidad internacional” es un concepto que no se encuentra definido en cuerpo normativo alguno, por lo que la posición que se adopte a ese respecto deberá ser, necesariamente, controvertible; con todo, en lo sucesivo se pretende dar cuenta de por qué la respuesta a esta pregunta debiera ser afirmativa.

Un primer argumento que dé sustento a esta tesis podría encontrarse en uno de los efectos que fueran aludidos *supra*, es decir, el entendimiento de la adopción del ecocidio como una forma de

²³⁸ “‘We could lose our status as a state’: what happens to a people when their land disappears”, The Guardian, 27 de Junio 2023, <https://www.theguardian.com/environment/2023/jun/27/we-could-lose-our-status-as-a-state-what-happens-to-a-people-when-their-land-disappears>

²³⁹ “Vanuatu’s legal advocacy triumphs at UN: historic consensus resolution passed for advisory opinion from ‘world court’”, Stop Ecocide International, 31 Marzo de 2023, <https://www.stopecocide.earth/breaking-news-2023/vanuatus-legal-advocacy-triumphs-at-un-historic-consensus-resolution-passed-for-advisory-opinion-from-world-court>

²⁴⁰ Véase la nota 131.

robustecer la *actual* regulación que protege el medioambiente, la que, si bien no de forma expresa, ya parece reconocer que la protección medioambiental juega un rol central dentro de la comunidad internacional.

Lo anterior puede ser constatado teniendo a la vista dos documentos de capital importancia dentro del derecho internacional medioambiental, como lo son la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (*UN Framework Convention on Climate Change*) y el Acuerdo de París; el primero, que menciona dentro de sus principios la protección del sistema climático para el beneficio de toda la humanidad (nótese que en el texto en inglés, el término utilizado es *humankind*), y el segundo en cuanto declara en su Art. 2 el objetivo de fortalecer la respuesta global (*global response*) contra el cambio climático. Ambos fraseos permiten dar cuenta de la inmensurable relevancia que la comunidad internacional estima tiene, en esta época contemporánea, la preservación del medioambiente. Y si ello no fuera suficiente, debe volver a mencionarse la circunstancia de aquellos Estados cuya existencia territorial se encuentra en peligro, como ya fuera antes anunciado; que la preservación de dichas entidades *en cuanto Estados territoriales* debiera ser un interés preponderante para una comunidad internacional conformada por Estados pacíficos y estables debiera ser meridianamente claro.

Como cierre a este punto, vale la pena enunciar que todas las propuestas definicionales de ecocidio revisadas en este trabajo contemplan únicamente la criminalización de la generación de daños que, por sus características, sean particularmente graves, extensos o duraderos; por lo que la (eventual) respuesta penal internacional se corresponde con la preocupación que la comunidad internacional declara tener respecto del medioambiente.

Lo que debería revisarse ahora consiste en dar cuenta de si una eventual imputación de ecocidio en sede internacional podría ser justificadamente *explicada* (como sinónimo de *justificada*) por la comunidad internacional al autor del respectivo crimen. Nuevamente, en lo que sigue, se ofrecerán argumentos tendientes a fundamentar una respuesta afirmativa, dentro del aparataje conceptual de Liss.

Para comenzar, es útil recordar que la justificación detectada por Liss radica en que el comportamiento amerita ser juzgado ante un tribunal internacional toda vez que la conducta del hechor vulneraría los tres principios que antes fueran anunciados.

Respecto del primero, que una conducta ecocida puede afectar la *consolidación de la autoridad soberana en Estados territoriales* es un punto que ya se ha levantado de forma suficientemente insistente aquí: el daño severo, grave y perdurable al medioambiente no solo puede socavar relevantemente el territorio físico de un Estado, sino que el mismo podría amenazar con alterarlo irremediablemente o

destruirlo por completo, poniendo así en jaque la misma existencia de la soberanía en dicho Estado territorial.

Que la organización del mundo *en Estados pacíficos y permanentes* es quizás el punto más controvertible y difícil de evaluar: pues difícilmente podrá encontrarse en una instancia de ecocidio *la* (en el sentido de *única*) causa de la (posible) desaparición territorial de un Estado, pero la situación actualmente sobrellevada por los Estados isleños del pacífico, debiera ser una señal de alarma lo suficientemente pertinente (piénsese, por ejemplo, en el fenómeno de los *refugiados ambientales*).

Finalmente, ya se ha explicado latamente cómo, independientemente de si se adopta una postura antropo o ecocéntrica, el ecocidio pone en riesgo bienes jurídicos de la mayor importancia para el desenvolvimiento de la vida humana, llegando incluso a poner en jaque el mismo escenario en el cual todos los demás derechos pueden verse desarrollados. En ese contexto, la criminalización del ecocidio aparece como una manera de entregar una respuesta punitiva a un tipo específico de comportamiento que, al igual que los demás crímenes internacionales, pondría en tela de juicio la capacidad de los Estados de cumplir con su responsabilidad de asegurar el correcto disfrute de derechos; por lo que su instancia de punición puede ser entendida como una manera en la cual el Estado cumple con su *responsabilidad*, cumpliendo así el tercer requisito identificado por Liss.

De esta forma, cabría concluir, una eventual criminalización del ecocidio cumpliría con los parámetros que Liss ha identificado dentro de los crímenes internacionales, esto es: el mismo puede ser entendido como una instancia que vulnera los mismos principios rectores que los ya existentes crímenes internacionales; además de poder ofrecerse una justificación satisfactoria ante un eventual acusado, respecto de por qué su conducta podría ser juzgada ante un tribunal internacional.

Si bien estas no son las únicas razones que podrían esgrimirse para justificarlo, es dable entender, entonces, que existiendo una teoría dentro de la cual puede, correctamente, encasillarse el ecocidio, no debiera ser dogmáticamente controvertible su inclusión como un quinto crimen dentro del Estatuto de Roma, o siguiendo la nomenclatura de Liss, como un quinto crimen *contra la seguridad humana*.

CONCLUSIONES

El objetivo de este trabajo era, sucintamente, ofrecer un panorama respecto a la actual regulación de la protección medioambiental existente en el Estatuto de Roma; sus fortalezas, deficiencias y propuestas de solución, para luego dar paso a la explicitación de propuestas normativas tendientes a la criminalización de la conducta consistente en la destrucción grave del medioambiente, culminando con un análisis respecto de si esas propuestas de tipificación podrían ser correctamente entendidas como un crimen internacional en el marco de algunas de las ya existentes teorías del derecho penal internacional.

En este sentido, las conclusiones a las que se ha arribado pueden ser expresadas, resumidamente, de la siguiente forma:

1. La actual regulación del Estatuto de Roma no contiene, a excepción de una aislada norma relativa a los crímenes de guerra, una consideración ulterior por el medioambiente dentro de los crímenes respecto de los cuales la Corte Penal Internacional puede ejercer jurisdicción.
2. Existen en doctrina diversas posturas para afrontar esta problemática, siendo la postura del *encasillamiento* de la destrucción medioambiental dentro de las figuras actualmente contenidas en el Estatuto aquella que parecería ofrecer una forma más inmediata de asegurar la protección del medioambiente en esta sede.
3. Con todo, la postura anterior enfrentaría problemas cuando se le intenta dar un sustento *ecocéntrico*, además de adolecer de plausibles cuestionamientos al momento de hacerla dialogar con el principio de legalidad.
4. Es posible superar dicha problemática si se criminaliza el daño medioambiental como una figura típica autónoma. En dicho sentido, existen diversas propuestas para la tipificación de dicha conducta, recibiendo estas el nombre de ecocidio.
5. Dentro de dicha variedad, las principales diferencias que podemos encontrar entre ellas son, *grosso modo*, si contemplan una reforma al Estatuto de Roma o la firma de un tratado autónomo; las exigencias de la conducta en el plano de imputación subjetiva; la forma de tipificar la conducta, bien como un listado de conductas prohibidas o entregando un tipo abierto.
6. Que el ecocidio merezca o no ser equiparado en gravedad al resto de los *core crimes* del derecho penal internacional es una cuestión controvertible; para dar luces respecto de aquello, se revisaron las explicaciones de David Luban respecto a los crímenes contra la humanidad, y la teoría de Ryan Liss respecto a los crímenes internacionales, con el fin de analizar si el ecocidio cumpliría con las características que los mentados autores identifican, respondiendo así la pregunta inicial.

7. En dicho sentido, pareciera que el ecocidio admitiría ser caracterizado como un nuevo crimen internacional dentro del aparataje conceptual ofrecido por Ryan Liss, toda vez que es una conducta que podría ser subsumible bajo el rótulo de “crímenes contra la seguridad humana”, vulnera todos (y, así, los mismos) los principios de derecho internacional que el resto de la (ya consagrada) criminalidad internacional, y es posible justificar ante un eventual acusado los motivos de su (posible) enjuiciamiento ante un tribunal internacional.
8. Lo anterior permitiría asegurar *por qué* la proscripción de la destrucción grave, severa o duradera del medioambiente es un objetivo que podría ser legítimamente perseguido por la comunidad internacional; es decir, *por qué* el ecocidio debiera merecer un eventual estatus como un quinto crimen internacional.

BIBLIOGRAFÍA

A. LIBROS Y ARTÍCULOS ACADÉMICOS

- Ambos, Kai “Punishment without a Sovereign? “The Ius Puniendi Issue of International Criminal Law: A first contribution towards a Consistent Theory of International Criminal Law”. *Oxford Journal of Legal Studies* 33 N°. 2 (2013): 293-315.
- Arenal, Libia. “Regulación jurídica de los crímenes contra el medio ambiente en derecho internacional: desafíos para la definición del ecocidio como un crimen internacional”. *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, N°. 9 (2021): 1-29.
- Bill, Brian. “The Rendulic ‘Rule’: Military Necessity, Commander’s Knowledge and methods of Warfare. *Yearbook of International Humanitarian Law* 12 (2009): 119-155.
- Bruch, Carl. “All’s Not Fair in (Civil) War: Criminal Liability for Environmental Damage in Internal Armed Conflict”. *Vermont Law Review* 25, N°. 3 (Primavera 2001): 695-752.
- Campusano, Raúl y Luis Acevedo. “Inclusión de delitos ambientales en el Estatuto de Roma”. *Actualidad Jurídica* N° 37 (Enero 2018): 227-256.
- Cárdenas, Claudia. “De Londres a Kampala: ¿hacia una definición del crimen de agresión?”. *Anuario de Derecho Público*, N° 1 (2011): 305-324.
- Chehtman, Alejandro. “Contemporary approaches to the philosophy of crimes against humanity”. *International Criminal Law Review* 14 N° 4-5 (2014): 813-835.
- Chehtman, Alejandro. “Revisionist Just War Theory and the Concept of War Crimes”. *Leiden Journal of International Law* 31, N° 1 (2017): 1-24.
- Dècle -Classen, Clémentine. “Ecocide and the end of the Anthropocene: An ecocentric critique of the (failed) developments of an International Crime of Ecocide”. *International Crimes Database*, 28 (Agosto 2022): 1-21.
- Drumbl, Mark. “International Human Rights, International Humanitarian Law, and Environmental Security: Can the International Criminal Court Bridge the Gaps?”. *ILSA Journal of International & Comparative Law* 6, N° 2 (2000): 305-341.
- Durney, Jessica. “Crafting a Standard: Environmental Crimes as Crimes against Humanity under the ICC”. *Hastings Environmental Law Journal* 24, N° 2 (Verano 2018): 413-430.
- Farris, Kelsey. “The World’s Big Tech Threat that is not being taken seriously: ecocide and the inadequacies of international environmental law”. *Journal of International Business and Law* 21, N° 2 (Primavera 2022): 261-286.
- Freeland, Steven. “Human rights, the environment and conflict: addressing crimes against the environment”. *Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos* 2 N° 2, (2005): 112-139.

- Fronza, Emmanuela. «Towards a New Crime of Ecocide: The Moving Frontiers of International Criminal Law». En *Strafrecht und Systemunrecht*, editado por Florian Jeßberger, Moritz Vormbaum y Boris Burghardt. 93-103. Tubinga: Mohr Siebeck, 2022.
- Gauger, Anja, Mai Pouye Rabatel-Fernel, Louise Kulbicki, Damien Short y Polly Higgins. “Ecocide is the Missing 5th Crime against peace”. School of Advanced Study University of London (2012): 1-13.
- Georgieva, Liana. “The 5th international crime: reflections on the definition of “ecocide”. *Journal of Genocide Research* 25, N° 1 (2023): 62-83.
- Gilman, Ryan. “Expanding Environmental Justice after War: The Need for Universal Jurisdiction over Environmental War Crimes”. *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy* 22, N° 3 (2011): 447-472.
- González, Rodrigo y María Soledad Krause. “La responsabilidad en el derecho penal internacional: una aproximación desde la filosofía de John Searle. Reflexiones a partir del caso Lubanga”. *Tribuna Internacional* 2, N° 3 (2013): 33-53.
- Gorini, Franco. *El crimen de ecicidio*. Buenos Aires: Cathedra Jurídica, 2023.
- Greene, Anastacia. “The campaign to make ecocide an international crime: Quixotic quest or moral imperative”. *Fordham Environmental Law Review* 30, núm. 3 (primavera 2019): 1-48.
- Habermas, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Volumen I. Traducido por Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1999.
- Higgins, Polly. *Eradicating Ecocide*. 2a edición. Londres: Shephard-Walwyn, 2010.
- Higgins, Polly. *Earth is our Business: changing the rules of the game*. Londres: Shephard-Walwyn, 2012.
- Higgins, Polly, Damien Short y Nigel South. “Protecting the planet: a proposal for a law of ecocide”. *Crime, Law and Social Change* 59 (2013): 251-266.
- Jensen, Eric. “The International Law of Environmental Warfare: Active and Passive Damage during Armed Conflict”. *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 38, N° 1 (Enero 2005): 145-186.
- Killean, Rachel. “From ecocide to eco-sensitivity: ‘greening’ reparations at the International Criminal Court”. *The International Journal of Human Rights* 25, N° 2 (2021): 1-25.
- Kreike, Emmanuel. *Scorched Earth: Environmental Warfare as a Crime against Humanity and Nature*. Princeton: Princeton University Press, 2021.
- Lawrence, Jessica y Kevin Jon Heller. “The first ecocentric environmental war crime: the limits of Article 8 (2) (b) (iv) of the Rome Statute”. *Georgetown International Environmental Law Review* 20, N° 1 (2007): 61-96.

- Lay, Bronwyn, Laurent Neyret; Damien Short; Michael Urs Baumgartner; Antonio A. Oposa Jr. "Timely and Necessary: Ecocide Law as Urgent and Emerging". *Journal Jurisprudence* 28 (2015): 431-452.
- Leebaw, Bronwyn. "Scorched earth: environmental war crimes and international justice". *Perspectives on Politics* 12, N° 4 (2014): 770-788.
- Liss, Ryan. "Crimes against the sovereign order: Rethinking international criminal justice". *American Journal of International Law* 113, N° 4 (2019): 727-771.
- Lopez, Aurelie. "Criminal liability for environmental damage occurring in times of non-international armed conflict: Rights and remedies". *Fordham Environmental Law Review* 2, N° 18 (2006): 231-271.
- Luban, David. "A theory of crimes against humanity". *Yale Journal of International Law* 29 (2004): 86-162.
- Malhostra, Saloni. "The environmental crime that could have been but never was: An English school perspective on the ecocide law". *Amsterdam Law Forum* 9, N° 3 (2017): 49-70.
- Mañalich, Juan Pablo. "La pena como retribución". *Estudios Públicos*, núm. 108 (2008): 117-205.
- Mañalich, Juan Pablo. «Culpabilidad y Justicia Procedimental». En *Imputación y Culpabilidad*, editado por Andrea Perín. 77-101. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- Medina, Mirtha y César Vásquez. "Los crímenes de lesa humanidad y su juzgamiento". *Lex – Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política* 9, N° 8 (2011): 107-124.
- Neyret, Laurent. *From Ecocrimes to Ecocide: Protecting the Environment Through Criminal Law*. Cambridge: C-EEENRG Reports. Cambridge Centre for Environment, Energy and Natural Resource Governance, University of Cambridge, 2017-2.
- Nieto, Adán. "Bases para un futuro derecho penal internacional del Medio Ambiente". *Revue internationale de droit penal* 82, N° 3-4 (2011): 477-505.
- Olasolo, Héctor. "Los fines del derecho internacional penal". *International Law*, N° 29 (2016): 93-145.
- Palarczyk, Danuta. "Ecocide before the International Criminal Court: Simplicity is better than an elaborate embellishment". *Criminal Law Forum* 34 (2023): 147-207.
- Pettigrew, Harry. "A constitutional right of freedom from Ecocide". *Environmental Law*, 2, N° 1 (1971): 1-41.
- Piqtkowski, Mateusz. "The Rendulic Rule and the Law of Aerial Warfare". *Polish Review of International and European Law* 2, N° 3 (2013): 69-85.

- Serra Palao, Pablo. “Ecocidio: La odisea de un concepto con aspiraciones jurídicas”. *Revista Catalana de Dret Ambiental* X, N° 2 (2019): 1-45.
- Stop Ecocide Foundation. “Independent Expert Panel for the Legal Definition of Ecocide”. (2021): 1-12.
- Triffterer, Otto y Kai Ambos. *The Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary*. 3a edición. Alemania: C.H. Beck, Hart, NOMOS, 2016.
- Watts, Sean. «The genesis and significance of the Law of War “Rendulic Rule”». En *Honest Errors? Combat Decision-Making 75 Years After the Hostage Case*, editado por Nobuo Hayashi y Carola Lingaas, 155-176. La Haya: T.M.C. Asser Press, 2024.
- Weinstein, Tara. “Prosecuting Attacks that Destroy the Environment: Environmental Crimes or Humanitarian Atrocities”, *Georgetown International Environmental Law Review* 17, N° 4 (2005): 697-722.
- Werle, Gerhard y Florian Jeßberger. *Tratado de Derecho Penal Internacional*. 3ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

B. RECURSOS WEB

- Ambos, Kai. “Protecting the Environment through International Criminal Law.” *EJIL: Talk*. 29 de junio 2021. <https://www.ejiltalk.org/protecting-the-environment-through-international-criminal-law/>
- Aparac, Jelena. “A Missed Opportunity for Accountability?: Corporate Responsibility and the Draft Definition of Ecocide”. *Völkerrechtsblog*. 9 de julio 2021. doi: 10.17176/20210709-135824-0.
- Heller, Kevin Jon. “Skeptical thoughts on the proposed crime of “Ecocide” (That Isn’t)”. *Opinio Juris*. 23 de Junio 2021. <http://opiniojuris.org/2021/06/23/skeptical-thoughts-on-the-proposed-crime-of-ecocide-that-isnt/>
- Heller, Kevin Jon. “Ecocide and Anthropocentric Cost-Benefit Analysis”. *OpinioJuris*. 26 de Junio 2021. <http://opiniojuris.org/2021/06/26/ecocide-and-anthropocentric-cost-benefit-analysis/>
- Heller, Kevin Jon. “Fiddling (With Ecocide) While Rome (and Everywhere Else) Burns”. *Völkerrechtsblog*. 18 de febrero de 2022. doi: 10.17176/20220218-120939-0.
- Kersting, Natascha. “On Symbolism and Beyond: Defining Ecocide”. *Völkerrechtsblog*, 8 de julio 2021. doi: 10.17176/20210708-135823-0.
- Pezzot, Romina & Jan-Phillip Graf. “Ecocide – Legal Revolution or Symbolism?”, *Völkerrechtsblog*. 3 de febrero de 2022. doi: [10.17176/20220203-120935-0](https://doi.org/10.17176/20220203-120935-0).

C. NOTICIAS

- “‘We could lose our status as a state’: what happens to a people when their land disappears”. The Guardian, 27 de Junio 2023. <https://www.theguardian.com/environment/2023/jun/27/we-could-lose-our-status-as-a-state-what-happens-to-a-people-when-their-land-disappears>
- “The Office of the Prosecutor launches public consultation on a new policy initiative to advance accountability for environmental crimes under the Rome Statute”. International Criminal Court. 16 de febrero 2024. <https://www.icc-cpi.int/news/office-prosecutor-launches-public-consultation-new-policy-initiative-advance-accountability-0>.
- “Vanuatu’s legal advocacy triumphs at UN: historic consensus resolution passed for advisory opinion from “world court”. Stop Ecocide International. 31 Marzo de 2023. <https://www.stopecocide.earth/breaking-news-2023/vanuatus-legal-advocacy-triumphs-at-un-historic-consensus-resolution-passed-for-advisory-opinion-from-world-court>

D. JURISPRUDENCIA

- *The Hostages Case (United States v. List et al.)*. Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10, Vol 11 (1950).
- *Prosecutor v Akayesu (Judgment)*. International Criminal Tribunal for Rwanda. ICTR-96-4-A (1 de junio 2001).
- *The Prosecutor v Germain Katanga (Sentence)*. International Criminal Court. ICC-01/04-01/07 (23 de mayo 2014).