DIREITO CONSTITUCIONAL AMBIENTAL IBERO-AMERICANO

DIRETORES
JOSÉ EUGENIO SORIANO GARCÍA
ANDRÉ SADDY

COORDENADORES
SANDRA MILENA ORTIZ LAVERDE
PEDRO CURVELLO SAAVEDRA AVZARADEL

AUTORES
JUAN CARLOS CASSAGNE (ARGENTINA) – FERNANDO HORACIO PAYÁ (ARGENTINA) – JUAN LIXMAR ZOTO ALVARADO (BOLÍVIA) – PEDRO CURVELLO SAAVEDRA AVZARADEL (BRASIL) – ÁNGELA MARÍA AMAYA ARIAS (COLÔMBIA) – MARÍA DEL PILAR GARCÍA PACHÓN (COLÔMBIA) – MARIO PEÑA CHACÓN (COSTA RICA) – PEDRO BRUFAO CURIEL (ESPANHA) – MIGUEL ÁNGEL CANCINO AGUILAR (MÉXICO) – LETICIA QUIÑONES VALADEZ (MÉXICO) – KARLOS NAVARRO (NIGARÁGUA) – ANABELLE PADILLA LOZANO (PANAMÁ) – EDUARDO JOSÉ MITRE GUERRA (PANAMÁ) – FERNANDO DOS REIS CONDESSO (PORTUGAL) – ALLAN R. BREWER-CARÍAS (VENEZUELA)

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 1 1/9/16 12:08

Lumen Juris Editora

www.lumenjuris.com.br

Editores
João de Almeida
João Luiz da Silva Almeida

Conselho Editorial

Adriano Pilatti
Alexandre Bernardino Costa
Alexandre Morais da Rosa
Ana Alice De Carli
Beatriz Souza Costa
Bleine Queiroz Caúla
Caroline Regina dos Santos
Daniele Maghelly Menezes Moreira
Diego Araujo Campos
Emerson Garcia
Firly Nascimento Filho
Flávio Ahmed
Frederico Antonio Lima de Oliveira
Frederico Price Grechi
Geraldo L. M. Prado
Gina Vidal Marcilio Pompeu
Gisele Cittadino
Gustavo Noronha de Ávila
Gustavo Sénéchal de Goffredo
Helena Elias Pinto
Jean Carlos Fernandes
Jerson Carneiro Gonçalves Junior
João Carlos Souto
João Marcelo de Lima Assafim
João Theotonio Mendes de Almeida Jr.
José Emílio Medauar
Josiane Rose Petry Veronese
Leonardo El-Amme Souza e Silva da Cunha
Lúcio Antônio Chamon Junior
Luigi Bonizzato
Luis Carlos Alcoforado
Luiz Henrique Sormani Barbugiani
Manoel Messias Peixinho
Marcellus Polastri Lima
Marcelo Ribeiro Uchôa
Márcio Ricardo Staffen
Marco Aurélio Bezerra de Melo
Ricardo Lodi Ribeiro
Roberto C. Vale Ferreira
Sérgio André Rocha
Victor Gameiro Drummond
Sidney Guerra

Conselheiro benemérito: Marcos Juruena Villela Souto (*in memoriam*)

Conselho Consultivo

Andreya Mendes de Almeida Scherer Navarro
Antonio Carlos Martins Soares
Artur de Brito Gueiros Souza
Caio de Oliveira Lima
Francisco de Assis M. Tavares
Ricardo Máximo Gomes Ferraz

Filiais

Sede: Rio de Janeiro
Av. Presidente Vargas - nº 446 –
7º andar - Sala 705
CEP: 20071-000
Centro – Rio de Janeiro – RJ
Tel. (21) 3933-4004 / (21) 3249-2898

São Paulo (Distribuidor)
Rua Sousa Lima, 75 –
CEP: 01153-020
Barra Funda – São Paulo – SP
Telefax (11) 5908-0240

Minas Gerais (Divulgação)
Sergio Ricardo de Souza
sergio@lumenjuris.com.br
Belo Horizonte – MG
Tel. (31) 9296-1764

Santa Catarina (Divulgação)
Cristiano Alfama Mabilia
cristiano@lumenjuris.com.br
Florianópolis – SC
Tel. (48) 9981-9353

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 2 1/9/16 12:08

DIREITO CONSTITUCIONAL AMBIENTAL IBERO-AMERICANO

DIRETORES
JOSÉ EUGENIO SORIANO GARCÍA
ANDRÉ SADDY

COORDENADORES
SANDRA MILENA ORTIZ LAVERDE
PEDRO CURVELLO SAAVEDRA AVZARADEL

AUTORES
JUAN CARLOS CASSAGNE (ARGENTINA) – FERNANDO HORACIO PAYÁ (ARGENTINA) – JUAN LIXMAR ZOTO ALVARADO (BOLÍVIA) – PEDRO CURVELLO SAAVEDRA AVZARADEL (BRASIL) – ÁNGELA MARÍA AMAYA ARIAS (COLÔMBIA) – MARÍA DEL PILAR GARCÍA PACHÓN (COLÔMBIA) – MARIO PEÑA CHACÓN (COSTA RICA) – PEDRO BRUFAO CURIEL (ESPANHA) – MIGUEL ÁNGEL CANCINO AGUILAR (MÉXICO) – LETICIA QUIÑONES VALADEZ (MÉXICO) – KARLOS NAVARRO (NIGARÁGUA) – ANABELLE PADILLA LOZANO (PANAMÁ) – EDUARDO JOSÉ MITRE GUERRA (PANAMÁ) – FERNANDO DOS REIS CONDESSO (PORTUGAL) – ALLAN R. BREWER-CARÍAS (VENEZUELA)

EDITORA LUMEN JURIS
RIO DE JANEIRO
2016

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 3 1/9/16 12:08

Copyright © 2016 *by*
André Saddy e José Eugenio Soriano García

Categoria:
Direito Constitucional

Produção Editorial
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Capa, projeto gráfico, diagramação e revisão: REC design

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.
não se responsabiliza pelas opiniões
emitidas nesta obra por seu Autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895, de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE

Direito Constitucional Ambiental Ibero-Americano. / José Eugenio Soriano García, André Saddy (Diretores) ; Sandra Milena Ortiz Laverde, Pedro Curvello Saavedra Avzaradel. (Coordenadores) ... [et al.] - Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2016.
628 p. ; 23 cm.

Bibliografia.
Texto em espanhol.

ISBN: 978-85-8440-720-0

1. Direito Ambiental Internacional. 2. Direito Constitucional – Ibero-Americano. 3. Responsabilidade Penal - Risco Ambiental. I. García, José Eugenio Soriano. II. Saddy, André. III. Laverde, Sandra Milena Ortiz.V. Avzaradel, Pedro Curvello Saavedra. VI. Título

CDD – 341.3479

Breve apresentação dos autores

Allan R. Brewer-Carías
Abogado y doctor en Derecho, con menciones *summa cum laude* por la Universidad Central de Venezuela (1962-1964). Desde 1963 es profesor de la Universidad Central de Venezuela, donde director del Instituto de Derecho Público. Ha sido profesor visitante (1972-1974) y profesor de postgrado (1985-1986) en la Universidad de Cambridge, Inglaterra; en la Universidad de París II (1990), y en las universidades del Rosario y Externado de Colombia, en Bogotá. Ha sido profesor visitante (2002-2004) y actualmente es profesor de la Universidad de Columbia, de Nueva York. Fue miembro de la Junta Directiva y es miembro de la Asamblea General del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (Costa Rica), es vicepresidente de la Academia Internacional de Derecho Comparado (La Haya) y miembro de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, de la cual ha sido presidente. En 1981 recibio el Premio Nacional de Ciencias de Venezuela. Fue presidente de la Comisión de Administración Pública; senador por el Distrito Federal; ministro de Estado para la Descentralización y miembro de la Asamblea nacional Constituyente de 1999.

Anabelle Padilla Lozano
Magistrada del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas de Panamá. Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Panamá. Especialista en Derecho Administrativo por la Universidad Externado de Colombia y magíster en Derecho Procesal por la Universidad Interamericana de Panamá.

Ángela María Amaya Arías
Abogada de la Universidad Externado de Colombia, máster en Especialización e Investigación en Derecho con énfasis en Derecho de Aguas, Medio Ambiente y Recursos Naturales de la Universidad de Zaragoza (España) y doctora en Derecho de la misma Casa de Estudios. Su tesis doctoral, titulada "El Principio de No Regresión en el Derecho Ambiental", obtuvo la calificación Sobresaliente Cum Laude por parte del jurado. Fue Becaria de la Fundación Carolina para

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 5 1/9/16 12:08

realizar sus estudios doctorales. Autora de diferentes artículos sobre temas de Derecho del Medio Ambiente. Actualmente es docente-investigador del Departamento de Derecho del Medio Ambiente de la Universidad Externado de Colombia, miembro del Grupo de Investigación en Derecho del Medio Ambiente de la misma Universidad y miembro del Grupo Consolidado de Investigación Agudema de la Universidad de Zaragoza.

Eduardo José Mitre Guerra
Asistente de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Panamá (Sala de lo Contencioso Administrativo) y docente universitario. Abogado. Máster en Derecho de Aguas, de los Recursos Naturales y Medio Ambiente y doctor por la Universidad de Zaragoza

Fernando dos Reis Condesso
Catedrático da Universidade de Lisboa, doutor em Direito, doutor em Direito do Estado (Brasil); doutor em Administração Pública e Políticas do Território (planeamento territorial, Espanha); agregado em Ciências Jurídico-Politicas (Portugal); professor de "Direito Administrativo" geral; de "Direito do Ambiente, Ordenamento do Território e Urbanismo" e de "Estratégias Territoriais Comparadas" (Portugal), ex-professor V. de "Políticas Públicas de Desenvolvimento Económico-Social" e "Economia Ambiental" no Instituto Universitário de Ciências Ambientais da Universidade Complutense de Madrid e de "Direito da Arquitetura e do Urbanismo" da Faculdade de Arquitectura de Lisboa.

Fernando Horacio Payá
Abogado. Diploma de Honor de Universidad Católica Argentina. Master en Derecho Ambiental. (LL.M in Environmental Law) Pace University, White Plains, Nueva York USA. Materias: Derecho ambiental, reglamentación relativa a productos químicos, residuos peligrosos, derecho ambiental comparado, derecho ambiental internacional, responsabilidad por daños causados por sustancias tóxicas, derecho ambiental estadual y municipal, y temas científicos y tecnológicos relativos al derecho ambiental. Ha recibido el premio Feldshuh Fellowship otorgado por el Centro de Estudio Jurídico Ambientales de la Universidad de Pace (Nueva York), Fulbright Scholarship, otorgado por el J. William Fulbright Foreign Scholarship Board y la Agencia

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 6 1/9/16 12:08

de Información de los Estados Unidos y el Premio Editorial "El Derecho". Profesor de Derecho ambiental en el Master de Derecho Administrativo, y en el Master de Derecho Empresario, de la Universidad Austral.

Juan Carlos Cassagne
Abogado y doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UBA, 1966). Profesor titular emérito (UCA, 2008) y titular consulto (UBA, 2005). Integró las comisiones redactoras de varias leyes nacionales y del Proyecto del Código Procesal Contencioso Administrativo de la Nación (1981). Miembro de la Comisión Redactora del Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires (1997). Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo (1985-86). Fue profesor en universidades nacionales e internacionales. Integra numerosas Academias en la Argentina y en el exterior. Autor de varios libros y artículos en publicaciones especializadas. Elegido por la revista inglesa Chambers and Partners como uno de los 100 mejores abogados del mundo. Obtuvo la orden Caballero Legión de Honor del Gobierno de Francia (2003), entre otras distinciones.

Juan Lixmar Zoto Alvarado
El autor actualmente desempeña la función de jefe nacional de Dotación y Administración de Personal, en el Consejo de la Magistratura de Bolivia; habiéndose desempeñado también en otros cargos en entidades públicas y privadas. Entre otros títulos de postgrado, tiene el de doctor en Derecho por la Universidad de Zaragoza de España, con especialidad en Derecho Administrativo por la Universidad de Roma "La Sapienza" de Italia. Es docente de la Maestría en Derecho Administrativo en la Universidad Andina Simón Bolívar, y en postgrado en la Universidad Mayor de San Andrés en La Paz, Bolivia. Ha escrito diversos ensayos jurídicos sobre Derecho Administrativo y Contratación Pública.

Karlos Navarro
Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, España. Master en Administración Pública, por la Universidad de Castilla la Mancha. Master en Contrataciones del Estado, por la Universidad de Castilla la Mancha, España. Master en Historia y Ciencias Políticas, y licenciado en Derecho por la Universidad Centroamericana, Managua, Nicaragua. Licenciado en Historia

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 7 1/9/16 12:08

por la Universidad de San Petersburgo. Ha realizado una estancia postdoctoral en la Universidad de Castilla-La Mancha, España; igualmente pasantías de investigación en la Universidad de Berkeley, San Francisco, California, y en la Universidad de Heidelberg, Alemania.

Leticia Quiñones Valadez
Licenciada en Derecho por la Universidad Autonoma de México. Máster en Arts Derecho, Economía y Politicas del Instituto de Investigación Ortega y Gasset adscrito a la Universidad Complutense de Directora de Resoluciones y Procedimientos Administrativos, Dirección General de Zona Federal Marítimo Terrestre, Subsecretaría de Gestión para la Protección Ambiental, Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales

María del Pilar García Pachón
Abogada de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Minero Energético de la misma Universidad. Magíster en Política y Gestión Medioambiental de la Universidad Carlos III de Madrid. Diploma de Estudios Avanzados otorgado por la Universidad de Zaragoza. Miembro del Grupo de Investigaciones en Derecho del Medio Ambiente de la Universidad Externado de Colombia (Centro de Investigaciones avalado por COLCIENCIAS); Doctora en propiedades públicas y medio ambiente en la Universidad de Zaragoza (España) y se desempeña como Directora del Departamento de Derecho del Medio Ambiente de la Universidad Externado de Colombia.

Mario Peña Chacón
Profesor de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y de las Maestrías de Derecho Ambiental y Derecho Público Comparado Franco-latinoamericano del Sistema de Estudios de Posgrados de la Universidad de Costa Rica. Miembro de la Comisión de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN).

Miguel Ángel Cancino Aguilar
Licenciado en Derecho, egresado de la Universidad Autónoma Metropolitana. Unidad Azcapotzalco (1979-1982). Cuenta con dos postgrados: en Planificación y Gestión Urbana. Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, España (1986), y Especialidad en Derecho Ambiental por la Universidad Pa-

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 8 1/9/16 12:08

namericana (2005). Candidato a doctor en Derecho en la Universidad Panamericana. Más de 25 años de experiencia en docencia a nivel superior. Profesor de Carrera por Oposición en la Universidad Autónoma Metropolitana. Unidad Azcapotzalco. Departamento de Derecho (1984 a la fecha). Miembro del Claustro de Profesores de la Facultad de Derecho y del Posgrado en Derecho (Maestría y Especialidad en Derecho Administrativo) de la Universidad Panamericana. Profesor en los diplomados en derecho y/o política ambiental que en forma regular imparten el Instituto Tecnológico Autónomo de México, la Universidad Iberoamericana y el Instituto Nacional de Administración Pública. Además, es profesor invitado en temas de derecho ambiental en el Colegio de México, el Programa de medio ambiente de la UNAM, la Universidad Autónoma de Nuevo León, la Universidad Popular de Nicaragua (Doctorado en derecho ambiental), entre otras instituciones. Actualmente se desempeña como procurador ambiental y del Ordenamiento Territorial del Distrito Federal

Pedro Brufao Curiel
Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. LL.M. in Energy & Environmental Law por la Tulane Law School de Nueva Orleáns, becado por la Fulbright Commission. Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense. Catedrático EU interino de Derecho Administrativo, Universidad de Extremadura

Pedro Curvello Saavedra Avzaradel
Doutor em Direito da Cidade pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (PPGDIR/UERJ), graduado em Direito (UFRJ) e mestre em Sociologia e Direito (PPGSD/UFF). Professor do Curso de Direito do Polo Universitário de Volta Redonda da Universidade Federal Fluminense, onde lidera o Grupo de Estudos em Meio Ambiente e Direito (Gemadi). Integra o quadro permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da mesma Universidade. Contato: pedroavzaradel@id.uff.br.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 9 1/9/16 12:08

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 10 1/9/16 12:08

Sumário

Prólogo..... 21

Derecho Ambiental en Argentina..... 27
Juan Carlos Cassagne y Fernando Horacio Payá (con la colaboración de Marta Brunilda Rovere) (Argentina)

1 Introducción. Aproximación al Derecho Ambiental..... 28
1.1 Las relaciones vinculadas con el "ambiente humano"
como objeto del derecho ambiental..... 28
1.2 Evolución de la cuestión ambiental a nivel global.
Recepción del derecho al ambiente sano en el derecho argentino. 30
2 Derecho ambiental argentino: Aspectos constitucionales..... 32
2.1 El derecho al ambiente. Reparto constitucional de competencias..... 32
2.1.1 Situación anterior a la reforma constitucional del año 1994..... 33
2.1.2 Situación posterior a la reforma constitucional del año 1994. 34
2.2 Las leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental..... 37
2.2.1 Concepto de ley de presupuesto mínimo: su contenido normativo..... 37
2.3 La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación..... 39
2.3.1 Fallo Roca, Magdalena c/ Buenos Aires,
Provincia de s/ inconstitucionalidad 16/5/1995 – Fallos: 318:992..... 39
2.3.2 Fallo Líneas de Transmisión del Litoral S.A. / LITSA v/
Corrientes, Provincia de s/ acción declarativa – 18/11/1999 – Fallos: 322:2862.....40
2.3.3 Fallo "Villivar, Silvia Noemí, c/ Provincia de Chubut y otros", (
17/4/2007 – Fallos: 330:1791). 41
2.4 El amparo colectivo. 41
2.4.1 El artículo 43 de la Constitución Nacional. 41
2.4.2 El denominado "amparo ambiental colectivo". 43
3 Principales tratados internacionales de los cuales Argentina es parte. 45
3.1 Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos
Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación. 45
3.2 Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.
El Protocolo de Kyoto..... 46

3.3 Convenio sobre la Diversidad Biológica..... 48
3.4 Otros..... 49
4 Responsabilidad derivada de disposiciones de derecho común,
y principales normas ambientales nacionales. 52
4.1 Responsabilidad derivada de disposiciones de derecho común..... 52
4.1.1 El daño ambiental. El art. 41 de la CN y la Ley n. 25.675.
Definición y régimen legal. Distingo con los daños individuales
ocasionados a través del ambiente. El régimen del Código Civil.
Jurisprudencia. Responsabilidad derivada de disposiciones del
derecho común. Responsabilidad por daños en el ámbito del derecho civil. 52
4.1.2 Daños derivados de la utilización de residuos peligrosos..... 57
4.1.3 Responsabilidad Penal..... 58
4.1.3.1 El Bien Jurídico Protegido. 59
4.1.3.2 La diferencia entre "residuo" y "sustancia" a los efectos
del encuadre en el tipo penal, en los supuestos de generación
accidental de residuos peligrosos. 60
4.1.3.3 Delito vs. Cumplimiento de límites administrativos. 62
4.1.3.4 Responsabilidad de las personas físicas
que integran una persona jurídica. 64
4.2 Principales Normas Ambientales Nacionales. 65
4.2.1 Ley general del ambiente. 66
4.2.2 Ley de PCBs (Ley n. 25.670)..... 67
4.2.3 Ley de Libre acceso a la información pública ambiental
(Ley n. 25.831)..... 68
4.2.4 Ley de Bosques Nativos (Ley n. 26.331)..... 70
4.2.5 Ley de Preservación de Glaciares y ambiente periglacial
(Ley n. 26.639). 71
5 Jurisprudencia Ambiental relevante. 73
5.1 Causas en las que se reclama la recomposición del daño ambiental.
Pautas establecidas por los fallos de la CSJN..... 74
5.1.1 Causa "Mendoza"..... 74
5.1.2 Causa "Assupa"..... 75
5.1.2.a La CSJN no acepta demandas por recomposición
del ambiente colectivo, que sean genéricas. 76
5.1.2.b Los "presupuestos fácticos esenciales" deben surgir de la demanda. 76
5.1.2.c Las garantías de defensa en juicio y debido
proceso en causas "ambientales"..... 77

5.2 Principio Precautorio. Causa "Dino Salas". 78
5.3 Necesidad de que exista "caso": Causa "INVAP". 79
5.4 Función del Juez y reglas procesales en causas ambientales. 80
5.4.1 Causa Lillio (2003) Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Neuquén. Causa "Lillio" STJ de NqN 30/12/2003, voto de la minoría) Causa "Lillio" STJ de NqN 30/12/2003, voto de la mayoría. 80
5.4.2 Causa "Asociación Multisectorial". 81
6 Principales problemas ambientales. Aspectos jurídicos. 82
6.1 La contaminación de la Cuenca Matanza Riachuelo. Marco normativo y causa "Mendoza". 83
6.2 Gestión de PCBs. 84
6.3 Explotación minera y sus aspectos ambientales. 84
6.4 Hidrocarburos no convencionales. 85

Derecho Ambiental en Bolivia 89
Juan Lixmar Zoto Alvarado (Bolívia)

A. Constitución con jurisprudencia constitucional y comentarios. 91
B. Tratados internacionales firmados por cada país con sus comentarios. .. 99
C. Legislación general. 105
D. Jurisprudencia relevante. 111
E. Principales problemas medio ambientales. 116
F. Conclusiones. Referencias. 124

Breve panorama do direito constitucional ambiental no Brasil e seus desafios 131
Pedro Curvello Saavedra Avzaradel (Brasil)

Introdução. 132
Constituição e proteção ambiental no Brasil. 133
Do capítulo constitucional específico. 135
Demais dispositivos ao longo do texto. 154
Divisão Constitucional de Competências. 165
Natureza do ambiente e de sua proteção. 173
Alguns dos Principais problemas ambientais atuais. 177
Conclusões. 182
Referências. 183

Derecho Ambiental Colombiano.....191
Ángela María Amaya Arias y *María del Pilar García Pachón* (Colômbia)
I. Marco Constitucional. 192
1. Preámbulo..... 193
2. Principios Fundamentales..... 193
3. Derechos Económicos, Sociales y Culturales..... 194
4. Derechos Colectivos y del Ambiente..... 195
5. Protección y Aplicación de los Derechos..... 196
6. Organización Territorial..... 196
7. Régimen Económico y Hacienda Pública. 196
8. Otras disposiciones..... 197
II. Principales Tratados Internacionales Ambientales
en los que Colombia es Parte..... 198
1. Protección de la vida en el planeta..... 199
2. Atmósfera y clima..... 200
3. Contaminación y manejo de desechos..... 201
III. Marco Normativo General Ambiental. 203
1. Bases del Derecho Ambiental Colombiano. 203
2. Recurso Hídrico. 206
3. Biodiversidad. 206
4. Aire y a la Atmósfera. 208
5. Áreas Protegidas..... 208
6. Residuos..... 209
7. Procedimiento Sancionatorio Ambiental. 210
8. Ordenamiento Territorial..... 211
9. Licencias Ambientales..... 211
IV. Principales Problemas Medioambientales En Colombia. 212
1. Contaminación Hídrica..... 213
2. Cambio Climático. 215
3. Explotación Ilegal de Madera y Deforestación..... 217
V. Conclusiones. 220
VI. Referencias. 221

Derecho Ambiental en Costa Rica..... 225
Mario Peña Chacón (Costa Rica)
I. Reconocimiento del derecho a un ambiente sano
y ecológicamente equilibrado como derecho fundamental..... 226
II. Exigibilidad judicial directa del derecho internacional ambiental. 229
III. La Ley Orgánica Del Ambiente. 234
1. Naturaleza jurídica. 235
2. Objetivos, Principios y Fines..... 237
3. Estructura e institucionalidad. 238
4. El antes y el después de la LOA..... 239
5. Análisis de eficacia. Vacíos, debilidades y retos. 240
IV. Rol del derecho penal y del derecho administrativo
en la tutela del ambiente. 243
1. El ilícito penal versus el ilícito administrativo. 243
2. Derecho Penal y su relación con el Derecho Administrativo sancionador. 244
3. El problema de las sanciones de tipo penal..... 245
3.1. La pena de multa. 245
3.2. La pena privativa de libertad. 246
V. La transversalidad del derecho ambiental y su influencia s
obre el instituto de la propiedad y otros derechos reales. 249
1. El advenimiento de los derechos humanos de
tercera generación y la función ambiental de la propiedad..... 249
2. La posesión ambiental. 253
3. Servidumbres ambientales. 256
4. Usufructo ambiental. 258
VI. Daño, Responsabilidad y Reparación Ambiental. 259
1. Tutela preventiva. 259
2. Prueba y relación de causalidad. 261
3. Imputación de carácter objetiva y causas eximentes
de la responsabilidad por daño ambiental. 263
4. Solidaridad. 266
5. Legitimación activa. 269
6. Reparación del medio ambiente. 272
VII. Diagnóstico general de la situación actual de la gestión
y la legislación ambiental costarricense. Conclusiones. Referencias. 274

Descripción General del Derecho Ambiental Español 285
Pedro Brufao Curiel (Espanha)

Introducción. 285
1. El derecho al medio ambiente en la Constitución Española. 286
2. Los principales Tratados Internacionales con
incidencia ambiental aplicables en España. 289
2.1. Derechos humanos. 289
2.2. Derecho de acceso a la información y a la justicia ambiental. 291
2.3. Evaluación de impacto ambiental. 293
2.4. Derecho de la biodiversidad. 294
2.5. Ecosistemas marinos. 296
2.6. Ecosistemas fluviales. 297
2.7. Agricultura y ganadería. 298
2.8. Contaminación. 299
3. Legislación general ambiental española. 301
4. Jurisprudencia ambiental española relevante. 304
5. Principales problemas ambientales. 310
6. Conclusiones. Referencias 311

Derecho Ambiental Mexicano. Panorama actual 313
Miguel Ángel Cancino Aguilar y *Leticia Quiñones Valadez* (México)

I. Introducción. 314
II. Bases Constitucionales. 315
III. Los Tratados Internacionales. 325
IV. La legislación ordinaria. 329
V. Jurisprudencias relevantes. 366
VI. La aplicación de la legislación ambiental mexicana
para el desarrollo sostenible. 370
VII. Algunos retos por enfrentar. 377
VIII. Referencias bibliográficas y hemerográficas mínimas. 379

Panorama general del derecho medioambiental en Nicaragua 385
Karlos Navarro (Nicarágua)

A- Marco constitucional del derecho ambiental. 385
B- Tratados internacionales firmados por Nicaragua
en materia de medio ambiente. 390
C- Legislación general. 397
D- Jurisprudencia relevante. 403
E- Principales problemas ambientales. 408
F- Conclusiones. Referencias. Documentos. 413

Derecho Ambiental Panameño 419
Anabelle Padilla Lozano y Eduardo José Mitre Guerra (Panamá)

I. Bases Constitucionales del Régimen Ambiental de
la República de Panamá. 420
II. Tratados y Acuerdos Internacionales Ratificados por
la República de Panamá en materia Ambiental. 431
III. Legislación Ambiental. 446
IV. Jurisprudencia Contencioso Administrativa en materia ambiental. 454
V. Principales Problemas Medio Ambientales en Panamá. 475
VI. Conclusiones. 478
VII. Referencias. 479

Direito do Ambiente em Portugal 483
Fernando dos Reis Condesso (Portugal)

Introdução. 484
1. Direito português do ambiente. Debate sobre o objeto. 487
1.1. Ontologia, ergonologia e nomologia na Constituição ambiental. 487
1.2. Direito constitucional do ambiente em Portugal. 499
2. Direito das políticas públicas ambientais. 503
2.1. Direito enquadrador das políticas ambientais.
Lei de Bases do Ambiente. Plano Nacional da Política do Ambiente. 503
2.2. Fundamentos da política territorial.
Ambiente e instrumentos de gestão territorial. Planos especiais
de ordenamento do território (ambientais de aplicação direta). 505
2.3. Direito de proteção dos solos. 506
2.4. Política de proteção do litoral português e do mar. 508

3. Direito ambiental vertical. principais normas. 509
3.1. Regimes jurídicos de fonte nacional. 509
3.2. Direito dos resíduos. 514
3.3. Direito da qualidade do ar. 515
3.4. Direito do ruído. 516
3.5. Direito da conservação da natureza e da biodiversidade. 516
4. Áreas de normação ambiental supranacional e intergovernamental. Principais tratados ambientais vinculando Portugal. 516
5. Norma*ção* de aplicação em matéria ambiental em geral. 521
5.1. Direito de Participação procedimental e de Ação Popular. 521
5.2. Direito de acesso à informação ambiental. 522
5.3. Direito sancionatório ambiental. 527
5.4. Direito da prevenção e controlo integrado da poluição. Resíduos, águas, ar e solos. 529
5.5. Regime de avaliação de impacto ambiental. 531
6. Análise de sentenças selecionadas dos tribunais portugueses. 531
6.1. Análises de jurisprudência constitucional. 531
6.2. Análises de jurisprudência administrativa. 544
6.3. Análises de jurisprudência cível. 557
7. Algumas questões tranversais com implica*ções* ambientais. 564
Referências. 571

Derecho Ambiental en Venezuela 575
Allan R. Brewer-Carías (Venezuela)

I. La técnica de la publicización o reserva al estado de determinados bienes o actividades. 578
II. La técnica de la planificación territorial y de la ordenación del territorio. 586
1. El régimen administrativo de la ordenación territorial. 586
2. La vinculación entre ordenación del territorio y el régimen de los recursos naturales. 591
3. Las técnicas de la planificación, la aprobación administrativa, la autorización administrativa, el silencio administrativo y la nulidad absoluta de los actos administrativos 593

III. Las técnicas de la concesión y de la contratación
administrativa para la explotación de los recursos naturales..... 596
1. El régimen de la minería y las técnicas administrativas
de la concesión y de la autorización. 598
2. El régimen de la industria petrolera reservada
al Estado y las técnicas asociativas mediante contratos públicos. 601
IV. Las técnicas de las autorizaciones, licencias, permisos y
registros para la explotación de los recursos naturales. 604
V. La técnica de la auto-tutela de la acción administrativa mediante
el ejercicio de la potestad de rescisión de concesiones y
contratos administrativos, y de revocación actos administrativos,
por razones de mérito. 610
1. Sobre la rescisión de contratos y concesiones administrativas. 611
2. Sobre la revocación de los actos administrativos
por razones de interés general. 616
VI. La técnica administrativa de asegurar la participación
ciudadana en el régimen de los recursos naturales y del ambiente,
en particular de los pueblos y comunidades indígenas. 622

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 20 1/9/16 12:08

Prólogo

En un mundo interconectado, relacionado instantáneamente, cobra fuerza la idea de generar contenidos en el ámbito jurídico, que lejos de mirarse internamente solo a ellos mismos, tengan muy en cuenta la experiencia comparada. A esa idea, matizada según veremos, responde la idea del libro que presento.

Comencemos sobre cómo surgió.

La doctoranda Sandra Milena Ortiz Laverde, permaneció bajo mi auspicio académico durante prácticamente cuatro cursos académicos en la Universidad Complutense de Madrid. Desempeñó varios puestos ayudándome, y siendo designada Profesora Honoraria. Cumplimentó varios periplos académicos a lo largo y ancho de España y culminó su carrera europea con el título de Doctor en Derecho, obteniendo Sobresaliente "cum laude" por unanimidad en un tema, sobre organización y regulación, que inevitablemente exigía abordar aspectos comparados.

Dándose cuenta de la importancia que tenía la comparatística, en el Seminario de Profesores de Derecho Administrativo "Eduardo García de Enterría" que celebramos todos los miércoles en la Universidad, fue surgiendo la idea de abordar en un libro, ámbitos jurídicos en los que el mutuo reflejo, como en un borgiano juego de espejos, cada aportación nacional ganaría en riqueza si se compartía la visión de los demás países. Y esa concepción, tendría que abordarse en múltiples ámbitos, entre los que el medio ambiente, por su impacto sistémico, sería sin lugar a dudas, uno de ellos. Porque el mundo, ambientalmente, sí es un sistema, donde el batir de las alas de una mariposa en Pekín sí puede provocar un tornado en la sierra de Madrid. Un sistema –palabra de la que se abusa innecesariamente– es un conjunto de variables interdependientes entre sí de forma que solamente viendo el conjunto se explica cada una de ellas y, a su vez, cualquier variación en una de ellas, varía el conjunto. No es posible negar que las bases de la ordenación medioambiental tienen que responder a esa categoría lógica, ya que una decisión tomada en España afectará a Brasil, y viceversa; una preocupación ambientalista común une los espíritus y las leyes, siendo común la cita en la propia jurisprudencia de

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 21 1/9/16 12:08

sentencias de otros países, ya que el mutuo préstamo de conceptos y técnicas pasa a ser ya un repertorio común y desde luego compartido.

Al mismo tiempo, la cultura colectiva iberoamericana, facilitaba las cosas. Partimos de un espacio de pensamiento que en origen responde a los mismos fundamentos. También a una historia que podemos reconocer como cercana. El trasvase de académicos entre la Península ibérica e Iberoamérica es frecuente y confiemos creciente también. El día en que realmente nos demos cuenta del potencial compartido que todos los países iberoamericanos poseemos, despertará un horizonte de crecimiento personal y social, muy importante.

Es evidente que una comparatística exige elementos que justifiquen el porqué de la elección. Una muy cercana a los españoles y portugueses, por razones obvias, es la propia de la Unión Europea. Y de hecho, la practicamos.

Pero no vamos a dejar pasar la oportunidad de crecer en otros escenarios y la plataforma que ofrece esa cultura compartida a la que me refería, era evidente que también tenía que tener su opción y su oportunidad. Porque hay un coste de oportunidad muy alto en olvidarnos de quienes somos. Y los españoles y portugueses somos, también y de forma muy esencial, iberoamericanos. Y viceversa.

De ahí que quizás también en el futuro, podamos abordar otros temas, incluso los de carácter económico, tipo "Derecho de la Competencia" que cuenta ya con un acervo compartido de alguna importancia.

Sigamos con la pequeña historia de este volumen.

Al principio, fue relativamente sencillo ir organizando la fusión de contenidos, búsqueda de autores (siempre inacabada) y comenzar el proyecto. Pero como siempre ocurre, la distancia surte sus efectos y paulatinamente se fueron acrecentando las dificultades. De ahí que pese a nuestros reiterados esfuerzos, no hayamos conseguido que estén todos los países que hemos perseguido con ahínco que sí colaboraran. Seguro que en otras ediciones de otros temas lo lograremos.

También la crisis económica surtió efectos. La editorial inicialmente comprometida se tuvo que rendir, y solamente el esfuerzo, tan loable, de André Saddy, ha conseguido al final que, como Ave Fénix, resucite el plan, el propósito inicial, y gracias a su tesón se ha conseguido finalmente presentar este texto.

André Saddy, se doctoró también con honores en la Universidad Complutense, logrando el Doctorado Europeo, y posteriormente complementó

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 22 1/9/16 12:08

sus estúdios con un post-doctorado en Oxford. Es ya un joven valor, reconocido en Europa y aceptado en la comunidad académica Complutense como un colaborador de notable proyección. Tengo que subrayarlo, porque intervino justamente cuando el propósito inicial se estaba marchitando. Lo que habrá que tener muy en cuenta para futuras colaboraciones colectivas.

Resulta prácticamente imposible resumir aquí contenidos y alabar la categoría personal, académica y profesional de los autores que generosamente han prestado su colaboración y apoyo a esta obra. Muchos son Maestros bien conocidos y reconocidos en España y Portugal, por lo que a Europa hace, y desde luego en sus respectivos países son conductores de primerísima categoría académica. Hemos tenido inmensa suerte de contar con su aporte y su paciencia también, ya que por lo antes explicado, el proyecto se demoraba.

Pero ahora tenemos ya la obra. Un buen ejemplo de esfuerzo colectivo, de buen hacer personal y académico. Y sobre todo, una clara aportación al derecho ambiental, objeto de nuestras preocupaciones.

El Medio Ambiente, cobró importancia como disciplina jurídica a partir de la contribución que hizo la Ecología como ciencia autónoma, allá por los años cincuenta del pasado siglo. Si bien, como siempre sucede, el Derecho fue a la par precursor y seguidor de la ciencia básica. Precursor en cuanto en todos los países puede encontrarse ya en el siglo XIX significativas técnicas que ligadas a la perspectiva sanitaria entonces, iban a tener ya un contenido que hoy no dudaríamos en calificar de ambiental. Las técnicas de higiene, incluso en lo que hoy constituye la seguridad alimentaria, también fueron tomando cuerpo y ofrecieron un elemento de control, de policía administrativa, de derecho sancionador, pero asimismo de prudente aplicación inicial de denominado "principio de precaución" hoy tan en boga en la Unión Europea y en general en todos los países.

Naturalmente, no se trata de olvidarse de que lo primero es vivir y sobrevivir, lo que supone que técnicas que en países avanzados son ineludibles, no siempre se aceptan fácilmente en otros territorios cuyo primer deber es alimentar a la población. Pero el debate, viejo y creo superado, de que en los países emergentes se puede destruir por la torpe y simplicísima razón de que en los países avanzados ya destruimos y desgarramos nuestro ambiente, es un sinsentido propio del pensamiento a corto plazo. Porque en los países que se han destruido, ahora, lo que procede –salvo barbaridades destructoras del ambiente y del patrimonio histórico y artístico como algunos malvados

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 23 1/9/16 12:08

atrasados realizan– es gastarse el dinero en recuperar lo que en muchas ocasiones es irrecuperable. No tiene ningún sentido este juego de marcha adelante y atrás simultáneo. Si no se piensa un poco también a medio y largo plazo, la destrucción de todo es segura y letal. No hay ninguna duda de que el Apocalipsis será de carácter ambiental.

Que todo ello está unido a un mayor control del crecimiento demográfico, a la inversión generosa socialmente en políticas de apoyo local a quienes lo necesitan, muy especialmente a las mujeres que son quienes conservan el hogar –familia, local, huerto, granja, finca, vestido…–, es algo evidente. Pero hay que desterrar el discurso de que si otros han destruido ayer yo puedo hacerlo también hoy. Ese es un juego de suma negativa en la que todos perdemos. Siempre. Sin excepciones.

El grave problema del derecho ambiental es cultural, desde luego, ya que las amplias definiciones de bienes ambientales como bienes públicos, reaviva la conocida tragedia de los bienes comunes, que por ser de todos no son de nadie. Incluso hoy, el aire tiene precio, y ahí está el protocolo de Kioto con la anterior y conocida cumbre de Río de Janeiro, para demostrarlo. El gran problema es el populismo, repartidor en todo caso y circunstancia de los bienes de los demás y de los de todos. De ahí que la enseñanza en la escuela de lo que es el medio ambiente, la difusión en medios de televisión de tales valores ambientales, la creación de personajes a admirar en este ámbito, sean esenciales, ya que la mera represión jurídica apenas tiene valor, especialmente cuando se juega con la demagogia a la que tan acostumbrados nos tienen en la denominada "clase política". La puesta en valor del medio ambiente será ciudadana o no será. Los políticos hoy por hoy no son casi nunca amigos del medio ambiente. Consienten y casi alientan construcciones ilegales, quiebras ambientales de paraísos que dejan de serlo. Una política "ecoamiga" es esencial, combinada desde luego con seguridad sanitaria, pero dando prioridad a la ecología como valor a incorporar en otros sectores, muy especialmente en el Urbanismo y la Ordenación Territorial.

Quizás sean otras generaciones las que, acuciadas por la pérdida severa de calidad de vida consecuencia del hundimiento medioambiental, las que tengan que enfrentarse con métodos drásticos a tales efectos. Pero quizás podamos, aunque solo sea un poco, evitarlo.

Y de eso trata en parte este libro: de evitar que en generaciones de futuros juristas ocupen espacio primordial las calamidades, catástrofes y el deterioro

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 24 1/9/16 12:08

de todo lo que nos hace todavía poder vivir como humanos, porque no quepa la menor duda de que quien hoy defiende el medio ambiente, como hacen los autores de este libro, defienden también lo que la madre tierra nos ha permitido, hasta ahora, conseguir: que vivamos.

José Eugenio Soriano García
Madrid a finales de febrero de 2016

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 25 1/9/16 12:08

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 26 1/9/16 12:08

DERECHO AMBIENTAL EN ARGENTINA

Juan Carlos Cassagne[1]
Fernando Horacio Payá[2] *(con la colaboración de Marta Brunilda Rovere).*

RESUMEN

El presente capítulo, describre cual há sido el proceso que adelantado Argentina en matéria Ambiental, partiendo desde su incorporación en el ordenamento jurídico y su consagración en la Constitución Argentina como un Derecho de Amparo Colectivo. Se presenta de forma detallada la Legislación vigente en matéria MedioAmbiental, así como los principales fallos en los que se concreta el régimen de protección al Medio Ambiente; así como la Responsabilidad que se puede predicar por la transgreción a la normativa vigente en está matéria.

Palabras claves: Medio ambiente. Amparo colectivo. Régimen de responsabilidad. Responsabilidad penal. Responsabilidad civil. Bien jurídico protegido.

---

1 Abogado y doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UBA, 1966). Profesor titular emérito (UCA, 2008) y titular consulto (UBA, 2005). Integró las comisiones redactoras de varias leyes nacionales y del Proyecto del Código Procesal Contencioso Administrativo de la Nación (1981). Miembro de la Comisión Redactora del Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires (1997). Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo (1985-86). Fue profesor en universidades nacionales e internacionales. Integra numerosas Academias en la Argentina y en el exterior. Autor de varios libros y artículos en publicaciones especializadas. Elegido por la revista inglesa Chambers and Partners como uno de los 100 mejores abogados del mundo. Obtuvo la orden Caballero Legión de Honor del Gobierno de Francia (2003), entre otras distinciones.

2 Abogado. Diploma de Honor de Universidad Católica Argentina. Master en Derecho Ambiental. (LL.M in Environmental Law) Pace University, White Plains, Nueva York USA. Materias: Derecho ambiental, reglamentación relativa a productos químicos, residuos peligrosos, derecho ambiental comparado, derecho ambiental internacional, responsabilidad por daños causados por sustancias tóxicas, derecho ambiental estadual y municipal, y temas científicos y tecnológicos relativos al derecho ambiental. Ha recibio el premio Feldshuh Fellowship otorgado por el Centro de Estudio Jurídico Ambientales de la Universidad de Pace (Nueva York), Fulbright Scholarship, otorgado por el J. William Fulbright Foreign Scholarship Board y la Agencia de Información de los Estados Unidos y el Premio Editorial "El Derecho". Profesor de Derecho ambiental en el Master de Derecho Administrativo, y en el Master de Derecho Empresario, de la Universidad Austral.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 27 1/9/16 12:08

1 INTRODUCCIÓN. APROXIMACIÓN AL DERECHO AMBIENTAL

1.1 Las relaciones vinculadas con el "ambiente humano" como objeto del derecho ambiental

Para introducirnos en el estudio del derecho ambiental es necesario definir su objeto. Esto nos llevará necesariamente a preguntarnos: ¿Qué es y qué comprende el medio ambiente? ¿Qué es la ecología? ¿Porqué y para quién preservar el ambiente? Intentaremos aproximar nuestras respuestas.

Sostiene con acierto Juste Ruiz[3] que el estudio del derecho ambiental plantea dificultades de orden terminológico, que encubren a su vez dificultades de orden conceptual. El objeto sobre el que versa la rama jurídica objeto de estudio, es decir, el medio ambiente, aparece efectivamente como una realidad evasiva cuya denominación misma presenta un contenido incierto. Los problemas semánticos encubren a su vez problemas conceptuales e incluso filosóficos. En el plano conceptual el problema consiste en determinar con precisión a qué nos referimos exactamente con la utilización del término "medio ambiente" (énfasis agregado).

> "Y ello lleva a su vez a plantearse problemas de trasfondo filosófico y aún religioso, que se centran en torno al debate entre una concepción antropológica del medio ambiente (considerado como el entorno del ser humano, centro de la creación) o una concepción "cosmológica" (que asigna al medio ambiente un valor en sí mismo como objeto material de la creación, de la que el ser humano es sólo un elemento)."

3 JUSTE RUIZ, José. Derecho Internacional del Medio Ambiente. Madrid: McGraw-Hill, 1999, p. 5.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 28 1/9/16 12:08

Por ello, corresponde preguntarnos ¿A qué nos referimos cuando hablamos de ecología o medio ambiente? [4]

Para dar una respuesta debemos partir del término "ecología" y de su etimología; es decir, del griego, *oikos y logos*. Esto significa el estudio del "oikos", el estudio de la casa, del hábitat, de la morada; y de la morada del hombre.

> *"Si bien es cierto que la ecología como ciencia particular aparece como parte de la biología y su ámbito se extiende a estudiar todos los seres vivos en relación con su ambiente; que luego surge la ecología humana destinada a estudiar, en forma específica las relaciones del hombre con su contorno y con las demás especies biológicas, y que finalmente nace la ecología social como rama de la sociología cuya indagación se dirige al hábitat humano, a estudiar las influencias del entorno, de las condiciones ecológicas de los grupos humanos, sin embargo es preciso aclarar que la ecología se refiere a muchos problemas que trascienden lo meramente biológico, planteando cuestiones morales, jurídicas, filosóficas y teológicas, como la reproducción, la inseminación artificial, la explosión demográfica, la eugenesia, la relación entre la población humana y la producción de alimentos, las consecuencias de la explotación indiscriminada de algunas especies etc."* [5] (énfasis agregado)

Efectivamente la casa o morada del hombre no solo comprende el ambiente físico natural, sino también los aspectos culturales y espirituales. Esto es así porque el hombre es materia y espíritu; cuerpo y alma. Por ello, nos adelantamos a señalar que la protección jurídica del ambiente, no se debe limitar a la preservación del ambiente *físico natural*; es decir, las plantas, los animales etc, sino que también debe comprender la protección de los aspectos culturales y espirituales del ambiente. Es decir el *ambiente humano*.

Este es el sentido y el alcance que creemos corresponde a la palabra "ecología".Sin embargo por el uso cotidiano del lenguaje es muy difícil recuperar el sentido etimológico de la palabra "ecología" ya que en general se la asocia exclusivamente al ambiente físico natural. Por ello utilizaremos

---

4 Ramón Martín Mateo comenta que no es de extrañar que las definiciones de "medio ambiente" brillen en general por su ausencia, en particular en los textos jurídicos, de modo que la noción de medio ambiente continúe siendo hoy un concepto científica y jurídicamente indefinido, de contenido esencialmente difuso e indeterminado. MARTÍN MATEO, Ramón. Tratado de Derecho Ambiental, Tomo 1, p. 81

5 MONTEJANO, Bernardino. "Ecosofía la Morada del Hombre", artículo publicado en Ecología y Derecho, Mendoza: EDIUM, 1993, p. 121.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 29 1/9/16 12:08

la expresión "**ambiente humano**", que entendemos da una mejor idea de la diversidad de aspectos que constituyen la morada del hombre. [6]

En consecuencia el derecho ambiental o ecológico tiene por objeto determinar lo que es justo en relación a la morada del hombre, es decir reglar el uso y la protección del ambiente humano.

1.2 Evolución de la cuestión ambiental a nivel global. Recepción del derecho al ambiente sano en el derecho argentino

En el ámbito internacional la evolución histórica de la preocupación por la "Cuestión Ambiental" y los esfuerzos por institucionalizar su protección, tuvo una de sus primeras manifestaciones en la CONFERENCIA DE NACIONES UNIDAS SOBRE MEDIO AMBIENTE del año 1972, que se desarrolló en Estocolmo.

En efecto en esta Conferencia internacional de la que participaron más de 113 países se reconoció por primera vez el "derecho a la calidad de vida"; y a partir de la misma muchos países comenzaron a incorporar en su legislación nacional diversos aspectos vinculados a la protección ambiental.

Asimismo, en el año 1983 se creó la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, también llamada Comisión Brundtland, dado que estaba presidida por la primer ministro de Noruega, Harlem Gro Brundtland, que tuvo a su cargo hacer un relevamiento de la situación ambiental a nivel mundial. Esta comisión es la que por primera vez acuñó el término "Desarrollo Sustentable", como una síntesis entre protección ambiental y desarrollo, entendiéndose por tal a aquel que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones de satisfacer sus propias necesidades.

---

6 El Papa Juan Pablo II, "Encíclica Centesimus Annus", al conmemorar el centenario de la encíclica Rerum Novarum y hacer referencia al destino universal de los bienes expresa que: *"El hombre impulsado por el deseo de tener y gozar, más que de ser y crecer, consume de manera excesiva y desordenada los recursos de la Tierra y la vida misma. En la raíz de la insensata destrucción del ambiente natural hay un error antropológico…el hombre que descubre su capacidad de transformar y, en cierto sentido, de crear el mundo con el propio trabajo, olvida que este se desarrolla siempre sobre la base de la primera y originaria donación de las cosas por parte de Dios.* Luego agrega debemos "*salvaguardar las condiciones morales de una auténtica ecología humana*".

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 30 1/9/16 12:08

La Conferencia de Río del año 1992, denominada "Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo", continuó el trabajo de la Comisión Brundtland en lo relativo a intentar compatibilizar la protección del ambiente y el desarrollo. Así, además de la Declaración de Río, en dicha conferencia se firmó la Agenda 21, que es un extenso documento (*soft law*) con recomendaciones para los gobiernos para implementar políticas tendientes a un desarrollo sustentable. Adicionalmente, en Río se abrieron a la firma dos importantes Tratados Internacionales de los cuales Argentina es parte; a saber, el Convenio Marco sobre Cambio Climático, y el Convenio sobre la Diversidad Biológica.

Posteriormente, en la Conferencia de Naciones Unidas en Johannesburgo en 2002 y la Conferencia Río + 20 (celebrada en 2012), se continuó la revisión de la agenda internacional sobre el desarrollo sustentable, que comprende la promoción de un desarrollo económico, social y ambientalmente sostenible para nuestro planeta y para las generaciones presentes y futuras.

Ahora bien, todas estas conferencias internacionales ponen de manifiesto cómo la cuestión ambiental ingresó con vigor en la agenda internacional de los gobiernos, y el esfuerzo internacional por intentar institucionalizar la protección del ambiente. En paralelo a esta evolución de la cuestión ambiental a nivel global, también en el ámbito jurídico los gobiernos comenzar a celebrara tratados internacionales para regular el "ambiente global" y "recursos naturales compartidos", y a incorporar en sus respectivas normas nacionales el reconocimiento al derecho al ambiente y normas específicas relativas a su protección.

Así, y a titulo de ejemplo se puede mencionar la Ley Nacional de Política Ambiental (Nacional Environmental Policy Act) del año 1970 en los Estados Unidos, que fue la primera norma en establecer la exigencia de efectuar estudios de impacto ambiental.

Posteriormente, la Unión Europea y muchos países más, especialmente con posterioridad a Estocolomo 72, comienzan a plasmar en sus regímenes jurídicos, exigencias de tipo ambiental.

En Argentina, país federal, fueron las Provincias (y no el Gobierno Nacional) quienes asumieron el liderazgo en el reconocimiento explícito de este derecho y a dictar normas de protección ambiental y uso de los recursos naturales. Así, el denominado "Constitucionalismo Provincial" de los años 80 llevó a que numerosas Provincias argentinas reconocieran en sus constituciones el derecho a la protección del ambiente

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 31 1/9/16 12:08

En el ámbito Nacional, cabe destacar en el año 1992 el dictado de la Ley n. 24.051 sobre residuos peligrosos, que estableció un regulación completa sobre la gestión de estos residuos, incluyendo disposiciones relativas a responsabilidad civil y penal. Finalmente, con la reforma de la Constitución Nacional (CN) del año 1994 se incorporó explícitamente en la Carta Magna el derecho al ambiente sano. Así el art. 41 de la Constitución Nacional reconoce a "Todos los habitantes… el derecho a un ambiente sano… apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras…"; se trata de una formulación que claramente incorpora la referida noción del desarrollo sustentable.

2 DERECHO AMBIENTAL ARGENTINO: ASPECTOS CONSTITUCIONALES

2.1 El derecho al ambiente. Reparto constitucional de competencias

Dado que nuestra Carta Magna data del siglo pasado, la protección y conservación del ambiente no se hallaba contemplada en su articulado en forma expresa con anterioridad a la reforma constitucional del año 1994.

Recién mediante dicha reforma el artículo 41 de la Constitución reformada vino a consagrar, de manera expresa y preceptiva, el derecho a gozar de un ambiente sano, apto y equilibrado, estableciendo un deslinde específico de competencias entre el Estado Nacional y las Provincias.

En lo que se refiere al reparto de competencias corresponde señalar que el art. 1º de la CN estatuye la forma representativa, republicana y federal para el gobierno del Estado. En el sistema federal coexisten diversos niveles de gobierno: la Nación, las provincias, los municipios y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires[7]. Ahora bien, el reparto de competencias entre la Nación

7 El artículo 129 de la CN concede a la Ciudad, a partir de la reforma constitucional de 1994, un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción, habiendo dictado su propio Estatuto Constituyente el 1° de octubre de 1996. De acuerdo a lo establecido en el art. 6°

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 32 1/9/16 12:08

(Gobierno Federal) y las Provincias se haya establecido por el actual art. 121 de la CN (que reproduce el ex art. 104 de la CN), el cual dispone que las provincias conservan todo el poder no delegado por la Constitución Nacional al gobierno federal.

Como consecuencia del sistema instituido, las Provincias han conservado para sí determinados poderes, delegando otros al gobierno federal. Con respecto a la competencia legislativa, ello implica que las provincias retienen la facultad de dictar normas en aquellas materias que no han sido delegadas como competencias exclusivas del Congreso Nacional, las cuales se encuentran expresamente fijadas en la Constitución Nacional.

2.1.1 Situación anterior a la reforma constitucional del año 1994

No obstante la ausencia de prescripciones en la Constitución de 1853 en relación al tema ambiental, la protección y conservación del ambiente fue considerada como uno de los derechos implícitos, que en forma amplia integraban la categoría de aquellos tutelados por el artículo 33 de la Ley Suprema[8].

En ese escenario constitucional, ante la ausencia de una previsión expresa, el reparto de competencias en materia ambiental se regía por las reglas de distribución entre el Estado y las Provincias, establecidas en la Ley Fundamental. Esto implicaba que, al ser la materia ambiental, una "materia no delegada", tanto la Nación como las Provincias legislaban en materia ambiental en sus respectivas jurisdicciones.

---

de su ordenamiento estatuyente "…*Las autoridades constituidas tienen mandato expreso, permanente e irrenunciable del Pueblo de la Ciudad, para que en su nombre y representación agoten en derecho las instancias políticas y judiciales para preservar la autonomía y para cuestionar cualquier norma que limite la establecida en los artículos 129 y concordantes de la Constitución Nacional*…".

8 En este sentido se ha sostenido que: "*La preservación del medio ambiente, y la consecuente obligación del Estado de adoptar las medidas necesarias para que la vida humana pueda desenvolverse en un marco adecuado, no era un tema ajeno a la Constitución Nacional antes de la reforma de 1994. Como derecho subjetivo, integraba e integra la categoría del art. 33 de la Ley Fundamental. Como obligación del Estado, estaba prevista en el art. 67 inc. 16, que subsiste en el actual texto constitucional*" (art. 75 inc. 18). BADENI, Gregorio. Reforma Constitucional e Instituciones Políticas. Ad-Hoc, Ciudad de Buenos Aires, 1994, p. 226. En igual sentido, QUIROGA LAVIÉ, Humberto; BENEDETTI, Ángel Miguel y CENCACELAYA, María de las Nieves, Derecho Constitucional Argentino, Tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2009, p. 321.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 33 1/9/16 12:08

2.1.2 Situación posterior a la reforma constitucional del año 1994

A partir de la reforma del año 1994, la Constitución Nacional en su artículo 41 ha reconocido de manera expresa el derecho al ambiente sano, y las Provincias han delegado al Congreso de la Nación el dictado de "*las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección*", reservándose, las legislaturas provinciales la facultad de dictar las normas necesarias para complementarlas.

En efecto, las fuentes constitucionales del régimen de distribución de competencias ambientales son los arts. 121 y 41[9] de la CN, éste último incorporado después de la reforma constitucional de 1994, el cual establece que corresponde a la Nación "*…dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las Provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales…*" (Art. 41, 3° párrafo).

Estos "presupuestos mínimos" deben regular los temas básicos, y fijar los criterios rectores a seguir en materia ambiental. Las normas que los contienen no requieren de adhesión provincial, ya que son dictadas en virtud de una delegación constitucional de competencias que las Provincias efectuaron a la Nación en el referido art. 41.

Los integrantes de la Convención Constituyente de 1994 dejaron en claro que los presupuestos mínimos deberían fijar "*… iguales condiciones de protección a todos los habitantes de la Nación en cualquier lugar en que ellos se encuentren…*"[10] y que "*… la legislación nacional establecerá los resguardos de protección mínima comunes a todo el territorio*". También se aludió a las facultades nacionales para dictar tales presupuestos, afirmando que…"*…la legislación de protección mínima común a todo el país habrá de ser dictada por el Congreso de la Nación…*"[11]. Finalmente se hace referencia al deslinde de competencias entre la Nación y las Provincias, cuando se menciona[12] que

9 Reconoce a todos los habitantes el derecho a gozar de un ambiente sano y equilibrado, e impone a las autoridades el deber de proveer a la protección de ese derecho (art. 41, 1° y 2° párrafo).

10 Convencional Constituyente, ROULET, Diario de Sesiones, p. 1609.

11 NATALE, Diario de Sesiones, p. 1622 y siguientes.

12 Op. cit. (ídem 21).

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 34 1/9/16 12:08

> "*…ya no legislará en esta materia el Congreso de la Nación como legislatura local de la Capital Federal y deberá esperar que las provincias adhieran. Ahora el Congreso legislará para todo el país. …La legislación de protección mínima común a todo el país habrá de ser dictada por el Congreso de la Nación, pero la aplicación y jurisdicción sobre esa legislación, seguirá correspondiendo a las provincias, con una solución similar a la del artículo 67, inciso 11 de la Constitución Nacional cuando atribuye al Congreso de la Nación dictar la legislación de fondo, pero preserva las jurisdicciones locales para su respectiva aplicación…*"

Al mismo tiempo, las provincias – que de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 124 de la CN, 2° párrafo detentan el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio- pueden sancionar las normas necesarias para complementarlas, por lo que éstas últimas nunca podrán establecer un nivel inferior de protección ambiental, que los presupuestos mínimos contenidos en las normas sancionadas por el Congreso Nacional[13].

Se ha señalado que, "*el Estado federal dicta normas mínimas que son un piso, y las provincias quedan habilitadas a colocar un techo más alto para complementarlas*"[14].

De tal modo, la reforma constitucional ha introducido una modificación sustancial en la distribución de competencias en materia ambiental toda vez que, a partir de la misma, se ha asignado a la Nación la potestad exclusiva para legislar en lo concerniente a los requisitos mínimos de protección ambiental[15].

---

13 LACIAR, Mirta Elisabeth. Informe Final. Contribución al desarrollo y fortalecimiento de las capacidades de organización institucional para el desarrollo sustentable de la República Argentina, Programa Desarrollo Institucional Ambiental AR=0065/BID/SRNyAH, Componente Política Ambiental, Buenos Aires, julio de 1995.

14 BIDART CAMPOS, Germán J. "El artículo 41 de la Constitución Nacional y el reparto de competencias entre el Estado Federal y las provincias", op. cit., p. 710.

15 Cfr. TAWIL, Guido. "*La cláusula ambiental de la Constitución Nacional*", en Estudios sobre la reforma constitucional, obra colectiva dirigida por Juan Carlos Cassagne, Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 41. En la misma línea, Miguel Ánge Ekmekdjian sostiene: "*Hasta la reforma constitucional la policía del medio ambiente era –en principio- resorte de las jurisdicciones locales. Diversas leyes legislan para la jurisdicción nacional y para las provincias que adhieran al sistema, distinguiendo entre jurisdicción federal y provincial. A partir de la reforma de 1994, esta distribución de competencias cambió. El texto constitucional establece que corresponde al Congreso de la Nación el dictado de las normas que contengan los "presupuestos mínimos de protección", y a las legislaturas provinciales las normas complementarias*", en Tratado de Derecho Constitucional, Constitución de la Nación Argentina, comentada, y anotada con legislación, jurisprudencia y doctrina, Tomo III, Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 650-651.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 35 1/9/16 12:08

Esa legislación constituye, entonces, la legislación de base,[16] mientras que las Provincias ejercen poderes concurrentes en los distintos aspectos relativos a la protección y conservación del ambiente que hacen al buen orden público, cada una dentro de sus respectivas órbitas.

La facultad que poseen las Provincias, en forma concurrente con la Nación, para dictar actos tendientes a la protección del ambiente dentro de los límites de su territorio, ha sido expresamente reconocida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "*Roca*".

En dicha causa, el Alto Tribunal expresó que:

> "*corresponde reconocer en las autoridades locales la facultad de aplicar los criterios de protección ambiental que consideren conducentes para el bienestar de la comunidad para la que gobiernan, como asimismo valorar y juzgar si los actos que llevan a cabo sus autoridades, en ejercicio de sus poderes propios, afectan el bienestar perseguido. Tal conclusión cabe extraerla de la propia Constitución, la que, si bien establece que a la Nación cabe "dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección" reconoce expresamente las jurisdicciones locales en la materia, las que no pueden ser alteradas*"[17].

La cuestión del reparto de competencias en materia ambiental entre el Estado Nacional y las Provincias no se circunscribe a la jurisdicción interna sino que también comprende a la internacional ya que el Estado Nacional es la persona jurídica pública facultada para celebrar tratados de derechos humanos y de integración regional que contemplen cuestiones ambientales y toda vez que la Constitución Nacional prescribe que los tratados internacionales poseen jerarquía superior a las leyes de ello se desprende que las normas de presupuestos mínimos de protección ambiental así como las normas provinciales complementarias, deben ajustarse a las prescripciones de los tratados internacionales que vinculan al Estado Nacional y, por extensión, a las Provincias.

---

16 Ver GELLI, María Angélica, "*La competencia de las provincias en materia ambiental*". La Ley 1997-E, 805.

17 CSJN, Roca Magdalena c. Buenos Aires, Provincia de s/inconstitucionalidad, Mayo 16, 1995; ED, 164-725. Dicho criterio fue luego confirmado por el Alto Tribunal en los fallos "Verga Ángela y otros c. TAGSA s/ daños y perjuicios", Corte Suprema de Justicia de la Nación, 20/6/2006, Fallos 329:2280, DJ 16/8/2006, 1145.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 36 1/9/16 12:08

2.2 Las leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental

2.2.1 Concepto de ley de presupuesto mínimo: su contenido normativo

Sobre el concepto de norma de presupuesto mínimo interesa señalar que la Constitución tomó el modelo de la "*ley de bases*" y "normas adicionales de protección" establecido en la Constitución española[18], adaptándolo a nuestro esquema federal de gobierno.

En efecto, el artículo 149.1.23 de la Constitución española, que regla la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, de manera análoga a la establecida en nuestra Ley Fundamental, prescribe en su parte pertinente que el Estado federal posee la facultad exclusiva de dictar "*la legislación básica sobre protección del medio ambiente*", sin perjuicio de la competencia autonómica para dictar "*normas adicionales de protección*".

La referida norma resulta complementada por el artículo 148.1.9 de la Constitución española, que atribuye a las Comunidades Autónomas la competencia de gestión o ejecución en la protección del medio ambiente.

En síntesis, la legislación básica española en materia ambiental, se refiere a aquellas leyes marco que regulan cuestiones medulares o troncales relativas a la protección y conservación del ambiente, a partir de la fijación de los umbrales básicos de protección ambiental, los cuales en tanto denominadores comunes, deben propender al dictado de una legislación ambiental uniforme, aplicable a todo el territorio. Dichos umbrales básicos, pueden ser completados o, incluso, maximizados, pero las normas autonómicas carecen de competencia para derogarlos.

Veamos a continuación si el concepto de "legislación básica" ha sido recogido en nuestra Constitución Nacional.

Hay que descartar, por de pronto, que más allá del distinto *nomen iuris* que el constituyente nacional otorgó a las leyes que establecen los umbrales

18 Para ampliar sobre las fuentes inmediatas y mediatas del segundo párrafo del artículo 41 de la Constitución Nacional, véase BADENI, Gregorio, Reforma…, op. cit., p. 228.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 37 1/9/16 12:08

básicos de protección ambiental, lo cierto es que, el contenido normativo de dichas leyes, efectivamente ha sido fijado, con un alcance similar al que poseen las leyes de base del derecho español.

Conduce a esa interpretación, lo que establece el artículo 7 de la Ley General del Ambiente 25.675, en cuanto:

> "*se entiende por presupuesto mínimo, establecido en el artículo 41 de la Constitución Nacional, a* ***toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional****, y tiene por objeto imponer* ***condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental****. En su contenido, debe prever las condiciones necesarias para garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos, mantener su capacidad de carga y, en general, asegurar la preservación ambiental y el desarrollo sustentable*".

En una orientación similar se ha puntualizado que: "*... dictar bases no puede significar la regulación completa de la materia...*" sino que los presupuestos mínimos deben establecer los fines, los objetivos de protección ambiental, y no los medios, los que serán regulados por cada Provincia de acuerdo a sus necesidades"[19] y que "*las normas provinciales pueden establecer "plus" complementarios de protección, siempre que no afecten la télesis de la norma nacional*"[20].

En la misma línea, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) ha considerado que las normas de presupuestos mínimos se aplican de manera uniforme y común, así como también que las normas complementarias dictadas por las Provincias, pueden agregar alguna exigencia o requisito no contenido en la legislación complementada[21].

19 QUIROGA LAVIÉ, Humberto. "El Estado ecológico de derecho en la Constitución Nacional", La Ley 1996-B, 950.

20 EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, op. cit., p. 650.

21 "Villivar, Silvia Noemí, c/ Provincia de Chubut y otros", (17/4/2007 – Fallos: 330:1791)

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 38 1/9/16 12:08

2.3 La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

A poco de la reforma constitucional, la CSJN se expidió con relación a los distintos preceptos incorporados en el nuevo art.41 de la CN.

2.3.1 Fallo Roca, Magdalena c/ Buenos Aires, Provincia de s/ inconstitucionalidad 16/5/1995 – Fallos: 318:992

En el caso en cuestión, se interpretó el alcance del art. 41 de la C.N. en el marco de una acción declarativa de certeza interpuesta con el objeto de que se declarase la inconstitucionalidad de la Ley Provincial n. 11.366, que homologó un convenio celebrado para la construcción de una muralla de 30 kilómetros sobre el Río de La Plata, con el propósito de recuperar y sanear una fracción de tierra y preservarla de las sudestadas.

La CSJN definió que, en materia ambiental, la competencia corresponde en principio a los tribunales locales puesto que "*el respeto de las autonomías provinciales requiere que se reserve a sus jueces el conocimiento y la decisión de las causas que, en lo sustancial, versan sobre aspectos propios del derecho provincial dictado en uso de facultades reservadas a las provincias*", como son aquellas destinadas a aplicar los criterios de protección ambiental. En ese contexto declaró que son

> "*las autoridades administrativas y judiciales del Estado de la Provincia de Buenos Aires las encargadas de valorar si la obra proyectada afecta aspectos tan propios del derecho provincial, como lo es todo lo concerniente a la protección del medio ambiente. En efecto, corresponde reconocer en las autoridades locales la facultad de aplicar los criterios de protección ambiental que consideren conducentes para el bienestar de la comunidad para la que gobiernan, como asimismo valorar y juzgar si los actos que llevan a cabo sus autoridades, en ejercicio de poderes propios, afectan el bienestar perseguido. Tal conclusión cabe extraerla de la propia Constitución, la que, si bien establece que le cabe a la Nación "dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección", reconoce expresamente las jurisdicciones locales en la materia, las que no pueden ser alteradas (artículo 41, tercer párrafo, Constitución Nacional).*

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 39 1/9/16 12:08

2.3.2 Fallo Líneas de Transmisión del Litoral S.A. / LITSA v/ Corrientes, Provincia de s/ acción declarativa – 18/11/1999- Fallos: 322:2862

La actora interpuso una acción de inconstitucionalidad promovida por la actora contra la Provincia de Corrientes, invocando su condición de adjudicataria del concurso público internacional para la construcción, operación y mantenimiento del Segundo Tramo del Sistema de Transmisión asociado a la Central Hidroeléctrica de Yaciretá, a fin de obtener la declaración de inconstitucionalidad de la normativa local que permitía la modificación de la traza de la Línea de Extra Alta Tensión a construirse entre dos Estaciones Transformadoras ubicadas en las Provincias de Corrientes y Entre Ríos, aprobada por el Ente Nacional Regulador de la Electricidad.

En cuanto al fondo del proceso la Corte hizo lugar parcialmente a la demanda y declaró la inconstitucionalidad de la normativa local que implicaba una intromisión en áreas sometidas a la jurisdicción privativa de la competencia federal.

Para así sostenerlo, tuvo en consideración que en materia de policía ecológica la regla consiste en la existencia de jurisdicciones compartidas entre la Nación y las provincias, por lo que las normas constitucionales deben ser interpretadas de modo tal que se desenvuelvan armoniosamente evitando interferencias o roces susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en detrimento de las facultades provinciales y viceversa, y las provincias deben observar una conducta que no interfiera ni directa ni indirectamente con la satisfacción de servicios de interés público nacional.

Asimismo, consideró que la regulación del servicio público de electricidad corresponde al Estado Nacional, sin perjuicio de que pueda llevarse a cabo mediante convenios que suscriban las Provincias con el Estado Nacional. El principio que rige en la materia consiste en que para el ejercicio concurrente de los poderes provinciales es menester que no haya repugnancia efectiva con las facultades de la Nación, pues siempre que la atribución se haya ejercido por la autoridad nacional dentro de la Constitución, prevalecerá el precepto federal, por su carácter de ley suprema (Art. 31 C.N.).

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 40 1/9/16 12:08

2.3.3 Fallo "Villivar, Silvia Noemí, c/ Provincia de Chubut y otros", (17/4/2007 – Fallos: 330:1791)

En esta causa, la Corte por el voto de la mayoría de sus miembros admitió el amparo ambiental y condenó a paralizar los trabajos de exploración y explotación de una mina de oro a cielo abierto -en la que se utilizaba cianuro- hasta tanto la autoridad provincial de aplicación convocara a la audiencia pública prevista en el art. 6° de la Ley n. 4.032 del Chubut y se pronunciara expresamente con respecto al estudio de impacto ambiental presentado por la empresa minera.

En su voto, los jueces Lorenzetti, Fayt y Petracchi, si bien consideraron improcedente el recurso, aclararon que la aprobación expresa, previa audiencia pública, del estudio de impacto ambiental exigida en la ley de la Provincia del Chubut antes del inicio de actividades capaces de degradar el medio ambiente no contradice las Leyes Nacionales n. 24.585 y n. 25.675, dictadas con arreglo al art. 41 de la Constitución Nacional, ya que la facultad que tienen las Provincias de complementar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección del medio ambiente, supone agregar alguna exigencia o requisito no contenido en la legislación complementada.

2.4 El amparo colectivo

2.4.1 El artículo 43 de la Constitución Nacional

A partir de la reforma del año 1994, la Constitución consagró en su artículo 43, la acción de amparo colectivo, que concede protección jurisdiccional a los titulares de derechos de incidencia colectiva entre los que incluye aquellos de naturaleza ambiental.

La acción de amparo requiere, para su procedencia, la concurrencia de determinados requisitos, a saber: la existencia de un acto u omisión arbitrario o de ilegalidad manifiesta que en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace los derechos y garantías reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley, así como también, la inexistencia de otro medio judicial más idóneo (Art. 43 C.N.).

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 41 1/9/16 12:08

El amparo constituye una tutela procesal diferenciada[22] que procura una protección expeditiva y rápida de los derechos que emana directamente de la Ley Fundamental. Es una vía excepcional, que no tiende a la reparación de perjuicios sino a la cesación de conductas que por acción u omisión resultan arbitrarias o portadoras de manifiesta ilegalidad.

De ahí que la vía del amparo no resulte idónea para cuestiones que requieran de un amplio margen de prueba o en las que el marco cognoscitivo que brinda este proceso resulte insuficiente para producir la necesaria a efectos de acreditar el fundamento de la pretensión.

Interesa precisar que, una recta interpretación de lo dispuesto en la segunda parte del art. 43 de la C.N.[23], en punto a la legitimación[24] activa, conduce a reconocer que:

> i) se mantiene el criterio acerca de la legitimación que venía exigiendo la jurisprudencia para ser parte en una acción de amparo individual al considerar que solo se hallaban habilitadas a recabar la protección jurisdiccional las personas afectadas en el círculo de sus intereses personales y directos (v. gr. casos "González Gas" y "Pardo", resueltos por la sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital). En tal sentido, el art. 43 es preciso y solo concede la acción al afectado; y,
>
> ii) se consagra una legitimación especial para accionar en defensa de intereses colectivos a favor del Defensor del Pueblo y las asociaciones de bien público legalmente reconocidas que propendan a la defensa, en el caso, de los derechos que protegen al ambiente.

---

22 En rigor, el amparo protege tres categorías de derechos, a saber: derechos individuales, derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos o comunes y derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Para ampliar, véase CASSAGNE, Juan Carlos, *"Derechos de incidencia colectiva. Los efectos erga omnes de las sentencias. Problemas de reconocimiento de la acción colectiva,* La Ley 2009-B, 646.

23 Que prescribe: "*podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización*".

24 Sobre la legitimación para accionar, véase CASSAGNE, Juan Carlos, "El amparo ambiental y la legitimación para accionar", en La Ley 1997-A, 56, y CASSAGNE, Juan Carlos, "De nuevo sobre la legitimación para accionar en el amparo", La Ley n. 1995-E, 469.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 42 1/9/16 12:08

La interpretación expuesta dista, en nuestro país, de alcanzar consenso doctrinario, aunque en el caso de la doctrina procesalista se ha venido sosteniendo una tesis amplia en materia de legitimación, haciendo hincapié en la circunstancia de que el art. 41 de la Constitución Nacional, al instituir el derecho ambiental, lo configura a favor de todo habitante.

Sin embargo, la orientación que surge de los fallos jurisprudenciales transita por otro andarivel en la inteligencia que la reforma constitucional de 1994 no ha consagrado una suerte de acción popular implícita, que habilite a cualquier habitante a promover una acción de amparo ambiental (*v. gr.* uno de Jujuy podría accionar en Tierra del Fuego) aun cuando no se encontrare directamente afectado por el daño ambiental[25].

2.4.2 El denominado "amparo ambiental colectivo"

Consideración aparte merece el conjunto de prescripciones establecidas en el artículo 30 de la Ley General del Ambiente en relación a la acción de amparo colectivo, las que a continuación se transcriben, para una mayor claridad:

> "*Producido el daño ambiental colectivo, tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el artículo 43 de la Constitución Nacional, y el Estado nacional, provincial o municipal; asimismo, quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción*".
>
> "*Deducida demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros*".
>
> "*Sin perjuicio de lo indicado precedentemente toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo*".

25 Sobre el particular, Bidart Campos enseña: que la acción contemplada en el artículo 43 de la Constitución Nacional "*no es una acción popular, porque para que haya legitimación a favor de un sujeto –individual o colectivo- es necesario por el art. 43 que el acto lesivo lo perjudique*", en Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Tomo IV, La Reforma Constitucional de 1994, op. citada p. 318.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 43 1/9/16 12:08

Con respecto a las disposiciones transcriptas *infra*, corresponde señalar que algunos autores han considerado a la acción regulada por las mismas, como una acción autónoma que han denominado "amparo ambiental"[26] a la cual, incluso, se ha calificado como "*acción popular*".

En nuestra opinión, el artículo 30 de la Ley n. 25.675 no ha consagrado, una acción de amparo de tales características, toda vez que, a excepción de la ampliación de la legitimación activa para accionar que dicha ley concede a "toda persona" cuando el amparo tenga por objeto el cese de las actividades dañosas, no contiene ninguna otra previsión distinta de las ya establecidas en el artículo 43 de la Constitución Nacional[27].

Y respecto de la ampliación de la legitimación para accionar, entendemos que el legislador ordinario, al reglamentar el artículo 43 de la Constitución Nacional, se ha apartado -y aún ha doblegado- la voluntad del legislador constituyente impulsando un amparo en razón de la materia que contraviene los límites formales y sustantivos que puntalmente regula la mencionada cláusula constitucional.

En síntesis, no existen para los derechos de incidencia colectiva, y en particular, para el derecho que concierne a la protección y conservación del medioambiente, dos clases de amparos distintos sino, por el contrario, una única categoría de amparo que no es sino el amparo colectivo, que consagra el artículo 43 de la Constitución Nacional. Y es de esperar que el legislador, por vía de la reglamentación, precise los contornos de dicha acción procesal.

---

26 Véase SAGÜÉS, Néstor P., "El amparo ambiental. Ley n. 25.675", La Ley n. 2004-D,, p. 1194.

27 La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes (Sala I), en un interesante fallo promovido a fin de que la demandada cesara en el ejercicio de su actividad forestal que en el erróneo entendimiento del actor requería de una declaración previa de impacto ambiental- en tanto sostuvo que: "*el artículo 30 en su primer párrafo no agrega nada sustancial a lo ya previsto en el artículo 43 de la Constitución Nacional*", así como también que "*no existe en la ley de presupuestos mínimos otras previsiones que conduzcan a que se ha querido regular un amparo distinto. Antes bien, como ya dije, el párrafo transcripto está inserto dentro de una norma que contempla al amparo común*", sentencia dictada en autos "CABALEIRO, Luis F. v. Papel Prensa S.A.", 31/5/2012, Abeledo-Perrot n. AP/JUR/795/2012.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 44 1/9/16 12:08

3 PRINCIPALES TRATADOS INTERNACIONALES DE LOS CUALES ARGENTINA ES PARTE

En este capítulo se incluye un listado de los principales tratados internacionales relacionados a la protección del ambiente de los cuales Argentina es parte, y una breve descripción de los más relevantes:

3.1 Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación

Este Convenio que regula el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación fue suscripto en la ciudad de Basilea (Suiza) el 22 de marzo de 1989 y ratificado por Argentina mediante la Ley n. 23.922.

El objetivo principal del Convenio de Basilea es la protección de la salud humana y del medio ambiente en relación al manejo transfronterizo de residuos peligrosos. Así, las disposiciones del Convenio alcanzan a los "desechos peligrosos" objeto de movimientos entre fronteras, a los cuales define como:

- Los desechos que pertenezcan a cualquiera de las categorías enumeradas en su Anexo I, a menos que no tengan ninguna de las características descritas en su Anexo III, y;

- Los desechos no incluidos en el punto anterior pero definidos o considerados peligrosos por la legislación interna de la parte que sea Estado de exportación, de importación o de tránsito.

A efectos de llevar a cabo un movimiento transfronterizo de desechos peligrosos, el Convenio exige: a). Que el Estado de exportación notifique por escrito, o exija al generador o al exportador que notifique por escrito, por conducto de la autoridad competente del Estado de exportación, a la autoridad competente de los Estados interesados cualquier movimiento transfronterizo de desechos peligrosos o de otros desechos; b). Que el Estado de importación

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 45 1/9/16 12:08

responda por escrito al notificador consintiendo en el movimiento con o sin condiciones, rechazando el movimiento o pidiendo más información; y c). El Estado de exportación no permitirá que el generador o el exportador inicie el movimiento transfronterizo hasta que haya recibido confirmación por escrito de que: i) El notificador ha recibido el consentimiento escrito del Estado de importación, y ii). El notificador ha recibido del Estado de importación confirmación de la existencia de un contrato entre el exportador y el eliminador en el que se estipule que se deberá proceder a un manejo ambientalmente racional de los desechos en cuestión.

En el ámbito nacional, Argentina a efectos de dar cumplimiento a las exigencias del Convenio de Basilea, dictó la Resolución n. 896/2002, que regula "el control previo de exportación de residuos peligrosos, en el marco de la Ley n. 23.922 (Convenio de Basilea)".

Asimismo, en el año 1991, se sancionó la Ley Nacional de Residuos Peligrosos (Ley n. 24.051), que regula la generación, manipulación, transporte, tratamiento y disposición final de residuos peligrosos, cuando se trate de residuos generados o ubicados en lugares sometidos a jurisdicción nacional, o aunque ubicados en territorio provincial fueran transportados a otra provincia.

Finalmente, cabe mencionar que el art. 41 de la Constitución Nacional prohíbe el ingreso al país de residuos peligrosos y radiactivos. En consecuencia, solo se permite el ingreso al territorio nacional de residuos considerados no peligrosos o desechos procedentes del reciclado o recuperación material de desperdicios que sean acompañados de un certificado de inocuidad sanitaria y ambiental o su equivalente, previo al embarque, expedido por la autoridad competente del país de origen y/o procedencia y ratificado por la Autoridad de Aplicación del Decreto n. 181/92.

3.2 Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. El Protocolo de Kyoto

Este Convenio, que fue aprobado por Argentina mediante la Ley n. 24.295, tiene por objetivo lograr la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropogénicas peligrosas en el sistema climático, permitiendo que el desarrollo económico proceda de manera sostenible.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 46 1/9/16 12:08

Para lograr el objetivo del Convenio Marco, se fijaron determinados compromisos a ser cumplidos por los Estados Parte. Entre otros, elaborar, y actualizar periódicamente, inventarios nacionales de las emisiones antropogénicas por las fuentes y de la absorción por los sumideros de todos los gases de efecto invernadero no controlados por el Protocolo de Montreal, formular, y aplicar programas nacionales que contengan medidas orientadas a mitigar el cambio climático.

Así, y en el contexto del Convenio Marco, el 11 de Diciembre de 1997 fue adoptado el Protocolo de Kyoto el cual, sin embargo, entró en vigor el 16 de Febrero de 2005. El Protocolo fue adoptado por Argentina mediante Ley n. 25.438.

El objetivo del referido Protocolo fue reducir las emisiones de seis gases de efecto invernadero causantes del "calentamiento global", en un 5% dentro del período 2008-2012, en comparación a las emisiones medidas durante el año 1990. (La décimo octava Conferencia de las Partes en el contexto del Convenio Marco aprobó el segundo período de vigencia del Protocolo de Kyoto, el cual se extiende así desde el 1 de Enero de 2013 al 31 de Diciembre de 2020).

Ahora bien, tanto en la Convención Marco como en el Protocolo de Kyoto, se reconoce la importancia de implementar mecanismos flexibles para alcanzar de una manera costo-efectiva la reducción de emisiones de los gases de efecto invernadero a nivel mundial, sin alterar el proceso de crecimiento de los países en desarrollo.

Con ese objetivo fue creado el llamado "Mecanismo para un Desarrollo Limpio", en el artículo 12 del Protocolo de Kyoto, que establece como propósito "...ayudar a las Partes no incluidas en el anexo I a lograr un desarrollo sostenible y contribuir al objetivo último de la Convención, así como ayudar a las Partes incluidas en el anexo I a dar cumplimiento a sus compromisos cuantificados de limitación y reducción de las emisiones contraídos en virtud del artículo".

En consecuencia, en el ámbito nacional, se han creado diversos programas relacionados a las obligaciones y objetivos impuestos por el Convenio Marco, y el Protocolo de Kyoto.

Así cabe mencionar la creación de la Oficina Argentina del Mecanismo para un Desarrollo Limpio (OAMDL), con el objeto de llevar a cabo en forma más eficiente las acciones vinculadas a la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, apoyando las actividades a desarrollarse por medio de los mecanismos previstos a tal fin por el Protocolo de Kyoto.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 47 1/9/16 12:08

Concretamente esta oficina tiene la función de establecer metodologías y procedimientos para la identificación, la formulación y la evaluación de proyectos del Mecanismo para un Desarrollo Limpio; asesorar en la aprobación de proyectos del Mecanismo para un Desarrollo Limpio; e identificar las fuentes de financiamiento para los proyectos del Mecanismo para un Desarrollo Limpio y establecer los nexos con dichas fuentes.

Asimismo, se dictó la Resolución n. 825/2004, que establece las normas de procedimiento para la evaluación nacional de proyectos que se presenten a la Oficina Argentina del Mecanismo para un Desarrollo Limpio. En este sentido, existen en la actualidad diversos proyectos en ejecución que han sido aprobados en el contexto de este mecanismo (Ej: Recuperación de gas en rellenos sanitarios; captación de gas de efluentes y aprovechamiento para generación de energía etc.).

3.3 Convenio sobre la Diversidad Biológica

Este Convenio fué abierto a la firma en Río de Janeiro (Brasil) el 5 de Junio de 1992, y adoptado por Argentina mediante la Ley n. 24.375.

Sus objetivos son la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, mediante, entre otras cosas, un acceso adecuado a esos recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre esos recursos y a esas tecnologías, así como mediante una financiación apropiada.

En el ámbito nacional, a los fines del cumplimiento de los objetivos del Convenio, se dictaron diversas normas. Entre ellas, cabe hacer mención de la Resolución n. 376/97 que establece la obligatoriedad de efectuar un Estudio de Impacto Ambiental previo a la introducción de cualquier ejemplar de una nueva especie exótica al país, cualquiera fuera la causa o destino de la misma; y la Resolución n. 91/03, mediante la cual se adoptó la Estrategia Nacional de Biodiversidad, uno de cuyos objetivos es "*Establecer los acuerdos institucionales básicos e impulsar la sanción de las leyes fundamentales para implementar en forma armónica el Convenio sobre Diversidad Biológica en el país, en el ámbito nacional, provincial y municipal*".

Finalmente, la Resolución n. 226/2010 estableció el régimen de acceso a los recursos genéticos, creando un registro a tales efectos. Esta norma concretamen-

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 48 1/9/16 12:08

te establece que las personas físicas o jurídicas de carácter público o privado, argentinas o extranjeras, que accedan al material genético al que alude el artículo 2º del Convenio sobre la Diversidad Biológica, proveniente de la biodiversidad, recolectado o adquirido por cualquier medio, con fines científicos o de investigación aplicada a la industria o al comercio, con el propósito de importación o exportación, deberá solicitar autorización a los fines de acceder a dicho material a la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación.

3.4 Otros

- Ley n. 20.645: Tratado del Río de la Plata y su frente marítimo.
- Ley n. 21.663: Convenio sobre la prevención y el control de los riesgos profesionales causados por las sustancias o agentes cancerígenos.
- Ley n. 21.836: Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural.
- Ley n. 21.947: Convenio sobre prevención de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias.
- Ley n. 22.344: Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres.
- Ley n. 22.584: Convención sobre conservación de los recursos marinos vivos antárticos.
- Ley n. 23.340: Tratado sobre proscripción de ensayos con armas nucleares en la atmósfera.
- Ley n. 23.724: Convenio de Viena para protección de la Capa de Ozono.
- Ley n. 23.829: Convenio de cooperación relativo a incidentes de contaminación del medio acuático producido por hidrocarburos.
- Ley n. 23.918: Convención sobre la Conservación de las Especies Migratorias de Animales Silvestres.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 49 1/9/16 12:08

- Ley n. 23.919: Convención sobre Humedales de Importancia Internacional, RAMSAR.
- Ley n. 23.922: Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos, de los desechos peligrosos y su eliminación.
- Ley n. 24.071: Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.
- Ley n. 24.930: Acuerdo de cooperación en materia ambiental suscripto con Brasil.
- Ley n. 24.836: Convenio en Materia de Salud Fronteriza y su Protocolo Adicional suscriptos con la República del Paraguay.
- Ley n. 24.776: Convención sobre seguridad nuclear.
- Ley n. 24.708: Convenio de cooperación en el marco de la Conferencia Iberoamericana.
- Ley n. 24.375: Convenio sobre Diversidad Biológica.
- Ley n. 24.418: Enmienda del Protocolo de Montreal relativo a sustancias que agotan la capa de ozono.
- Ley n. 24.295: Convención Marco de la ONU sobre Cambio Climático.
- Ley n. 24.292: Convenio internacional sobre cooperación, preparación y lucha contra la contaminación por hidrocarburos.
- Ley n. 24.216: Protocolo al tratado antártico sobre protección del medio ambiente.
- Ley n. 24.167: Enmienda del Protocolo de Montreal relativo a sustancias que agotan la capa de ozono.
- Ley n. 24.105: Tratado con Chile sobre Medio Ambiente.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 50 1/9/16 12:08

- Ley n. 24.543: Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.
- Ley n. 24.639: Acuerdo para el Aprovechamiento Múltiple de los Recursos de la Alta Cuenca del Río Bermejo y del Río Grande de Tarija, suscripto con Bolivia.
- Ley n. 25.278: Convenio de Rotterdam sobre el Procedimiento de Consentimiento Fundamentado Previo Aplicable a Ciertos Plaguicidas y Productos Químicos Peligrosos Objeto de Comercio Internacional.
- Ley n. 25.438: Protocolo de Kyoto
- Ley n. 25.279: Convención conjunta sobre seguridad en la gestión del combustible gastado y sobre seguridad en la gestión de desechos radiactivos.
- Ley n. 25.337: Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres.
- Ley n. 25.260: Anexo V del protocolo al tratado antártico.
- Ley n. 25.048: Protocolo Adicional sobre conservación y desarrollo de los recursos ícticos en los ríos Paraná y Paraguay entre Argentina y Paraguay.
- Ley n. 25.105: Convenio sobre conservación de los recursos ícticos en los ríos Paraná y Paraguay entre Argentina y Paraguay.
- Ley n. 25.022: Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares.
- Ley n. 25.389: Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono.
- Ley n. 25.841: Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del MERCOSUR.
- Ley n. 24.701: Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación y la Sequía.
- Ley n. 24.697: Estatuto de la Comisión Binacional Administradora de la Cuenca Inferior del Río Pilcomayo.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 51 1/9/16 12:08

- Ley n. 26.011: Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes (POPs).
- Ley n. 24.089: Convenio Internacional para Prevención de Contaminación por los buques y sus protocolos anexos
- Ley n. 23.713: Convención sobre la Pronta Notificación de Accidentes Nucleares
- Ley n. 23.778: Convenio de Montreal relativo a sustancias que agotan la capa de ozono.
- Ley n. 25.841: Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del MERCOSUR.

4 RESPONSABILIDAD DERIVADA DE DISPOSICIONES DE DERECHO COMÚN, Y PRINCIPALES NORMAS AMBIENTALES NACIONALES.

4.1 Responsabilidad derivada de disposiciones de derecho común

4.1.1 El daño ambiental. El art. 41 de la CN y la Ley n. 25.675. Definición y régimen legal. Distingo con los daños individuales ocasionados a través del ambiente. El régimen del Código Civil. Jurisprudencia

La Constitución Nacional incluyó expresamente, luego de su reforma en el año 1994, al concepto de daño ambiental a través del artículo 41, primer párrafo in fine, que establece que: "*...El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley...*"). En la Constitución es

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 52 1/9/16 12:08

posible identificar tres ejes objeto de análisis[28]: el concepto de ambiente[29]; el daño ambiental *per se* y el criterio de recomposición.

Por su parte, la Ley General del Ambiente n. 25.675[30] incluye un capítulo (Arts. 27 a 33) que establece las normas que regirán "*…los hechos o actos jurídicos, lícitos o ilícitos que, por acción u omisión, causen daño ambiental de incidencia colectiva…*" (Art. 27, primera parte), y define al daño ambiental como "*… toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas o los bienes o valores colectivos…*" (Art. 27, segunda parte). Este es el llamado daño ambiental "*per se*".

Deben distinguirse dos clases de daños, que se suelen englobar dentro del mismo concepto de daño ambiental: los daños provocados al ambiente (daño ambiental colectivo), entendidos como un perjuicio o menoscabo soportado por los elementos de la naturaleza o el medio ambiente[31], sin afectar específicamente a las personas o cosas situadas bajo una tutela jurídica específica[32]; y los daños provocados a los individuos a través del ambiente (daños individuales). Estos últimos contemplan diversas hipótesis de daño reconocidos por el derecho clásico, que tienen implicancias o efectos ecológicos o ambientales, pero que no constituyen un daño directo al ambiente (daño a las personas o a las cosas por una alteración del medio ambiente, a causa del obrar humano), a los que se aplica en materia de resarcimiento pecuniario, las reglas clásicas del derecho civil en materia de atribución de responsabilidad, sin perjuicio de las regulaciones penales o de derecho público[33].

---

28 Ver WALSH, Juan Rodrigo; DI PAOLA, M. Eugenia, "El daño ambiental y la sustentabilidad", en Ambiente, derecho y sustentabilidad, obra colectiva con GONZÁLEZ ACOSTA, Gustavo; LÓPEZ, Hernán; ROVERE, Marta Brunilda; SABSAY, Daniel; RYAN, Daniel. LA LEY, Buenos Aires. Septiembre de 2000.

29 El alcance de la definición de ambiente de la CN es amplio, ya que comprende no sólo a los recursos naturales y su interacción con los individuos, sino también al patrimonio natural y cultural y la diversidad biológica.

30 Op. cit. (13).

31 Estos se hallan sometidos a las normas y principios del derecho constitucional y del derecho administrativo, mediante la regulación que establecen las leyes y reglamentos dictados en ejercicio del poder de policía o potestad legislativa ambiental (ver CASSAGNE, Juan Carlos, El Daño Ambiental Colectivo, Revista Jurídica La Ley, Martes 14 de setiembre de 2004, p. 6).

32 Op. cit. (40).

33 En opinión de Cassagne (op. cit. 43, p. 6), "*…La circunstancia de no advertir esta distinción* (entre ambos tipos de daño) *es la causa de la mayor parte de las confusiones existentes que suelen extrapolar las*

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 53 1/9/16 12:08

En cuanto a la responsabilidad, la LGA contempla la responsabilidad objetiva del causante del daño ambiental, quien debe proceder al restablecimiento al estado anterior a su producción (Art. 28 LGA)[34]. Reglamenta así lo dispuesto por el art. 41 en cuanto a la recomposición del daño ambiental, aclarando que cuando ello no fuere técnicamente factible, corresponderá una indemnización sustitutiva que determinará la justicia ordinaria interviniente. El monto deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental[35] creado por la misma ley, el cual será administrado por la autoridad de aplicación, sin perjuicio de otras acciones judiciales que pudieran corresponder.

En el art. 29 de la ley se establece que:

> *"La exención de responsabilidad sólo se producirá acreditando que, a pesar de haberse adoptado todas las medidas destinadas a evitarlo y sin mediar culpa concurrente del responsable, los daños se produjeron por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no debe responder"*[36].

concepciones más extremas de cada rama del derecho (trasladando la responsabilidad objetiva por riesgo del derecho civil y la acción popular del derecho público al ámbito de las acciones entre particulares)".

34 Art. 28. "*El que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción. En caso de que no sea técnicamente factible, la indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria interviniente, deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental que se crea por la presente, el cual será administrado por la autoridad de aplicación, sin perjuicio de otras acciones judiciales que pudieran corresponder*".

35 El fondo debe ser administrado por la autoridad de cada jurisdicción para prevenir los efectos nocivos para el ambiente y su preservación, y las autoridades pueden determinar que el mismo podrá contribuir a sustentar costos de acciones de restauración.

36 Según Cassagne (en op. cit. 43, p. 8) el factor de atribución de responsabilidad por daño ambiental colectivo es el incumplimiento, por acción u omisión, del deber de preservar y/o recomponer el ambiente negativamente alterado (argumento del art. 27 de la LGA), y se trata de un factor de atribución de tipo objetivo en el sentido de que prescinde de la culpa o del dolo como presupuestos de la responsabilidad. Sin embargo, no sería aplicable en su opinión en esta clase de responsabilidad la teoría del riesgo creado, "*…que reposa en una justificación diferente y cuyo grado de objetividad es mayor pues, en los hechos, el factor de atribución viene a derivar del propio daño ya que el riesgo es un elemento independiente de la acción u omisión que provoca el daño…*". No resultaría congruente entonces con el sistema de responsabilidad por daño ambiental colectivo, la adopción de similares causas exonerativas de responsabilidad que la 2° parte del art. 1113 Código Civil prescribe para liberar al demandado (culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no debe responder).

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 54 1/9/16 12:08

La norma distingue la responsabilidad penal y administrativa[37], de la civil por daño ambiental, e incluye diversos principios tales como el precautorio, preventivo y de responsabilidad (obligación de afrontar los costos de las acciones preventivas y correctivas de la recomposición) como elementos de interpretación del daño ambiental. A su vez establece la obligatoriedad de contratar seguros ambientales, y contempla ciertos aspectos del juicio por daño ambiental (factor de atribución, legitimación activa y pasiva, efectos de la sentencia)[38].

> Responsabilidad derivada de disposiciones del derecho común. Responsabilidad por daños en el ámbito del derecho civil[39]

37 El Decreto n. 2.413/2002 (que promulga la LGA) observó el art. 29, que establecía la presunción *iuris tantum* de la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existían infracciones a las normas ambientales administrativas.

38 Los arts. 30 a 33 LGA disponen lo siguiente: imposibilidad de interposición individual de la demanda, una vez deducida la demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares (sin perjuicio del derecho de intervenir como terceros); sin perjuicio de la limitación anterior, la LGA prevé la posibilidad de solicitar la cesación de las actividades generadoras de daño ambiental colectivo, a través de la interposición de un amparo (art. 30 *in fine*); la responsabilidad solidaria, cuando hubieren participado dos o más personas en la comisión del daño ambiental, o si no fuere posible la determinación precisa de la medida del daño aportado por cada responsable, sin perjuicio del derecho de repetición en función del grado de responsabilidad de cada persona que fije el juez; extensión de la responsabilidad a las autoridades y profesionales, en la medida de su participación, cuando el daño sea producido por personas jurídicas (art. 31); la competencia judicial ambiental será la que corresponda a las reglas ordinarias de la competencia; el acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones y el juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general; posibilidad de solicitar medidas de urgencia, en cualquier estado del proceso, aún sin audiencia de la parte contraria, prestando caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse (art. 32); los dictámenes emitidos por organismos del Estado sobre daño ambiental agregados al proceso, tendrán la fuerza probatoria de los informes periciales, sin perjuicio del derecho de las partes a su impugnación; cosa juzgada y efecto *erga omnes* de la sentencia, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente por cuestiones probatorias (art. 33).

39 Para diferenciar conceptualmente el daño ambiental del daño en su acepción civilista tradicional, Walsh y Di Paola exploran en op. cit. (40), la tesis del Fideicomiso Público o "Public Trust", una institución proveniente del derecho anglosajón, aplicada implícita o explícitamente en Estados Unidos, en numerosas disputas referidas a la protección de recursos naturales. La esencia de un fideicomiso yace en el derecho de propiedad que ejerce una persona o institución -el administrador fiduciario o "trustee"- sobre un conjunto de bienes o patrimonio determinado, con la obligación de administrarlo en favor de un tercero o terceros, denominados beneficiarios o fiduciarios. El titular original de los bienes sometidos a la fiducia es el fideicomitente o "truster o settlor". El administrador fiduciario, con deber de tutelar, preservar y en su caso, mejorar el patrimonio bajo fideicomiso, sería el Estado, en representación de la soberanía popular, y el pueblo constituiría mediante el mecanismo del fideicomiso, una obligación en cabeza del Estado, en ejercicio de esa voluntad, en favor del público en general. Por

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 55 1/9/16 12:08

La protección del medio ambiente en Argentina se articula principalmente por medio de instrumentos del derecho público, ya que el interés a proteger es de tipo colectivo. Tal es así, que la administración gubernamental establece normas para prevenir y sancionar los efectos perjudiciales derivados de cualquier actividad. Sin embargo, cuando un particular se ve afectado en su persona o bienes como consecuencia de un riesgo o daño ambiental, también se aplica el derecho civil[40]. Por ejemplo, en los casos de daño ambiental dentro del marco de los límites de vecindad, se acude a lo dispuesto por el art. 2618 del Código Civil, que regula los supuestos de las molestias causadas por ruidos, olores, humos etc que superen "…la normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque mediare autorización administrativa para aquéllas. Según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la indemnización de los daños o la cesación de tales molestias..." En los casos en los que se efectúan reclamos extracontractuales por daños ocasionados "a través del ambiente", comúnmente se atribuye responsabilidad en los términos del art. 1113 del Código Civil al dueño o guardián de las cosas (residuos peligrosos, emisiones contaminantes etc) cuyo riesgo o vicio haya ocasionado la contaminación del ambiente, causante de los daños "individuales" por los que se reclama.

> "*Art. 1.113. La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado.*
> *En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. Si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable*".

En este sentido, cabe destacar que la responsabilidad del "dueño" o "guardián" es "*indistinta*", lo que significa que la víctima queda facultada para peticionar la totalidad de la indemnización al "dueño" o al "guardián".

---

extensión, los beneficiarios potenciales de este fideicomiso, serían además, las generaciones futuras, como representantes virtuales del público fideicomisario.

40 BUSTAMANTE ALSINA, JORGE. "Derecho ambiental. Fundamentación normativa", Ed. Abeledo Perrot, p. 143 y ss., Buenos Aires, Argentina, 1995.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 56 1/9/16 12:08

4.1.2 Daños derivados de la utilización de residuos peligrosos

Ley n. 24.051 de residuos peligrosos contempla disposiciones en materia de responsabilidad civil y penal que integran los códigos de fondo, por lo que resultan aplicables en todo el país. En materia de responsabilidad civil la Ley n. 24.051 establece la responsabilidad de generador de la "cuna a la tumba"; esto significa que el generador del residuo peligroso es responsable por los daños que puedan seguirse del mismo hasta que el residuo se extingue. Por ello, pone en cabeza del generador la responsabilidad de tratar y disponer los residuos peligrosos de acuerdo a las modalidades de disposición previstas en la ley; sin perjuicio de la responsabilidad del guardián de los mismos (Si no se trata de la misma persona que el generador).

La ley dispone:

> Art. 45 *Se presume, salvo prueba en contrario, que todo residuo peligroso es cosa riesgosa en los términos del segundo párrafo del art. 1113 del Código Civil, modificado por Ley n. 17.711.*
> *Art.46 En el ámbito de la responsabilidad extracontractual, no es oponible a terceros la trasmisión o abandono voluntario del dominio de los residuos peligrosos.*
> Art. 47 "*El dueño o guardián de un residuo peligroso no se exime de responsabilidad por demostrar la culpa de un tercero de quien no debe responder, cuya acción pudo ser evitada con el empleo del debido cuidado y atendiendo a las circunstancias del caso.*"*[41]
> Art. 48 "*La responsabilidad del generador por los daños ocasionados por los residuos peligrosos no desaparece por la transformación… o tratamiento de éstos, a excepción de aquellos daños causados por la mayor peligrosidad que un determinado residuo adquiere como consecuencia de un tratamiento defectuoso realizado en la planta de tratamiento o disposición final.*

Del texto de la norma se desprende que si el dueño de una Planta industrial ha generado residuos peligrosos que aún no se han extinguido por no haber sido dispuestos conforme lo manda la ley, sino que se encuentran almacenados o de cualquier otra manera situados en la Planta o fuera de ella, la responsabilidad del generador frente a terceros por los daños que puedan seguirse de esos residuos, no se extingue por el hecho de ceder o transferir la explotación de la

41 * Similar responsabilidad establece la Ley n. 25.612 con relación a los residuos industriales.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 57 1/9/16 12:08

Planta a un tercero; sino que el dueño y generador de los residuos peligrosos podría ser demandado por dichos terceros aún con posterioridad a la fecha de cesión o transferencia.

4.1.3 Responsabilidad Penal

Conforme la distribución constitucional de competencias, corresponde al Congreso de la Nación dictar un Código Penal que establezca los delitos penales, con vigencia para todo el país (Conf. Art. 75 inc.12 de la Constitución Nacional).

En este sentido la Nación ha dictado el Código Penal. Ahora bien, además de los delitos previstos en el Código existen diversas leyes dictadas por el Congreso de la Nación que regulan materias específicas y que prevén delitos penales que se incorporan al Código Penal.

Así, cabe señalar que el Código Penal no prevé un capítulo de delitos ambientales, sin perjuicio de que diversas situaciones de contaminación pueden encuadrar en algunos de los diversos tipos penales previstos en el Código; a saber, envenenamiento de aguas potables, daños, estragos, entre otros.

Ahora bien, la Ley Nacional n. 24.051 que establece el régimen legal de los residuos peligrosos, prevé tipos penales relacionados a la contaminación ambiental peligrosa para la salud ocasionada utilizando residuos peligrosos, que se integran al referido Código de fondo.

En efecto, los artículos 55 y 56 de la Ley de residuos peligrosos disponen:

> *ARTÍCULO 55. — Será reprimido con las mismas penas establecidas en el artículo 200 del Código Penal, el que, utilizando los residuos a que se refiere la presente ley, envenenare, adulterare o contaminare de un modo peligroso para la salud, el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general.*
> *Si el hecho fuere seguido de la muerte de alguna persona, la pena será de diez (10) a veinticinco (25) años de reclusión o prisión.*
> *ARTÍCULO 56. — Cuando alguno de los hechos previstos en el artículo anterior fuere cometido por imprudencia o negligencia o por impericia en el propio arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas, se impondrá prisión de un (1) mes a dos (2) años.*
> *Si resultare enfermedad o muerte de alguna persona, la pena será de seis (6) meses a tres (3) años.*

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 58 1/9/16 12:08

El análisis de estos tipos penales (uno doloso y el otro culposo), requiere considerar las siguientes cuestiones:

- El bien jurídico protegido
- La diferencia entre "Residuo" vs. "Sustancia" a los efectos del tipo penal, en los casos de generación accidental de residuos peligrosos.
- La relación entre el tipo penal y el cumplimiento o no de los límites de vertido o emisión establecidos por las normas administrativas.
- La responsabilidad personal "dentro" de la persona jurídica

4.1.3.1 El Bien Jurídico Protegido

Para que se configure este delito es necesario que se reúnan las siguientes circunstancias: a). La "utilización de residuos peligrosos", b). Que mediante la utilización de tales residuos se ocasione una efectiva contaminación del agua, del aire, o del suelo ("o del ambiente en general"), y c). Que dicha contaminación genere una situación de peligro para la salud pública.

Resulta claro entonces, que el ambiente contaminado es el "medio comisivo típico", y que el bien jurídico protegido es la "salud pública". La salud pública, es aquella que se predica de un número indeterminado de personas. Por ello, si por ejemplo la contaminación de un pozo de agua domiciliario pone en peligro la salud de una persona determinada, no se configura una situación de peligro para la salud pública; por el contrario, si la contaminación afecta a la fuente de abastecimiento de agua de una población, sí se configuraría una situación de peligro para la salud pública, encuadrando tal conducta en el delito previsto por la Ley n. 24.051.

Por otra parte la Jurisprudencia ha aclarado que para que se configure el tipo penal previsto en la citada Ley la contaminación debe ser grave. A saber

> "*aún pudiendo afirmarse que la sustancia resulta un residuo peligroso en los términos de la ley, queda todavía por analizar si ha existido la "contaminación" que tornaría viable la aplicación de la figura penal atribuida. Es decir, será aún necesaria la determinación de que los residuos han desarrollado una influencia sobre el suelo, el aire, el agua o el ambiente suficientemente grave*

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 59 1/9/16 12:08

> *y de magnitud tal que autorice la adecuación de la conducta al tipo penal*" *(Cfr, en ese sentido, de esta Sala, Secretaría Penal n. 1, causa CN°152/99 "Sereda, Valentín s/dcia. inf. Ley n. 24.051", reg. n. 4575, rta. el 30/3/99).*

La Sala 1ª de la Cámara Federal de San Martín, en la causa "*Edenor s/ inf. Ley n. 24.051*".

4.1.3.2 La diferencia entre "residuo" y "sustancia" a los efectos del encuadre en el tipo penal, en los supuestos de generación accidental de residuos peligrosos

El tipo penal previsto por esta ley sanciona a quien "utilizando los residuos a los que se refiere esta ley", contaminare el ambiente de un modo peligroso para la salud. Por ello, resulta necesario conocer qué considera la ley como "residuo peligroso":

> Ley n. 24.051 art. 2° "*Será considerado peligroso, a los efectos de esta ley, todo residuo que pueda causar daño, directa o indirectamente, a seres vivos o contaminar el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general". "En particular serán considerados peligrosos los residuos indicados en el Anexo I o que posean alguna de las características enumeradas en el Anexo II de esta ley. "*
>
> Decreto n. 831/92… "*se denomina residuo peligroso a todo material que resulte objeto de desecho o abandono y pueda perjudicar en forma directa o indirecta, a seres vivos o contaminar el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general; y cualquiera de los indicados expresamente en el Anexo I de la Ley n. 24.051 o que posea alguna de las características enumeradas en el Anexo II de la misma Ley.*"

Como se advierte de la lectura de los referidos artículos es el Decreto n. 831/92 el que incluye una definición de "residuo", al que considera "*todo material que resulte objeto de desecho o abandono*"; y tal material reviste el carácter de "peligroso" cuando reúne las características del art.2 de la Ley, y en particular cuando se encuentra listado en los anexos I y II de la Ley[42].

42 Cabe destacar que los Anexos I y II de la Ley Nacional de Residuos Peligrosos, que contienen listados de residuos peligrosos y características de peligrosidad de los residuos, son idénticos a los listados del Convenio de Basilea para el movimiento transfronterizo de desechos peligrosos.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 60 1/9/16 12:08

Ahora bien, los casos en los cuales se producen derrames de sustancias peligrosas (en general en ocasión del transporte, ya sea por carretera, por ducto o por barco) y como consecuencia de ello, se generan residuos peligrosos, han generado distintas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales, respecto de su encuadre en el tipo penal previsto por la Ley n. 24.051.

Así, la Cámara Federal de La Plata, en una causa penal originada como consecuencia de un derrame de petróleo en el Río de la Plata dijo:

> "*… el petróleo no asume calidad de "residuo" en su ambiente natural (yacimientos bajo tierra) o cuando se le utiliza como "materia prima" en la industria petroquímica. Empero si el mismo material se vierte y entra en contacto con agua, y/o se mezcla con el suelo, y alcanza por ejemplo un río, "ya no tiene el mismo valor económico que como materia prima". Es más, "el petróleo derramado deja de tener el valor económico como materia prima y pasa a ser algo no deseado para las empresas que lo han extraído de su entorno natural, máxime al estar expuesto a las condiciones climáticas superficiales que hacen que su composición físico-química varíe... (el resto) ya no es petróleo sino residuo…*"
>
> …"*Sentado que el derrame de "petróleo crudo" tiene encuadramiento en la definición de residuo, los impactos ambientales causados determinan su peligrosidad".*
>
> *"el derrame de petróleo crudo en las aguas del Río de la Plata alcanzó una cantidad aproximada de 5.400.000 litros. Este hecho generó un residuo peligroso de los que prevé la Ley n. 24.051*". (NOTA: Fallo "Buque Tanque Estrella Pampeana", C. Fed de Apelaciones de La Plata, Sala III, 15/8/2002).

En sentido contrario al fallo citado, la Cámara Federal de Salta en el caso "*Refinor*", el cual se suscitó con motivo de un derrame de gas oil como consecuencia de la avería de un oleoducto, señaló:

> …"*La aplicación del régimen penal de los residuos peligrosos al caso de autos, importa quebrantar por indebida extensión o analogía, el principio de legalidad que rige en materia penal, toda vez que el hecho aquí investigado no fue cometido utilizando los residuos a los que se refiere la Ley n. 24.051…*
>
> …"*Por el contrario, el gas oil derramado en la emergencia no puede considerarse residuo ni desecho, habida cuenta que tenía valor para la industria y el comercio, a tal punto que, como se dijo, inmediatamente después de ocurrido el siniestro comenzaron los trabajos para recuperarlo …*"

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 61 1/9/16 12:08

Como se advierte los referidos Tribunales efectúan una interpretación distinta de situaciones sustancialmente similares. En nuestra opinión, la postura del Tribunal en la causa *Refinor* es la que más se adapta a una correcta interpretación y aplicación del tipo penal previsto en la Ley n. 24.051, ya que el referido artículo sanciona penalmente a quien "*utilizando*" los residuos a los que se refiere la ley contamina de un modo peligroso para la salud.

Entendemos que para que alguien pueda contaminar "utilizando" residuos peligrosos; precisamente se requiere que exista el residuo y que mediante el empleo del mismo se ocasione la contaminación penalmente reprochable. Ello así, en los derrames de "sustancias" no existe manipulación ni utilización de residuos, como exige el tipo penal.

También coadyuva a comprender la correcta interpretación del tipo penal, el hecho de que el mismo está previsto para sancionar a aquel generador de residuos peligrosos desaprensivo que el lugar de gestionar dichos residuos con transportistas y plantas de disposición debidamente habilitados para ello, abonando los costos que ello implica, los dispone, causando contaminación del ambiente.

4.1.3.3 Delito vs. Cumplimiento de límites administrativos

Otra cuestión relevante a considerar es la relativa a si el encuadre de la conducta "contaminar" en el tipo penal previsto por la Ley n. 24.051, se produce automáticamente o no, en el supuesto de que se excedan los límites de vertido o de emisión fijados por las normas administrativas.

Esta cuestión se plantea dado que la norma penal reprime a quien "contaminare" sin especificar cantidades, ni calidades, pero haciendo referencia a que la contaminación ocasione una situación de peligro para la salud.

Así, la jurisprudencia de los Tribunales claramente ha establecido que

> ***…"la aplicación de los tipos penales no deviene de la mera referencia a excesos en parámetros autorizados por las reglamentaciones pertinentes**, de modo que sobrepasados dichos límites, corresponda encuadrarse sin más penalmente la conducta responsable. No cualquier peligro determinará la penalización de la conducta, sino que debe tratarse de un peligro grave y de tal magnitud que razonablemente, autorice la adecuación al tipo penal …"*[43]

43 CÁMARA FEDERAL DE TUCUMÁN, "Frigorífico La Barraca", 8.9.2008.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 62 1/9/16 12:08

Por otra parte, en otra causa penal en la que se investigaba contaminación causada por PCBs el Tribunal señaló

> …"*Tal como puede desprenderse de los peritajes enumerados párrafos arriba, sus conclusiones determinan que ninguna de las muestras extraídas de las zonas más críticas han permitido observar la presencia de PCB que superen los niveles guía exigidos normativamente.... De acuerdo con ello, puede afirmarse que a esta altura el extremo exigido por el tipo penal no se ha comprobado*." (Causa"EDENOR s/infracción Ley n. 24.051")

Como se advierte, en este caso, el simple hecho de encontrarse acreditado en la causa que la presencia del PCBs en el suelo y agua subterránea no excedía los límites administrativos regulados, llevó al Tribunal a descartar la tipicidad penal.

Finalmente, en una causa penal vinculada a contaminación atmosférica la Cámara Federal de San Martín definió

> …"*la norma reprime a quien 'contaminare', sin especificar cantidades ni calidades de tal proceder. ... solamente en virtud de pautas signadas científicamente será posible advertir los niveles que excedan una normal tolerancia para la vida en relación. ... desentrañar el exceso en el riesgo permitido que en cada caso es [tarea] propia del juzgador, y para ello la misma le brinda un elemento insoslayable: la determinación del peligro para la salud de las personas. Para establecer dicho aspecto, la reglamentación administrativa sólo aportará una de las pautas de evaluación, ya que será el trabajo del experto en las ciencias involucradas el que brinde adecuada ilustración*."[44]

En definitiva queda claro que si bien el cumplimiento de los límites administrativos de vertido o de emisión es un parámetro a tener en cuenta en causas penales donde se investiga la posible comisión del delito previsto en la Ley, 24.051, el incumplimiento de dichos límites administrativos de emisión de contaminantes no autoriza a determinar *per se* la tipicidad penal. Para ello es necesario evaluar en forma insoslayable, si la contaminación ocasiona o no una situación de peligro para la salud de las personas.

44 CAMARA FEDERAL DE SAN MARTIN, Causa "Wentzel", 16/10/1992.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 63 1/9/16 12:08

4.1.3.4 Responsabilidad de las personas físicas que integran una persona jurídica

Finalmente, y dado que la responsabilidad penal es siempre "personal", la Ley n. 24.051, en su art.57 regula la responsabilidad de las personas físicas que integran una persona jurídica, en el caso de los delitos previstos en los artículos 55 y 56 de la ley.

Así, la Ley dispone

> …"*Cuando alguno de los hechos previstos en los dos artículos anteriores se hubiesen producido por decisión de una persona jurídica, la pena se aplicará a los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios o, representantes de la misma que hubiesen intervenido en el hecho punible, sin perjuicio de las demás responsabilidades penales que pudiesen existir.*"[45]

Queda claro entonces que la sanción penal se aplica en este caso a quien o quienes ejerciendo cargos de relevancia *hubiesen intervenido en el hecho punible;* es decir, en la contaminación peligrosa para la salud.

En este sentido, cabe destacar que esta "intervención" en el hecho punible puede darse tanto por acción como por omisión (aquel que permite que el resultado se produzca).

La jurisprudencia se refiere a que en una persona jurídica, donde las responsabilidades se dan en general en forma escalonada, son responsables aquellos que detentan el dominio sobre la causa del resultado. El resultado en este caso es "contaminación peligrosa", por lo que para adjudicar responsabilidad penal debe determinarse cuál fue la causa o causas de esa contaminación, y quien o quienes tenían el "dominio" de esa causa; es decir, quienes tenían atribuciones para decidir sobre la causa de la contaminación.

Así, la jurisprudencia ha definido que

> …"*las limitaciones que derivan del principio de legalidad, permiten fundar la responsabilidad del director solo en aquellos casos en que existe una relación de dominio sobre el resultado. Si en una empresa el dominio material sobre las cosas se dá escalonadamente, cada cotitular de la custodia será responsa-*

45 ARTÍCULO 57 de la Ley n. 24.051.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 64 1/9/16 12:08

> *ble según la parte del dominio que mantenga sobre ella (gerente de tal área, jefe de planta, encargado de mantenimiento, del laboratorio etc.), lo cual supone un ámbito espacial de influencia acotado para el garante, en el que se encuentra el objeto peligroso*".[46]

En consecuencia, para atribuir responsabilidad penal el los términos de la Ley n. 24.051 a personas físicas dentro de una persona jurídica, corresponde analizar en cada caso las participaciones individuales, dentro de la empresa, a efectos de determinar si efectivamente existe intervención (por acción u omisión) en el hecho punible.

4.2 Principales Normas Ambientales Nacionales

Como se ha explicado, hasta la reforma constitucional del año 1994, la materia ambiental, no era una materia que las Provincias hubieran delegado a la Nación. Por ello, tanto la Nación como las Provincias legislaban en materia ambiental en sus respectivas jurisdicciones.

De la normativa ambiental anterior a la reforma constitucional, cabe destacar la Ley Nacional n. 24.051 sobre residuos peligrosos (1992). Esta norma, aún vigente, fue dictada por la Nación y muchas Provincias adhirieron al texto de la misma, dictando normas de adhesión. Otras Provincias, las menos, optaron por dictar su propia normativa. Lo cierto es que actualmente en todo el país existen normas que regulan la generación, almacenamiento, transporte, tratamiento y disposición final de residuos peligrosos.

Adicionalmente, la mayoría de las provincias, cuentan con normas relacionadas a la protección del ambiente, incluyendo exigencias en materia de evaluación de impacto ambiental, de uso y prevención de la contaminación de las aguas, del aire y del suelo. Asimismo, las Provincias que cuentan con mayor actividad industrial, cuentan con normas de radicación industrial con requerimientos ambientales.

A partir de la reforma constitucional, el Gobierno Nacional, a través del Congreso Nacional detenta la potestad de dictar leyes ambientales aplicables a toda la República. Ello así, a partir del año 2002, el Congreso

46 CÁMARA FEDERAL DE SAN MARTIN, "Costantini, Rodolfo y otros s/averiguación contaminación río Reconquista", 26/8/1992.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 65 1/9/16 12:08

Nacional dictó las siguientes leyes, que contienen presupuestos mínimos de protección ambiental:

- Ley n. 25.612 (Residuos industriales).
- Ley n. 25.670 (PCBs)
- Ley n. 25.675 (Ley General del Ambiente)
- Ley n. 25.688 (Gestión de aguas)
- Ley n. 25.831 (Libre acceso a la información pública ambiental)
- Ley n. 25.916 (Residuos domiciliarios)
- Ley n. 26.331 (Bosques Nativos).
- Ley n. 26.562 (Quemas para aprovechamiento productivo).
- Ley n. 26.639 (Preservación de Glaciares y ambiente periglacial)
- Ley n. 26.815 Protección ambiental contra incendios forestales y rurales.

De estas leyes vamos a efectuar una somera descripción de aquellas más relevantes.

4.2.1 Ley General del Ambiente

Se trata de la Ley Nacional n. 25.675, conocida como la Ley General del Ambiente. La misma establece los objetivos y los principios de la política ambiental nacional. Entre éstos últimos cabe mencionar, que la norma incorpora los principios de prevención, de equidad intergeneracional, de progresividad, y el prinicipio precautorio.

La ley define las normas de presupuestos mínimos de protección ambiental, a las que se refiere el art.41 de la Constitución Nacional, como …"*toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental*".

Como Ley Ambiental General, aplicable a todo el país, la misma incluye capítulos sobre "Ordenamiento Ambiental", "Evaluación de Impacto Am-

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 66 1/9/16 12:08

biental", "Educación Ambiental", "Información Ambiental", y "Participación Ciudadana". Asimismo, exige a todas las actividades "riesgosas para el ambiente", la contratación de un *seguro ambiental*.

Finalmente, la norma regula lo atinente al "Daño Ambiental", al que define como "Toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos" (Art. 27).

En este sentido, como ya vimos anteriormente, el que causa el daño ambiental es "objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción" (Art. 28), y si la recomposición no es técnicamente factible, la Ley autoriza al Juez a determinar una indemnización sustitutiva que deberá ser depositada en el Fondo de Compensación Ambiental, que también crea esta Ley.

Además de objetiva, la responsabilidad de quien ha causado un daño ambiental de incidencia colectiva, es potencialmente solidaria, ya que la ley dispone que si en la comisión del daño hubieren participado dos o más personas y no fuera posible determinar lo aportado por cada uno, la responsabilidad es solidaria (Art. 31).

La legitimación procesal para reclamar judicialmente la recomposición del ambiente es amplísima, ya que la Ley legitima a esos fines al afectado, al Defensor del Pueblo, a las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, y al Estado nacional, provincial y municipal. Se prevé tanto una acción judicial ordinaria, cuyo objeto es solicitar la recomposición del daño ambiental colectivo, como también la posibilidad de demandar mediante una acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo.

Asimismo, la Ley otorga a los jueces, amplias facultades "ordenatorias" del proceso en estas causas relacionadas a la recomposición o cesación de daños ambientales, y en el caso de que el daño hubiera sido causado por una persona jurídica, prevé que la responsabilidad se hará extensiva a sus autoridades en la medida de su participación.

4.2.2 Ley de PCBs (Ley n. 25.670)

Esta Ley, que entró en vigencia en Noviembre de 2002, establece los presupuestos mínimos de protección ambiental para la gestión de los PCBs, en todo el territorio de la Nación.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 67 1/9/16 12:08

Define como PCBs a los Bifenilos Policlorados, cuando estén presentes en una concentración superior a 50 ppm, y establece un plan progresivo de descontaminación de aparatos que contengan PCBs.

Asimismo, prohíbe la instalación de equipos que contengan PCBs, y la importación y el ingreso a todo el territorio de la Nación de PCB y equipos que contengan PCBs.

Esta norma obligó a todos los poseedores de PCBs a presentar antes del año 2005 un programa de eliminación o descontaminación de los aparatos que contengan PCBs, con el objetivo de que al año 2010 no queden en todo el territorio de la Nación equipos instalados conteniendo PCBs.

Asimismo, estableció que "Antes del año 2010 todos los aparatos que contengan PCBs, y que su poseedor quiera mantenerlos en operación, deberán ser descontaminados a exclusivo cargo del poseedor. Hasta tanto esto suceda el poseedor no podrá reponer PCBs, debiendo reemplazarlo por fluidos libres de dicha sustancia."

Así fue que, a partir de 1/1/2010, quedó prohibido en el país mantener en uso, aparatos que contengan PCBs. Asimismo, todo aparato que haya contenido PCBs y habiendo sido descontaminado siga en operación deberá contar con un rótulo donde en forma clara se lea "APARATO DESCONTAMINADO QUE HA CONTENIDO PCBs". De este modo, esta norma aplicando el principio de progresividad, logró que no quedaran en el país aparatos en uso conteniendo PCBs. Solo es legalmente posible, y de hecho existen aceites con contenido de PCBs, que aún se encuentren almacenados a la espera de que se autorice su exportación a los fines de su disposición final.

4.2.3 Ley de Libre acceso a la información pública ambiental (Ley n. 25.831)

Esta norma entró en vigencia el 6/1/2004, y tiene por objeto garantizar el derecho de acceso a la información ambiental que se encontrare en poder del Estado, tanto en el ámbito nacional como provincial, municipal y de la Ciudad de Buenos Aires, como así también de entes autárquicos y empresas prestadoras de servicios públicos, sean estas públicas, privadas o mixtas.

La norma define información ambiental, como toda aquella información en cualquier forma de expresión o soporte relacionada con el ambiente, los

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 68 1/9/16 12:09

recursos naturales o culturales y el desarrollo sustentable. En particular, el estado del ambiente o alguno de sus componentes naturales o culturales, incluidas sus interacciones recíprocas, así como las actividades y obras que los afecten o puedan afectarlos significativamente; y además las políticas, planes, programas y acciones referidas a la gestión del ambiente.

El acceso a la información ambiental es libre y gratuito para toda persona física o jurídica, a excepción de aquellos gastos vinculados con los recursos utilizados para la entrega de la información solicitada. Para acceder a la información ambiental no es necesario acreditar razones ni interés determinado. Se deberá presentar formal solicitud ante quien corresponda, debiendo hacer constar en la misma la información requerida y la identificación del o los solicitantes.

Los sujetos obligados a brindar la información son las autoridades competentes de los organismos públicos, y los titulares de las empresas prestadoras de servicios públicos, sean públicas, privadas o mixtas.

Las únicas razones por las cuales la información ambiental solicitada podrá ser denegada son las siguientes: a) Cuando pudiera afectarse la defensa nacional, la seguridad interior o las relaciones internacionales; b) Cuando la información solicitada se encuentre sujeta a consideración de autoridades judiciales, en cualquier estado del proceso, y su divulgación o uso por terceros pueda causar perjuicio al normal desarrollo del procedimiento judicial; c) Cuando pudiera afectarse el secreto comercial o industrial, o la propiedad intelectual; d) Cuando pudiera afectarse la confidencialidad de datos personales; e) Cuando la información solicitada corresponda a trabajos de investigación científica, mientras éstos no se encuentren publicados; f) Cuando no pudiera determinarse el objeto de la solicitud por falta de datos suficientes o imprecisión; y g) Cuando la información solicitada esté clasificada como secreta o confidencial por las leyes vigentes y sus respectivas reglamentaciones.

La denegación total o parcial del acceso a la información debe ser debidamente fundada y la Ley tipifica infracciones y sanciones para los casos de obstrucción, falsedad, ocultamiento, falta de respuesta en el plazo establecido por la norma o la denegatoria injustificada a brindar la información solicitada. Sin perjuicio de las referidas sanciones administrativas, en dichos supuestos, queda expedita una vía judicial directa, de carácter sumarísima ante los tribunales competentes, a fin poder acceder a la información ambiental.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 69 1/9/16 12:09

4.2.4 Ley de Bosques Nativos (Ley n. 26.331)

Esta Ley que entró en vigencia el 19/12/2007, establece los presupuestos mínimos de protección ambiental con relación al enriquecimiento, la restauración, conservación, aprovechamiento y manejo sostenible de los bosques nativos, y de los servicios ambientales que éstos brindan a la sociedad.

Quedan comprendidos por el alcance de esta norma, tanto los bosques nativos de origen primario, donde no intervino el hombre, como aquellos de origen secundario formados luego de un desmonte, así como aquellos resultantes de una recomposición o restauración voluntarias.

La Ley obliga a las jurisdicciones Provinciales a efectuar un Ordenamiento de los Bosques Nativos existentes en sus respectivas jurisdicciones, de conformidad a las tres categorías de conservación que crea (Rojo, amarillo y verde) en función del valor ambiental y de los servicios que los mismos prestan.

El referido Ordenamiento territorial, debía ser elaborado por cada Provincia y aprobado por Ley provincial (Conf. Art. 32). Ahora bien, la norma dispuso que: "*Durante el transcurso del tiempo entre la sanción de la presente ley y la realización del Ordenamiento Territorial de Bosques Nativos, no se podrán autorizar desmontes*".

Como consecuencia de ello, la mayoría de las Provincias que cuentan con bosques nativos, procedieron a efectuar el ordenamiento de los mismos, los que fueron aprobados por leyes provinciales.

Una vez que el Ordenamiento de los bosques ha sido efectuado y aprobado por Ley provincial, rigen los siguientes principios, que surgen de la Ley:

- "Todo desmonte o manejo sostenible de bosques nativos requerirá autorización por parte de la Autoridad de Aplicación de la jurisdicción correspondiente " (Art. 13)

- "No podrán autorizarse desmontes de bosques nativos clasificados en las Categorías I (rojo) y II (amarillo)". Conf. Art. 14.

- "Las personas que soliciten autorización para realizar desmontes de bosques nativos de la categoría III, deberán sujetar su actividad a un Plan de Aprovechamiento del Cambio de Uso del Suelo".

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 70 1/9/16 12:09

El otorgamiento de la autorización de desmonte o de aprovechamiento sostenible, requiere de una previa evaluación de impacto ambiental (EIA). En el caso de desmontes de bosques nativos, la autoridad de aplicación de cada jurisdicción tiene obligación de garantizar el cumplimiento de la participación ciudadana a través de consultas o audiencias públicas, tal como lo establece la Ley n. 25.675 – Ley General del Ambiente –, previamente a la emisión de los permisos.

Finalmente, la Ley crea el Fondo Nacional para el Enriquecimiento y la Conservación de los Bosques Nativos, con el objeto de compensar a las jurisdicciones que conserven los bosques nativos, por los servicios ambientales que éstos brindan. La norma prevé que dicho Fondo será distribuido anualmente entre las jurisdicciones que hayan elaborado y tengan aprobado por ley provincial su Ordenamiento de Bosques Nativos.

4.2.5 Ley de Preservación de Glaciares y ambiente periglacial (Ley n. 26.639)

Esta Ley, que fue publicada en el Boletín Oficial el 28/10/2010, tiene por objeto establecer los presupuestos mínimos para la protección de los glaciares y del ambiente periglacial con el objetivo de preservarlos como reservas estratégicas de recursos hídricos para el consumo humano; para la agricultura y como proveedores de agua para la recarga de cuencas hidrográficas; para la protección de la biodiversidad; como fuente de información científica y como atractivo turístico.

Asimismo, declara a los glaciares como bienes de carácter público. Ahora bien, la norma no solo regula la protección de los glaciares, sino también lo que denomina "ambiente periglacial". Este último, es genéricamente definido por la norma como el área con suelos congelados que actúa como regulador del recurso hídrico, en la alta montaña; y en la media y baja montaña al área que funciona como regulador de recursos hídricos con suelos saturados en hielo.

La Ley dispone la creación de un Inventario Nacional de Glaciares, donde se individualizarán todos los glaciares y geoformas periglaciares que actúan como reservas hídricas existentes en el territorio nacional con toda la información necesaria para su adecuada protección, control y monitoreo; y establece que dicho inventario será realizado por el Instituto Argentino de Nivología, Glaciología y Ciencias Ambientales (IANIGLA).

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 71 1/9/16 12:09

En las zonas de glaciares se prohíben las actividades que puedan afectar su condición natural o sus funciones, y que impliquen su destrucción o traslado o interfieran en su avance. En particular se prohíben:

a) La liberación, dispersión o disposición de sustancias o elementos contaminantes, productos químicos o residuos de cualquier naturaleza o volumen. Se incluyen en dicha restricción aquellas que se desarrollen en el ambiente periglacial;

b) La construcción de obras de arquitectura o infraestructura con excepción de aquellas necesarias para la investigación científica y las prevenciones de riesgos;

c) La exploración y explotación minera e hidrocarburífera. Se incluyen en dicha restricción aquellas que se desarrollen en el ambiente periglacial;

d) La instalación de industrias o desarrollo de obras o actividades industriales.

Como se advierte, en algunos casos la prohibición no solo se limita a la zona de glaciares, sino también a la zona periglacial. Ahora bien, éstas zonas (glaciar y periglacial) hasta tanto se efectúe el referido Inventario no se encuentran precisamente delimitadas.

Adicionalmente, la Ley establece que todas las actividades proyectadas en los glaciares y en el ambiente periglacial, que no se encuentran prohibidas, estarán sujetas a un procedimiento de evaluación de impacto ambiental y evaluación ambiental estratégica, según corresponda conforme a su escala de intervención.

Ahora bien, las actividades prohibidas que sean preexistentes a la norma y por lo tanto estén en ejecución (Ej: actividad minera), deben someterse a una auditoría ambiental en la que se identifiquen y cuantifiquen los impactos ambientales potenciales y generados. En caso de verificarse impacto significativo sobre glaciares o ambiente periglacial, la Ley autoriza a las autoridades, a ordenar el cese o traslado de la actividad y las medidas de protección, limpieza y restauración que correspondan.

Esta norma ha generado "tensiones" con la actividad minera preexistente, lo que ha llevado al planteo de acciones judiciales. Al resolver sobre una medida cautelar planteada por la empresa "Barrick y la Provincia de San Juan,

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 72 1/9/16 12:09

la CJSN dispuso que una vez que se efectúe el inventario se conocerán con exactitud las áreas protegidas por la Ley, por lo que recién cuando se cuente con dicho inventario y con la auditoría ambiental podrá expedirse sobre si la Ley afecta o no los derechos de la empresa.

5 JURISPRUDENCIA AMBIENTAL RELEVANTE

La jurisprudencia de los tribunales ha tenido una función relevante en la evolución del derecho ambiental en Argentina, tanto antes como con posterioridad a la reforma de la Constitución Nacional en 1994. En particular, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha tenido oportunidad de interpretar y aplicar la Ley General del Ambiente (2002), en lo que se refiere al daño ambiental y la obligación de recomponer el ambiente por parte de quienes lo han dañado. En este sentido son paradigmáticos los casos "*Mendoza*", y "*Assupa*", que sintéticamente se describen a continuación, en los que la CSJN ha interpretado y aplicado la Ley del Ambiente, definiendo los principios y las pautas aplicables en los procesos ambientales que versan sobre daño ambiental. Asimismo, en dichas causas la CSJN hace referencia al derecho de defensa y al debido proceso como "límites" a la "flexibilización" de las reglas procesales que diversos tribunales venían propugnando en los procesos ambientales. En efecto, en estas causas, la CSJN exhibió un buen equilibrio entre una actitud activa en procura de la protección del ambiente; pero al mismo tiempo respetuosa de las garantías constitucionales de las partes, y de la necesidad de armonizar el derecho al ambiente, con otros derechos reconocidos por la Constitución Nacional, y por ende igualmente valiosos.

Por otra parte, también haremos referencia a otros casos relevantes en los que ha intervenido la CSJN, entre ellos, el caso "Dino Salas" en el cual la CSJN aplica e interpreta el alcance del principio precautorio, reconocido por la Ley General del Ambiente; y además, jurisprudencia relevante de la CSJN y de tribunales inferiores con relación a la "función del Juez" en los procesos ambientales.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 73 1/9/16 12:09

5.1 Causas en las que se reclama la recomposición del daño ambiental. Pautas establecidas por los fallos de la CSJN

5.1.1 Causa "*Mendoza*"[47]

La Causa "*Mendoza*", es sin dudas la más relevante en materia de derecho ambiental en la Argentina, ya que involucra el saneamiento de la Cuenca hídrica del río Matanza Riachuelo, que está formada por el río, sus 232 afluentes y su área territorial de influencia, la que supera los 2.400 km2, y donde viven más de 3.500.000 habitantes. Por otra parte, amén de la importancia social y mediática que ha tenido el caso, en el mismo, la CSJN ha sentado las bases tanto desde el punto de vista procesal como sustancial en materia de daño ambiental colectivo.

La referida causa fue iniciada por un grupo de personas domiciliadas en las inmediaciones de la cuenca hídrica Matanza-Riachuelo por medio de la cual demandaron al Estado Nacional, a la Provincia de Buenos Aires, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Capital Federal) y a 44 empresas por los daños y perjuicios que la contaminación de la cuenca hídrica supuestamente les habría causado, y al mismo tiempo solicitaron el cese de la contaminación y la recomposición de los daños ambientales.

En su primera intervención la CSJN efectúa el distingo entre los "Daños a los individuos ocasionados a través del ambiente", y el "Daño ambiental *per se*" o daño al ambiente colectivo. Así, en la referida resolución señala

> …"*corresponde al Tribunal delimitar las pretensiones con precisión con el fin de ordenar el proceso … La primera reclamación se refiere al resarcimiento de la* ***lesión de bienes individuales*** *que los legitimados activos reclaman por el resarcimiento de los daños a las personas y al patrimonio que sufren como consecuencia indirecta de la agresión al medio ambiente. …la segunda pretensión tiene por objeto la defensa de* ***un bien de incidencia colectiva*** *…*

47 Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallos 329:2316, sentencia del veinte (20) de junio de dos mil seis (2006). Mendoza Beatriz y otros c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental de Río Matanza – Riachuelo).

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 74 1/9/16 12:09

> *el que por su naturaleza jurídica* ***es de uso común, indivisible y está tutelado de una manera no disponible por las partes****, …*" (Causa "*Mendoza*", considerando 6).

Como consecuencia de la distinta naturaleza de las pretensiones involucradas, el máximo tribunal de justicia entendió que la pretensión vinculada a la recomposición del daño ambiental colectivo correspondía a la jurisdicción federal por tratarse de la contaminación de recursos ambientales interjurisdiccionales, y, en particular, a la competencia originaria de la CSJN. Por el contrario, con respecto a los reclamos relacionados a los daños individuales causados indirectamente por la contaminación ambiental la CSJN se declaró incompetente, señalando que dicha pretensión debía ser juzgada por la justicia ordinaria de primera instancia de la jurisdicción que se trate.

Con relación al daño ambiental colectivo existente en la Cuenca Matanza Riachuelo, y luego de solicitar informes a la Universidad de Buenos Aires y celebrar diversas audiencias públicas, con fecha 8/7/2008 la CSJN dictó sentencia en lo relativo a la recomposición y prevención de daños en la Cuenca, imponiendo un detallado y ambicioso Plan de Remediación, ordenando su ejecución a la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo (ACUMAR) y estableciendo la responsabilidad concurrente con relación a la ejecución de ese programa del Estado Nacional, del Estado de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

5.1.2 Causa "Assupa"[48]

En esta Causa, también emblemática, la Asociación actora inició una demanda reclamando la recomposición de daños ambientales colectivos que supuestamente habrían sido causados por la actividad hidrocarburífera en la Cuenca Hidrocarburífera Neuquina. Para ello demandó a todas las empresas petroleras que operan en Argentina y citó como terceros a las provincias de Buenos Aires, La Pampa, Mendoza, Neuquén y Río Negro.

La demanda estaba originalmente redactada en términos muy genéricos, y no identificaba el supuesto daño ambiental cuya recomposición pretendía.

48 Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallos 329:3493, sentencia del veintinueve (29) de agosto de dos mil seis (2006). Asociación de Superficiarios de la Patagonia c/Y.P.F. S.A. y otros s/daño ambiental.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 75 1/9/16 12:09

Por ello, las demandadas interpusieron la excepción de defecto legal la cual fue acogida por la CSJN. Así, el Tribunal en una Resolución de fecha 29/8/2006 (resuelta por 4 votos contra 3), al hacer lugar a la referida excepción, adoptó importantes definiciones que moldean el proceso ambiental; a saber:

a) La CSJN no acepta demandas por recomposición del ambiente colectivo, que sean genéricas

> *"...la sola lectura del escrito de demanda es suficientemente demostrativa de las deficiencias en que se ha incurrido en su elaboración, en la medida en que la generalidad de sus términos hace extensible la pretensión a toda alteración del medio ambiente eventualmente producida en la denominada "Cuenca Neuquina"…, con total indiferencia por precisar la causa fuente del daño, o la pluralidad de ellas, por individualizar a los agentes productores de éste, por diferenciar la aportación de cada uno de ellos en el proceso causal del deterioro que se invoca resultante y, en su caso, la gravedad de la alteración postulada* ("Assupa. Cons.15).
>
> *"Que la tutela de derechos supraindividuales o colectivos incorporada como garantía*
> *de raigambre constitucional e infraconstitucional, en nada excluye ni retacea la exigencia de exponer cómo tales derechos han sido lesionados por una conducta antijurídica, en qué consistiría esa actividad o esas omisiones, quién es el autor de ellas y cuál es el daño en concreto que se pretende reparar (ya sea por vía de la recomposición ambiental o de su indemnización) o el daño futuro que se desea legítimamente evitar; pero, en todos los casos, siempre ha de tratarse de un daño respecto del cual pueda predicarse que llena el recaudo de certidumbre"…*
>
> *"La actora ha omitido ... el relato circunstanciado de los presupuestos fácticos condicionantes de la atribución de responsabilidad que pretende..."* (Assupa. Cons.17).

b) Los "presupuestos fácticos esenciales" deben surgir de la demanda

En este caso, la actora pretendía que los supuestos daños que no identificaba en la demanda, "surgieran" de la prueba a producirse en la causa. La CSJN en este fallo explicó:

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 76 1/9/16 12:09

> "*Los hechos esenciales de la relación jurídica invocada deben describirse en la demanda, ya que respecto de los mismos ... el juez no puede sustituir la actividad de la parte, ni resultar de la prueba a producirse*" (Assupa. Cons.18)
> "*...Para los sistemas procesales como el nuestro no es admisible la "integración del hecho" en otro momento procesal que no sea la demanda*" (Assupa. Cons.18).
> …" *Que no obstan a tal conclusión las características especiales que presenta un "proceso complejo" como el que se persigue substanciar en el sub lite, el interés público comprometido, la naturaleza del daño ambiental, la dificultad probatoria del nexo adecuado de causalidad entre el hecho o conjunto de hechos contaminantes y el eventual daño, ni el criterio que deberá adoptar este Tribunal para evaluar la prueba, circunstancias señaladas por la actora y receptadas unánimemente por la doctrina, y que evaluará el juzgador en la etapa procesal oportuna*." (Ver Assupa Cons. 19).

c) Las garantías de defensa en juicio y debido proceso en causas "ambientales"

En otra parte del fallo, la CSJN señala claramente que la singularidad de los procesos ambientales no faculta a desconocer la garantía de defensa en juicio y el principio de congruencia. Así, señaló:

> "*Que si bien no puede desconocerse que en asuntos concernientes a la tutela del daño ambiental, las reglas procesales deben ser interpretadas con un criterio amplio que, sin trascender el límite de su propia lógica, ponga el acento en su carácter meramente instrumental de medio a fin, que en esos casos se presenta una revalorización de las atribuciones del tribunal al contar con poderes que exceden la tradicional versión del juez espectador, y que un examen cerradamente literal de las normas rituales previstas para el clásico proceso adversarial de índole intersubjetivo sería frustratorio de los intereses superiores en juego, esos apropiados criterios hermenéuticos no pueden, por un lado, entronizarse en una fuente de naturaleza superior que autorice a privar al demandado de ejercer apropiadamente su garantía de defensa, y por su intermedio, el de tutelar derechos amparados por otras cláusulas constitucionales, tan merecedoras de protección como los invocados por la demandante. Y por el otro y con una trascendencia de pareja significación, que mediante el incumplimiento de reglas procesales que, como el principio de congruencia, están amalgamadas con el debido proceso, se impida al órgano judicial dictar un pronunciamiento fundado, expreso, positivo y preciso sobre todas y cada una de las cuestiones introducidas por la actora y de las defensas articuladas*

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 77 1/9/16 12:09

> *por el demandado, declarando el derecho de los litigantes y condenando o absolviendo a las partes (Arts. 34, inc. 4º, y 163, inc. 6º, del código de rito).*" (Considerando 23).

Con posterioridad a esta Resolución, la parte actora adaptó el escrito de demanda, por lo que la causa siguió adelante, sin contar a la fecha con sentencia definitiva.

Sin perjuicio de ello, las definiciones de la CSJN en el pronunciamiento que hemos reseñado, han servido de base para modelar las demandas que tienen por objeto reclamar la recomposición de daños ambientales de incidencia colectiva.

5.2 Principio Precautorio. Causa "*Dino Salas*"[49]

A partir de la sanción de la Ley General del Ambiente (Ley n. 25.675), Argentina incorporó como uno de los principios de su política ambiental el principio precautorio. En la causa "Dino Salas" un grupo de personas, comunidades y asociaciones iniciaron una demanda contra la Provincia de Salta y el Estado Nacional a fin de que se dispusiera el cese de los desmontes y talas indiscriminadas de bosques nativos en ciertos departamentos de la Provincia de Salta. La CSJN dispuso cautelarmente suspender todas las autorizaciones de tala y desmonte otorgadas por la Provincia de Salta y fundó dicha medida en el principio precautorio contemplado en la Ley General del Ambiente n. 25.675 que en su artículo 4º dispone que

> "*…cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente*."

La CSJN reprocha a la autoridad provincial la falta de información suficiente para otorgar las referidas autorizaciones, lo que implica un desconocimiento de los efectos que las mismas pudieran causar sobre el ambiente y el peligro de un daño ambiental irreversible. Así pues, interpreta que el principio precautorio impone al funcionario actuante una obligación

49 Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallos 332:663, sentencia del veintiséis (26) de marzo de dos mil nueve (2009). Salas, Dino y otros c/Salta, Provincia de y Estado Nacional s/amparo.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 78 1/9/16 12:09

de "*…previsión extendida y anticipatoria a cargo del funcionario público…*" que implique conocer acabadamente el efecto que pueden producir las medidas que adopte y, a fin de cuentas, prevenir los daños antes que los mismos se manifiestan o, por consiguiente, evitar tener que actuar una vez que los mismos ya se hubieran manifestado.

En este sentido, sostuvo que la aplicación del principio precautorio no implica detener el desarrollo en pos de la tutela del ambiente, sino que por el contrario, lo que se intenta es armonizarlos mediante la adopción de "*un juicio de ponderación razonable*", ya que la tutela del ambiente… "*no significa detener el progreso, sino hacerlo más perdurable en el tiempo de modo que puedan disfrutarlo las generaciones futuras*".

5.3 Necesidad de que exista "caso": Causa "*INVAP*"[50]

Otro requisito elemental para la procedencia de una acción ambiental colectiva es la existencia de un "caso" o "controversia". Este requisito no resulta exclusivo de este tipo de procesos, sino que es producto de la regla en la cual se basa el sistema judicial argentino. En efecto, en la Argentina no se admite la denominada "acción popular" mediante la cual se podría demandar ante los tribunales cualquier conducta u omisión en defensa de la mera legalidad. Por el contrario, desde sus primeros pronunciamientos, la CSJN ha dejado claro que no compete a los jueces hacer declaraciones generales o abstractas, sino decidir colisiones efectivas de derechos[51].

En este caso, el actor demandó la nulidad de un convenio firmado entre la entidad demandada y ANSTO (Australian Nuclear Sciencie & Technology) por cuanto sostenía que a través del mismo se ingresarían al país residuos y desechos radioactivos.

La CSJN rechazó la acción intentada fundándose en la ausencia de caso, toda vez que sostuvo que la tutela del ambiente no es abstracta, sino que debe efectuarse en la medida que exista una controversia entre las partes. A mayor abundamiento, entendió que el actor no acreditó que los residuos que even-

50 Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallos 333:570, sentencia del cuatro (4) de mayo de dos mil diez (2010). Schröder, Juan c/INVAP S. E. y E. N. s/amparo.

51 Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallos 2:253, sentencia del año mil ochocientos sesenta y cinco (1865). Perez, José Roque en representación de la Provincia de Mendoza.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 79 1/9/16 12:09

tualmente ingresarían al país resultaran residuos radioactivos y, por lo demás, tampoco resulta posible declarar la inconstitucionalidad de una intención.

Por último, excluyó la posibilidad de aplicar al caso el principio precautorio, toda vez que no existía prueba de "*…la existencia de un peligro de daño grave o irreversible…*".

5.4. Función del Juez y reglas procesales en causas ambientales

La Ley General del Ambiente n. 25.675 (2002), otorga amplias facultades a los jueces en los procesos ambientales. En efecto, el art. 32 de la citada Ley prevé… "*El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general.*"

Por ello, la actuación del Juez en causas ambientales es objeto de debates doctrinarios y distintas posturas por parte de los propios magistrados. En este sentido, reseñamos a continuación un fallo del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Neuquén del año 2003 (Causa "Lillio"), que es ilustrativo de la cuestión en debate, ya que fue resuelta por el voto de 3 magistrados contra 2, con dos posturas muy bien fundadas.

Asimismo, y a continuación reseñamos lo resuelto en este sentido por la CSJN en un fallo de 2010, que reitera lo ya expuesto por el Tribunal sobre la cuestión en el precedente "Assupa".

5.4.1 Causa Lillio (2003). Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Neuquén

- "Existe un mandato constitucional en cabeza de la Magistratura que resulta insoslayable (Art. 41...las autoridades proveerán a la protección de este derecho); Por lo tanto a todos los jueces les incumbe cumplir con el mandato de la protección ambiental haciendo cesar o restableciendo los efectos degradantes de las actividades investigadas frente al inactivismo del poder administrador. Y ello aún cuando las partes no lo soliciten o lo hagan deficientemente en sus concretas peticiones".

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 80 1/9/16 12:09

- "El derecho ambiental ... requiere justamente de una participación activa de la judicatura ..." (Causa "Lillio" STJ de NqN 30/12/2003, voto de la minoría)

- "Las intervenciones oficiosas que procuran conducir el litigio apartándose del objeto de la litis o ampliando su alcance subjetivo convierten a la actuación del magistrado y a la sentencia que se dicte en consecuencia en incongruente…. al sobredimensionarse las facultades propias de los jueces la actuación de aquéllos se vuelve incongruente con el dibujo constitucional del debido proceso, pretextando actuar en defensa de un interés de linaje constitucional, como es la protección del medio ambiente, pero, sin dudas, a costa de otro derecho no menos importante, y a mi entender de mayor jerarquía, cual es el de la defensa en juicio" Causa "Lillio" STJ de NqN 30/12/2003, voto de la mayoría.

5.4.2 Causa "Asociación Multisectorial"[52]

En el caso bajo análisis, que data del 26/5/2010, si bien la mayoría del tribunal decidió no hacer lugar al recurso extraordinario intentado por el actor por cuanto el mismo no se dirigía contra una sentencia definitiva[53] es interesante destacar tanto el voto del Dr. Lorenzetti como la disidencia de los Ministros Fayt, Maqueda y Zaffaroni por cuanto definen los alcances de las facultades de los jueces en este tipo de procesos.

Por un lado, los ministros que votan en disidencia ponen de resalto las amplias facultades que el artículo 32 de la Ley General del Ambiente n. 25.675 le otorga a los jueces "*…para disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general…*" por lo que

> "*…en cualquier estado del proceso, aun como carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, que el juez también podrá dispo-*

52 Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallos 333:748, sentencia del veintiséis (26) de mayo de dos mil diez (2010). Asociación Multisectorial del Sur en Defensa del Desarrollo Sustentable c/ Comisión Nacional de Energía Atómica.

53 La exigencia de una sentencia definitiva o asimilable a ella es uno de los recaudos establecidos en el artículo 14 de la Ley n. 48 para la procedencia del recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 81 1/9/16 12:09

> *ner sin petición de parte, aun sin audiencia de la parte contraria, prestándose debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse*".

En esta inteligencia, la disidencia consideró que ante el peligro de un daño grave e irreversible correspondía aplicar el principio precautorio, ya que "*…la ausencia de información no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en razón de los costos, para impedir la degradación del ambiente.*"

Por el contrario, la mayoría, hizo hincapié en la imposibilidad de transformar una acción meramente declarativa en otra acción. Así, definieron:

> "*7) Que los jueces tienen amplias facultades en cuanto a la protección del ambiente y pueden ordenar el curso del proceso, e incluso darle trámite ordinario a un amparo (causa "Asociación de Superficiarios de la Patagonia c/ Y.P.F. S.A. y otros, Fallos: 327:2967) o bien dividir las pretensiones a fin de lograr una efectiva y rápida satisfacción en materia de prevención ("Mendoza", Fallos: 329:2316).* ***El límite de estas facultades está dado por el respeto al debido proceso, porque los magistrados no pueden modificar el objeto de la pretensión examinando un tipo de acción como si se tratara de otro distinto. Ello es lo que ocurriría si en lugar de resolver sobre la falta de certeza se hiciera un análisis del riesgo ambiental y se dispusieran medidas excediendo totalmente el marco legal de la acción***."

Como se advierte, la CSJN reconoce las amplias facultades que la Ley otorga a los jueces en "procesos ambientales", pero también pone de resalto la imposibilidad de que los jueces, por vía de intervenciones de oficio "modifiquen el objeto de la pretensión".

Este es un aporte muy valioso de la CSJN, que define los contornos de la actuación judicial en estos procesos ambientales, resultando clara la necesidad de un juez activo, pero siempre imparcial y respetuoso del debido proceso.

6. PRINCIPALES PROBLEMAS AMBIENTALES. ASPECTOS JURÍDICOS

En este capítulo se hace referencia a algunos de los problemas ambientales más relevantes del país y el abordaje jurídico de los mismos. En este sentido cabe mencionar, que la contaminación de las cuencas hídricas compartidas por

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 82 1/9/16 12:09

más de una jurisdicción es uno de los problemas más significativos. Resultan casos emblemáticos de esta situación, los de la contaminación de la Cuenca del río Matanza-Riachuelo, y de la Cuenca del río Salí-Dulce. Nos referiremos al caso de la Cuenca Matanza Riachuelo a continuación.

Otros problemas ambientales significativos, a los que haremos mención, son la gestión y eliminación de los PCBs, los aspectos ambientales de la explotación minera y de los hidrocarburos no convencionales, y las medidas de prevención a considerar en la aplicación de agroquímicos.

6.1 La contaminación de la Cuenca Matanza Riachuelo. Marco normativo y causa "Mendoza"

La Cuenca hídrica del río Matanza Riachuelo involucra la jurisdicción del Gobierno Nacional, de la Provincia de Buenos Aires, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y 14 municipios. El problema de la contaminación de dicha Cuenca es de muy larga data y se carecía de políticas y planes coordinados por parte de las referidas jurisdicciones para encarar el saneamiento de la misma.

Ahora bien, a partir de la demanda judicial iniciada por ante la Corte Suprema de la Nación, reclamando la recomposición ambiental de la referida Cuenca, y con motivo de las audiencias públicas convocadas por el Supremo Tribunal de Justicia de la Nación en dicha causa judicial, el Congreso de la Nación dictó la Ley n. 26.168 (B.O. 5/12/2006) que crea la "Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo" (ACUMAR), como un Ente de derecho público interjurisdiccional, integrado por el Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires y la Ciudad de Buenos Aires.

A dicha Autoridad la Ley le atribuye amplias facultades de regulación, control y fomento respecto de las actividades industriales, la prestación de los servicios públicos y cualquier otra actividad con incidencia ambiental en la Cuenca, pudiendo intervenir en materia de prevención, saneamiento, recomposición y utilización racional de los recursos naturales.

Así, con fecha 8 de julio de 2008 la CSJN dictó sentencia en la mencionada Causa "Mendoza", imponiendo un ambicioso Programa de saneamiento de la referida Cuenca.

En la referida sentencia la CSJN asigna responsabilidad a los tres Estados demandados en la recomposición ambiental de la Cuenca, e impuso a la

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 83 1/9/16 12:09

Autoridad de Cuenca la obligación de ejecutar el Programa de saneamiento impuesto en la sentencia.

Así, desde la sentencia hasta la fecha, la CSJN periódicamente convoca audiencias públicas en las que la Autoridad de Cuenca debe informar el grado de avance con el Programa de saneamiento impuesto por la sentencia. Gracias a esta actuación judicial se han registrado avances en el saneamiento de la referida Cuenca.

6.2 Gestión de PCBs

Otro problema ambiental que cabe mencionar, es la relativa a la gestión de los transformadores eléctricos cuyos aceites se encontraban contaminados con PCBs, lo que había dado lugar a casos de contaminación, y la promoción de causas judiciales. Ello así, desde el Congreso de la Nación en el año 2002 se dictó un marco normativo específico para abordar esta cuestión.

En efecto, el Congreso sancionó la Ley n. 25.670, antes mencionada, que obligó a los poseedores de PCBs de todo el país a inscribirse en un registro que funcionaba en cada una de las jurisdicciones provinciales, y a presentar ante la referida autoridad local un programa de eliminación o descontaminación antes del año 2005.

Asimismo, dispuso que antes del año 2010 todos los aparatos que contengan PCBs, y que su poseedor quiera mantenerlos en operación, debía descontaminarlos a su exclusivo costo.

De este modo, entre el año 2002 y el año 2010 se descontaminaron los transformadores que contenían aceites con PCBs, y los que no pudieron o no resultaba viable su descontaminación fueron en general exportados para su eliminación en plantas habilitadas en el exterior como ya mencionamos *ut supra*.

6.3 Explotación minera y sus aspectos ambientales

En las últimas dos décadas se reanudaron e iniciaron importantes proyectos mineros en el país. Esta mayor actividad minera trajo aparejada importantes debates en torno a los principales impactos de esta actividad. Entre las principales objeciones que se han planteado cabe mencionar algunos

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 84 1/9/16 12:09

métodos de exploración y explotación, el uso de cianuro y otras sustancias peligrosas y el uso de agua y su potencial contaminación.

Esto llevó a que varias jurisdicciones provinciales dictaran normas prohibiendo el uso de cianuro en la explotación minera, y a que algunos proyectos no se concretaran por oposición de las comunidades locales (Ej: Caso de Minera el Desquite).

Otro motivo de tensión en esta actividad, es el relacionado a los proyectos actualmente en ejecución, y la nueva Ley de Glaciares. En este sentido, se encuentra en curso la concreción del inventario nacional de glaciares a fin de determinar con precisión la zona de glaciares y la zona periglacial, lo que debería arrojar certeza sobre esta cuestión.

Ahora bien, algunas de estas oposiciones fueron planteadas en el ámbito de la participación ciudadana previa a la aprobación de los EIA, mientras que en otros casos hubieron protestas que incluyeron cortes de rutas, lo que motivó la actuación de las fueras policiales.

Cabe tener presente que la regulación de la actividad minera corresponde al Congreso de la Nación que ha dictado el Código de Minería, que incluye un capítulo dedicado a las medidas de protección ambiental de la actividad. De hecho todas las etapas de la actividad minera requieren de un EIA previo y en la etapa de explotación el EIA debe ser actualizado en forma bianual. Asimismo, la Ley General del Ambiente prevé las consultas o audiencias públicas previas a la probación de un EIA. En consecuencia, es claro que existen las normas legales y las vías institucionales adecuadas para canalizar por las mismas las "tensiones" que pueda suscitar la actividad.

Por otra parte, la confección definitiva del inventario de glaciares proporcionará la certeza que esta actividad requiere.

6.4 Hidrocarburos no convencionales

Otra cuestión que recientemente ha suscitado especial interés, es lo atinente a la explotación de los hidrocarburos no convencionales. En este sentido cabe señalar que desde el año 1992 en adelante en Argentina existe normativa que regula específicamente los aspectos ambientales de la actividad de exploración y explotación petrolera. En efecto, se exigen EIAs previos a las tareas de sísmica, previos a la perforación de primer pozo exploratorio y previos

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 85 1/9/16 12:09

a la etapa de explotación de un yacimiento (Res. 105/92); también se regula la gestión de los residuos, del agua de producción, el venteo de gas y el abandono de pozos, entre otros aspectos.

Ahora bien, a partir del descubrimiento y de la posibilidad comercial de explotar formaciones no convencionales (la mas conocida en Argentina es la formación "Vaca Muerta"), se ha planteado y debatido sobre la necesidad o no de dictar normas complementarias que regulen específicamente los aspectos ambientales relacionados a la exploración y explotación de hidrocarburos no convencionales.

Como en otros países, la cuestión que mayor debate suscita es la relacionada a la "fractura hidráulica", necesaria para explotar reservorios no convencionales, y sus potenciales consecuencias ambientales.

En este sentido, la Provincia de Neuquén (en cuyo subsuelo se encuentra localizada la formación "Vaca Muerta"), ha tomado la delantera. Así, en el año 2012, dictó el Decreto n. 1.483/12 que establece normas y procedimientos para la exploración y explotación de reservorios no convencionales.

Los principales aspectos que regula esta norma son el informe ambiental previo, la prohibición de uso de agua subterránea con calidad apta para abastecimiento de poblaciones o irrigación, el tratamiento del agua de retorno, y las piletas de almacenamiento de agua, entre otros aspectos.

Si bien las Provincias detenten la potestad "concurrente" con la Nación de regular la protección del ambiente, la legislación hidrocarburífera es Nacional. Por ello, y sin perjuicio de la norma citada de la Provincia de Neuquén, actualmente existen diversos proyectos de Ley en el Congreso de la Nación tendientes a reglar específicamente la exploración y explotación de hidrocarburos no convencionales y sus impactos ambientales.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 86 1/9/16 12:09

REFERENCIAS

BADENI, Gregorio. Reforma Constitucional e Instituciones Políticas. Ad- Hoc, Ciudad de Buenos Aires, 1994.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Derecho ambiental. Fundamentación normativa. Ed. Abeledo Perrot, p. 143 y ss., Buenos Aires, Argentina, 1995.

CASSAGNE, Juan Carlos. "El amparo ambiental y la legitimación para accionar", en La Ley, 1997-A, 56.

_____. "De nuevo sobre la legitimación para accionar en el amparo". La Ley n. 1995-E, 469.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallos 333:570, sentencia del cuatro (4) de mayo de dos mil diez (2010). Schröder, Juan c/INVAP S. E. y E. N. s/amparo.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallos 2:253, sentencia del año mil ochocientos sesenta y cinco (1865). Perez, José Roque en representación de la Provincia de Mendoza.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallos 333:748, sentencia del veintiséis (26) de mayo de dos mil diez (2010). Asociación Multisectorial del Sur en Defensa del Desarrollo Sustentable c/ Comisión Nacional de Energía Atómica.

CSJN, Roca Magdalena c. Buenos Aires, Provincia de s/inconstitucionalidad, Mayo 16, 1995; ED, 164-725. Dicho criterio fue luego confirmado por el Alto Tribunal en los fallos "Verga Ángela y otros c. TAGSA s/ daños y perjuicios", Corte Suprema de Justicia de la Nación, 20/6/2006, Fallos 329:2280, DJ 16/8/2006, 1145.

JUSTE RUIZ, José. Derecho Internacional del Medio Ambiente. Madrid: McGraw-Hill, 1999.

GELLI, María Angélica. "La competencia de las provincias en materia ambiental". La Ley 1997-E.

LACIAR, Mirta Elisabeth. Informe Final. Contribución al desarrollo y fortalecimiento de las capacidades de organización institucional para el desarrollo

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 87 1/9/16 12:09

sustentable de la República Argentina, Programa Desarrollo Institucional Ambiental AR=0065/BID/SRNyAH, Componente Política Ambiental, Buenos Aires, julio de 1995.

MARTÍN MATEO, Ramón. Tratado de Derecho Ambiental, Tomo 1.

MONTEJANO, Bernardino. "Ecosofía la Morada del Hombre", artículo publicado en Ecología y Derecho, EDIUM, Mendoza, 1993.

QUIROGA LAVIÉ, Humberto; BENEDETTI, Ángel Miguel; CENCACELAYA, María de las Nieves. Derecho Constitucional Argentino. Tomo I. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2009.

QUIROGA LAVIÉ, Humberto. "El Estado ecológico de derecho en la Constitución Nacional". La Ley 1996-B, 950.

SAGÜÉS, Néstor P. "El amparo ambiental. Ley n. 25.675". La Ley n. 2.004-D, p. 1194.

TAWIL, Guido. "La cláusula ambiental de la constitución nacional", en Estudios sobre la reforma constitucional, obra colectiva dirigida por Juan Carlos Cassagne, Depalma, Buenos Aires, 1995.

WALSH, Juan Rodrigo; DI PAOLA, M. Eugenia, "El daño ambiental y la sustentabilidad", en Ambiente, derecho y sustentabilidad, obra colectiva con GONZÁLEZ ACOSTA, Gustavo; LÓPEZ, Hernán; ROVERE, Marta Brunilda; SABSAY, Daniel; RYAN, Daniel. LA LEY, Buenos Aires. Septiembre de 2000.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 88 1/9/16 12:09

DERECHO AMBIENTAL EN BOLIVIA[1]

Juan Lixmar Zoto Alvarado[2]

RESUMEN

La Constitución boliviana se configura a partir de un enfático respeto al ecosistema; es por ello que ostenta un lineamiento dirigido a la protección de la biodiversidad, reconoce que los orígenes de la sociedad boliviana están asentados en la naturaleza y por ello incluso asigna a la tierra un carácter maternal y sagrado. Determina como una de las finalidades del Estado otorgar protección y conservación al medio ambiente; de ahí que incorpora y considera al Derecho medioambiental como parte de los Derechos fundamentales garantizando su ejercicio y efectuando una conexitud entre medio ambiente, desarrollo social y económico. Bajo esas premisas, el presente trabajo está desarrollado para ofrecer al lector una visión panorámica contemporánea sobre el Derecho medioambiental en Bolivia; razón por la cual no nos detendremos a efectuar un análisis incisivo, ni a desarrollar grandes elucubraciones de carácter doctrinal; por el contrario, es nuestro propósito ser en lo posible claros y sintéticos, mostrando la lector las principales implicancias de

1 El presente trabajo, acorde a las directrices encomendadas, está desarrollado para ofrecer al lector una visión panorámica contemporánea sobre el Derecho medioambiental en Bolivia; razón por la cual no nos detendremos a efectuar un análisis incisivo, ni a desarrollar grandes elucubraciones de carácter doctrinal; por el contrario, es nuestro propósito ser en lo posible claros y sintéticos, mostrando sus principales implicancias en la legislación nacional y en algunos casos el desarrollo jurisprudencial que se dio en la materia. Para su redacción se ha seguido el "guion" ofrecido por el Director de la obra: Prof. José Eugenio Soriano García, al cual consigno mi admiración y especial agradecimiento por invitarnos a ser copartícipes en lo que nos corresponde en la redacción del presente documento.

2 El autor actualmente desempeña la función de Jefe Nacional de Dotación y Administración de Personal, en el Consejo de la Magistratura de Bolivia; habiéndose desempeñado también en otros cargos en entidades públicas y privadas. Entre otros títulos de postgrado, tiene el de Doctor en Derecho por la Universidad de Zaragoza de España, con especialidad en Derecho Administrativo por la Universidad de Roma "La Sapienza" de Italia. Es Docente de la Maestría en Derecho Administrativo en la Universidad Andina Simón Bolívar, y en postgrado en la Universidad Mayor de San Andrés en La Paz, Bolivia. Ha escrito diversos ensayos jurídicos sobre Derecho Administrativo y Contratación Pública.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 89 1/9/16 12:09

la legislación boliviana y en algunos casos el desarrollo jurisprudencial que se generó sobre la materia.

Palabras claves: Derecho medioambiental. Medio ambiente. Derecho fundamental. Madre Tierra.

INTRODUCCIÓN

El Derecho medioambiental manifestado en su vertiente jurídica a través de normas y disposiciones legales va teniendo una expresión cada vez mayor en Bolivia; sin embargo situación similar no se ha presentado en su vertiente intelectual y académica, sino hasta reciente tiempo en el que han sido menos que muchos los autores que han dado inicio a la teorización sobre éste Derecho fundamental[3].

El inicio del reconocimiento del Derecho medioambiental en Bolivia tuvo su origen en la adopción de conciencia respecto a la valía e importancia del medioambiente. Es sobre todo a partir de los años setenta del pasado siglo cuando factores bien identificados como el riesgo nuclear, la crisis del petróleo, el aumento de la población y con ella de la contaminación, los problemas ocasionados a causa de la damnificación efectuada a los recursos naturales demostrándose que estos son finitos y están en ingreso de un proceso de escases debido al proceso de deterioro progresivo de los elementos naturales; fueron los que permitieron entre otras cuestiones a ocupar un lugar relevante en el debate político, social, económico y por supuesto en el jurídico del país, logrando posteriormente que el sistema legislativo boliviano introduzca un número considerable de disposiciones que atañen a la preocupación por la protección del medio ambiente y a la promoción de un modelo de desarrollo sostenible, que han venido a cuestionar y "enverdecer" la manera tradicional de concebir la relación del hombre con el medio natural que le rodea[4].

3 Debemos señalar que gran parte de la teoría actual sobre temas ambientales del país, es impulsada por instituciones ambientalistas no gubernamentales dedicadas a promover el desarrollo ambiental y sostenible en Bolivia, tal es el caso de la Liga de Defensa del Medio Ambiente.

4 Si bien es cierto que la década de los años 1970 constituyó un hito fundamental en la evolución del Derecho medioambiental, ello no significa que hasta antes de este periodo se haya desconocido totalmente de un sistema de regulación ambiental nacional; la prueba de ello es que poco después de la independencia del Alto Perú -actualmente Bolivia-, el Libertador Simón Bolívar, emitió para Bolivia,

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 90 1/9/16 12:09

A. CONSTITUCIÓN CON JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y COMENTARIOS

El 7 de febrero de 2009 fue promulgada en la República de Bolivia[5] una nueva Constitución Política del Estado (Constitución)[6]; una de las más recientes, aunque no así lastimosamente una de las más modernas. Su elaboración, redacción, razonabilidad y forma con la que fue aprobada y posteriormente proclamada han suscitado grandes controversias en la sociedad boliviana, situación que incluso generó el amago civil de grandes enfrentamientos armados; no obstante ese contexto y de forma distinta a la esencia de las demás Constituciones de los países iberoamericanos, la Constitución boliviana de 2009 tiene su epicentro en dos hechos fundamentales que están correlacionados en la insostenibilidad de un modelo de crecimiento económico basado en la privatización, explotación y distribución de algunos recursos naturales no renovables[7].

El primero de los hechos mencionados es la denominada "Guerra del Agua de Cochabamba" (Enero – abril de 2000), constituida como un levantamiento popular ante el Gobierno y empresas transnacionales como consecuencia de

Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela una serie de disposiciones relacionadas a la conservación y cuidado del medio ambiente; entre ellas tenemos el Decreto de "Medidas de Conservación y Buen Uso de las Aguas" dictado en Chuquisaca, Bolivia, el 19 de diciembre de 1825; Decreto de "Repartimientos de tierras en Santa Cruz", dictado en Chuquisaca, Bolivia, el 14 de diciembre de 1825; Decreto de "Agricultura", dictado en Chuquisaca, Bolivia, el 17 de diciembre de 1825; Decreto de bosques referido a las "Medidas de Protección y Mejor Aprovechamiento de la Riqueza Forestal de la Nación", expedido en Guayaquil, Ecuador, el 31 de julio de 1829.

5 Mediante Decreto Supremo n. 48 de 18 de marzo de 2009 se dispone utilizar la denominación "Estado Plurinacional de Bolivia" para referirse al Estado boliviano; sin embargo, nosotros, nos limitamos a utilizar la acepción "República de Bolivia", porque es el único término que se registra en la Constitución.

6 Constitución Política del Estado, aprobada a través de Referéndum en fecha 25 de enero de 2009 y promulgada el 7 de febrero de 2009.

7 La Constitución boliviana de 2009 en su sentido originario proviene de una acumulación social derivada de grandes movilizaciones populares como la "Marcha por la tierra, el territorio y la dignidad del año 1992", la "Guerra del agua del año 2000", y el luctuoso "Octubre negro de 2003". Sobre el particular ARCE ZACONETA, Héctor Enrique: "Introducción". En VVAA: Congreso Constituyente. Del Texto constitucional de Oruro al Referéndum del 25 de enero de 2009 – Tomo V. Coordinador general Juan Carlos Pinto Quintanilla. Vicepresidencia del Estado Plurinacional. La Paz, 2011, p. 8- 9.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 91 1/9/16 12:09

la privatización de los servicios básicos de suministro de agua a la población[8]; mientras que el segundo hecho corresponde a la denominada "Guerra del Gas", que concierne a conflictos y levantamientos populares gestados en octubre de 2003 debido a la disconformidad de la población por la venta y exportación a precios infra devaluados (0,10 dólar por millar de pies cúbicos) de gas natural de Bolivia vía Chile a Estados Unidos de Norte América y México; sin que exista previamente una política de abastecimiento interno[9].

En perspectiva, tanto la Guerra del Agua del año 2000, pero especialmente la Guerra del Gas del año 2003, mostraron la vigencia de las luchas por la nacionalización de los recursos naturales, lo que se manifestó para 2004 en la convocatoria a un Referéndum vinculante sobre el gas[10], el establecimiento de una Asamblea Constituyente, y una reforma de la Ley de Hidrocarburos. En lo que nos respecta, la Asamblea Constituyente se encargó de la redacción y posteriormente de la aprobación orgánica de la nueva Constitución el 10 de diciembre de 2007 en la ciudad de Oruro, para posteriormente ser aprobada mediante Referéndum nacional el 25 de enero de 2009.

La Constitución se configura a partir de un enfático respeto al ecosistema; es por ello que ostenta un lineamiento dirigido a la protección de la biodiversidad; reconoce que los orígenes de la sociedad boliviana están asen-

8 La Guerra del Agua de Cochabamba (Enero – abril de 2000) es el nombre que se le otorgó a uno de los episodios clave en la historia de los levantamientos populares de Bolivia con víctimas mortales. Su detonante fue la privatización impulsada por el Banco Mundial del abastecimiento de agua potable municipal a la ciudad de Cochabamba, el mal servicio otorgado que no coincidía con el aumento de las tarifas que llegaban hasta un 200 por ciento, lo cual obligó a muchos padres de familia a fin de cubrir los gastos del suministro a reducir sus alimentos, retirar a sus hijos de las escuelas o a dejar de cubrir servicios médicos. Sobre el particular, se recomienda al lector interesado la obra de KRUSE, Thomas. "La 'Guerra del Agua' en Cochabamba, Bolivia: terrenos complejos, convergencias nuevas". En: Sindicatos y nuevos movimientos sociales en América Latina. Compilador: Enrique de la Garza Toledo. CLACSO, Buenos Aires, 2005, p. 121-161. Así también SHULTZ, Jim. "La guerra del agua en Cochabamba y sus secuelas". En: Desafiando la globalización. Historias de la experiencia boliviana. Editores Jim Shultz y Melissa Crane Draper. Ed. El Centro para la Democracia / Plural editores, La Paz, 2008, p. 17-51.

9 GAVALDÁ PALACÍN, Marc: "Los conflictos ambientales del gas boliviano". en VVAA. Iconos. Revista de Ciencias Sociales. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, n. 21, Quito, 2005, p. 57-66. Por otra parte, se sugiere también el artículo de ORNELAS, Raúl. "La guerra del gas: Cuarenta y cinco días de resistencia y un triunfo popular". En VVAA: Revista semestral Chiapas, n. 16, abril de 2004, p. 185-194.

10 Mediante el artículo 2 del Decreto Supremo n. 27.449 de 13 de abril de 2004, se convocó a la ciudadanía a un Referéndum vinculante sobre la política energética del país. El Referéndum se llevó a cabo el 18 de julio de 2004.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 92 1/9/16 12:09

tados en la naturaleza y por ello incluso asigna a la tierra un carácter maternal sagrado, de ello resulta que el primer párrafo de su Preámbulo manifieste:

> "En tiempos inmemoriales se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra amazonia, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros llanos y valles se cubrieron de verdores y flores. Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. Así conformamos nuestros pueblos, y jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde los funestos tiempos de la colonia".

Bajo este lineamiento la Constitución para lo que respecta el Derecho medioambiental no solo se abstrae en reseñar un listado nominal de derechos y garantías, tampoco se reduce a delimitar una estratificación de organismos y Poderes del Estado, sino que también revela un conjunto de principios, valores y fines jurídicos que vinculan a la sociedad y poderes públicos en pro de la biodiversidad y la naturaleza en general. En este sentido tanto el Preámbulo como el artículo 8 de la Constitución determinan la asunción y promoción por parte del Estado boliviano de algunos principios ético-morales en los que se sustenta, procurando para tal efecto el logro de respeto e igualdad entre todos sus habitantes, generando armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien en convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos, con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de la tierra boliviana.

Ahora bien, a diferencia de otras Constituciones de Iberoamérica –exceptuando la ecuatoriana-, los principios ético-morales a los que hacemos referencia tuvieron su origen en la sociedad prehispánica: "*ama qhilla, ama llulla, ama suwa* (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), *suma qamaña* (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), *teko kavi* (vida buena), *ivi maraei* (tierra sin mal) y *qhapaj ñan* (camino o vida noble)[11]. Los axiomas "*ama qhilla, ama llulla,* y *ama suwa*", constituyeron los principios medulares del Imperio Inca;

11 La letra en cursiva es nuestra. Los términos *ama qhilla, ama llulla, ama suwa,* y *qhapaj ñan*; son escritos en idioma Quechua; el término *Suma qamaña* está escrito en idioma Aymara; mientras que los términos ñandereko, teko kavi, i*vi maraei,* están escritas en idioma Guaraní.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 93 1/9/16 12:09

actualmente, sintetizan de manera extraordinaria el modelo de conducta que toda persona debe desplegar dentro del sistema plural de la sociedad boliviana y se constituyen contemporáneamente como los fundamentos esenciales sobre los que se yerguen los Códigos de ética de la Administración pública[12]. Del otro lado, los axiomas "*Suma qamaña*, Ñandereko, Teko kavi, I*vi maraei* y *Qhapaj ñan*" convergen centralmente en un equilibrio material y espiritual del individuo con la naturaleza, la existencia de una relación armoniosa, una paridad en la proporcionalidad del mismo ser con todas las formas de existencia (convivir – vivir bien); está basado en la vivencia en comunidad, hermandad y especialmente en complementariedad entre los seres humanos y la naturaleza como parte de un todo[13].

Es en base a los principios ético-morales enunciados, que la Constitución va establecer una serie de fines y funciones esenciales para con el Estado, destaca entre ellos el enunciado por el numeral 6 del artículo 9 de la Constitución, que regula sobre el fin del Estado para dar protección y conservación al medio ambiente, para luego transmutar ésta finalidad a un deber general con carácter extensivo a la sociedad en su conjunto, pues se incorpora al Derecho medioambiental junto con los demás Derechos fundamentales, se garantiza su ejercicio y se efectúa una conexitud entre el desarrollo social y económico con

12 Dentro de las vastos y uniformes criterios sociales referentes a estos tres postulados incaicos, destaca uno distinto en lo político y educacional; señala que estas normas de comportamiento social no solo deben concebirse como la prohibición de no ser ladrón, no ser mentiroso y no ser ocioso; sino que a estas norma se las debe interpretar en el contexto de un Estado totalitario, con un soberano a quien se le atribuía carácter divino y quien se beneficiaba de que se respetase el *status quo*: No mentir, por tanto, no utilizar estratagemas para escapar a su control; no robar, por ende, respetarle sus dominios aunque el súbdito sólo tuviese derecho de uso sobre bienes concedidos a condición de dar trabajo; y no dejar de trabajar, porque era la base de la generación del excedente en la cual se sustentaba el sistema de dominación al modo de una pirámide. BERNALES ALVARADO, Manuel. "¿PARA QUE EDUCAR? Reflexiones sobre desarrollo, Seguridad y Democracia desde la Cultura de Paz". Fundación Uruguay, SOS Natural. UNESCO. Montevideo, 2001. p. 14-15.

13 El *Suma Qamaña* tiene como uno de sus principios fundamentales, saber vivir en armonía y complementariedad con la Madre Tierra. "Los seres humanos somos una parte 'nomás' del cosmos, de la naturaleza, no somos el centro, sino simplemente una pequeñita parte. No nos toca buscar una vida armónica entre el ser humano y la naturaleza, ya que somos parte de la naturaleza, somos naturaleza". Sobre el particular CHOQUEHUANCA, David; SANTAMARÍA MAMANI, Ruzena Maribel. "Suma Qamaña: Vivir bien, no mejor, la sabiduría aymara". En: Argenpress Cultural. Disponible en <http://cultural.argenpress.info/2013/07/suma-qamana-vivir-bien-no-mejor-la.html> [en línea]. (Consultado 16/8/2013). Para el término Ñandereko, se sugiere la lectura de la Edición al cuidado de MEDINA, Javier. Ñande Reko. La comprensión guaraní de la Vida Buena. PADEP/GTZ. Ed. Quatro Hnos, 2. ed., La Paz, 2008.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 94 1/9/16 12:09

el Medio ambiente de manera que exista un aprovechamiento responsable y planificado de los recursos naturales, para impulsar su industrialización, a través del desarrollo y del fortalecimiento de la base productiva en sus diferentes dimensiones y niveles, así como la conservación del medio ambiente, para el bienestar de las generaciones actuales y futuras.

Según el precepto constitucional, subyacen dos criterios con los que la norma suprema configura al medio ambiente. El primero está relacionado a un medioambiente adecuado, sano y apto para un desarrollo humano óptimo que permita vivir bien y tener una buena vida armoniosa (Art. 8, par. I, art. 30, par. II, núm. 10 y especialmente el artículo 33 de la Constitución); mientras que el segundo propugna por un desarrollo económico plural a través de los recursos naturales, en base a un desarrollo productivo que se encuentre en armonía con el desarrollo sostenible (Art. 9, inc. 6, concordante con el art. 311, par. II, inc. 3 de la Constitución), concibiendo a este último como un modelo de crecimiento que satisfaga las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad solventar las necesidades de las generaciones futuras[14]. Todo esto supone ponderar en cada caso la importancia de la economía nacional, respecto a la explotación de los recursos naturales situación para nada anodina en la economía boliviana puesto que los principales ingresos económicos que registra el PIB nacional, están sujetos en muy alto grado de la explotación de recursos naturales no renovables.

Es necesario mencionar que los lineamientos antes referidos no tienen porque ser divergentes o incompatibles, sino todo lo contrario éstos resultan compatibles y son complementarios; es por ello que la legislación nacional emitida a partir de la promulgación de nuestra Constitución, tiene una vocación armoniosa, partiendo del fundamento que se debe hacer un uso racional de los recursos naturales, promoviendo y garantizando su aprovechamiento responsable y planificado, impulsando, para tal efecto, su industrialización a través del desarrollo y fortalecimiento de la base productiva

14 El criterio central está emitido en el libro "Nuestro Futuro Común" (nombre original del Informe Brundtland), elaborado por la Comisión Mundial Para el Medio Ambiente y el Desarrollo de la ONU, encabezada por la doctora noruega Gro Harlem Brundtland, presentado en 1987. Dicho documento señaló que debíamos dejar de ver al desarrollo y al ambiente como si fueran cuestiones separadas. El desarrollo deja de ser un problema exclusivo de los países que no lo tienen, no se trata de que los "pobres" siguieran el camino de los "ricos". La degradación ambiental es consecuencia tanto de la pobreza como de la industrialización. Disponible en <http://conspect.nl/pdf/Our_Common_Future-Brundtland_Report_1987.pdf> [en línea]. (Consultado 18/8/2013).

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 95 1/9/16 12:09

en sus diferentes dimensiones y niveles, así como la conservación del medio ambiente para el bienestar de las generaciones actuales y futuras (Art. 9, núm. 6 de la Constitución).

La declaración del medio ambiente como patrimonio común de la humanidad, genera la necesidad de determinar su protección jurídica tanto nacional como internacionalmente, situación que se complementa con la consideración que se le ha asignado de un Derecho fundamental de la persona y como un medio de acceso a un medioambiente apropiado, esto trae como lógica consecuencia, la necesidad de que el Estado lleve a cabo todas aquellas acciones susceptibles de asegurarle al hombre el goce efectivo de este nuevo derecho fundamental[15].

Los problemas de conservación del ecosistema y de la biodiversidad junto con su interacción con la actividad humana, representan actualmente para el Derecho aspectos de primordial orden; dada esa situación los problemas que representan no se abstraen a la indiferencia del Derecho administrativo, Derecho penal y Derecho internacional, empero tampoco son ajenos a los Derechos humanos, dada la situación que las condiciones medioambientales van a afectar de forma fundamental y directa la vida cotidiana de las personas, como también del disfrute y titularidad de sus derechos. La íntima vinculación del medio ambiente con el nivel de vida en general, hace de este derecho una condición *sine qua non* del disfrute y ejercicio de los demás derechos; por lo tanto nos encontramos, ante un derecho humano emergente de primera magnitud (Art. 3 de la Declaración de Derechos Humanos Emergentes). Especial atención merece la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, cuyo artículo 25 establece que "toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar", este reconocimiento expresa de forma más o menos clara el derecho al goce de un ambiente de calidad para el desarrollo de la persona. Pero, independientemente de la interpretación que se haga de ese documento, éste, como toda declaración, no constituye ningún derecho sino simplemente una declaración de derechos preexistentes; en tal sentido constituyendo el Derecho

15 Sobre el particular RAÑA ARANA, Walter Alfredo. "Constitucionalización del Derecho al medio ambiente. Un aporte a la asamblea constituyente", p. 2. Disponible en <http://www.tribunalconstitucional.gob.bo/descargas/articulos/CDMA_WRA.pdf> [en línea]. (Consultado 2/4/2013).

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 96 1/9/16 12:09

al Ambiente innato a la esencia de la persona, la situación que expresamente no haya sido consagrado de manera textual en dicha declaración no significa que no se reconociera su jerarquía de derecho fundamental[16].

No obstante de lo indicado, debemos mencionar que nuestra norma suprema regula y reconoce un sistema de garantías y Derechos fundamentales regulados en su Título II, cuyo contenido incluye un Capítulo Quinto que sistematiza el régimen de los Derechos sociales y económicos, dentro el cual se preceptúa un artículo 33 que reconoce el Derecho de las personas a un medio ambiente sano protegido y equilibrado. Este Derecho, posteriormente, ante la infracción o su desconocimiento, encuentra apoyo para el ejercicio de acciones legales para su reparación; es debido a esta circunstancia que el Estado garantiza, conforme lo prescrito por los artículos 14, parágrafo III, concordante con los artículos 34 y 135 de la Constitución, a cualquier sujeto ya sea a título personal o en representación de una colectividad, la facultad para ejercitar las acciones legales en defensa del derecho al medio ambiente, sin perjuicio de la obligación de las instituciones públicas de actuar de oficio frente a los atentados contra el medio ambiente.

De lo referido se trata pues, como no puede ser de otra manera, que el medio ambiente constituye un bien jurídicamente protegido que reviste incluso especial preponderancia ya que la Constitución le ha asignado a uno de sus componentes el carácter sagrado, de ello resulta que el medio ambiente a decir de la Sentencia Constitucional n. 176/2012 de 14 de mayo de 2012 (Expediente: 00053-2012-01-AP) es un Derecho de interés colectivo que es objeto de protección constitucional, razón por la cual se debe permitir la exigencia de su satisfacción o su defensa.

En base a la norma y ese lineamiento jurisprudencial, se puede afirmar que para el sistema jurídico de Bolivia existe un Derecho subjetivo al medio ambiente[17], situación que ha sido reconocida por la Sentencia Constitucional

16 Los instrumentos jurídicos que manejamos, las constituciones, las leyes, los convenios internacionales son fruto de su época y de la coyuntura que se atravesaba en ese periodo, cada uno refleja las aspiraciones y los problemas de su momento específico. Es por ello que la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 no perfiló de manera textual el Derecho al medio ambiento, pues es de entender que los problemas atingentes y primordiales para aquella época era la reorganización de países destruidos y el interdicción en la formación de nuevas Guerras.

17 Hacemos mención de ésta situación, puesto que para algún sector de la doctrina, en particular para la Española, aún no ha quedado clarificada la existencia de un derecho subjetivo al medio ambiente; basándose en que la situación jurídica de una persona respecto del medio ambiente debe encuadrarse

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 97 1/9/16 12:09

Plurinacional n. 0462/2012 de 4 de julio de 2012 (Expediente: 00685-2012-02-AP) al interpretar el deber que tiene el Estado de promover, proteger y respetar el Derecho del medio ambiente, garantizando a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio de los mismos, y para hacerlos efectivos, ha recalcado que además de la Acción de Amparo Constitucional (antes instituida como "Recurso de Amparo Constitucional") así como otras acciones de defensa, está la "Acción Popular".

La Acción Popular, a decir de los artículos 135 y 136 de la Constitución, procede contra todo acto u omisión de las autoridades o personas individuales y colectivas que violen o amenacen con violar derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad pública, el medio ambiente y otros de similar naturaleza reconocidos por la Constitución. La Acción Popular podrá interponerse durante el tiempo que subsista la vulneración o la amenaza a los derechos e intereses colectivos; para interponer esta acción no será necesario agotar la vía judicial o administrativa que pueda existir, incluso podrá interponerla cualquier persona, a título individual o en representación de una colectividad y, con carácter obligatorio el Ministerio Público y el Defensor del Pueblo, cuando por el ejercicio de sus funciones tengan conocimiento de estos actos.

De otro lado, en cuanto refiere el nexo del medio ambiente con los Derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, la Constitución a través de su artículo 30, parágrafo II, numerales 7 y 10, otorga a los pueblos indígena originario campesinos el derecho proteger sus lugares sagrados y a vivir en un medio ambiente sano, con manejo y aprovechamiento adecuado de los ecosistemas. Este derecho halla su complemento en el numeral 15 del mismo artículo y parágrafo, a través del cual la Constitución determina que las naciones y pueblos indígena originario campesinos tienen derecho

---

en el concepto de un interés difuso, el cual está caracterizado por la imprecisión subjetiva, objetiva y formal, y que encuentra su protección en otros institutos. De aquí se derivaría que el derecho al medio ambiente que está establecido en el artículo 45 de su Constitución no puede exigirse ni invocarse directamente ante los Tribunales, sino de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen, como tampoco le serán aplicables las garantías que benefician a los derechos o libertades señaladas en su Constitución. Vid. sobre el particular a DE MIGUEL PERALES, Carlos. "Derecho español del medio ambiente". Civitas. Pamplona, 2009, p. 95-99. Por otra: NAVARRO MENDIZABAL, Iñigo. "El Derecho a un medioambiente adecuado, ¿Es un Derecho?". En VVAA: Desafíos actuales de los Derechos humanos: El derecho al medio ambiente y sus implicaciones. Editores José Luis Reyes Pérez, María Eugenia Rodríguez Palop e Ignacio Campo Cervera. Dykinson. Madrid, 2009, p. 63-69.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 98 1/9/16 12:09

"A ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan"[18].

B. TRATADOS INTERNACIONALES FIRMADOS POR CADA PAÍS CON SUS COMENTARIOS

Hemos referido hasta aquí los principales aspectos que contempla la Constitución con relación al derecho interno del medio ambiente. Conviene reflexionar ahora acerca de las relaciones multilaterales que sustenta el Estado de Bolivia con otros Estados u organismos internacionales en pro de la tutela y desarrollo del medio ambiente. Enunciamos para adelante aquellos que constituyen a nuestro entender los más incidentes.

El artículo 410, parágrafo II de nuestra Constitución, otorga a los Tratados internacionales una jerarquía inferior respecto de la propia Constitución, pero a la vez una mayor con respecto de las Leyes. El bloque de constitucionalidad boliviano se encuentra integrado por Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país; no obstante el artículo 13 parágrafo IV determina que "Los tratados y convenios internacionales ratificados por la asamblea Legislativa Plurinacional, que reconoce los Derechos Humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno.

18 Uno de los derechos consagrados por el Convenio 169 de la OIT, es el derecho de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados sobre la existencia o no de perjuicio a sus intereses por la explotación de los recursos naturales existentes en sus tierras, en países en los cuales, como en Bolivia, la propiedad de los minerales e hidrocarburos pertenece al Estado, así a tiempo de consagrar dicho derecho, las normas del art. 15.2 del Convenio 169 de la OIT disponen lo siguiente: "En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a Consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades".

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 99 1/9/16 12:09

Los derechos y deberes consagrados en la constitución se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia".

Cabe indicar en línea de lo mencionado que dentro del dentro del sistema diseñado por la Constitución, a decir de la jurisprudencia nacional sentada en la Sentencia Constitucional n. 1.907/2011-R de 7 de noviembre de 2011 (Expediente 2009-20768-42-AL) se establece el reconocimiento del bloque de constitucionalidad y los tratados y otros instrumentos internacionales con rango de subconstitucional y supra legal, entre ellos la Convención Americana sobre Derechos Humanos; empero a partir del principio de favorabilidad, la propia ley fundamental prevé la posible supra constitucionalidad de algunos instrumentos del derecho internacional cuando sus normas sean más favorables para el ser humano. En esta perspectiva progresista Bolivia ha suscrito y ratificado el Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana de Derechos Humanos el 11 de febrero de l993 mediante Ley n. 1.430 y en tanto Estado parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce también a la Corte Interamericana de Derechos Humanos como el interprete de este instrumento regional; de ahí que el Tribunal Constitucional como órgano encargado de la defensa de los derechos humanos el control de constitucionalidad y competencial realiza también entre sus labores el control de convencionalidad resguardando la compatibilidad del sistema normativo interno con el bloque de constitucionalidad integrado formalmente al plexo normativo boliviano.

Partiendo de esta base, debemos señalar que uno de los hitos fundamentales en la prosecución y formación del Derecho internacional medioambiental se sitúa en torno a la "Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente" (Conferencia de Estocolmo de 1972 del 5 al 16 de junio), con la participación de Bolivia[19]. La Conferencia afirmó como primer principio, que el hombre tiene derecho fundamental a la libertad, igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger

19 La República de Bolivia participó en la Conferencia junto con los representantes de otros 112 Estados, invitados de conformidad con la Resolución n. 2850 (XXVI) de la Asamblea General. NACIONES UNIDAS. "Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente. Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972". Disponible en: <http://www.dipublico.com.ar/conferencias/mediohmano/A-CONF.48-14-REV.1.pdf> [en línea]. (Consultado 23/8/2013).

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 100 1/9/16 12:09

y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras. De otra parte su principio 21 desarrolla el fundamento sobre el derecho soberano que tiene un Estado para explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental, pero con la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados[20]; parece ser que este es la base o el fundamento que ha encontrado el Derecho medioambiental de Bolivia para emitir su política respecto al aprovechamiento de sus recursos naturales, puesto que el artículo 3 de la Ley del medio ambiente n. 1.333 de 27 de abril de 1992, establece al medio ambiente y a los recursos naturales como parte del patrimonio de la Nación, y declara que su protección como su aprovechamiento se encuentran regidos por la Ley y son de orden público.

Así pues la Conferencia de Estocolmo, por el grado de consenso internacional que ha generado y por la profundidad de sus conceptos, se ha convertido en el instrumento jurídico no vinculante más importante del Derecho medioambiental ya que los Estados han introducido en sus ordenamientos jurídicos las recomendaciones y los principios establecidos en ella; ha generado sin embargo por el otro lado, haciendo un análisis introspectivo sobre la situación económica que atravesaba la República de Bolivia y también de otros países con economía emergente para aquel tiempo (1972), una especie de acusación, puesto que los resultados de la Conferencia, aducen o parecen aducir que el causante de los males ecológicos hasta aquel tiempo era generado por el subdesarrollo de los países económicamente débiles; empero sin cuestionar a profundidad las causas sobre esa situación; así por ejemplo el numeral 4 de la Proclama de Estocolmo, expresa: "En los países en desarrollo, la mayoría de los problemas ambientales están motivados por el subdesarrollo".

Otra convención internacional que por su importancia no puede dejar de ser mencionada es la "Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo" (Declaración de Río), que se constituyó en una propuesta de las Naciones Unidas para promover el desarrollo sostenible; tuvo su aprobación en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el

20 La declaración de Estocolmo dedica el resto de los 23 principios básicamente al contenido sobre el cual se va a desarrollar el Derecho del medio ambiente, no preceptúa ningún contenido subjetivo, sino únicamente se ponen de manifiesto todos los deberes esenciales que supone la realización de este Derecho humano. Sobre éste particular, vid. a SIMÓN YARZA, Fernando. Medio ambiente y derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos Constitucionales. Madrid, 2012, p. 26.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 101 1/9/16 12:09

Desarrollo, que se efectuó en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992. La Declaración de Río, se constituyó como un conjunto de principios sin fuerza jurídicamente vinculante que busca reafirmar y ratificar los postulados de la Convención de Estocolmo, pero de forma peculiar el objetivo de la Conferencia fue lograr un equilibrio entre las necesidades económicas, sociales y ambientales de las generaciones presentes y futuras; sentar las bases para una asociación mundial entre los países desarrollados y los países en desarrollo; reconociendo el Derecho de los seres humanos a una vida saludable y productiva con armonía con la naturaleza, así como el Derecho soberano de los Estados para aprovechar sus recursos naturales, haciendo explícita la responsabilidad de los mismos, velando por la conservación del medio ambiente. En el marco de este objetivo, se generaron logros significativos en materia de protección ambiental: la Convención sobre la Diversidad Biológica, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, la Convención de La Naciones Unidas De Lucha Contra La Desertificación y la Sequía.

El Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB) suscrito por el Gobierno de Bolivia el 10 de junio de 1992, en ocasión de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo; ha previsto como objetivos centrales la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, mediante -entre otras cosas- de un acceso adecuado a esos recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre esos recursos y a esas tecnologías, así como mediante una financiación apropiada (Art. 1 del CDB). Si bien el CDB fue establecido en junio de 1992, su vigencia para Bolivia se da en 1994 año en el cual se promulga la Ley n. 1.580 de 25 de julio de 1994, fecha en la cual el Congreso boliviano aprueba y lo ratifica. Cabe mencionar también que el CDB ha constituido una fuente directa para la emisión de la Ley del Medio Ambiente boliviano y por supuesto de sus principales políticas ambientales (Título II, Capítulo I De la Política ambiental); es en este sentido que el numeral 3 del artículo 5 de la Ley del Medio Ambiente, enfatiza sobre la promoción de la conservación de la diversidad biológica garantizando el mantenimiento y la permanencia de los diversos ecosistemas del país, buscando evitar aquellas actividades y/o factores susceptibles de degradar el medio ambiente; cuando excedan los límites permisibles.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 102 1/9/16 12:09

Otra acuerdo internacional con representación de Bolivia, fue la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (UNFCCC, por sus siglas en inglés) con la participación 194 estados, fue adoptada en Nueva York el 9 de mayo de 1992 y entró en vigor desde el 21 de marzo de 1994; es un acuerdo internacional cuyo objetivo, conforme destaca su artículo 2 es lograr la "estabilización de la concentración de gases de efecto invernadero a un nivel que impida interferencias antropogénicas peligrosas en el sistema climático"[21]. La UNFCCC, se constituyó un convenio jurídicamente vinculante para Bolivia cuya participación empezó a surtir efectos a partir de la emisión de la Ley n. 1.576 de 25 de julio de 1994, por la que se aprueba y ratifica la adhesión de Bolivia el 10 de junio de 1992.

La Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los países afectados por sequía grave o desertificación, en particular en África (CLD), fue aprobada el 17 de junio de 1994 en París, con el consenso de más de un centenar de países, y se abrió a la firma en octubre de ese año, empero entró en vigor el 26 de diciembre de 1996. Bolivia fue uno de los primeros países en firmar la Convención y el segundo país en América Latina en ratificar la misma a través de la Ley n. 1.688 de 27 de marzo de 1996. La premura se debió a que nuestro país se encuentra entre los países más afectados por la desertificación, contándose con aproximadamente un 41 % de su territorio afectado por este fenómeno. Debido a la gravedad de esta temática, el Estado boliviano dentro de sus prioridades de política medio ambiental y de gestión de los recursos naturales, ha incluido consideraciones sobre desertificación en las estrategias, políticas, planes y programas nacionales, regionales, departamentales y municipales, entre estos podemos citar la Estrategia de Transformación Tecnológica del Agro, los Planes de Desarrollo Departamental, los Planes de Uso del Suelo en los Departamentos afectados por este fenómeno y programas específicos, tales como el Programa Nacional de Cambios Climáticos, el Programa Nacional de Riego, el Programa Nacional de Emergencia, Fenómeno Corriente "El Niño", y otros de carácter regional[22].

---

21 Por cambio climático se entiende un cambio de clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural del clima observada durante períodos de tiempo comparables (Art. 1 inciso 2 del UNFCCC,).

22 Vid. para todo el "Informe del Gobierno de Bolivia implementación de la Convención de las Naciones Unidas de lucha contra la desertificación", elaborado por el MINISTERIO DE DESARROLLO SOSTENIBLE Y PLANIFICACIÓN. VICEMINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE, RECURSOS

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 103 1/9/16 12:09

Los acuerdos internacionales precedentemente enunciados constituyen a nuestro entender los de mayor trascendencia para el Derecho medioambiental boliviano; sin embargo existen muchos otros que fueron celebrados y ratificados por el Estado boliviano, los cuales –a riesgo de estar equivocados– se subsumen a los primeros mencionados:

- Los Convenios de Viena y Montreal para la protección de la capa de Ozono, suscrito en Viena el 22 de marzo de 1985, junto con el Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias Agotadoras de la Capa, la Enmienda de Londres de 1990 al Protocolo de Montreal, y la Enmienda de Copenhague de 1992 al Protocolo de Montreal; que fueron ratificados y aprobados por Bolivia mediante Ley n. 1.584 de 3 de agosto de 1994, y respecto a las enmiendas a través de la Ley n. 1.933, 21 de diciembre de 1998.

- Convención sobre Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestres (CITES), ratificado por Bolivia mediante Ley n. 1.255 de 5 de julio de 1991.

- Protocolo de Bioseguridad de Cartagena, aprobado y ratificado por Bolivia mediante Ley n. 2274, de 22 de noviembre de 1991.

- Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional como Hábitat de Aves Acuática (RAMSAR), aprobado por Bolivia mediante Ley n. 2357, de 7 de mayo de 2002.

- Convenio de Basilea sobre Movimientos Transfronterizos de Desechos Peligrosos y su eliminación, ratificado y aprobado por Bolivia mediante Ley n. 1698 de 12 de julio de 1996 y Ley n. 2.777 de 7 de julio de 2004.

- El Tratado de Cooperación Amazónica, acuerdo de escala regional para promover el desarrollo de los territorios amazónicos, ratificado y aproba-

NATURALES Y DESARROLLO FORESTAL. DIRECCIÓN GENERAL DE CLASIFICACION DE TIERRAS Y CUENCAS. Disponible en: <http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CC8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.unccd-prais.com%2FUploads%2FGetReportPdf%2F2bfdb125-abf0-42f6-b5c7-a0fa014a4adc&ei=vfYYUu2GDoiN7Qb19oHwAg&usg=AFQjCNG2DBoFs9FQLRwl8XXO1Rib3oTbzg&sig2=4GkOk05BXCk_CkQM5d2l4g&bvm=bv.51156542,d.ZGU> [en línea]. (Consultado 23/8/2013).

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 104 1/9/16 12:09

do por Bolivia mediante Ley n. 874 de 30 de mayo de 1986 y modificado mediante Ley n. 1.973 de 30 de abril de 1999.

- Convenio de Estocolmo, acuerdo de escala global para proteger la salud humana y el medio ambiente de Contaminantes Orgánicos Persistentes, ratificado y aprobado por Bolivia mediante Ley n. 2.417 de 25 de octubre de 2002.

- El Protocolo de Kyoto, acuerdo de escala global para estabilizar la emisión de gases efecto invernadero y establecer mecanismos de reducción, ratificado y aprobado por Bolivia mediante Ley n. 1.988 de 22 de julio de 1999.

- El Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, acuerdo de escala global, ratificado y aprobado por Bolivia mediante Ley n. 1.257 de 11 de julio de 1991.

- El reconocimiento de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas, mediante Ley n. 3.760 de 7 de noviembre de 2007, por la cual se aprueba los 46 artículos de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas, aprobada en la 62ª Sesión de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), realizada en Nueva York el 13 de septiembre de 2007; y mediante Ley n. 3.897 de 26 de junio de 2008, por el que se aprueban los 46 artículos de la Declaración de las Naciones Unidas, sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada en el 61º Período de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), realizada en Nueva York el 13 de septiembre de 2007.

C. LEGISLACIÓN GENERAL

En los últimos años el Estado boliviano ha puesto en marcha de manera significativa un proceso de modificaciones sobre la estructura legal e institucional que incide en las actividades y sectores del medio ambiente. Para la legislación nacional el medio ambiente es un bien jurídico constitucionalizado, lo acabado de expresar recoge su afirmación en el reconocimiento que efectúa

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 105 1/9/16 12:09

el Preámbulo de la norma suprema boliviana al otorgar a la "tierra" un carácter sagrado, y al compás de ésta, a la protección que se le debe gestar en función de lo preceptuado por el artículo 30, parágrafo II, numeral 7 de la Constitución y del artículo 5, numeral 1 de la Ley de la Madre Tierra. En esta circunstancia se trata pues de un bien jurídico que para el legislador nacional ha merecido otorgarle protección especial, de ello describimos a continuación las principales normas que a nuestro entender revisten mayor preponderancia en la economía jurídica del país.

LEY DEL MEDIO AMBIENTE: Luego de un intenso proceso de consulta y debate, el año 1992 y pocos meses antes de la Cumbre de Río, fue promulgada la Ley del Medio Ambiente n. 1.333 de 27 de abril de 1992 (LMA)[23]. La LMA consta de ciento dieciocho artículos distribuidos en doce Títulos y treinta y cuatro Capítulos en total, los cuales abarcan desde disposiciones generales sobre la norma, pasando por la gestión ambiental y diversos aspectos ambientales, hasta temas de población y salud relacionados con el medio ambiente.

La LMA es una norma de carácter general, cuyo objetivo fundamental como describe su artículo 1 es proteger y conservar el medio ambiente sin afectar los recursos naturales, regulando las acciones del hombre con relación a la naturaleza, promoviendo el desarrollo sostenible y procurando mejorar la calidad de vida de la población. La LMA erige un marco institucional para la gestión ambiental; reconoce derechos y deberes para la sociedad a efectos de actuar sobre la conservación de la calidad ambiental; reconoce la importancia de los ecosistemas, su efecto sobre los seres humanos y reconoce la importancia de protección de los mismos; promueve el desarrollo sostenible con la finalidad de mejorar la calidad de vida de la población, además que estatuye al medio ambiente y a los recursos naturales como patrimonio de la Nación boliviana, declarando que su protección y aprovechamiento son de orden público, interés social, económico y cultural (Arts. 3 y 4 de la LMA).

Desde un punto de vista de gestión y política ambiental, la LMA dirige el accionar del Estado hacia la optimización de la calidad de vida de sus ciuda-

23 De esta Ley cabe destacar, entre otras cosas, su proceso de elaboración, cuidadosamente planificado y caracterizado por una importante participación social. Debe señalarse, además, que no se trataba del primer proyecto sobre la materia: dos años atrás se habían debatido de manera simultánea dos iniciativas de ley sobre el mismo tema, que finalmente no fueron aprobadas. Al respecto la publicación de la Cámara de Diputados de Bolivia en el Proyecto de Ley General del Medio Ambiente. Proceso de Elaboración, La Paz, 1991.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 106 1/9/16 12:09

danos partiendo de la definición de acciones gubernamentales que garanticen la preservación, conservación, mejoramiento y restauración de la calidad ambiental tanto en la urbe como en el entorno rural; concibe como una política ambiental efectuar la promoción del desarrollo sostenible en forma equitativa y justa socialmente, tomando en cuenta la diversidad cultural del país; por otro lado busca la promoción de la conservación de la diversidad biológica garantizando su mantenimiento y permanencia de los diversos ecosistemas del país.

Por otra parte, la Ley también busca la optimización y racionalización en el uso de aguas, aire, suelos y otros recursos naturales renovables garantizando su disponibilidad a largo plazo; para ello determina que la educación ambiental es fundamental para el beneficio de la población en su conjunto; y con ello busca la promoción y fomento de la investigación científica y tecnológica relacionada con el medio ambiente y los recursos naturales. En cuanto a la planificación de un ordenamiento territorial, establece como base efectuar una zonificación ecológica, económica, social y cultural, sin que ello implique una alteración de la división política nacional establecida (Art. 5 de la LMA).

LEY DE DERECHOS DE LA MADRE TIERRA: Consideramos que cobra trascendental importancia para el Derecho del medio ambiente boliviano, la Ley n. 71 de Derechos de la Madre Tierra, de 21 de diciembre de 2010 (LMT) que tiene por objeto reconocer los derechos de la Madre Tierra, así como de las obligaciones y deberes del Estado Plurinacional y de la sociedad para garantizar el respeto a esos derechos.

Debemos partir indicando que para la LMT su objeto de regulación es la Madre Tierra que tiene un carácter sagrado ya que deviene desde las cosmovisiones de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, así lo ha preceptuado su artículo 3. Para entender el objeto de esta norma, se hace necesario conocer que se entiende por "Madre Tierra", para lo cual el artículo de referencia la define como "aquel sistema viviente dinámico conformado por la comunidad indivisible de todos los sistemas de vida y los seres vivos, interrelacionados, interdependientes y complementarios, que comparten un destino común".

La LMT que inicialmente fue planteada por algunas organizaciones sociales, contiene una serie de alcances y características que la hacen inédita y única en su género, señalamos esto puesto que la norma de referencia plantea aspectos como la igualdad entre el hombre y la naturaleza, la consagración de la Madre Tierra como sujeto de derechos, de ello resulta que el artículo 5 de

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 107 1/9/16 12:09

la disposición legal en análisis considere que para efectos de la protección y tutela de los derechos que se le han reconocido a la Madre Tierra, ésta adopta el carácter de sujeto colectivo de interés público, por lo que ella y todos sus componentes, incluyendo las comunidades humanas, son titulares de todos los derechos inherentes reconocidos en la misma Ley. Asimismo, la norma presenta una alta carga espiritual, cultural y tradicional; puesto que va desde el reconocimiento de lo ancestral, recogiendo diversas cosmovisiones de las naciones y pueblos; así también vincula a los aspectos más apremiantes del contexto actual en razón del medio ambiente, puesto que trata sobre las causas de la crisis climática, energética y alimentaria como también de sus efectos en el hombre tanto en el desarrollo sostenible y sustentable, generación de energía limpia, cambio de matriz energética soberanía y seguridad alimentaria. La LMT, también incluye en su texto aspectos constitucionales como la Consulta previa a las naciones y pueblos indígenas, la creación de instancias estatales que sirvan a las instituciones indígenas originarias en la formación del modelo económico plural sin la subsunción de economías comunitarias al sistema económico capitalista[24].

Finalmente, habrá que mencionar que la LMT expone a través de su artículo 7 de una forma enunciativa y no limitativa los derechos que ostenta la Madre Tierra:

> "1. A la vida: Es el derecho al mantenimiento de la integridad de los sistemas de vida y los procesos naturales que los sustentan, así como las capacidades y condiciones para su regeneración;
> 2. A la diversidad de la vida: Es el derecho a la preservación de la diferenciación y la variedad de los seres que componen la Madre Tierra, sin ser alterados genéticamente ni modificados en su estructura de manera artificial, de tal forma que se amenace su existencia, funcionamiento y potencial futuro;
> 3. Al agua: Es el derecho a la preservación de la funcionalidad de los ciclos del agua, de su existencia en la cantidad y calidad necesarias para el sostenimiento de los sistemas de vida, y su protección frente a la contaminación para la reproducción de la vida de la Madre Tierra y todos sus componentes;

24 Vid. para toda la obra de DÍAZ VIDAURRE, Mauricio; HUGES, Carys. Madre Tierra y Estado plurinacional. Análisis sobre la construcción, contenidos y viabilidades de la Ley de la Madre Tierra. Coordinación Iván Bascopé Sanjinés. CEJIS, La Paz, 2011.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 108 1/9/16 12:09

> 4. Al aire limpio: Es el derecho a la preservación de la calidad y composición del aire para el sostenimiento de los sistemas de vida y su protección frente a la contaminación, para la reproducción de la vida de la Madre Tierra y todos sus componentes;
> 5. Al equilibro: Es el derecho al mantenimiento o restauración de la interrelación, interdependencia, complementariedad y funcionalidad de los componentes de la Madre Tierra, de forma equilibrada para la continuación de sus ciclos y la reproducción de sus procesos vitales;
> 6. A la restauración: Es el derecho a la restauración oportuna y efectiva de los sistemas de vida afectados por las actividades humanas directa o indirectamente;
> 7. A vivir libre de contaminación: Es el derecho a la preservación de la Madre Tierra de contaminación de cualquiera de sus componentes, así como de residuos tóxicos y radioactivos generados por las actividades humanas".

LEY MARCO DE LA MADRE TIERRA Y DESARROLLO INTEGRAL PARA VIVIR BIEN: De manera complementaria a la LMT, unos días antes de que se cumpla su segundo año, se promulga la Ley n. 300, Ley Marco de la Madre Tierra y desarrollo integral para vivir bien, de 15 de octubre de 2012 (LMMDI); cuyo objeto ha sido establecer una visión y los fundamentos del desarrollo integral en armonía y equilibrio con la Madre Tierra para Vivir Bien, garantizando la continuidad de la capacidad de regeneración de los componentes y sistemas de vida de la Madre Tierra, recuperando y fortaleciendo los saberes locales y conocimientos ancestrales, en el marco de la complementariedad de derechos, obligaciones y deberes; así como los objetivos del desarrollo integral como medio para lograr el Vivir Bien, las bases para la planificación, gestión pública e inversiones y el marco institucional estratégico para su implementación.

La LMMDI se presenta como una norma de carácter complementaria puesto que determina los lineamientos y principios que orientan el acceso a los componentes, zonas y sistemas de vida de la Madre Tierra, además que se erige sobre los principios de compatibilidad y complementariedad de derechos, obligaciones y deberes, es una Ley marco y de preferente aplicación para el desarrollo de leyes específicas, políticas, normas, estrategias, planes, programas y proyectos (Art. 2 y núm. 1 del 4 de la LMMDI), tiene como una de sus finalidades orientar las leyes específicas, políticas, normas, estrategias, planes, programas y proyectos del Estado para el Vivir Bien a través del desarrollo integral en armonía y equili-

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 109 1/9/16 12:09

brio con la Madre Tierra, así también busca la definición de un marco institucional para impulsar y operativizar el desarrollo integral en armonía y equilibrio con la Madre Tierra para Vivir Bien. (Art. 3, núms. 3 y 4 de la LMMDI).

La LMMDI de forma similar a la LMT presenta una alta carga espiritual y cultural, puesto que va desde el reconocimiento de lo ancestral, recogiendo diversas cosmovisiones de las naciones y pueblos; vincula la capacidad de regeneración de los componentes de la Madre Tierra junto a los saberes locales o conocimientos ancestrales, a la vez busca el desarrollo integral que orienta la creación de las condiciones para transitar hacia el Vivir Bien en armonía y equilibrio con la Madre Tierra.

Concibe al Vivir Bien como un modelo económico alternativo al capitalismo, es decir que plantea un modelo económico basado en el comunitarismo y en la no mercantilización del medio ambiente; es por ello que el numeral 2 de su artículo 5 define al "Vivir Bien" como un "horizonte civilizatorio y cultural alternativo al capita1ismo y a la modernidad que nace en las cosmovisiones de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas, y es concebido en el contexto de la interculturalidad. Se alcanza de forma colectiva, complementaria y solidaria integrando en su realización práctica, entre otras dimensiones, las sociales, las culturales, las políticas, las económicas, las ecológicas, y las afectivas, para permitir el encuentro armonioso entre el conjunto de seres, componentes y recursos de la Madre Tierra. Significa vivir en complementariedad, en armonía y equilibrio con la Madre Tierra y las sociedades, en equidad y solidaridad y eliminando las desigualdades y los mecanismos de dominación. Es Vivir Bien entre nosotros, Vivir Bien con lo que nos rodea y Vivir Bien consigo mismo".

La visión del Vivir Bien a través del desarrollo integral de la persona en armonía y equilibrio con el medio ambiente, representa para los bolivianos, una serie de valores que son contemplados por el artículo 16 de la LMMDI, entre ellos se mencionan una serie de conductas relacionadas con la calidad de vida de la persona en integración con su medio; entre los más destacados se presentan: el saber crecer, saber alimentarse, saber danzar, saber trabajar, saber comunicarse, saber soñar, saber escuchar, saber pensar.

LEY MARCO DE AUTONOMÍAS Y DESCENTRALIZACIÓN. "ANDRÉS IBÁÑEZ": La Ley Marco De Autonomías Y Descentralización. "Andrés Ibáñez" n. 31 de 19 de julio de 2010 (LMAD), en lo que corresponde al medio ambiente, propugna como parte de las finalidades de las instituciones autonó-

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 110 1/9/16 12:09

micas territoriales; la preservación, conservación y promoción en lo que corresponda, del medio ambiente y los ecosistemas, contribuyendo a la ocupación racional del territorio y al aprovechamiento sostenible de los recursos naturales en su jurisdicción; para este efecto dispone en su artículo 88 que el nivel central del Estado tiene la competencia exclusiva de diseño, aprobación y ejecución del régimen general de gestión de biodiversidad y medio ambiente; así también, elaborar y ejecutar el régimen de áreas protegidas, así como las políticas para la creación y administración de áreas protegidas en el país, administrar áreas protegidas de interés nacional en coordinación con las entidades territoriales autónomas y territorios indígena originario campesinos cuando corresponda.

LEY DE MUNICIPALIDADES: Los gobiernos municipales autónomos en lo que se refiere al medio ambiente tienen como competencias exclusivas preservar, conservar y contribuir a la protección del medio ambiente y los recursos naturales, fauna silvestre y animales domésticos; así también la elaboración de Planes de Ordenamiento Territorial y de uso de suelos, en coordinación con los planes del nivel central del Estado, departamentales e indígenas. También tienen competencia para la preservación de áreas protegidas en conformidad con los parámetros y condiciones establecidas para los Gobiernos Municipales; asimismo tienen la facultad de intervención y gestión de proyectos de fuentes alternativas y renovables de energía preservando la seguridad alimentaria de alcance municipal; dentro de su jurisdicción tienen competencias para la promoción y conservación del patrimonio natural municipal. Son responsables del aseo urbano, manejo y tratamiento de residuos sólidos en el marco de la política del Estado. Por otra parte tienen la potestad de participar en empresas de industrialización, distribución y comercialización de hidrocarburos en el territorio municipal en asociación con las entidades nacionales del sector.

D. JURISPRUDENCIA RELEVANTE

La jurisprudencia boliviana sobre la temática es reciente y en el último tiempo ha virado para ajustarse a los nuevos postulados que presenta la Constitución de 2009, por esa razón está inconclusa pero con miras evolucionar favorable, además de ello, la evolución encuentra también fundamento en que si se considera al Derecho medioambiental en su dimensión colectiva como

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 111 1/9/16 12:09

parte de los Derechos humanos llamados de la Tercera generación[25] (Sentencia Constitucional n. 1.018/2011-R de 22 de junio de 2011. (Expediente: 2009-20123-41-AP)), estos han pasado a considerarse cada vez como un derecho individual, circunstancia que encuentra asidero en el artículo 5 de la LMT, puesto que a esta y todos sus componentes incluyendo las comunidades humanas se les asigna la titularidad de derechos y se les constituye en sujetos de interés público y por lo tanto objeto de protección constitucional (Sentencia n. 176/2012 de 14 de mayo de 2012 (Expediente: 00053-2012-01-AP)).

Para aclarar este aspecto y analizar la evolución de la protección del medio ambiente en la jurisprudencia boliviana, hemos elegido para nuestro estudio, aquellos casos que por su especial interés, consideramos constituyen fundamentales en la línea jurisprudencial sobre la protección de los derechos del medio ambiente.

Sentencia n. 150/2012: Un fallo que resulta importante para la jurisprudencia boliviana, es aquel emitido por la Sentencia n. 150/2012 de 23 de mayo 2012 (EXP. N. 196/2006) que resuelve un proceso contencioso-administrativo, seguido por la Prefectura del Departamento de Santa Cruz, contra el Ministerio de Desarrollo Rural, Agropecuario y Medio Ambiente (Actual Ministerio de Desarrollo y Tierras); a efectos de impugnar una Resolución Ministerial que estableció la revocación de un acto administrativo que dispuso una reparación económica por daños ocasionados contra el medio ambiente.

Los hechos se fundamentaron en los daños medioambientales que generaba una fábrica de levaduras, puesto que ésta tenía ocho tubos o salidas de descargas a un canal de agua, luego de la inspección se comprobó una diferencia brusca de temperatura de 43 a 23 grados en cuestión de tres minutos, con cambio de coloración y que alteraba la calidad física de afluentes. A tal efecto se inició proceso Técnico Administrativo que concluyó con una Resolución administrativa que instruyó suspender totalmente esas descargas clandestinas y sancionar a la fábrica con una multa pecuniaria. La Sentencia consideró en base a Resoluciones administrativas y actuados precedentes que el hecho que originó el proceso, "constituye indicio de la comisión del delito

25 La clasificación de las Tres Generaciones de Derechos Humanos, corresponde a la obra del Profesor Karel Vasak, quien agrupa los Derechos Humanos en tres categorías: Derechos de primera generación, los derechos de segunda generación y los derechos de tercera generación. VASAK, Karel. "Héctor Gross Espiell *amicorum liber*: persona humana y derecho internacional". En VVAA: Revisiter la troisième génération des droits de l'homme avant leur codification. Vol. 2. 1997, p. 1649-1679.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 112 1/9/16 12:09

tipificado en el artículo 107 de la Ley n. 1.333, que prevé 'el que vierta o arroje aguas residuales no tratadas, líquidos químicos o bioquímicos, objetos o deshechos de cualquier naturaleza en los cauces de aguas, en las riberas, acuíferos, cuencas, ríos, lagos, lagunas, estanques de aguas capaces de contaminar o degradar las aguas que excedan los límites a establecerse en la reglamentación, será sancionado con la pena de privación de libertad de uno a cuatro años y con la multa de cien por ciento del daño causado', por ese motivo, concluyó que el recurrente, en lugar de instruir la acción penal, dispuso la apertura de un proceso administrativo e impuso una sanción pecuniaria y que de este modo favoreció a los representantes de la fábrica". En consecuencia el fallo determinó, aunque no sea textual su referencia, haciendo uso del control jurisdiccional a la gestión pública; se realicen los actuados correspondientes para la instauración de proceso penal, puesto que se observó de acuerdo a la Ley de Medio Ambiente que los delitos tipificados en dicha norma legal, son de orden público y serán procesados por la justicia ordinaria con sujeción al Código Penal y al Código de Procedimiento Penal.

Sentencia Constitucional n. 1.907/2011: Otra resolución judicial que por sus tópicos consideramos de importancia, es la Sentencia n. 1.907/2011 de 7 de noviembre 2011 (Expediente: 2009-20768-42-AL), puesto que ésta es, tal como señalamos al principio de este trabajo, una de las primeras que versa sobre la aplicación del Derecho internacional de los Derechos humanos, entre ellos claro está del medio ambiente, y propiamente sobre la fuerza jurisdiccional que tienen los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su compatibilidad con el sistema normativo interno boliviano, es decir con el bloque de constitucionalidad integrado formalmente al plexo jurídico boliviano. A tal efecto la Sentencia citada con mucho aplomo y luego de exponer magistralmente una gama de doctrina y otra de Derecho comparado, incorpora en la jurisprudencia nacional el control de la "convencionalidad"; es decir aquella situación jurídica por la cual las autoridades administrativas y por otra parte los Jueces y Tribunales nacionales están en la obligación de cumplir las Sentencias que sean emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica, incluyendo claro está aquellas que estén relacionadas con el medio ambiente.

Sentencia Constitucional n. 2.003/2010-R: Otra resolución que a nuestro parecer reviste fundamental importancia, es la Sentencia Constitucional n. 2.003/2010-R 25 de octubre 2010 (Expediente: 2008-17547-36-RAC)

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 113 1/9/16 12:09

que está relacionada al "Derecho de consulta previa" a los pueblos indígena originarios campesinos.

La Sentencia de referencia tiene como antecedentes un convenio que suscribe la Prefectura del Departamento de Tarija a través del Servicio Departamental de Caminos con la empresa PETROSUR SRL. En este convenio el Servicio Departamental de Caminos se obliga a brindar su campamento ubicado en la comunidad de Cañadas por el lapso de cuatro meses a PETROSUR SRL con la condición que ésta realice refacciones y mejoras en el campamento Cañadas, las mismas que posteriormente serían de utilidad a los trabajadores de la Prefectura, mejorándoles las condiciones de vida cuando realicen trabajos de arreglo sobre los caminos de la zona. De forma posterior a la firma de este convenio, el representante de la Asamblea del Pueblo Guaraní "Itika Guasu", expresa su no conformidad con lo actuado, toda vez que no se respetó su derecho a consulta, ya que toda actividad que pueda afectar a su territorio debe ser consultada en forma previa; en consecuencia se estaría desconociendo los derechos que les ha otorgado el Estado y la Ley del Medio Ambiente, puesto que ésta brinda a los pueblos originarios, la facultad de demostrar su inconformidad cuando se va a dañar el medio ambiente en el que cohabitan.

Ante esta contraposición la Sentencia en análisis basa su fundamentación en la Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C, n. 172. Pronunciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la cual se considera que para implementar proyectos "…se debe obtener el consentimiento de los pueblos indígenas, lo que significa que en dichos casos los pueblos tienen la potestad de vetar el proyecto; en los demás casos cuando la consulta se desarrolla de buena fe, con métodos e información apropiada, los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la elaboración del proyecto, debiendo el Estado actuar bajo márgenes de razonabilidad, sujeto a normas, principios y valores contenidos en la Constitución Política del Estado, entre ellos el principio de legalidad y la prohibición de arbitrariedad; respetando los derechos de las comunidades originarias, evitando impactos nocivos a su hábitat y modus vivendi". Esto significa para el caso boliviano que los pueblos originarios tienen una potestad de veto sobre proyectos, debido a que los pueblos indígena originario campesinos, tienen derecho a las tierras y territorios que tradicionalmente han poseído, ocupado, utilizado o adquirido. Conforme a ello, cualquier comunidad indígena originaria campesina tiene derecho a su territorio y a conocer, participar o como mínimo a que se le consulte previamente sobre los proyectos

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 114 1/9/16 12:09

que podrían afectar su habitad y comunidad; más aún cuando puede existir desmedro al medio ambiente.

Sentencia Constitucional Plurinacional n. 2.056/2012: En la misma línea jurisprudencial de la Sentencia antes referida, el Tribunal Constitucional Plurinacional declara la inconstitucionalidad parcial de la Ley financial n. 211/2011, a través de la Sentencia Constitucional Plurinacional n. 2.056/2012 de 16 de octubre de 2012 (Expediente: 00213-2012-01-AIA). Los antecedentes de este fallo corresponden al cuestionamiento sobre la constitucionalidad de la Disposición Adicional Séptima de la Ley n. 211 de 23 de diciembre de 2011, aduciendo que ella vulnera los artículos 14, 15, 30, 343, 403, 410 y 411 de la Constitución, por cuanto pese a tratarse de finanzas públicas, la Ley introdujo una regulación ajena con la expresa pretensión de modificar el Derecho constitucional a la Consulta previa y obligatoria de los pueblos indígena originario campesinos en relación a la afectación de su territorio y de la población en general, cuando el entorno en el que viven se ve afectado por el emprendimiento de una gestión que pudiera afectar al medio ambiente. Además, que la norma promulgada que se quiere dejar parcialmente sin efecto fue emitida sin consulta previa a los pueblos indígenas, pretendiendo establecer una consulta atípica y contraria a los Derechos humanos, pues dispone que en el proceso técnico administrativo de obtención de licencia ambiental, el Estado, por razones unilaterales, procederá a la elaboración y aprobación del estudio de evaluación de impacto ambiental, con el cual las empresas cuyas tareas impacten el medio ambiente, pueden iniciar la implementación, operación o cierre de actividades, estableciendo un diferimiento de los resultados y acuerdos que deben lograrse en el proceso de consulta previa, pudiendo las empresas estatales dedicadas a hidrocarburos y otras, ejecutar sus proyectos sin ningún reparo técnico, social o ambiental.

En este sentido la Sentencia Constitucional n. 2.056/2012 consideró que la consulta, como derecho colectivo de los pueblos y naciones indígena originario campesinos, es un instrumento a través del cual los pueblos indígenas participan de la toma de decisiones sobre cuestiones que les pudiesen afectar con motivo de la formulación y ejecución de planes y programas de desarrollo, o sobre inversiones, exploración y explotación de recursos naturales en sus territorios; razón por la cual se constituye para el Estado un deber; surgiendo así, nuevos términos de relacionamiento entre el Estado y los pueblos indígenas y, al mismo tiempo, en un mecanismo de ejercicio de la

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 115 1/9/16 12:09

democracia directa y participativa y principio de gobierno. La consulta debe ser de buena fe, legítima, libre, apropiada a las circunstancias, suficientemente informada y concertada, con la finalidad de llegar a un acuerdo, o en su caso, obtener el consentimiento respecto de las cuestiones consultadas, toda vez que se pretendan adoptar medidas legislativas o administrativas, susceptibles de afectar directamente a estos pueblos y naciones, evitando así la lesión de sus derechos e intereses producto de la acción del Estado en la gestión de sus proyectos y/o programas de desarrollo. Todo lo contrario estará en contra del artículo 352 de la Constitución que determina que:

> "La explotación de recursos naturales en determinado territorio estará sujeta a un proceso de consulta a la población afectada, convocada por el Estado, que será libre, previa e informada. Se garantiza la participación ciudadana en el proceso de gestión ambiental y se promoverá la conservación de los ecosistemas, de acuerdo con la Constitución y la ley. En las naciones y pueblos indígena originario campesinos, la consulta tendrá lugar respetando sus normas y procedimientos propios".

E. PRINCIPALES PROBLEMAS MEDIO AMBIENTALES

El actual modelo de desarrollo basado en el consumo de energías naturales no renovables, la demanda de grandes cantidades de productos industrializados y una intensa urbanización, genera problemas medioambientales con graves consecuencias tanto a nivel planetario como local.

Bolivia es un país forestal con aproximadamente el 50% de su territorio poblado por bosques, consecuentemente también es un país vulnerable al cambio climático; esta vulnerabilidad se hace presente por el aumento de las sequías[26], lo que a su vez deriva en una inseguridad alimentaria en las tierras altas y también del otro punto geográfico por el aumento de las inundaciones

26 Mediante Decreto Supremo n. 1.616 de 19 de junio de 2013, el Gobierno de Bolivia, declaró "Situación de Emergencia Nacional", debido a la presencia de sequía en diferentes regiones del territorio nacional, provocadas por fenómenos climáticos adversos". La sequía afectó hasta junio de 2013 a más de 16.900 familias, a más de 48.000 cabezas de ganado y a 86.452 hectáreas de tierra.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 116 1/9/16 12:09

en tierras bajas[27]. Desde hace varias décadas el país ha experimentado cambios importantes en su cobertura boscosa, principalmente por el cambio de uso de la tierra; se considera que anualmente en Bolivia se pierden alrededor de 330.000 hectáreas de bosque[28].

Desde el periodo colonial, la presión sobre los bosques naturales existentes de lo que para aquel entonces era el Alto Perú, había iniciado desde el sector occidental, (actual altiplano del país), debido a un gran movimiento de conurbación ocasionado mayoritariamente por la gran actividad minera que se registraba, este movimiento paulatinamente fue descendiendo por los valles de la región central y sur con el objeto del abastecimiento de alimentos como cereales, frutas y verduras que obtienen mejor desarrollo debido a las condiciones climáticas de esa región.

Debido a que el proceso de conurbación va en aumento[29], la presión sobre los recursos naturales también fue incrementándose, llegándose en

27 Mediante Decreto Supremo n. 1.145 de 22 de febrero de 2012, se declara Situación de Emergencia Nacional por la presencia de inundaciones, riadas, granizada, desbordes de ríos, deslizamientos y heladas, provocadas por variaciones climáticas del Fenómeno de La Niña 2011-2012. Para el primer trimestre de 2013 cinco de los nueve departamentos del país se han declarado en emergencia por inundaciones, según datos de Defensa Civil se han registrado cerca de 29 mil familias afectadas en 88 municipios (26% de los municipios del país). Sobre el particular la RED DE INFORMACIÓN HUMANITARIA PARA AMERICA LATINA Y EL CARIBE: "Antecedente de la crisis" al final del informe. Bolivia: Emergencia Inundaciones, 2013. Oficina del Coordinador Residente – Reporte de Situación n. 02 (al 20 de marzo de 2013). Disponible en: <http://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/Inundaciones%20Bolivia%202013%20Informe%20de%20Sit%202.pdf > [en línea]. (Consultado 21/8/2013).

28 De las 4.135 millones de hectáreas de cobertura boscosa a nivel mundial que representa el 31.7% de la superficie terrestre, Bolivia cuenta con el 1.28% de la cobertura mundial lo que se traduce en 53 millones de hectáreas. COMISIÓN EUROPEA y ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA AGRICULTURA Y ALIMENTACIÓN. "Estado de la información forestal en Bolivia", Santiago de Chile, 2001, P.4. Por otra, también datos ambientales señalados por el PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA LA REDUCCION DE LAS EMISION DE LA DEFORESTACION Y DEGRADACION DEL BOSQUE EN LOS PAISES EN DESARROLLO. "Documento del Programa Nacional Conjunto – Bolivia". FAO – UNDP – UNEP. 2010, P.4.

29 Los procesos de conurbación que se dieron en América Latina obedecieron a un estado continuo de cambios en las estructuras económicas, políticas, sociales y culturales. Bolivia no ha sido ajena a los efectos de estos procesos, que en términos ecológicos y demográficos, han significado un potencial crecimiento de los numerosos centros urbanos, la concentración de habitantes y una gran dinámica del mercado privado como también del desarrollo en la otorgación de los principales servicios públicos. Sin embargo, a diferencia de otros países de América Latina, el crecimiento que se dio en las ciudades bolivianas tuvo troqueles de estructuración incaica tanto en la organización del espacio económico como también en la formación de sus centros urbanos con las características de ciudades tipo mercado, fortaleza. ZOTO ALVARADO, Juan Lixmar. "Panorama general del Derecho administrativo en Bolivia". En VVAA: Derecho administrativo iberoamericano. Coord. Santiago Gonzales-Varas Ibañez. INAP, Madrid. 2012, p. 135-136.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 117 1/9/16 12:09

determinados sectores del altiplano y valles interandinos a una sobreexplotación de los recursos naturales como el suelo, flora, agua y fauna con consecuencias obviamente negativas; situación que se agrava posteriormente con el descubrimiento de yacimientos petrolíferos y posteriormente con fenómenos migratorios generados a consecuencia de la relocalización de trabajadores mineros. Con estos hechos se genera un proceso caótico de colonización del trópico boliviano, que se profundiza en la explotación de los suelos y bosques de esta región.

El desmonte en las tierras bajas del este del departamento de Santa Cruz, debido al "*boom*" de los cultivos de soya, la habilitación de campos de pastoreo extensivo para el ganado y el desmonte de predios o parcelas en zonas de colonización, entre otros factores, han ido convirtiendo, eliminando alrededor de 330.000 hectáreas de bosques productivos por año[30].

A todo esto se suma la erosión del suelo que constituye uno de los principales problemas que preocupa a Bolivia porque su afección recae sobre casi todo su territorio, provocando aún más el descenso de las escasas fuentes de alimentación del país[31], a esto se debe adicionar la tala indiscriminada de bosques en las zonas tropicales bajas, con el objetivo de explotar maderas preciosas y la quema intencionada de bosques y pastizales (chaqueo)[32], práctica tradicional utilizada para habilitar tierras destinadas a la agricultura o ganadería y también como método para recuperar la productividad de pastizales existentes; pero que también, contrariamente dan lugar a una intensa polución, que provocan afecciones respiratorias y suspende en muchos casos el tráfico aéreo.

Por otra parte, debemos mencionar que el cultivo excedentario y procesamiento de la coca y otros productos ilícitos, así como su comercialización, se han constituido en una de las actividades económicas más dinámicas de la

30 Vid. para todo a MUÑOZ, Thelmo. "Estado actual de la información sobre arboles fuera del bosque". En VVAA: Estado de la información forestal en Bolivia, COMISIÓN EUROPEA y ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA AGRICULTURA Y ALIMENTACIÓN. Santiago de Chile, 2011, p. 13.

31 Según el Instituto Nacional de Estadística (INE) y elaboración del IBCE, hasta agosto del 2012 las importaciones de alimentos alcanzaron los 5.231 millones de dólares. Por otra parte según lo señalado por el Presidente de la Asociación de Proveedores de Insumos Agropecuarios (APIA), Marcelo Traverso, basándose en datos de la Organización de Naciones Unidas para la Agricultura (FAO), Bolivia importa el 25,7% del alimento que consume. Periódico La Estrella del Oriente, 22 de mayo de 2013.

32 En los últimos 20 años, Bolivia ha perdido más de seis millones de superficie forestal. Vid. la publicación del periódico La Razón del 7 enero de 2012.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 118 1/9/16 12:09

región pero con graves impactos ambientales, además de los sociales y políticos. La apertura de tierras para el cultivo excedentario de la hoja de coca en Bolivia ha sido una causa importante de la deforestación en las regiones del norte de La Paz, Yungas de La Paz y el Trópico de Cochabamba, y de grave afectación por su cultivo prohibido en seis de veintidós áreas naturales protegidas por el Estado[33]. El ciclo compuesto por su erradicación mediante la fumigación o programas de sustitución y la apertura de nuevas tierras para remplazar las plantaciones extirpadas, así como la tala de bosques para incrementar el área plantada, están poniendo en riesgo la existencia de valiosos ecosistemas[34].

Otro problema fundamental que afecta a Bolivia, es la eliminación de residuos líquidos, domésticos e industriales, así como de desperdicios sólidos, en lagos, ríos y otros afluentes, que traen como consecuencia directa su inutilización.

Actualmente el Lago Titicaca, constituido como uno de los emblemas del turismo natural de Bolivia, se encuentra en este momento atravesando una serie de impactos por afecciones causadas por el hombre, lo que incide directamente en el ecosistema acuático y consecuencia de ello también en los modos de vida de los habitantes que lo circundan, ya que la pesca y la producción agropecuaria sustentada por sus aguas se ven damnificadas. Los principales afluentes que desembocan en el Lago, los Ríos Katari, Seco y Seke transportan a través de su cauce aproximadamente 17.000 litros de agua por

33 En Bolivia existen veintidós áreas protegidas, totalizando una superficie de 170.700 km2, que representan aproximadamente el 16% del territorio nacional, de esta superficie protegida se han identificado varias áreas afectadas con cultivos de hoja de coca. En el Trópico de Cochabamba se encuentra la mayor parte de este cultivo ilegal. Las Áreas protegidas afectadas son: "Isiboro Sécure" constituido como Parque nacional y Territorio indígena, "Carrasco" como Parque nacional, "Amboró" como Parque nacional y Área natural de manejo integrado, "Apolobamba" Área natural de manejo integrado nacional, "Cotapata" Parque nacional y Área natural de manejo integrado, "Madidi" Parque nacional y Área natural de manejo integrado. OFICINA DE LA NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO – ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA: "Estado Plurinacional de Bolivia. Monitoreo de Cultivos de Coca 2012", P. 32, Disponible en: <http://www.unodc.org/documents/crop-monitoring/Bolivia/BOLIVIA_Coca_Survey_2012_web.pdf> [en línea]. (Consultado 21/8/2013).

34 Habilitación de terrenos para establecimiento de nuevos cultivos en terraza. La práctica de "chaqueo" desarrolla en la época seca del año, en el periodo mayo-agosto involucra la quema de especies arbóreas, arbustivas y herbáceas, para posteriormente preparar estos terrenos e implementar nuevos cultivos. Esta situación no solamente se presenta en Bolivia, sino que tiene similares implicancias en Perú y Colombia, sobre el particular, RODRIGUEZ BECERRA, Mauel; ESPINOZA, Guillermo. Gestión ambiental en América Latina y el Caribe. Evolución, tendencias y principales prácticas. Ed. David Wilk. División del medio ambiente. Banco Interamericano de Desarrollo. Washington, 2002, P.43 y 44.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 119 1/9/16 12:09

segundo, contaminada por el desagüe de alcantarillas domiciliarias, además de aguas de curtiembres y otras industrias, así también desechos sólidos como basura y escombros generados por la Ciudad de El Alto, Laja y Pucarani que va a afectar en la calidad de vida de más de 26.000 ciudadanos habitantes de los Municipios de Pucarani y Puerto Pérez, además de los de las Islas de Suriqui y Pariti del Departamento de La Paz[35].

Dejando de lado el Lago Titicaca y dirigiéndonos hacia el Chaco, región sur del país, se puede observar que la mayor actividad económica de Bolivia en esta parte está generada por la extracción del petróleo y sus derivados; ésta actividad es considerada como una de las principales fuentes de inversión extranjera en el país, no obstante, la actividad comercial petroquímica debido a los componentes de su objeto de explotación, constituye potencialmente un peligro y perjuicio a la salud, debido a sus compuestos químicos, pudiendo ser clasificados dentro de los cancerígenos, mutágenos o teratogénicos[36]. Hasta la fecha algunos estudios se han enfocado en los efectos que tiene la explotación de los compuestos del petróleo y los riesgos sanitarios que implica su vertido o descarga en aguas; también se realizaron estudios de carácter epidemiológico en zonas de actividad petroquímica, donde los resultados arrojados muestran que sus habitantes corren mayor riesgo de enfermedades cutáneas y complicaciones respiratorias, neoplásticas, tumores cerebrales, melanoma y cáncer de pulmón, incidencia en nacimientos prematuros y abortos espontáneos[37].

---

35 Vid. para todo el estudio elaborado por el LIDEMA: Problemas socio ambientales de la Bahía de Cohana. Texto de Iván Castillo Chuquimia. Ed. LIDEMA. La Paz, 2012, p. 7-12.

36 El petróleo, es un compuesto químico complejo en el que coexisten partes sólidas, líquidas y gaseosas. Lo forman, por una parte, unos compuestos denominados hidrocarburos, formados por átomos de carbono e hidrógeno y, por otra, pequeñas proporciones de nitrógeno, azufre, oxígeno y algunos metales. Reporte de YACIMIENTOS PETROLÍFEROS FISCALES: Disponible en: <http://www.ypfb.gob.bo/index.php?id=134:la-industria-del-petroleo-y-del- gas&option=com_content&view=article> [en línea]. (Consultado 21/8/2013).

37 Este análisis dese el punto de vista médico patológico fue recopilado por GONZÁLEZ ALONSO, S.; ESTEBAN-HERNÁNDEZ, J.; VALCÁRCEL RIVERA, Y.; HERNÁNDEZ-BARRERA, V.; GIL DE MIGUEL, A. "Contaminación del agua en fuentes cercanas a campos petrolíferos de Bolivia". Revista Panamericana de Salud Pública. Octubre 2010; vol. 28, n. 4, p. 235 y 236. Los resultados de este grupo de investigadores, señalan que los análisis de agua, realizados en las fuentes de agua para consumo humano en comunidades situadas a menos de 30km de campos de extracción de petróleo, detectaron concentraciones de HTP, HAP y metales (aluminio, arsénico, bario, calcio, cadmio, cromo, cobalto, cobre, estroncio, hierro, litio, magnesio, manganeso, molibdeno, níquel, plomo, potasio, selenio, sodio, titanio), muy por encima de los límites máximos establecidos por las normativas boliviana, europea y estadounidense, así como de los recomendados por la OMS. Cabe considerar que muchos

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 120 1/9/16 12:09

En Bolivia la explotación de los hidrocarburos a través de exploraciones, perforaciones, uso de maquinaria para las extracciones, la construcción de gasoductos y otras actividades, provoca en muchos casos derrames de petróleo e incendios, lo cual trae aparejado agresiones medioambientales, incluida la contaminación de recursos hídricos, denunciadas por varias organizaciones sociales desde la década de los sesenta. Más recientemente la historia contemporánea ha registrado una serie de sucesos perjudiciales contra el medio ambiente nacional, como aquel acaecido en enero de 2000 cuando hubo un derrame de 29.000 barriles de crudo en el Río Desaguadero por la empresa Transredes la cual afectó a la flora, fauna, suelos y agua de más de un millón de hectáreas, y la damnificación directa de 127 comunidades aimaras y 3 de los Urus Muratos. Entre otros casos, los sucesos registrados denuncian una serie de hechos contra el medioambiente; verbigracia de lo enunciado se presentaron sucesos como la rotura del gasoducto Yabog perteneciente a la transnacional Transredes a su paso por el río Pilcomayo (1997); el derrame de hidrocarburos también pertenecientes a Transredes en el Desaguadero (1999); el incendio en el pozo Madrejones (1999-2000); contaminación provocada por la empresa Chaco SA. en la comunidad Ipa- Villamontes (2000); contaminación petrolera en la quebrada Los Monos (2000); contaminación petrolera en el Parque nacional Aguaragüe (2003), erosión generada por la perforación exploratoria Timpoy X-1 por la empresa Chaco S.A en el Parque nacional Aguaragüe (2003); incendio de grandes proporciones en el pozo Surubí de la empresa española Repsol-YPF (2005)[38].

La situación de la calidad del aire en los centros urbanos de Bolivia es sin duda uno de los más grandes problemas que afecta directamente a la salud humana y al medio ambiente local. Bolivia es un país con poca pero pujante industria, la cual en los últimos años va ampliándose[39]; debido a esta

componentes encontrados son considerados carcinogénicos potenciales por la Agencia Internacional para la Investigación sobre el Cáncer, la EPA y el Consejo Asesor para las Ciencias.

38 Estos y otros sucesos fueron recogidos por GAVALDÁ PALACÍN, Marc: "La amnesia petrolera en Bolivia", disponible en Bolpress en su edición electrónica del 12 de agosto de 2010. Disponible en: <http://www.bolpress.com/art.php?Cod=2010120802> [en línea]. (Consultado 21/8/2013).

39 El "Informe sobre Desarrollo Industrial 2011" de la Organización de Naciones Unidades para el Desarrollo Industrial (ONUDI), demostró que Bolivia mejoró en competitividad industrial en el ranking mundial, pero aún ocupa el puesto 107 de 118 a nivel mundial. Disponible en: <http://www.nu.org.bo/agencia/organizacion-de-las-naciones-unidas-para-el-desarrollo-industrial/> [en línea]. (Consultado 11/8/2013).

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 121 1/9/16 12:09

carencia, la contaminación industrial en las urbes es escasa en relación a otras de Iberoamérica; por ello se estima que más del 70% de la contaminación del aire en las capitales del país proviene de las emisiones del parque vehicular privado y del transporte público, ésta situación se debe principalmente a la falta de un adecuado mantenimiento vehicular, la antigüedad de los vehículos y la ampliación desmesurada del parque automotor.

El acrecentado parque automotor de las ciudades de El Alto, La Paz, Cochabamba, y Santa Cruz; las características geográficas, hacen deficiente la ventilación, la altitud y las condiciones meteorológicas particulares como el frio en las mañanas, proporcionan la acumulación de contaminantes y dificultan su dispersión. La inversión térmica provocada y acentuada por las bajas temperaturas de la estación invernal, origina la presencia de una capa de aire caliente en la parte superior de la atmósfera, que dificulta e impide el acenso de las masas de aire inferiores y donde precisamente se encuentran en suspensión agentes contaminantes y poluentes. La evaporación del lago Titicaca en épocas de elevadas temperaturas, acentúa esta inversión térmica, creando una especie de paraguas que impide la diseminación de la masa de aire contaminada sobre estas ciudades.

El uso de vehículos a diésel y gasolina emiten contaminantes atmosféricos como monóxido de carbono, óxidos de nitrógeno, material particulado, compuestos orgánicos volátiles, adicionalmente al dióxido de carbono y promueve la formación de ozono troposférico[40]. Ante esta situación se puso en marcha el "Plan de Restricción Vehicular" que entró en vigencia el 30 de septiembre del año 2002; dicho Plan dispone la prohibición del ingreso al casco urbano central de la ciudad de La Paz de aquellos motorizados cuyas placas de control terminen en determinados números.

Independientemente de los problemas medioambientales anteriormente precitados; es necesario citar uno provocado específicamente por políticas gubernamentales las cuales han generado una serie de inconvenientes con profundas implicancias nacionales de carácter socioambiental puesto que se puso en riesgo al Territorio indígena y Parque Nacional Isiboro Secure (TIPNIS). El TIPNIS contempla un extenso polígono de bosques y sabanas que abarcan más de 1.200.000 hectáreas que se encuentran geográficamente

40 Datos emitidos por el Monitoreo de Calidad del Aire. "Red MoniCA Bolivia" Disponible en: <http://www.swisscontact.bo/sw_files/mzegexphnjw.pdf> [En línea]. (Consultado el 20/8/2013).

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 122 1/9/16 12:09

ubicadas en la llanura beniana y en las sierras subandinas de Cochabamba, actualmente tiene declarada la condición de Parque Nacional, mediante Decreto-Ley n. 7.401 de 1965 y como Territorio Indígena mediante el Decreto Supremo n. 22.610 del 24 de septiembre de 1990.

A poco más de dos años de la emisión de la Constitución boliviana que por sus prescripciones incluso ha sido considerada como una "Constitución ecológica" (Fundamentación III. 3.2 de la Sentencia Constitucional n. 176/2012 de 14 de mayo de 2012 (Expediente: 00053-2012-01-AP), los pueblos originarios, inician una "Octava Marcha Indígena en Bolivia", con la participación de más de 2000 personas compuesta desde niños hasta ancianos, hombre y mujeres, que partieron desde el oriente del país hasta la Sede de Gobierno con el propósito de reclamar la defensa y el reconocimiento de los derechos constitucionales existentes sobre los pueblos y naciones indígenas sobre su territorio. El Gobierno boliviano había anunciado, sin que se efectúen estudios técnico ambientales serios, la ejecución de un macro proyecto que consistía en la construcción de una megacarretera transoceánica que atravesaría el corazón del TIPNIS dividiendo al Parque nacional en dos. La carretera de pavimento rígido constituía una línea casi recta de 306 kilómetros por 9,3 metros de ancho; la obra requería una inversión de 436,2 millones de dólares[41].

A causa de esta situación, varios movimientos ambientalistas internacionales, la población boliviana en general y pueblos indígenas amazónicos, se mostraron reacios a la política de deforestación y de depredación del medio ambiente. Toda esta movilización y polémica hizo frente al Gobierno, logrando que éste dé un paso atrás rescindiendo el contrato con la empresa constructora adjudicada y posteriormente con la emisión de una "Ley De Consulta A Los Pueblos Indígenas Del Territorio Indígena Y Parque Nacional Isiboro Sécure – Tipnis" n. 222 de 10 de febrero de 2012, la cual posteriormente también fue descalificada por el gobierno.

41 La realización de esta obra presentaba una serie de anomalías como la falta de una evaluación técnica y legal, un estudio de impacto ambiental y el derecho a consulta ciudadana que está establecido en la Constitución Política del estado Plurinacional de Bolivia. Vid. para todo a BARROSO MENDIZABAL, Verónica. "TIPNIS ¿Un conflicto ambiental o de territorio?". En Revista Letras Verdes n. 11. Revista Latinoamericana de Estudios Socioambientales, marzo 2012, p. 112-122.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 123 1/9/16 12:09

F. CONCLUSIONES

Fijamos a continuación sumariamente las conclusiones de este trabajo, las cuales de una manera más o menos explícita ya fueron expresadas, en realidad, a lo extenso del texto precedente. Sin embargo de ello, buscaremos precisar y condensar en éste último acápite los aspectos más relevantes del estudio presentado.

1. La Constitución boliviana de 2009 a diferencia de las demás de Iberoamérica, tiene su epicentro en algunos hechos que están correlacionados directamente en la afección de derechos fundamentales al medio ambiente y en la insostenibilidad de un modelo de crecimiento económico basado en la privatización, explotación y distribución de algunos recursos naturales no renovables.

Uno de los hechos mencionados es la denominada "Guerra del Agua de Cochabamba" (Enero – abril de 2000), constituida como un levantamiento popular ante el Gobierno y empresas transnacionales como consecuencia de la privatización de los servicios básicos de suministro de agua a la población; mientras que el segundo hecho corresponde a la denominada "Guerra del Gas" (Octubre de 2003), que concierne a conflictos y levantamientos populares debido a la disconformidad de la población por la explotación, venta y exportación a precios infra devaluados (0,10 dólar por millar de pies cúbicos) de gas natural a Estados Unidos y México; sin que exista previamente una política de abastecimiento interno.

2. La Constitución boliviana se configura a partir de un enfático respeto al ecosistema; es por ello que ostenta un lineamiento dirigido a la protección de la biodiversidad; reconoce que los orígenes de la sociedad boliviana están asentados en la naturaleza y por ello incluso asigna a la tierra un carácter maternal y sagrado. Determina como una de las finalidades del Estado otorgar protección y conservación al medio ambiente, para luego esta finalidad ser transmutada en un deber general con carácter extensivo a la sociedad en su conjunto; de ahí que incorpora y considera al Derecho medioambiental como parte de los Derechos fundamentales; garantiza su ejercicio y efectúa una conexitud entre medio ambiente, desarrollo social y económico, de manera que pueda existir un aprovechamiento responsable y planificado de los recursos naturales, para impulsar su industrialización, a través del desarrollo y del fortalecimiento de la base productiva en sus diferentes dimensiones y niveles.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 124 1/9/16 12:09

3. Al constituirse el Derecho medioambiental en un Derecho fundamental, trae como lógica consecuencia, la necesidad de que el Estado lleve a cabo todas aquellas acciones susceptibles de asegurarle a la persona su goce efectivo, de ahí que la Constitución confiere a través de su artículo 135 un recurso constitucional denominado "Acción popular" que procede contra todo acto u omisión de las autoridades o de personas individuales o colectivas que violen o amenacen con violar derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad pública, el medio ambiente y otros de similar naturaleza reconocidos por la Constitución.

4. Si bien uno de los hitos fundamentales en la prosecución y formación del Derecho medioambiental para todos los países se sitúa en torno a la Conferencia de Estocolmo de 1972; ello no significa que hasta antes de este periodo se haya desconocido totalmente de un sistema de regulación ambiental nacional; la prueba de ello es que poco después de la independencia del Alto Perú -actualmente Bolivia-, el Libertador Simón Bolívar, emitió para Bolivia una serie de disposiciones relacionadas a la conservación y cuidado del medio ambiente; entre ellas tenemos el Decreto de "Medidas de Conservación y Buen Uso de las Aguas" dictado en Chuquisaca, Bolivia, el 19 de diciembre de 1825; Decreto de "Repartimientos de tierras en Santa Cruz", dictado en Chuquisaca, Bolivia, el 14 de diciembre de 1825; Decreto de "Agricultura", dictado en Chuquisaca, Bolivia, el 17 de diciembre de 1825; Decreto de bosques referido a las "Medidas de Protección y Mejor Aprovechamiento de la Riqueza Forestal de la Nación", expedido en Guayaquil, Ecuador, el 31 de julio de 1829.

5. En el desarrollo del trabajo hemos mencionado una serie de acuerdos internacionales, los cuales constituyen a nuestro entender los de mayor trascendencia para el Derecho medioambiental boliviano; sin embargo sobre ellos es de resaltar "La Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los países afectados por sequía grave o desertificación, en particular en África", debido al interés de nuestro Estado ya que Bolivia se encuentra entre los países más afectados por la desertificación con aproximadamente el 41 % de su territorio.

6. Dentro el sistema legal boliviano, hay que destacar a la LMT, la cual contiene una serie de alcances y características que la hacen inédita y única en su género; señalamos esto ya que la norma de referencia plantea aspectos como la igualdad entre el hombre y la naturaleza, y la consagración de la Madre Tierra como sujeto de derechos. Asimismo, la norma presenta una alta

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 125 1/9/16 12:09

carga espiritual, cultural y tradicional; puesto que va desde el reconocimiento de lo ancestral, recogiendo diversas cosmovisiones de las naciones y pueblos, hasta los aspectos más apremiantes del contexto actual como las causas de la crisis climática, energética y alimentaria como también de sus efectos en el hombre tanto en el desarrollo sostenible y sustentable, generación de energía limpia, cambio de matriz energética soberanía y seguridad alimentaria.

7. La jurisprudencia boliviana sobre la temática es reciente, pero con miras evolucionar favorable y en el último tiempo ha pasado a ajustarse a los nuevos postulados que presenta la Constitución de 2009.

Uno de los campos de mayor activismo en el reconocimiento de los Derechos fundamentales que tienen relación directa con el medio ambiente ha sido la línea jurisprudencial del reconocimiento del Derecho constitucional a la Consulta previa y obligatoria de los pueblos indígena originario campesinos en relación a la afectación de su territorio y de la población en general, cuando el entorno en el que viven se ve afectado por el emprendimiento de una gestión que pudiera afectar al medio ambiente en el que cohabitan.

8. La erosión del suelo constituye uno de los principales problemas que preocupa a Bolivia porque su afección recae sobre casi todo su territorio, provocando aún más el descenso de las escasas fuentes de alimentación del país, a esto se debe adicionar la tala indiscriminada de bosques en las zonas tropicales bajas, con el objetivo de explotar maderas preciosas y la quema intencionada de bosques y pastizales a través del chaqueo.

REFERENCIAS

ARCE ZACONETA, Héctor Enrique.: "Introducción". En VVAA: Congreso Constituyente. Del Texto constitucional de Oruro al Referéndum del 25 de enero de 2009 – Tomo V. Coordinador general Juan Carlos Pinto Quintanilla. Vicepresidencia del Estado Plurinacional. La Paz, 2011.

BARROSO MENDIZABAL, Verónica. "TIPNIS ¿Un conflicto ambiental o de territorio?". En Revista Letras Verdes n. 11. Revista Latinoamericana de Estudios Socioambientales, marzo 2012.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 126 1/9/16 12:09

BERNALES ALVARADO, Manuel. "¿Para qué educar? Reflexiones sobre desarrollo, Seguridad y Democracia desde la Cultura de Paz". Fundación Uruguay, SOS Natural. UNESCO. Montevideo, 2001.

BRAÑES, Raul. "Informe sobre el desarrollo del Derecho ambiental latinoamericano. Su aplicación después de diez años de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo". Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, México DF., 2001.

CHOQUEHUANCA, David; SANTAMARÍA MAMANI, Ruzena Maribel. "Suma Qamaña: Vivir bien, no mejor, la sabiduría aymara". En Argenpress Cultural. Disponible en <http://cultural.argenpress.info/2013/07/suma-qamana-vivir-bien-no-mejor-la.html> [en línea]. (Consultado 16/8/2013).

OMISIÓN EUROPEA y ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA AGRICULTURA Y ALIMENTACIÓN. Estado de la información forestal en Bolivia, Santiago de Chile, 2001.

DE MIGUEL PERALES, Carlos. "Derecho español del medio ambiente". Civitas. Pamplona, 2009.

DÍAZ VIDAURRE, Mauricio; HUGES, Carys. Madre Tierra y Estado plurinacional. Análisis sobre la construcción, contenidos y viabilidades de la Ley de la Madre Tierra. Coordinación Iván Bascopé Sanjinés. CEJIS, La Paz, 2011.

GAVALDÁ PALACÍN, Marc. "Los conflictos ambientales del gas boliviano". VVAA. Iconos. Revista de Ciencias Sociales. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, n. 21, Quito, 2005.

_____. "La amnesia petrolera en Bolivia", disponible en Bolpress en su edición electrónica del 12 de agosto de 2010. Disponible en: <http://www.bolpress.com/art.php?Cod=2010120802> [en línea]. (Consultado 21/8/2013).

GONZÁLEZ ALONSO, S.; ESTEBAN-HERNÁNDEZ, J.; VALCÁRCEL RIVERA, Y.; HERNÁNDEZ-BARRERA, V.; GIL DE MIGUEL, A. "Contaminación del agua en fuentes cercanas a campos petrolíferos de Bolivia". Revista Panamericana de Salud Pública. Octubre 2010; vol. 28, n. 4.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 127 1/9/16 12:09

GRO HARLEM BRUNDTLAND: "Nuestro Futuro Común" (nombre original del Informe Brundtland), elaborado por la Comisión Mundial Para el Medio Ambiente y el Desarrollo de la ONU, 1987. Disponible en <http://conspect.nl/pdf/Our_Common_Future-Brundtland_Report_1987.pdf>. (Consultado 18/8/2013).

KRUSE, Thomas. "La 'Guerra del Agua' en Cochabamba, Bolivia: terrenos complejos, convergencias nuevas". En: Sindicatos y nuevos movimientos sociales en América Latina. Compilador. Enrique de la Garza Toledo. CLACSO, Buenos Aires, 2005.

LIDEMA. Problemas socio ambientales de la Bahía de Cohana. Texto de Iván Castillo Chuquimia. Ed. LIDEMA. La Paz, 2012.

MEDINA, Javier. Ñande Reko. La comprensión guaraní de la Vida Buena. PADEP/GTZ. Ed. Quatro Hnos, 2ª Ed., La Paz, 2008.

MINISTERIO DE DESARROLLO SOSTENIBLE Y PLANIFICACIÓN. VICEMINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE, RECURSOS NATURALES Y DESARROLLO FORESTAL. DIRECCIÓN GENERAL DE CLASIFICACIÓN DE TIERRAS Y CUENCAS. "Informe del Gobierno de Bolivia implementación de la Convención de las Naciones Unidas de lucha contra la desertificación". Disponible en: <http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CC8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.unccd-prais.com%2FUploads%2FGetReportPdf%2F2bfdb125-abf0-42f6-b5c7-a0fa014a4adc&ei=vfYYUu2GDoiN7Qb19oHwAg&usg=AFQjCNG2DBoFs9FQLRwl8XXO1Rib3oTbzg&sig2=4GkOk05BXCk_CkQM5d2l4g&bvm=bv.51156542,d.ZGU>.(Consultado 23/8/2013).

MUÑOZ, THELMO: "Estado actual de la información sobre arboles fuera del bosque". En VVAA: Estado de la información forestal en Bolivia. Comisión Europea y Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y Alimentación. Santiago de Chile, 2011.

NACIONES UNIDAS. "Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente. Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972". Disponible en: <http://www.dipublico.com.ar/conferencias/mediohumano/A-CONF.48-14-REV.1.pdf> [en línea] (Consultado 23/8/2013).

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 128 1/9/16 12:09

NAVARRO MENDIZABAL, Iñigo. "El Derecho a un medioambiente adecuado, ¿Es un Derecho?". En VVAA: Desafíos actuales de los Derechos humanos: El derecho al medio ambiente y sus implicaciones. Editores José Luis Reyes Pérez, María Eugenia Rodríguez Palop e Ignacio Campo Cervera. Dykinson. Madrid, 2009.

OFICINA DE LA NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO – ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA. "Estado Plurinacional de Bolivia. Monitoreo de Cultivos de Coca 2012". Disponible en: <http://www.unodc.org/documents/crop-monitoring/Bolivia/BOLIVIA_Coca_Survey_2012_web.pdf> [en línea]. (Consultado 21/8/2013).

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDADES PARA EL DESARROLLO INDUSTRIAL. "Informe sobre Desarrollo Industrial 2011". Disponible en: <http://www.nu.org.bo/agencia/organizacion-de-las-naciones-unidas-para-el--desarrollo-industrial/> [en línea]. (Consultado 11/8/2013).

ORNELAS, Raúl. "La guerra del gas: Cuarenta y cinco días de resistencia y un triunfo popular". En VVAA: Revista semestral Chiapas, n. 16, abril de 2004.

PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA LA REDUCCIÓN DE LAS EMISIÓN DE LA DEFORESTACIÓN Y DEGRADACIÓN DEL BOSQUE EN LOS PAISES EN DESARROLLO. Documento del Programa Nacional Conjunto – Bolivia. FAO – UNDP – UNEP, 2010, p. 4.

RAÑA ARANA, Walter Alfredo. "Constitucionalización del Derecho al medio ambiente. Un aporte a la asamblea constituyente". Disponible en <http://www.tribunalconstitucional.gob.bo/descargas/articulos/CDMA_WRA.pdf> [en línea]. (Consultado 2/4/2013).

RED DE INFORMACIÓN HUMANITARIA PARA AMERICA LATINA Y EL CARIBE: "Antecedente de la crisis al final del informe. Bolivia: Emergencia Inundaciones", 2013. Oficina del Coordinador Residente – Reporte de Situación n. 02 (al 20 de marzo de 2013). Disponible en: <http://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/Inundaciones%20Bolivia%202013%20Informe%20de%20Sit%202.pdf> [en línea]. (Consultado 21/8/2013).

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 129 1/9/16 12:09

RED MONICA BOLIVIA: Disponible en: <http://www.swisscontact.bo/sw_files/mzegexphnjw.pdf> [En línea]. (Consultado el 20/8/2013).

RODRIGUEZ BECERRA, Manuel; ESPINOZA, Guillermo. Gestión ambiental en América Latina y el Caribe. Evolución, tendencias y principales prácticas. Ed. David Wilk. División del medio ambiente. Banco Interamericano de Desarrollo. Washington, 2002.

SHULTZ, Jim. "La guerra del agua en Cochabamba y sus secuelas". En: Desafiando la globalización. Historias de la experiencia boliviana. Editores Jim Shultz y Melissa Crane Draper. Ed. El Centro para la Democracia / Plural Editores, La Paz, 2008.

SIMÓN YARZA, Fernando. "Medio ambiente y derechos fundamentales". Centro de Estudios Políticos Constitucionales. Madrid, 2012.

VASAK, Karel. "Héctor Gross Espiell *amicorum liber*: persona humana y derecho internacional". En VVAA: Revisiter la troisième génération des droits de l'homme avant leur codification. Vol. 2. 1997.

YACIMIENTOS PETROLÍFEROS FISCALES: Disponible en: <http://www.ypfb.gob.bo/index.php?id=134:la-industria-del-petroleo-y-del- gas&option=-com_content&view=article> [en línea]. (Consultado 21/8/2013).

ZOTO ALVARADO, Juan Lixmar. "Panorama general del Derecho administrativo en Bolivia". En VVAA: Derecho administrativo iberoamericano. Coord. Santiago Gonzales-Varas Ibañez. INAP, Madrid. 2012.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 130 1/9/16 12:09

BREVE PANORAMA DO DIREITO CONSTITUCIONAL AMBIENTAL NO BRASIL E SEUS DESAFIOS

Pedro Curvello Saavedra Avzaradel[1]

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo apresentar, de forma breve e panorâmica, os dispositivos, princípios e institutos relativos à proteção ambiental presentes na constituição brasileira, de 5 de outubro de 1988. Para tanto, faremos uma pesquisa bibliográfica a partir de alguns dos mais reconhecidos estudiosos das letras jurídicas ambientais nacionais, bem como utilizaremos julgados do Supremo Tribunal Federal em que são interpretados tais dispositivos, princípios e institutos. Em alguns casos, também apresentaremos as principais leis infraconstitucionais que concretizam a Constituição, bem como a interpretação que vem sendo conferida a tais leis pelo Superior Tribunal de Justiça. Serão apresentadas as principais referências expressas do texto, dentro e fora do capítulo constitucional especificamente dedicado à matéria, além da divisão das competências constitucionais e das características do ambiente enquanto bem jurídico e de sua tutela. Em seguida, apresentaremos brevemente alguns dos sérios problemas ambientais brasileiros na atualidade, não necessariamente novos. Sem a pretensão de esgotar todos os possíveis assuntos e detalhes possíveis, tentaremos apresentar para os leitores nacionais e estrangeiros, com brevidade e certa consistência, os institutos e as normas constitucionais, deixando o caminho aberto para futuros aprofundamentos temáticos.

1 É doutor em Direito da Cidade pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (PPGDIR/UERJ), graduado em Direito (UFRJ) e mestre em Sociologia e Direito (PPGSD/UFF). É professor do Curso de Direito do Polo Universitário de Volta Redonda da Universidade Federal Fluminense, onde lidera o Grupo de Estudos em Meio Ambiente e Direito (Gemadi). Integra o quadro permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da mesma Universidade. Contato: pedroavzaradel@id.uff.br.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 131 1/9/16 12:09

Palavras-chave: Constituição brasileira. Proteção ambiental. Problemas e desafíos.

INTRODUÇÃO

Por possuir biomas ricos em biodiversidade, com espécies de fauna e flora ainda desconhecidas, abrigar a maior bacia hidrográfica do mundo e possuir uma extensa legislação especializada, o Brasil é atualmente uma importante referência em questões ambientais. No plano internacional, especialmente a partir da Conferência das Nações Unidas ocorrida no Rio de Janeiro em 1992, o País passou a adotar uma postura ativa na negociação de tratados voltados para a proteção ambiental.

Contudo, existem contradições que merecem ser consideradas. De um lado, a riqueza do patrimônio natural, a extensa legislação ambiental e a postura brasileira no plano internacional são, de fato, positivas. De outro, a implementação das principais leis ambientais é extremamente deficitária, fato este comprovado por crises de origem ambiental como a hídrica e a energética e pela reiterada repetição de "acidentes" e desastres ditos "naturais" de grandes proporções cujos riscos estariam, em tese, geridos de forma satisfatória caso a legislação existente fosse socialmente efetiva. A esta face problemática do Direito Ambiental no Brasil pode-se acrescentar, ainda, a recente pressão exercida por grupos de interesse no Congresso Nacional no sentido de revogar e/ou modificar importantes dispositivos da legislação ambiental.

O presente artigo buscará apresentar, de forma panorâmica, os principais institutos presentes na Constituição Federal. Como se verá adiante, o texto traz várias referências expressas e outras implícitas ao meio ambiente e sua proteção. Trata-se de texto programático, extenso.

Por esta razão, abordaremos, a partir do texto constitucional brasileiro, os entendimentos da doutrina e do Supremo Tribunal Federal (STF) – corte responsável por interpretar o Diploma Maior, que consideramos relevantes. Também serão abordadas, de forma sumária, algumas leis importantes que concretizam o Texto Supremo e as interpretações conferidas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) – corte que desempenha papel importante na uniformização da aplicação de leis editadas pela União.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 132 1/9/16 12:09

Sem pretensão de esgotar todos os possíveis assuntos, tentaremos apresentar para os leitores nacionais e estrangeiros, com brevidade e certa consistência, os institutos e as normas constitucionais, deixando o caminho aberto para futuros aprofundamentos temáticos.

Apresentaremos, em seguida, alguns dos principais problemas ambientais brasileiros na atualidade, escolhidos de acordo com as pesquisas que temos desenvolvido. Também neste ponto seria impossível apresentar todos os problemas atuais, muito menos desenvolve-los.

CONSTITUIÇÃO E PROTEÇÃO AMBIENTAL NO BRASIL

Após a primeira Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente, realizada em Estocolmo, na Suécia, no ano de 1972, as constituições de diversos estados passaram a incluir de forma expressa a proteção ao meio ambiente. Podemos citar como exemplos as constituições portuguesa (1976), espanhola (1978) e brasileira (1988).

No que se refere ao Brasil, antes de 1988 não existia tratamento constitucional das questões ambientais. Desde 1934, as constituições anteriores atribuíram à União a competência para legislar sobre água, energia, florestas, caça e pesca. A importância do ambiente, enquanto um todo ou conjunto, ainda não era devidamente reconhecida ao ponto de se elevar o mesmo ao patamar de um bem protegido constitucionalmente. Por isso, cuidava-se antes, sobretudo, de tutelar bens e recursos naturais importantes para a garantia de atividades econômicas.

No plano infraconstitucional, contudo, houve avanços anteriores e significativos, especialmente na década de 1980, após a Conferência de Estocolmo. Com a edição da Lei n. 6.938/1981, o conceito de meio ambiente foi estabelecido em nível nacional como sendo "o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas" (Art. 3°, inc. I).

Esse diploma, basilar para a tutela ambiental no Brasil, ainda trouxe regras sobre a responsabilidade por atos lesivos ao ambiente e a previsão de ações para efetivação da obrigação de repará-lo, então exclusivas do Ministério Público (Art. 14). Ainda na década de 1980 e antes da promulgação da

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 133 1/9/16 12:09

Constituição, destacamos a aprovação da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985), que reforçou o papel institucional do *Parquet*, prevendo também a possibilidade de ações ajuizadas por associações da sociedade civil organizada dedicadas à questão ambiental.

Portanto, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 coroa e consolida um movimento de progressivo aumento na proteção jurídica ambiental, sendo considerada uma das mais avançadas do mundo nessa seara.

Por sua vez, Paulo Afonso Leme Machado destaca que um dos textos propostos inicialmente à Assembleia Constituinte resultou do trabalho conduzido pela Associação Brasileira de Direito do Meio Ambiente, após seminários e curso com a colaboração de professores estrangeiros[2].

Conforme o melhor entendimento, consagra-se o direito ao meio ambiente equilibrado como direito fundamental[3]. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já pacificou o entendimento de que "trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano"[4].

Considerando que a dignidade da pessoa humana e a cidadania consistem em fundamentos da ordem constitucional (Art. 1°), parece que a defesa do meio ambiente está estruturada a partir de uma visão antropocêntrica, embora mitigada pelos fatos de o texto reconhecer a interdependência entre os seres humanos e o seu entorno, de incluir os interesses das gerações futuras e de vedar mais tratos aos demais seres vivos não humanos (Art. 225)[5].

---

2 MACHADO, Paulo A. Leme. Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 147.

3 Em se tratando dos direitos fundamentais, esclarece José Afonso da Silva que "no qualificativo fundamentais acha-se indicação de que se tratam de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive: fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados" (SILVA, José Afonso da. Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 720).

4 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3540 MC/DF. Ministro Relator: Celso de Mello. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 1/9/2005. Brasília: 2005. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 ago 2012.

5 Cf., dentre outros, ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. São Paulo: Atlas, 2015, p. 66.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 134 1/9/16 12:09

Sem prejuízo de um capítulo específico (Art. 225), a Constituição brasileira traz normas pulverizadas ao longo do texto, erigindo um sistema protetivo constitucional sem precedentes no Brasil. Por uma questão de prioridade, focaremos aqui as principais referências explícitas, embora reconheçamos que existam outras implícitas importantes[6].

DO CAPÍTULO CONSTITUCIONAL ESPECÍFICO

Como dito, a Constituição brasileira de 1988 separou um capítulo específico para a proteção ambiental. O Capítulo VI, intitulado "Do Meio Ambiente", encontra-se dentro do Título VIII, que dispõe sobre a Ordem Social e disciplina outros direitos fundamentais como os direitos à saúde (Art. 196), à educação (Art. 205), dentre outros.

Destaca-se aqui o papel central do *caput* do artigo 225, segundo o qual, "todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações".

Para Paulo Afonso Leme Machado, o uso da palavra "todos", pronome indefinido, ao qualificar os titulares do direito consagrado no artigo 225, impede qualquer exclusão, abrangendo mesmo aqueles seres humanos não residentes no Brasil[7]. No mesmo sentido é o posicionamento de Paulo de Bessa Antunes[8].

Não obstante, com a devida vênia aos ilustres mestres, considerando as limitações espaciais de nossa ordem constitucional, bem como o disposto no artigo 5º,

6 José Afonso da Silva cita algumas referências implícitas presentes em dispositivos que disciplinam competências de entes federados e a dominialidade sobre alguns recursos naturais. São exemplos do autor, dentre outros, as competências da União, estabelecidas nos incisos XIX e XX do artigo 21, de: "instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso" e "instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos" (SILVA, José Afonso da. Direito Constitucional Ambiental. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 49-50).

7 MACHADO, Paulo Afonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 148.

8 ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. São Paulo: Atlas, 2015, p. 66.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 135 1/9/16 12:09

caput, parece-nos que tal direito pode ser garantido aos brasileiros e estrangeiros que residem no Brasil e às gerações que virão a habitar o País no futuro.

O meio ambiente protegido constitucionalmente e direito de todos é aquele "ecologicamente equilibrado" e não qualquer qualidade de ambiente. Isso porque apenas um ambiente com tal equilíbrio propicia condições para o desenvolvimento pleno dos seres humanos e demais seres vivos. Como destaca Édis Milaré, a Constituição consagrou o meio ambiente equilibrado como indisponível, o que fica nítido quando se vê que este deve ser preservado e garantido para as gerações presentes e futuras[9].

Bem ilustra Paulo Afonso Leme Machado que, "o equilíbrio ecológico não significa uma permanente inalterabilidade das condições naturais. Contudo, a harmonia ou a proporção e a sanidade entre os vários elementos que compõem a ecologia – populações, comunidades, ecossistemas e a biosfera – hão de ser buscadas intensamente pelo Poder Público, pela coletividade e por todas as pessoas"[10].

O artigo 225 da Constituição Federal atual estabelece o dever do Poder Público e da coletividade de preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. Neste ponto, cabe primeiramente registrar que a expressão Poder Público deve ser entendida aqui no seu sentido mais amplo, alcançando todos os entes da Federação (União, estados, Distrito Federal e municípios) e seus poderes constituídos.

Ainda, vale dizer que o ambiente e a proteção de seu equilíbrio são de natureza difusa e indisponível, respectivamente, sendo obrigatória a ação do Poder Público quando tiver conhecimento de lesão ou ameaça de lesão a esse direito.

De outro lado, "a ação da coletividade, diferentemente da do Poder Público, em geral é facultativa, ainda que no caso das organizações da sociedade civil de interesse público, quando houverem celebrado contratos de parceria com o Poder Público, poderão ser compelidas a cumprir os deveres desses contratos"[11].

No que se refere ao Poder Público, suas obrigações estão constitucionalmente definidas no § 1º do artigo em cotejo. Observe-se o parágrafo aludido determina o que incumbe ao "Poder Público", sem restringir essas obrigações

9 MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 174.

10 MACHADO, Paulo Afonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 151.

11 Idem, ibidem, p. 154.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 136 1/9/16 12:09

a um determinado ente específico, deixando claro que tais atribuições são comuns – conforme veremos em item sobre as competências, mais adiante. Passamos a elencar os dispositivos abaixo e a fazer breves comentários, acompanhados, quando oportuno, das interpretações conferidas pelo Supremo Tribunal Federal e das principais normas infraconstitucionais que os concretizam.

O inciso I do § 1° determina o dever do Poder Público de "preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e dos ecossistemas".

Neste aspecto, cumpre destacar que a ordem constitucional busca não apenas preservar mas também restaurar aqueles processos ecológicos essenciais (como, por exemplo, o ciclo de renovação da água potável). Isso nos remete a uma ideia de melhoria desses processos negativamente afetados, tais como de áreas ambientalmente degradadas com relevantes atributos ambientais, não apenas para as gerações presentes, mas também para as futuras.

O próprio texto constitucional prevê instrumentos para a tutela desses processos ecológicos essenciais, no inciso III, que comentaremos mais adiante. No plano infraconstitucional, a citada Lei n. 6.938/1981 estabelece em seu artigo 2º o objetivo de "preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida [...]".

Voltando nossa atenção ao capítulo constitucional, o inciso II do mesmo parágrafo impõe a obrigação de "preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e à manipulação de material genético".

Conforme Paulo Afonso Leme Machado, esse patrimônio consiste no "[...] conjunto de material genético, aí compreendido todo o material de origem vegetal, animal, microbiana ou de outra que contenha unidades funcionais de hereditariedade, com valor real ou potencial, que possa ser importante para as gerações presentes e futuras"[12].

Ao comentar este dispositivo, Édis Milaré afirma que "preservar a diversidade significa reconhecer, inventariar e manter o leque dessas diferenças de organismos vivos. Nesse sentido, quanto mais diferenças existirem, maiores serão as possibilidades de vida e de adaptação às mudanças"[13].

12 Idem, ibidem, p. 161-62.

13 MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 178.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 137 1/9/16 12:09

Aqui cabe destacar a tutela da nossa diversidade, o que nos remete aos incisos I (ao manejo ecológico das espécies) e III (à criação de espaços apropriados a tal finalidade), mas também mecanismos que garantam sua integridade, mesmo diante de técnicas de manipulação genética. Neste último aspecto, destacamos a Lei n. 11.105, de 25 de março de 2005, que, dentre outras coisas, "estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados"[14].

Quanto maior for a biodiversidade, maiores são a resiliência dos ecossistemas e a nossa capacidade de adaptação. Por exemplo, quanto maior for a variedade de batatas existentes, maior será a nossa capacidade de adaptação no caso de uma praga, que dificilmente afetará todas as espécies igualmente, visto que umas provavelmente serão imunes ou mais resistentes do que outras.

De notória importância, o inciso III determina que sejam definidos, em todas as unidades da Federação, "espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção".

Isso significa que, em cada um dos mais de 5 mil municípios, dos 26 estados-membros, bem como no Distrito Federal, devem ser identificados atributos ambientais que mereçam proteção e ser criados espaços territoriais especialmente protegidos (ETEPs) capazes de proteger tais atributos.

Esses espaços são fundamentais, especialmente para: garantir a preservação e a restauração dos processos ecológicos essenciais, garantindo o manejo ecológico de ecossistemas e espécies; preservar nossa biodiversidade, de modo a evitar que espécies da fauna e da flora entrem em risco de extinção; favorecer modos de vida considerados tradicionais adotados por populações cuja interação com o ambiente nesses espaços favorece todos os aspectos antecedentes.

14 BRASIL. Lei n. 11.105, de 25 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei n. 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória n. 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei n. 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm>. Acesso em: 6 dez 2015.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 138 1/9/16 12:09

Num sentido amplo[15], os ETEPs são concretizados através de três institutos jurídicos: (i) as Unidades de Conservação – UCs; (ii) as áreas de preservação permanente – APPs; (iii) as áreas de reserva legal florestal – ARLFs. O primeiro instituto está disciplinado pela Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000[16], que estabelece o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC). Os outros dois institutos estão disciplinados, atualmente, pela Lei n. 12.651, de 25 de maio de 2012, que institui o Código Florestal em vigor[17].

Essa divisão entre os institutos disciplinados por duas leis e regimes jurídicos distintos também pode ser percebida nos entendimentos do Supremo Tribunal Federal acerca do dispositivo constitucional em comento.

De um lado, já decidiu o STF em algumas oportunidades, ao examinar conflitos envolvendo Unidades de Conservação, que "o art. 225, § 1º, III, somente exige a edição de lei para a alteração ou a supressão de um espaço territorial delimitado de especial proteção ambiental, previamente criado por ato do Poder Público, este precedido de estudos técnicos e de consulta pública que permitam identificar a localização, a dimensão e os limites mais adequados para a unidade"[18].

De outro, ao analisar o regime jurídico de supressão de áreas de preservação permanente, então disciplinadas pela Lei n. 4.771/1965 e por suas alterações (segundo Código Florestal, atualmente revogado), a Corte Suprema decidiu que

---

15 Nesse sentido, cf., dentre outros, MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 184.

16 Idem. Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000. Regulamenta o art. 225, § 1ª, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9985.htm>. Acesso em: 6 dez 2015.

17 Idem. Lei n. 12.651, de 25 de maio de 2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, n. 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e n. 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis n. 4.771, de 15 de setembro de 1965, e n. 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória n. 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/L12651compilado.htm>. Acesso em: 6 dez 2015.

18 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.218 AgR/DF. Relatada pelo Min. Luiz Fux e julgada pelo Tribunal Pleno em 12 de dez. de 2012. Dentre outros precedentes no mesmo sentido, podemos citar o Mandado de Segurança MS 26.064, Relatado pelo Min. Eros Grau e julgado pelo Pleno em 17 de jun. de 2010 e o Agravo Regimental nos autos do Recurso Extraordinário RE 417.408-AgR, relatado pelo Min. Dias Toffoli e julgado pela Primeira Turma em 20 de mar. de 2012.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 139 1/9/16 12:09

> Somente a alteração e a supressão do regime jurídico pertinente aos espaços territoriais especialmente protegidos qualificam-se, por efeito da cláusula inscrita no art. 225, § 1º, III, da Constituição, como matérias sujeitas ao princípio da reserva legal. É lícito ao Poder Público – qualquer que seja a dimensão institucional em que se posicione na estrutura federativa (União, estados-membros, Distrito Federal e municípios) – autorizar, licenciar ou permitir a execução de obras e/ou a realização de serviços no âmbito dos espaços territoriais especialmente protegidos, desde que, além de observadas as restrições, limitações e exigências abstratamente estabelecidas em lei, não resulte comprometida a integridade dos atributos que justificaram, quanto a tais territórios, a instituição de regime jurídico de proteção especial (CF, art. 225, § 1º, III)[19].

Cabe destacar que, no primeiro caso, das Unidades de Conservação, o surgimento do ETEP decorre de ato público específico, precedido de estudos atinentes à sua localização e consulta pública igualmente específicos. Já no segundo caso, das áreas de preservação permanente, o surgimento da proteção decorre, na maioria dos casos, diretamente da lei florestal, que, igualmente, prevê critérios para a autorização de intervenções no espaço e supressões da vegetação nele existente.

Paulo Afonso Leme Machado, ao recordar os debates durante a Assembleia Constituinte, defende a interpretação de que seria sempre necessária a aprovação por lei, para que fossem devidamente considerados os interesses ambientais quando de uma alteração ou supressão. O citado autor posiciona-se de forma crítica ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal na ADI 3.540: "o que foi escrito e pensado pelos constituintes é diferente do que foi decidido"[20].

Por sua vez, o inciso IV do aludido § 1º, obriga o Poder Público a "exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental [EIA], a que se dará publicidade" (grifamos).

Segundo Édis Milaré, "o objetivo central do Estudo de Impacto Ambiental é simples: evitar que um projeto (obra ou atividade), justificável sob o prisma

19 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3540 MC/DF. Ministro Relator: Celso de Mello. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 1/9/2005. Brasília: 2005. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 ago 2012.

20 MACHADO, Paulo Afonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 169.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 140 1/9/16 12:09

econômico ou em relação aos interesses imediatos de seu proponente, revele-se posteriormente nefasto ou catastrófico para o meio ambiente"[21].

Para tanto, por mais óbvio que possa parecer, esse estudo deve ser elaborado na fase preliminar, quando ainda é possível alterar o planejamento para incluir todas as medidas de cuidado e prevenção ambientais, em vez de esperar que os problemas apareçam para serem depois "remediados".

Numa interpretação literal, o dispositivo confere caráter constitucional ao EIA e ao seu respectivo relatório – RIMA, exigido, em regra, na fase preliminar ou prévia do licenciamento ambiental. Como o EIA consiste apenas numa das possíveis avaliações de impacto, parece ser a melhor interpretação a de que os empreendimentos capazes, ainda que de forma potencial, de causar a significativa degradação ambiental, devam passar por um procedimento de avaliação prévia no qual seja garantida a realização dos estudos ambientais necessários à avaliação dos impactos efetivos e/ou potenciais, das medidas mitigatórias possíveis e das medidas compensatórias eventualmente necessárias.

Vale dizer que esses estudos devem ser observados como uma oportunidade de busca da maior eficiência ambiental, com o potencial de agregar valor ao projeto ou atividade, por exemplo, com a redução de riscos e custos.

De acordo com a Lei n. 6.938/1981, recepcionada pela Constituição, cabe ao Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), órgão deliberativo do Sistema Nacional de Meio Ambiente, a edição de normas técnicas e regulamentadoras em matéria ambiental. No se tange especificamente ao Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA) e ao seu respectivo relatório (RIMA) ganham destaque as resoluções n. 1/1986, n. 9/1987 e n. 237/1997.

Buscando regulamentar o instrumento da avaliação de impacto ambiental, o Conama editou a Resolução n. 1 de 1986. Contudo, apesar do amplo objetivo inicial, este ato normativo secundário acabou apenas disciplinando de forma extensa o EIA/RIMA. O artigo 2° da citada resolução dispõe que: "dependerá de elaboração de estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto ambiental – RIMA, o licenciamento de atividades modificadoras do meio ambiente, tais como: II – Ferrovias; III – Portos e terminais de minério, petróleo e produtos químicos; [...]".

De várias formas tem sido interpretada a expressão na "forma da lei". Concordamos com Paulo de Bessa Antunes que o melhor dos mundos

21 MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 185.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 141 1/9/16 12:09

seria a definição em lei aprovada pelo Congresso Nacional dos contornos e procedimentos gerais do EIA/RIMA[22]. Ao comentar a previsão de que o estudo seja feito "na forma da lei" em outra passagem de sua obra, o citado autor assim se manifesta:

> É desnecessária a normação por meio de lei formal, pois a própria Constituição fixou os limites da exigibilidade dos Estudos de Impacto Ambiental. É evidente que os Estudos de Impacto Ambiental significam uma interferência na esfera privada dos agentes econômicos e, portanto, somente poderiam ser criados por lei formal. Ocorre que a própria Constituição reconheceu e recepcionou o instituto que lhe é antecedente e, mais do que isso, definiu as condições em que este deverá ser exigido. Assim sendo, a norma está plenamente apta a gerar resultados jurídicos, a ser exercitada plenamente, a ser eficaz[23].

De outro lado, Paulo Afonso Leme Machado defende, com base no artigo 24 da Constituição e no artigo 8º da Lei n. 6.938/981, a competência do Conama para disciplinar o EIA/RIMA, esperando que "estados e municípios adaptem a norma federal às suas peculiaridades, enriquecendo, assim, a já bem elaborada Resolução 1/1986"[24].

Parecidos são os efeitos da posição de Celso Antonio Pacheco Fiorillo, para quem a lei mencionada pela Constituição seria a Lei n. 6.938/81, a qual, por sua vez, atribui ao Conama "competência para exigir o EIA/RIMA, fixando o modo e a forma de sua execução"[25].

Vale destacar que o estado do Rio de Janeiro editou a Lei Estadual n. 1.356, de 3 de outubro de 1988, com algumas regras similares àquelas da Resolução 1/86 do Conama e alguns avanços consideráveis.

A partir da previsão constitucional, ficou a exigência do EIA/RIMA subordinada à verificação por parte da Administração Pública Ambiental da possibilidade de uma atividade causar a "significativa degradação do meio ambiente", conceito jurídico indeterminado a ser verificado com base na discricionariedade técnica, em cada caso concreto, pelo órgão competente.

---

22 ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2015, p. 607.

23 ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. São Paulo: Atlas, 2015, p. 91.

24 MACHADO, Paulo Afonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 268.

25 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 250.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 142 1/9/16 12:09

Após a Constituição de 1988, o Conama editou a Resolução n. 237/1997, cujo *caput* do artigo 3º sujeitou à elaboração do EIA/RIMA, conforme a norma fundamental, "empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente causadoras de significativa degradação do meio". Essa avaliação sobre a ocorrência, mesmo que potencial, de significativa degradação ambiental deve ser feita pelo órgão competente com base nos critérios presentes na legislação, mesmo que na Resolução Conama n. 1/986, mas preferencialmente com base em lei, uma vez que este estudo representa, quando exigível, uma restrição e um custo adicionais ao empreendedor.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.086/SC, inconstitucional a Lei Estadual que dispensava determinados empreendimentos da exigência constitucional do EIA/RIMA. Conforme a ementa do julgado, a aludida lei, "ao dispensar a elaboração de estudo prévio de impacto ambiental no caso de áreas de florestamento ou reflorestamento para fins empresariais, cria exceção incompatível com o disposto no mencionado inciso IV do § 1º do artigo 225 da Constituição Federal"[26].

Igualmente relevantes são os precedentes das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 3.252-MC e 1.505. Na primeira, cuja medida cautelar fora julgada em 2005, afirmou-se, ao analisar lei estadual, a inconstitucionalidade de se submeter à prévia autorização legislativa "o licenciamento de atividades utilizadoras de recursos ambientais consideradas efetivas e potencialmente poluidoras, bem como capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental"[27].

Na segunda, o STF declarou inconstitucional o dispositivo da Constituição do estado do Espírito Santo que "que submete o Relatório de Impacto Ambiental – RIMA – ao crivo de comissão permanente e específica da Assembleia Legislativa"[28].

---

26 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.086/SC. Julgada pelo Tribunal Pleno em 10 ago. 2001.

27 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.252/RO. Relatada pelo Min. Gilmar Mendes e julgada pelo Tribunal Pleno em 6 de abr de 2005. Até o presente momento, não temos conhecimento da decisão final de merito.

28 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.505/ES. Relatada pelo Min. Eros Grau e julgada pelo Tribunal Pleno em 24 de nov. de 2004.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 143 1/9/16 12:09

Como vimos, o texto Constitucional exige que se dê publicidade ao EIA. Segundo Paulo Afonso Leme Machado, "deixar o estudo à disposição do público não é cumprir o preceito constitucional, pois – salvo melhor juízo – o sentido da expressão 'dará publicidade' é publicar – ainda que em resumo – o Estudo de Impacto em órgão de comunicação adequado"[29]. Para o autor, a exigência de audiência pública decorreria implicitamente do mesmo dispositivo[30]. Na prática, diversos órgãos ambientais disponibilizam o RIMA em seus portais na rede mundial de computadores. Alguns portais de órgãos ambientais e do Ministério Público divulgam estudos na íntegra.

Já o inciso V do § 1º do artigo 225 determina que o Estado controle "a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente". Para tanto, poderão ser usadas avaliações de impacto ambiental, padrões de qualidade, dentre outros instrumentos. Veja-se que aqui, na mesma forma que no inciso VII, impõe-se a tutela dos riscos de lesões graves, extraindo-se da leitura destes, dentre outros dispositivos constitucionais, o princípio da precaução[31].

Consta do inciso VI a obrigação de "promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente". Neste ponto, cabe sublinhar que o texto constitucional em muito se assemelha à previsão da Política Nacional do Meio Ambiente, que, desde 1981, prevê, como "princípio", no inciso X do artigo 2º, a "educação ambiental a todos os níveis do ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-la para participação ativa na defesa do meio ambiente"[32].

Após o comando constitucional, aprovou-se a Política Nacional de Educação Ambiental, Lei n. 9.795, de 27 de abril de 1999, que trouxe diretrizes para o cumprimento desta atribuição. Consta do artigo primeiro da citada lei o conceito legal de educação ambiental, entendida como "os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimen-

29 MACHADO, Paulo A. Leme. Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 167.

30 Loc. cit.

31 Cf., neste sentido, MACHADO, Paulo A. Leme. Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 163.

32 AVZARADEL, Pedro Curvello Saavedra. Reflexões sobre ética ambiental e educação ambiental. In: Educação ambiental: premissa inafastável ao desenvolvimento econômico sustentável.1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, v. 1, p. 147-170.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 144 1/9/16 12:09

tos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente [...]"[33]. Antes disso, havia apenas a previsão da Lei de Diretrizes e Bases da Educação – Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996[34], de acordo com a qual a educação ambiental constava apenas como conteúdo obrigatório apenas do ensino fundamental (Arts. 26 e 32).

O sétimo e último inciso impõe ao Poder Público a obrigação de "proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade".

Bem esclarece Édis Milaré, ao comentar o conceito de fauna, que "aqui se incluem os animais, sejam domesticados ou não, da fauna terrestre (p. ex., os silvestres e os alados ou avifauna) e da fauna aquática (p. ex., os peixes que constituem a ictiofauna)"[35].

Por sua vez, sublinha Paulo Afonso Leme Machado que "o texto constitucional fala em 'práticas' – o que quer dizer que há atos cruéis que acabam tornando-se hábitos, muitas vezes chamados erroneamente de manifestações culturais"[36].

Sobre essas "práticas culturais", merece destaque a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre as chamadas rinhas de galo (combates violentos que terminam muitas vezes com a morte desses animais) e sobre a chamada "farra do boi".

Sobre as rinhas de galo, o STF já declarou inconstitucionais leis dos estados do Rio de Janeiro[37], Santa Catarina[38]e Rio Grande do Norte[39], que disci-

---

33 BRASIL. Lei n. 9.795, de 27 de abril de 1999. Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9795.htm>. Acesso em: 13 set. 2015.

34 Idem. Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9394.htm>. Acesso em: 13 set. 2015.

35 MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 192.

36 MACHADO, Paulo A. Leme, op. cit., p. 164. Em igual diapasão, MILARÉ, Édis, op. cit, p. 196.

37 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.856/RJ. Relatada pelo Min. Carlos Velloso e julgada pelo Tribunal Pleno em 3 de set. de 1998. A medida cautelar foi confirmada no julgamento do mérito definitivo pelo Pleno, ocorrido em 26 de maio de 2011, sob a relatoria do ministro Celso de Mello.

38 Idem. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.514/SC. Relatada pelo Min. Eros Grau e julgada pelo Tribunal Pleno em 29 de jun. de 2005.

39 dem. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.776/RN. Relatada pelo Min. Cezar Peluso e julgada pelo Tribunal Pleno em 14 de jun. de 2007.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 145 1/9/16 12:09

plinavam tais "combates" e autorizavam a submissão dos animais a tratamento cruel. Como bem ilustra uma dessas decisões,

> "a promoção de briga de galos, além de caracterizar prática criminosa tipificada na legislação ambiental, configura conduta atentatória à Constituição da República, que veda a submissão de animais a atos de crueldade, cuja natureza perversa, à semelhança da 'farra do boi', não permite sejam eles qualificados como inocente manifestação cultural, de caráter meramente folclórico"[40].

No que tange à chamada "farra do boi", cumpre destacar a decisão da mesma Corte, nos autos do Recurso Extraordinário 153531/SC, na qual ficou assentado que "a obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade"[41].

Aqui vale frisar, por mais óbvio que seja, que se trata de vedações constitucionais, sem exceção. No plano infraconstitucional, tanto a pesca no período de reprodução das espécies (prática que gera risco de extinção) quanto o tratamento cruel dos animais não humanos consistem em crimes ambientais[42].

Vale acrescentar às lições acima que, igualmente, são vedadas as práticas que coloquem em risco a função ecológica desempenhada pela fauna. Como exemplo de função ecológica, podemos citar a dispersão de sementes de frutos ingeridos por pequenos mamíferos e por aves que habitam certos biomas, importantes para a manutenção das características desses ambientes naturais.

No que tange ao § 2º, este prescreve regra específica para o setor de mineração, segundo a qual, "aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei". Como bem destaca Édis

---

40 Idem. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.856/RJ. Relatada pelo Min. Celso de Mello e julgada pelo Tribunal Pleno em 26 de mai. de 2011.

41 Idem. Recurso Extraordinário 153.531. Relatado pelo Min. Francisco Rezek e julgado pela Segunda Turma em 3 de jun. de 1997.

42 BRASIL. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, artigos 32 e 34. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm>. Acesso em: 13 nov. 2015.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 146 1/9/16 12:09

Milaré, trata-se de uma solução possível, "uma recuperação que visa assegurar um determinado uso humano na área degradada"[43].

Aqui nos parece que, como toda exceção, deva o dispositivo ser interpretado de forma restrita, no sentido de ser aplicado aos impactos inerentes e inevitáveis desse setor. Nesta esteira, podemos afirmar que:

> O dispositivo busca disciplinar casos em que os danos ambientais são irreversíveis em razão da própria natureza da atividade mineraria. Por exemplo, uma montanha de minério exposto, após ser explorada, provavelmente deixará existir, não sendo possível reconstituí-la. Como toda exceção, a norma do citado parágrafo deve ser interpretada de forma restrita[44].

Feita a exceção de cunho constitucional, passamos a analisar, no parágrafo seguinte, a regra da reparação integral e das três esferas autônomas de responsabilização decorrentes de atos danosos ao ambiente. Nos termos do § 3º, "as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados".

No que se refere à responsabilidade civil, desde a Lei n. 6.938/1981, o Brasil adota a responsabilidade objetiva e solidária pelos danos ambientais causados. Neste aspecto, a reparação integral do dano somente não será exigível quando for factualmente impossível, visto que, salvo o disposto no § 2°, não houve graduação ou exceção na obrigação de reparar prevista na Constituição.

Conforme lição concisa de José Afonso da Silva, "na responsabilidade fundada na culpa (subjetiva) a vítima tem que provar não só a existência do nexo ente o dano e a atividade danosa, mas também – e especialmente – a culpa do agente. Na responsabilidade objetiva por dano ambiental bastam a existência do dano e nexo com a fonte poluidora ou degradadora"[45].

Importante sublinhar que o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial n. 442586, considerou a Política Nacional de Meio Ambiente

---

43 MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 197.

44 AVZARADEL, Pedro Curvello Saavedra; COUTINHO, Isabela Esteves Cury; FARIAS, Talden Queiroz. Conclusões do GT1 [O Grupo de Trabalho reunido teve como objetivo apontar as principais questões jurídicas relativas ao desastre da Samarco, ocorrido em novembro de 2015]. Disponível em: <www.ufjf.br/poemas/files/2015/12/CETEM-GT1-FINAL.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2016.

45 SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 312.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 147 1/9/16 12:09

e consignou na ementa do julgado que se depreende dessa lei a responsabilidade pelo risco integral, não sendo aplicáveis, portanto, a força maior, o caso fortuito e o fato de terceiro com excludentes da obrigação de responder pelos atos lesivos ao ambiente[46]. Este entendimento foi ratificado em outros julgados da mesma corte, podendo-se citar, dentre os mais recentes, o ocorrido no Recurso Especial n. 1346430/PR[47].

Sem prejuízo de tal obrigação, os atos lesivos sujeitarão o autor às sanções administrativas e penais, desde que, obviamente, estejam definidos como infração administrativa e crime, respectivamente, em momento prévio à ocorrência. Em ambos os casos deverão ser observadas as garantias da ampla defesa e da duração razoável do processo (administrativo ou judicial, conforme o caso), consoante o disposto no artigo 5º incisos LV e LXXVIII, da Constituição Federal.

O direito penal ambiental apenas veio a ter tratamento sistematizado com a edição da Lei de Crimes Ambientais (LCA), Lei n. 9.605, de 12 fevereiro de 1998[48]. Antes desse diploma, os crimes ambientais estavam espalhados em diversas leis, como, apenas para citar alguns exemplos, nas de parcelamento do solo (Lei n. 6.766/1979), agrotóxicos (Lei n. 7.802/1989) e proteção à fauna (Lei n. 5.197/1967), dentre outras. Se é bem verdade que a edição da Lei de Crimes Ambientais não acabou com a presença de tipos penais ambientais em outros diplomas legais, fato é que houve um avanço no sentido da sistematização desse ramo.

Sendo o meio ambiente um bem difuso, toda a coletividade é sujeito passivo dos crimes contra ele cometidos. Por essa razão, o instrumento processual adequado e previsto no artigo 26 da LCA é a Ação Penal Pública[49], a cargo do Ministério Público[50]. Essa Lei prevê na parte inicial do artigo segundo que, "quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade"[51].

---

46 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 442586/SP. Primeira Turma, julgado em 26/11/2002.

47 Idem. Recurso Especial 1346430/PR. Julgado pela Quarta Turma em 18 out. 2012. Publicado no DJe em 21 nov. 2012.

48 Idem. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm>. Acesso em: 13 nov. 2015.

49 Idem, op. cit.

50 BRASIL. Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, art. 129, inc. I.

51 Idem, op. cit.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 148 1/9/16 12:09

A Lei n. 9.605/1998 prevê em seu artigo 3º a responsabilidade penal das pessoas jurídicas "nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade".

Havendo previsão expressa constitucional e disciplina infraconstitucional, não se pode negar a possibilidade de se responsabilizar penalmente as pessoas jurídicas. Esse foi o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), nos autos do Recurso Especial n. 610114/RN[52].

De acordo com a já superada jurisprudência da citada corte, "excluindo-se da denúncia a pessoa física, torna-se inviável o prosseguimento da ação penal, tão somente, contra a pessoa jurídica. Não é possível que haja a responsabilização penal da pessoa jurídica dissociada da pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio"[53].

Como visto, tal entendimento do STJ condicionava a persecução penal da pessoa jurídica à prática do fato criminoso por pessoa física pertencente à sua estrutura. Não obstante, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, ao examinar a aplicação de sanções penais aos chamados entes morais do ponto

52 Esse foi o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) num dos primeiros e mais importantes julgados sobre essa questão, nos autos do Recurso Especial n. 610114/RN. Vale reproduzir os trechos da ementa a seguir: "[...] A Lei ambiental, regulamentando preceito constitucional, passou a prever, de forma inequívoca, a possibilidade de penalização criminal das pessoas jurídicas por danos ao meio ambiente. [...] III. A responsabilização penal da pessoa jurídica pela prática de delitos ambientais advém de uma escolha política, como forma não apenas de punição das condutas lesivas ao meio ambiente, mas como forma mesmo de prevenção geral e especial. IV. A imputação penal às pessoas jurídicas encontra barreiras na suposta incapacidade de praticarem uma ação de relevância penal, de serem culpáveis e de sofrerem penalidades. V. Se a pessoa jurídica tem existência própria no ordenamento jurídico e pratica atos no meio social através da atuação de seus administradores, poderá vir a praticar condutas típicas e, portanto, ser passível de responsabilização penal. VI. A culpabilidade, no conceito moderno, é a responsabilidade social, e a culpabilidade da pessoa jurídica, neste contexto, limita-se à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito [...] XI. Há legitimidade da pessoa jurídica para figurar no polo passivo da relação processual-penal. XII. Hipótese em que pessoa jurídica de Direito privado foi denunciada isoladamente por crime ambiental porque, em decorrência de lançamento de elementos residuais nos mananciais dos rios do Carmo e Mossoró, foram constatadas, em extensão aproximada de 5 quilômetros, a salinização de suas águas, bem como a degradação das respectivas faunas e floras aquáticas e silvestres. A atuação do colegiado em nome e proveito da pessoa jurídica é a própria vontade da empresa. [...] XV. As ausências de identificação das pessoas físicas que, atuando em nome e proveito da pessoa jurídica, participaram do evento delituoso, inviabilizam o recebimento da exordial acusatória. (BRASIL. Superior Tribunal e Justiça. Recurso Especial n. 610114/RN. Julgado pela Quinta Turma em 17 nov 2005. Publicado no DJ de 19 dez 2005, p. 463).

53 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 24239/ES. Julgado pela Sexta Turma em 10 jun 2010. Publicado no DJe em 1 jul 2010.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 149 1/9/16 12:09

de vista constitucional (Art. 225, § 3°), trouxe novos contornos jurídicos à questão. Veja-se o a ementa do julgado abaixo:

> EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CONDICIONAMENTO DA AÇÃO PENAL À IDENTIFICAÇÃO E À PERSECUÇÃO CONCOMITANTE DA PESSOA FÍSICA QUE NÃO ENCONTRA AMPARO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação. 2. As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e a distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta. 3. Condicionar a aplicação do art. 225, § 3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental. 4. A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parcializadas de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual. 5. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido[54].

54 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 548181/PR. Relatado pela ministra Rosa Weber e julgado pela Primeira Turma em ago. 2013. Cabe ressaltar que esse julgamento foi no âmbito da Primeira Turma e que houve dois votos vencidos dos ministros Luiz Fux e Marco Aurélio.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 150 1/9/16 12:09

No que refere às infrações administrativas, estão igualmente disciplinadas de forma geral pela Lei n. 9.605/1998. De acordo com o artigo 70, "considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente". Note-se que esta definição é ampla e fluida, o que gera certos questionamentos por parte da doutrina.

Para Vladimir Passos de Freitas em sua obra, "poderão surgir hipóteses em que a previsão legal seja ampla e a autoridade administrativa venha a regulamentar as formas possíveis de infração. Todavia, a lei terá que aludir ao fato genérico que representa a infração, e à penalidade consequente"[55].

Sobre este ponto, ao interpretar o citado conceito, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) possui julgado no qual manifestou-se da seguinte forma sobre o tema, considerando a legislação federal.

> No campo das infrações administrativas, exige-se do legislador ordinário apenas que estabeleça as condutas genéricas (ou tipo genérico) consideradas ilegais, bem como o rol e limites das sanções previstas, deixando-se a especificação daquelas e destas para a regulamentação, por meio de Decreto.
> De forma legalmente adequada, embora genérica, o art. 70 da Lei n. 9.605/1998 prevê, como infração administrativa ambiental, "toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente". É o que basta para, com a complementação do Decreto regulamentador, cumprir o princípio da legalidade, que, no Direito Administrativo, não pode ser interpretado mais rigorosamente que no Direito Penal, campo em que se admitem tipos abertos e até em branco[56].

A Lei n. 9.605/1998 reafirmou o compromisso com a garantia da ampla defesa no artigo 70, § 4º: "as infrações ambientais são apuradas em processo administrativo próprio, assegurado o direito de ampla defesa e o contraditório".

Na esfera da União, aplicam-se as regras gerais trazidas pela Lei n. 9.605/1998, ela Lei do Processo Administrativo Federal – Lei n. 9.874/1999 e

55 FREITAS, Mariana A. Passos de; FREITAS, Vladimir Passos de. Direito Administrativo e Meio Ambiente. Curitiba: Juruá, 2014, p. 119.

56 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1137314/MG. Julgado pela Segunda Turma em 17 nov. 2009. Publicado no DJe em 4 mai. 2011.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 151 1/9/16 12:09

pelo Decreto n. 6.514/2008. Nos estados e municípios deverão ser averiguadas as normas que suplementarão os mandamentos gerais da Lei n. 9.605.

Nos termos do § 4º do artigo 225, "a Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais".

Como bem coloca Édis Milaré, a noção aqui de patrimônio nacional deve ser a mais ampla possível, no sentido de riqueza, e não de patrimônio da União, o que é reforçado pelo fato de tais biomas e macrorregiões não constarem do elenco de bens cujo domínio a ela se atribui no artigo 20 da Constituição[57].

Nos autos do Mandado de Segurança n. 22.164/SP, o STF decidiu que a regra do parágrafo em questão não gera impedimento às ações de expropriação para fins de reforma agrária. Veja-se um trecho da ementa:

> a norma inscrita no art. 225, parágrafo 4., da Constituição não atua, em tese, como impedimento jurídico a efetivação, pela União Federal, de atividade expropriatória destinada a promover e a executar projetos de reforma agrária nas áreas referidas nesse preceito constitucional, notadamente nos imóveis rurais situados no pantanal mato-grossense. A própria Constituição da Repú**b**lica, ao impor ao poder p**ú**blico o dever de fazer respeitar a integridade do patrimônio ambiental, não o inibe, quando necessária a intervenção estatal na esfera dominial privada, de promover a desapropriação de imóveis rurais para fins de reforma agrária, especialmente porque um dos instrumentos de realização da função social da propriedade consiste, precisamente, na submissão do domínio a necessidade de o seu titular utilizar adequadamente os recursos naturais disponíveis e de fazer preservar o equilíbrio do meio ambiente (cf, art. 186, II), sob pena de, em descumprindo esses encargos, expor-se a desapropriação-sanção a que se refere o art. 184 da lei fundamental.[58]

Já no julgamento do Recurso Extraordinário n. 134.297, ocorrido no mesmo ano e sob a mesma relatoria, ficou esclarecido que o aludido § 4º

57 MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 201-202.

58 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 22.164. Relatado pelo Min. Celso de Mello e julgado pelo Tribunal Pleno em 30/10/1995.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 152 1/9/16 12:09

> [...] além de não haver convertido em bens públicos os imóveis particulares abrangidos pelas florestas e pelas matas nele referidas (Mata Atlântica, Serra do Mar, Floresta Amazônica brasileira), também não impede a utilização, pelos próprios particulares, dos recursos naturais existentes naquelas áreas que estejam sujeitas ao domínio privado, desde que observadas as prescrições legais e respeitadas as condições necessárias **à** preservação ambiental[59].

Outros ecossistemas importantes acabaram não consignados no dispositivo: a caatinga, o cerrado e os pampas. Isso não significa que não sejam objeto de proteção pelo direito ambiental, visto que integram o conceito de meio ambiente.

De acordo com o § 5º do mesmo artigo em comento, "são indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais".

Ilustra Édis Milaré que o conceito de terras devolutas nos remete à história do Brasil, à distribuição de glebas durante o período colonial à disciplina jurídica trazida após a independência com o Estatuto da Terra de 1850[60].

Ao comentar o§ 4º do art. 225, Paulo de Bessa Antunes argumenta que "cuida-se, obviamente, de uma exceção, pois se impede que os estados alienem tais terras ou façam quaisquer transações que importem em sua alienação e do bens de valor ambiental nela contemplados, haja vista que imóveis por determinação legal"[61].

Essas terras são bens públicos de domínio da União, quando "indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental" (Art. 20, inc. II). Nos demais casos, serão de domínio dos estados-membros (Art. 26, IV). Ao comentar o instituto das terras devolutas no atual quadro constitucional, Édis Milaré ressalta que:

> É preciso ressaltar que o fato de o legislador constituinte distinguir, no art. 225, § 5º, s CF, as terras devolutas das arrecadas pelos Estados por

59 Idem. Recurso Extraordinário 134.297/SP. Relatado pelo Min. Celso de Mello e julgado pela Primeira Turma em 13 de jun. de 1995.

60 MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 203-206.

61 ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. São Paulo: Atlas, 2015, p. 76.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 153 1/9/16 12:09

> ações discriminatórias, deixa claro que a indisponibilidade independe da ação discriminatória. Isto é, as terras devolutas, ainda não arrecadadas ou arrecadadas por processo discriminatório ou em processo de arrecadação, são indisponíveis. Por esse motivo, a indisponibilidade não pressupõe a arrecadação, com o julgamento final da ação de discriminação: é determinada em razão da origem do seu domínio e da finalidade a que se destina. [...]
>
> Portanto, é certo que, após a arrecadação e incorporação ao patrimônio público da União, através de ação discriminatória, tais bens não perdem a indisponibilidade. Assim, União, como detentora do domínio, só pode dispor dessas terras devolutas na estrita conformidade da *intentio legis,* ou seja, com o cuidado de preservar os ecossistemas que abrangem ou dos quais elas façam parte[62].

Por fim, o último parágrafo do artigo 225 impõe que "as usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas". Tal forma de geração de energia possui um regime que não se esgota no dispositivo aqui reproduzido.

Admitidas somente para fins pacíficos, as atividades nucleares são atribuições da União, a quem compete legislar sobre o assunto de forma privativa (Art. 22, inc. XXVI), bem como "explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados", atendidas as condições estabelecidas pela Constituição e pela legislação infraconstitucional pertinente. No que se refere aos danos decorrentes desta atividade, não importa se ambientais ou de outra natureza, a responsabilidade será objetiva, por previsão expressa no texto constitucional (Art. 21, inc. XXIII).

DEMAIS DISPOSITIVOS AO LONGO DO TEXTO

Da leitura do artigo 225, especialmente de seu primeiro parágrafo, pode-se perceber a presença de certos institutos e obrigações transversais (ex.

62 MILARÉ, Édis, op. cit., p. 204-205.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 154 1/9/16 12:09

EIA/RIMA, responsabilidade por atos lesivos) e uma certa preponderância de dispositivos que tem como objetivo o que costumamos chamar de meio ambiente natural – aquele cuja configuração é estabelecida por fatores externos à ação humana (ex. praias, grutas, florestas etc.).

Contudo, o texto da Constituição brasileira de 1988 traz outras regras, dispersas ao longo do texto, que cuidam de outras manifestações ou dimensões do entorno que cerca os seres humanos e que lhes possibilita, quando em equilíbrio, pleno desenvolvimento.

Além do meio ambiente natural, a norma constitucional não deixa de alcançar os ambientes urbano (artificial ou construído pelo homem), cultural (o conjunto de bens com referências culturais reconhecidas) e do trabalho (ou laboral – local onde desenvolvemos atividades laborais).

O fato de se estabelecer o dever de proteger o ambiente não apenas para o Poder Público, mas também para a coletividade (Art. 225, *caput*), é corroborado pela previsão, na própria Constituição, de instrumentos apropriados para seu cumprimento tais como a Ação Popular Constitucional (Art. 5º, LXXIII), a Ação Civil Pública (Art. 129, III e § 1º) e os direitos de obter informações de caráter geral e de peticionar junto à Administração Pública (Art. 5º, XIV e XXXIII).

Em princípio, a Ação Popular poderá ser proposta por "qualquer cidadão", visando anular ato lesivo ao ambiente. Buscando estimular o uso de tal instrumento, o artigo 5º, inciso LXXIII, isenta a parte autora do pagamento de custas judiciais e do ônus da sucumbência, "salvo comprovada má-fé".

Sobre a legitimidade para propositura de tal ação, não obstante haver a Lei n. 4.717/1965 a disciplinando e exigindo a qualificação da parte autora com a comprovação dos gozo regular de seus direitos políticos, Paulo Afonso Leme Machado defende que esta exigência não foi recepcionada pela ordem constitucional de 1988, e que qualquer brasileiro ou estrangeiro residente no País poderia ajuizar a demanda com fundamento direto no *caput* do artigo 5º e no citado inciso[63]. Em sentido contrário, Paulo de Bessa Antunes entende que o cidadão, "[..] no caso, é o eleitor em dia com suas obrigações eleitorais"[64].

Esta dimensão ecológica do princípio democrático é de suma importância na medida em que muitas vezes é o próprio Estado que ameaça e lesa o ambiente,

63 MACHADO, Paulo Afonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 158.

64 ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. São Paulo: Atlas, 2015, p. 66.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 155 1/9/16 12:09

através da prestação de serviços públicos, da organização e execução de obras etc. Daí ser essencial a previsão não somente do dever de proteção por parte da coletividade, mas dos instrumentos necessários para que ela possa influir nos rumos da política e da proteção ambientais.

Já a Ação Civil Pública aparece como atribuição do Ministério Público (Art. 129, III e § 1º), podendo também ser proposta por outras pessoas (ex. associações), o que, na prática, já era possível desde a Lei da Ação Civil Pública – Lei n. 7.347/1985.

Todas as manifestações do que cerca os seres humanos devem, respeitadas as suas particularidades, estar em estado de equilíbrio, sem o que não se permite seu desenvolvimento pleno. Na prática, essas dimensões estão presentes muitas vezes de forma simbiótica. No meio urbano existem elementos do patrimônio cultural, diversos ambientes de trabalho específicos e, por vezes, florestas ou fragmentos florestais consideráveis. No ambiente natural podem existir elementos do patrimônio cultural e atividades laborais diversas.

No que se refere ao ordenamento constitucional do meio ambiente urbano, artificial ou construído (cuja configuração decorre de ações humanas), a Constituição deu atenção especial às cidades, à disciplina da ocupação do solo e às regiões metropolitanas.

O artigo 182 do texto maior estabelece que "a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem- estar de seus habitantes".

Da mesma forma que os ecossistemas desempenham funções ecológicas essenciais à manutenção da vida, também os centros urbanos possuem funções sociais (ex. garantir uma mobilidade eficiente, espaços de moradia e lazer etc.) que devem ser desempenhadas satisfatoriamente, com a finalidade de se garantir a qualidade de vida das pessoas. Considerando que a maior parte das pessoas vive hoje em cidades, estas disposições são de suma importância.

Como vimos, a execução da política urbana está a cargo, principalmente, do Poder Público municipal. Dentre as atribuições desses entes locais, podemos destacar duas previstas no artigo 30, incisos V e VIII: "organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial"; "[...] promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano".

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 156 1/9/16 12:09

No que se refere às atribuições da União Federal, destacamos a prevista no artigo 21, inciso XX: "instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos". Embora seja da União a competência para estabelecer normais gerais sobre o tema (vide o item sobre competências, mais adiante), é dos municípios a competência para aprovar o chamado Plano Diretor, considerado instrumento básico da política urbana (Art. 182, § 1°).

Voltando ao artigo 182, em seu § 4º percebemos que a Constituição faculta o uso de instrumentos somente aos municípios, desde que haja "lei específica para área incluída no plano diretor", para que seja dado o correto aproveitamento ao solo urbano. Esses instrumentos, aplicáveis de forma sucessiva, são:

> "I – parcelamento ou edificação compulsórios;
> II – imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;
> III – desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais".

Tais instrumentos foram disciplinados pela Lei conhecida como Estatuto da Cidade – Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001[65]. Este diploma, conforme o parágrafo único de seu artigo inaugural, "estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental". A preocupação ambiental aparece em outros vários dispositivos da lei.

Por fim, nos termos da Constituição, podem os estados, "mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum" (Art. 25, § 3°).

65 BRASIL. Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 13 dez. 2015.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 157 1/9/16 12:09

Note-se que a Constituição não fez, expressamente, qualquer exigência quanto à aprovação de tal planejamento pelo municípios envolvidos. Não obstante, podemos sustentar tal exigência do ponto de vista constitucional a partir da autonomia política que estes entes locais possuem para se auto-organizarem, especialmente se olharmos para o artigo 18[66], bem como a partir do protagonismo que lhe confere o artigo 182.

Sobre esta possibilidade, foi editado o chamado Estatuto da Metrópole – Lei n. 13.089, de 12 de janeiro de 2015[67]. A Lei prevê que a Região Metropolitana consiste numa "aglomeração urbana que configure uma metrópole" (Art. 2º, VII) e que nesses espaços o planejamento será feito a partir de um "plano de desenvolvimento urbano integrado, aprovado mediante lei estadual" (Art. 10).

Embora não tenhamos como objetivo neste trabalho esgotar o assunto, parece-nos que esta nova lei vai no sentido contrário da lógica estabelecida da Constituição de 1988, que procurou dotar os municípios não apenas de autonomia política, mas também de protagonismo no planejamento e na implementação nas políticas urbanas.

Passamos a cuidar do chamado "meio ambiente cultural". Conforme a leitura dos artigos 215 e 216, o conceito de patrimônio cultural abrange bens, práticas e até inventos, de natureza tangível e intangível, que fazem referência ao processo de civilização brasileiro e aos grupos e etnias que contribuíram nesse processo histórico. Estão incluídos nesse conjunto, por exemplo "obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais" e "conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico" (Art. 216, IV e V).

Cabe ao Estado garantir o exercício de direitos e práticas culturais, bem como que todos possam ter pleno acesso aos bens integrantes do patrimônio cultural, apoiar e incentivar as manifestações culturais e sua difusão (Art. 215).

Além disso, "o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários,

66 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, art. 18: "a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição".

67 Idem. Lei n. 13.089, de 12 de janeiro de 2015. Institui o Estatuto da Metrópole, altera a Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13089.htm#art24>. Acesso em: 13 dez. 2015.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 158 1/9/16 12:09

registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação" (Art. 216, § 1º). Percebe-se que o elenco aqui é meramente exemplificativo. Poderão ser utilizados, por exemplo, mecanismos de incentivo, em consonância com o *caput* do artigo 215.

Com a Emenda Constitucional 48, de 10 de agosto de 2005[68], foi acrescentado o § 3º ao artigo 215, com a obrigação de o Poder Público elaborar um Plano Nacional de Cultura, aprovado por lei editada pelo Congresso Nacional. O plano, que terá alcance plurianual, deverá, dentre outros fatores, dispor sobre a "valorização da diversidade étnica e regional" (Art. 215, § 3º).

Recentemente, com a Emenda Constitucional n. 71[69], de 29 de novembro de 2012, foi acrescentado o artigo 216-A, instituindo o Sistema Nacional de Cultura. Nos termos do citado artigo, esse sistema, "organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa, institui um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais".

Embora remeta a disciplina do tema à lei federal (tecnicamente falando, a norma geral editada pela União, nos termos do artigo 24), a Constituição traz extenso rol de dispositivos no artigo 216-A. Estabelece, nos incisos do § 1º, uma série de itens chamados de princípios, dentre os quais destacamos: "I – diversidade das expressões culturais; [...] X – democratização dos processos decisórios com participação e controle social; [...] XII – ampliação progressiva dos recursos contidos nos orçamentos públicos para a cultura". Prolixa, a Constituição traz também um extenso rol[70] de órgãos e instrumentos que constituem o Sistema Nacional de Cultura. Por fim, como não poderia deixar

68 BRASIL. Emenda Constitucional 48, de 10 de agosto de 2005. Acrescenta o § 3º ao art. 215 da Constituição Federal, instituindo o Plano Nacional de Cultura. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc48.htm#art1>. Acesso em: 15 set. 2014.

69 BRASIL. Emenda Constitucional n. 71, de 29 de novembro de 2012. Acrescenta o art. 216-A à Constituição Federal para instituir o Sistema Nacional de Cultura. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc71.htm>. Acesso em: 15 set. 2014.

70 Idem, op. cit., art. 216-A, "§ 2º Constitui a estrutura do Sistema Nacional de Cultura, nas respectivas esferas da Federação: I – órgãos gestores da cultura; II – conselhos de política cultural; III – conferências de cultura; IV – comissões intergestores; V – planos de cultura; VI – sistemas de financiamento à cultura; VII – sistemas de informações e indicadores culturais; VIII – programas de formação na área da cultura; e IX – sistemas setoriais de cultura".

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 159 1/9/16 12:09

de ser, deixa a cargo dos demais entes organizarem, por leis próprias, seus próprios sistemas de cultura.

A última das chamadas manifestações do ambiente disciplinada pela Constituição Federal consiste no chamado meio ambiente laboral ou do trabalho. A expressão aparece de forma expressa no artigo 200, que elenca as atribuições do Sistema Único de Saúde (SUS), trazendo, no inciso VIII, a de "colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho".

Neste ponto, cabe também citar o artigo 7º da Constituição, que prevê nos incisos XXII e XXIII, como direitos dos trabalhadores: "redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei".

Considerando os efeitos nocivos do trabalho em ambientes insalubres, bem como as atividades que são, em regra, penosas ou perigosas, as normas que disciplinam o meio ambiente do trabalho devem assegurar que o trabalhador possa desempenhar seu laboro com dignidade e que suas atividades profissionais não lhe prejudiquem a saúde, impeçam ou dificultem o seu desenvolvimento enquanto ser humano. Por isso, não se admitem trabalhos extremamente degradantes ou cuja rotina desrespeite os requisitos para a proteção da saúde do trabalhador, como, por exemplo, a adoção de equipamentos individuais de segurança e proteção, a observância de intervalos mínimos obrigatórios de descanso entre as jornadas laborais etc.

As normas sobre segurança e medicina do trabalho decorrem, no plano infraconstitucional, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Este diploma, em seu artigo 200, atribui ao Ministério do Trabalho a competência para regulamentar os aspectos técnicos elencados de forma exemplificativa, podendo-se citar, a título de exemplo, "medidas de prevenção de acidentes e os equipamentos de proteção individual" e "proteção do trabalhador exposto a substâncias químicas nocivas, radiações ionizantes e não ionizantes, ruídos, vibrações e trepidações ou pressões anormais ao ambiente de trabalho"[71].

Na ordem econômica, a defesa do meio ambiente aparece como um dos princípios elencados no artigo 170, juntamente com a função social da pro-

71 BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm>. Acesso em: 28 ago 2014.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 160 1/9/16 12:09

priedade (incs. III e VI). Aliás, a exigência constitucional do cumprimento da função não apenas social mas também ambiental da propriedade imóvel fica cristalino na leitura dos artigos 182 e 186. O primeiro sujeita a propriedade urbana às regras contidas no plano diretor – instrumento básico da tutela do ambiente urbano. O segundo exige que a propriedade rural atenda, dentre outros critérios, ao uso racional dos recursos naturais e à proteção ambiental. Esta ideia conduziu a mudanças na legislação infraconstitucional. Veja-se o seguinte dispositivo do atual Código Civil – Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002:

> Art. 1228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que seja injustamente a possua ou a detenha.
> § 1º. O direito de propriedade deve ser exercitado em consonância com suas finalidades *econômicas* e *sociais* e de modo que sejam preservados, *de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.* (grifou-se)[72]

Conforme destacam Germana Parente Neiva Belchior e João Luis Nogueira Matias, "o Código Civil traz uma cláusula aberta em prol do meio ambiente, ao assegurar que a função ambiental deve ser assegurada também de acordo com a legislação especial e não apenas com os componentes trazidos na redação literal do diploma normativo"[73].

Considerando os aspectos sociais e ambientais que transparecem da leitura do artigo 170 e sua conjugação com os controles sobre métodos e atividades previstos no artigo 225, pode-se concluir que o texto constitucional brasileiro atual consagrou, de forma implícita, o princípio do desenvolvimento sustentável.

Sobre este principio, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta da Inconstitucionalidade 3.540, em 2005, consignou o seguinte:

> O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador

72 Idem. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 28 ago 2014.

73 BELCHIOR, Germana Parente Neiva; MATIAS, João Luis Nogueira (2008). A função ambiental da propriedade. In: Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI. Disponível em: <www.conpedi.org>. Acesso em: 5/12/2010.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 161 1/9/16 12:09

> em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações[74].

Tal princípio orienta que as atividades devem ser desenvolvidas de forma a não prejudicar as gerações presentes e futuras, garantindo para ambas um ambiente ecologicamente equilibrado. Isso significa dizer que o desenvolvimento é algo desejável do ponto de vista da proteção ambiental, uma vez que a vida em condições de subdesenvolvimento produz fatores de degradação ambiental considerável – caso de populações que sobrevivem sem os serviços como: (i) fornecimento de água encanada; (ii) coleta e tratamento de esgotos sanitários e (iii) coleta regular e disposição adequada de resíduos sólidos.

Mais do que sustentável do ponto de vista ecológico, o desenvolvimento aqui deve também ser socialmente inclusivo. Vale lembrar que, além do artigo 170, *caput*, deixar claro que a ordem econômica, "fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social", elenca como princípio desta ordem, no inciso VII, a "redução das desigualdades regionais e sociais". Este último dispositivo deve ser interpretado em conjunto com o artigo 3º, que coloca como objetivos fundamentais do Brasil: "I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".

Dessa forma, não se pode pensar a questão econômica de forma desconectada da ambiental, nem tampouco ambas em descompasso com os aspectos sociais. Deve-se, portanto, buscar, por meio da atividade econômica, a redução simultânea das desigualdades socioambientais, sendo

74 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3540 MC/DF. Ministro Relator: Celso de Mello. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 1/9/2005.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 162 1/9/16 12:09

constitucionalmente intoleráveis situações de reforço ou piora em tais desigualdades, de injustiça socioambiental.

Por fim, o final do texto constitucional, precisamente os artigos 231 e 232, traz o regime de proteção dos indígenas, aos quais se reconhece o direito originário sobre as terras tradicionalmente por eles. Ocupadas, necessárias à manutenção do seu modo de vida e do equilíbrio ambiental desses espaços, garantindo os recursos naturais dos quais dependem. Essas terras integram o domínio da União, nos termos do artigo 20, inc. XI.

De acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Petição 3.388/RR, que teve por objeto questionamentos relativos à demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol em 2009,

> O substantivo "índios" é usado pela Constituição Federal de 1988 por um modo invariavelmente plural, para exprimir a diferenciação dos aborígenes por numerosas etnias. Propósito constitucional de retratar uma diversidade indígena tanto interétnica quanto intraétnica. Índios em processo de aculturação permanecem índios para o fim de proteção constitucional. Proteção constitucional que não se limita aos silvícolas, estes, sim, índios ainda em primitivo estádio de habitantes da selva[75].

Consagra o texto Constitucional, em favor deles, a posse e o usofruto permanente dessas terras (§ 2°), que devem ser demarcadas pela União Federal. Ainda, essas terras "são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis" (§ 4°). Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal,

> A importância jurídica da demarcação administrativa homologada pelo Presidente da República – ato estatal que se reveste de presunção *juris tantum* de legitimidade e de veracidade – reside na circunstância de que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, embora pertencentes ao patrimônio da União (CF, art. 20, XI), acham-se afetadas, por efeito de destinação constitucional, a fins específicos voltados, unicamente, à proteção jurídica, social, antropológica, econômica e cultural dos índios, dos grupos indígenas e das comunidades tribais.
> [...]

75 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição 3388/Roraima. Relatada pelo Min. Carlos Britto e julgada pelo Tribunal Pleno em 19 mar. 2009.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 163 1/9/16 12:09

> A Carta Política, com a outorga dominial atribuída à União, criou, para esta, uma propriedade vinculada ou reservada, que se destina a garantir aos índios o exercício dos direitos que lhes foram reconhecidos constitucionalmente (CF, art. 231, §§ 2º, 3º e 7º), visando, desse modo, a proporcionar às comunidades indígenas bem-estar e condições necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições[76].

Deve-se registrar, na esteira do entendimento do STF na Petição 3.388, que se cuida de terras (unidade sociocultural) e não de território (unidade político-jurídica, reconhecida os termos dos artigos 18 e 33). Para a corte constitucional, "a Constituição teve o cuidado de não falar em territórios indígenas, mas, tão só, em 'terras indígenas'. A traduzir que os 'grupos', 'organizações', 'populações' ou 'comunidades' indígenas não constituem pessoa federada"[77].

Veda-se no Texto Maior a remoção dos povos indígenas das terras tradicionalmente por eles habitadas, "salvo, 'ad referendum' do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato tão logo cesse o risco" (§ 5°).

Pela leitura do dispositivo parece claro que os indígenas apenas poderão ser removidos de suas terras em caráter excepcional e temporário, quando houver risco grave o bastante para eles ou para a soberania do País (por exemplo, em regiões de fronteira), o que reforça o dever do Estado de respeitar a posse e o uso por eles das terras que tradicionalmente habitam.

O artigo 231, sujeita à aprovação pelo Congresso Nacional e à oitiva das comunidades indígenas afetadas, "o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais" em suas terras, sendo-lhes "assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei" (§ 3°).

A esse respeito, cumpre citar o entendimento do Supremo Tribunal Federal nos autos do Agravo Regimental em Ação Civil Originária ACO 876/BA, em que se discutiu, cautelarmente, a integração do rio São Francisco com as bacias hidrográficas do Nordeste Setentrional.

---

76 Idem. Recurso Extraordinário n. 183.188. Relatado pelo Min. Celso de Mello e julgada pelo Tribunal Pleno em 19 mar. 2009.

77 Idem, ibidem.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 164 1/9/16 12:09

Conforme a aludida Corte, "havendo, tão somente, a construção de canal passando dentro de terra indígena, sem evidência maior de que recursos naturais hídricos serão utilizados, não há necessidade da autorização do Congresso Nacional"[78].

Noutro julgado, relativo à exploração de minérios em terras indígenas, o Supremo esclareceu a possibilidade de edição de medidas provisórias nos seguintes termos:

> É do Congresso Nacional a competência exclusiva para autorizar a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas (CF, art. 49, XVI, e 231, § 3º), mediante decreto-legislativo, que não é dado substituir por medida provisória. 2. Não a usurpa, contudo, a medida provisória que – visando resolver o problema criado com a existência, em poder de dada comunidade indígena, do produto de lavra de diamantes já realizada, disciplina-lhe a arrecadação, a venda e a entrega aos indígenas da renda líquida resultante de sua alienação[79].

O artigo 232 garante aos indígenas a legitimidade processual para defender os seus interesses e direitos, estabelecendo a intervenção obrigatória do Ministério Público "em todos os atos do processo". Em outra passagem, precisamente no artigo 129, inciso V, a Constituição prevê como atribuição do *Parquet* a defesa desses interesses.

DIVISÃO CONSTITUCIONAL DE COMPETÊNCIAS

Sendo a República Federativa do Brasil um Estado Federativo, cujos entes são dotados de autonomia política e administrativa, faz-se mister que haja uma divisão de tarefas, atribuições, ou, ainda, competências. Num Estado Democrático de Direito, o princípio da legalidade impõe que o exercício das atribuições materiais ou executivas (p. ex. o exercício do Poder de Polícia Ambiental) seja feito na forma da lei.

---

78 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Medida Cautelar na Ação Civil Originária 876/BA. Relatada pelo Min. Menezes Direito e julgada pelo Tribunal Pleno em 19 de dez. de 2007.

79 Idem. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.352/DF. Relatada pelo Min. Sepúlveda Pertence e julgada pelo Tribunal Pleno em 2 de dez. de 2004.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 165 1/9/16 12:09

Nossa ordem constitucional faz tal distribuição com tratamentos distintos às competências materiais ou executivas (tratadas, sobretudo, nos artigos 21, 23, 30 e 225) e formais ou legislativas (dispostas nos artigos 22 e 24). Passamos a analisar, de forma panorâmica, as regras sobre competências materiais e formais no texto maior de 1988.

Competência legislativa

A Constituição Federal prevê em seu artigo 24 a técnica da chamada competência legislativa concorrente, segundo a qual cabe à União editar leis nacionais de caráter geral e aos estados-membros suplementar tal legislação de acordo com suas peculiaridades nos casos arrolados, alguns dos quais tratam de questões ambientais.

Podemos citar os seguintes incisos: "VI – florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição; VII – proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico; VIII – responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico". Os parágrafos do citado artigo esclarecem toda a sistemática dessa atribuição legislativa.

Como bem esclarece Paulo Afonso Leme Machado, "a Constituição brasileira não conceitua norma geral. Resta à doutrina e à jurisprudência essa tarefa"[80]. Segundo Paulo de Bessa Antunes, a ausência de uma Lei sobre normas gerais faz com que o Direito Ambiental esteja se convertendo em Ambiental Federal, com a diminuição das possibilidades de normas estaduais e da importância dos estados-membros. O autor sugere como saída o ajuizamento de uma Ação de Inconstitucionalidade por Omissão[81].

Alguns pontos parecem pacíficos no conceito de norma geral. Tal norma deve possibilitar uma abordagem uniforme das questões ambientais nos vários estados-membros. Por essa razão, deve trazer conceitos, princípios, diretrizes e instrumentos. Da mesma forma, não pode esgotar a matéria legislada, uma vez que não se pode excluir a competência suplementar dos estados, cujo exercício atrela-se às peculiaridades de cada um deles.

80 MACHADO, Paulo Afonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 146.

81 ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. São Paulo: Atlas, 2015, p. 101-104.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 166 1/9/16 12:09

Esse entendimento foi adotado pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADI 2.903/PB que julgou lei complementar estadual sobre a estrutura da Defensoria Pública. Conforme a ementa do julgado:

> Se é certo, de um lado, que, nas hipóteses referidas no art. 24 da Constituição, a União Federal não dispõe de poderes ilimitados que lhe permitam transpor o âmbito das normas gerais, para, assim, invadir, de modo inconstitucional, a esfera de competência normativa dos estados-membros, não é menos exato, de outro, que o estado-membro, em existindo normas gerais veiculadas em leis nacionais (como a Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública, consubstanciada na Lei Complementar n. 80/94), não pode ultrapassar os limites da competência meramente suplementar, pois, se tal ocorrer, o diploma legislativo estadual incidirá, diretamente, no vício da inconstitucionalidade[82].

Existe um precedente do STF nos autos da ADI 2.396/MS, que enfrentou conflito entre norma geral federal que permitia e norma estadual que vedava diversos usos do amianto, no sentido de que, quando se está diante de uma lei suplementar, deve-se esperar que ela "preencha vazios ou lacunas deixados pela legislação federal, não que venha a dispor em diametral objeção a esta".

Existe a possibilidade de mudança no entendimento do STF com base na ADI 3.937/SP, que também trata da proibição por parte de um estado da venda de amianto. No caso, ainda pendente do julgamento final de mérito, negou-se a medida liminar de suspensão da lei estadual[83].

Ao que tudo indica, o que está em jogo não é a prevalência da lei estadual mais restritiva, mas sim a mudança de entendimento sobre a norma geral, confrontando-se a Lei n. 9.055/95 com a Convenção n. 162 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), promulgada pelo Decreto n. 126/1991.

82 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.903/PB.

83 Idem. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.937/SP. Relatada pelo ministro Marco Aurélio e julgada pelo Tribunal Pleno em 4 de jun. de 2008.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 167 1/9/16 12:09

Ainda, cumpre ressaltar que, como bem esclarece Paulo de Bessa Antunes, não existe na constituição o critério de prevalência da norma mais restritiva[84]. Isso que nos leva a concluir que uma norma em tese mais protetiva do meio ambiente, caso editada em desacordo com as regras de competência estabelecidas no artigo 24 da Constituição será nula, ou seja, simplesmente não será.

Faz-se mister recordar que o Brasil possui dimensões continentais e que existem diferenças relevantes entre os biomas, as culturas e atividades presentes em cada um dos estados, podendo-se citar como exemplos os estados do Amazonas, de São Paulo, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul.

A competência suplementar só existe em função da existência de normas gerais. Não se pode permitir, contudo, que os estados fiquem "reféns" da edição, muitas vezes morosa, de leis pela União. Por isso, conforme o § 3° do artigo 24, na ausência de norma geral sobre determinado tema, estes possuem competência plena.

Conforme Paulo Afonso Leme Machado, "essa competência chamada 'plena', entretanto, sofre dupla limitação – qualitativa e temporal: a norma estadual não pode exorbitar da peculiaridade ou do interesse próprio do estado e terá que se ajustar ao disposto em norma federal ambiental superveniente"[85].

Nos termos do § 4º do artigo 24, "A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário". A título de exemplo, o estado do Rio de Janeiro, na ausência de norma geral nacional, editou em 2003 a Lei n. 4.191, que "dispõe sobre a Política Estadual de Resíduos Sólidos e dá outras providências". Posteriormente, em 2010, a União editou a Política Nacional para essa matéria (Lei n. 12.305). Logo, os dispositivos da Lei estadual de 2003 contrários ao que dispõe a lei geral de 2010 ficam com sua eficácia suspensa.

Competências administrativas

O artigo 23 da Constituição Federal estabelece, em seu inciso VI, a competência comum a todos os entes para "proteger o meio ambiente e combater

84 ANTUNES, Paulo de Bessa, op. cit., p. 109-110.

85 MACHADO, Paulo Afonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 145.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 168 1/9/16 12:09

a poluição em qualquer de suas formas"[86]. O parágrafo único do citado artigo delegou ao legislador ordinário a tarefa de, por Lei Complementar, disciplinar as competências comuns, visando à cooperação entre os entes federativos.

Segundo Andreas Krell, "esse dispositivo foi incluído no texto constitucional devido às experiências negativas da Federação Brasileira com a atribuição de um grande número de competências administrativas concorrentes para todas as esferas estatais"[87].

Em princípio seria editado apenas um diploma para todos os temas de competência comum. Contudo, após a Emenda Constitucional n. 53, de 19 de dezembro de 2006[88], o referido parágrafo teve sua redação alterada, passando a prever "leis complementares".

De um lado, o fato de a Constituição atribuir a todos os entes o dever de controlar a poluição e proteger o meio ambiente se mostra vantajoso na medida em que, havendo omissão de uma esfera (ex. município), os demais entes poderão atuar, não deixando descoberto o interesse em questão.

Nenhum dos entes federados pode renunciar à sua atribuição constitucional. Nesse sentido, cabe destacar o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da proteção do patrimônio cultural:

> Federação: competência comum: proteção do patrimônio comum, incluído o dos sítios de valor arqueológico (CF, arts. 23, III, e 216, V): encargo que não comporta demissão unilateral. 1. Lei Est. n. 11.380, de 1999, do estado do Rio Grande do Sul, confere aos municípios em que se localizam a proteção, a guarda e a responsabilidade pelos sítios arqueológicos e seus acervos, no estado, o que vale por excluir, a propósito de tais bens do patrimônio cultural brasileiro (CF, art. 216, V), o dever de proteção e guarda e a consequente responsabilidade não apenas do Estado, mas também da própria União, incluídas na competência comum dos entes da Federação, que substantiva incumbência de natureza qualificadamente irrenunciável. 2. A inclusão de determinada função admi-

86 BRASIL, op. cit., art. 23.

87 KRELL, Andreas J. Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 101.

88 Idem. Emenda Constitucional n. 53, de 19 de dezembro de 2006. Dá nova redação aos arts. 7º, 23, 30, 206, 208, 211 e 212 da Constituição Federal e ao art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc53.htm#art1>. Acesso em: 10 jan. 2015.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 169 1/9/16 12:09

> nistrativa no âmbito da competência comum não impõe que cada tarefa compreendida no seu domínio, por menos expressiva que seja, haja de ser objeto de ações simultâneas das três entidades federativas: donde, a previsão, no parágrafo único do art. 23 CF, de lei complementar que fixe normas de cooperação (v. sobre monumentos arqueológicos e pré-históricos, a Lei n. 3.924/61), cuja edição, porém, é da competência da União e, de qualquer modo, não abrange o poder de demitirem-se a União ou os estados dos encargos constitucionais de proteção dos bens de valor arqueológico para descarregá-los ilimitadamente sobre os municípios[89].

De outro, essa mesma múltipla atribuição não raras vezes gerava (e ainda o faz) situações nas quais o conjunto de entes não deseja agir, procurando justificar sua omissão com argumento de que seria o caso de atuação de outra(s) esfera(s). Outras vezes o conflito é inverso: todos os entes querem atuar, sendo o exemplo mais claro a aplicação de multas quando de um "acidente" ou incidente lesivo ao meio ambiente. Nesses casos, o que se percebe é uma sobreposição de esforços, com decisões múltiplas e diferentes do Poder Público, que traduz não apenas uma insegurança jurídica por parte dos empreendedores, mas também uma atuação morosa, custosa e ineficiente do Estado.

Muito embora a grande maioria das competências relacionadas com a tutela do meio ambiente seja comum a todos os entes, algumas foram atribuídas especificamente à União (ex. art. 21, XVIII, que trata da defesa contra inundações e outros desastres naturais) e aos municípios (ex. art. 30, VIII, que trata do controle do uso do solo). Quanto aos municípios, vale destacar, ainda, o seu papel de destaque constitucionalmente atribuído para a execução da Política Urbana (art. 182).

Segundo Paulo de Bessa Antunes, a prática de ações antagônicas, descoordenadas e de viés político na seara ambiental nos levaria conclusão de que se pratica um federalismo competitivo e não cooperativo como propõe o texto constitucional[90].

89 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.544/RS. Relatada pelo Min. Sepúlveda Pertence e julgada pelo Tribunal Pleno em 28 de jun. de 2006.

90 Op. cit, p. 121.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 170 1/9/16 12:09

Ao analisar essa questão antes da edição da Lei Complementar n. 140/2011, Celso Antonio Pacheco Fiorillo definiu dois critérios para a resolução de conflitos de interesse acerca de competências comuns ambientais: o critério da cooperação e o critério da preponderância de interesses[91].

De acordo com o autor, o primeiro critério a ser adotado para a resolução de conflitos procuraria encontrar soluções que importassem na cooperação dos entes federados com vistas a maior proteção do meio ambiente[92].

Já o segundo critério seria utilizado de forma subsidiária, quando não fosse possível resolver a cooperação. Nesta linha, aos interesses da União corresponderiam assuntos de âmbito nacional e maior abrangência; aos interesses dos estados corresponderiam assuntos de âmbito regional; aos interesses dos municípios, os assuntos de interesse local[93]. As lições do doutrinador acima citado foram acolhidas pelo STF na Ação Cautelar 1.255/RR, que tratava da criação de unidade de conservação pela União em área que compreendia terras pertencentes a um estado-membro[94].

Recentemente, algumas discussões foram aparentemente superadas com a edição da Lei Complementar n. 140, de 8 de dezembro de 2011[95], que visa a evitar a sobreposição ineficiente de esforços e, de forma geral, fortalece o exercício das competências comuns pelos municípios em matéria ambiental. A questão da atuação desses entes locais, sobretudo no que se refere ao licenciamento, despertava divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

Buscando evitar a sobreposição ineficiente e custosa de esforços, a Lei Complementar n. 140 estabeleceu taxativamente as hipóteses em que cada

---

91 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 222; 227.

92 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 222; 227.

93 Loc. cit.

94 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar 1.255/RR. Relatada pelo ministro Celso de Mello. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 jan. 2009.

95 Idem. Lei Complementar n. 140, de 8 de dezembro de 2011. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do *caput* e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp140.htm>. Acesso em: 31 out 2012.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 171 1/9/16 12:09

ente realizará o licenciamento de atividades, bem como determinou que tal controle prévio será realizado numa única esfera de competência (art. 13).

Em breves linhas, a União fica responsável pelo licenciamento das atividades e tipologias elencadas no artigo 7º, bem como daquelas localizadas em Unidades de Conservação Federais, com a exceção das denominadas Áreas de Proteção Ambiental APAS[96] (7º, inciso XIV). A Lei abre a possibilidade de definição, a partir de ato do Poder Executivo, de outras tipologias a serem licenciadas pela União, o que nos parece inconstitucional, já que definição dessas competências deveria resultar de lei e não de atos normativos secundários. Esta possibilidade foi concretizada com o (inconstitucional) Decreto n. 8.437, de 22 de abril de 2015[97], que colocou a cargo da União, no artigo 3º, licenciar, dentre outras, atividades envolvendo rodovias e hidrovias federais.

Aos municípios ficou atribuído o licenciamento de atividades de impacto local, cuja definição ficou, de forma inconstitucional, atrelada a atos dos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente, bem como daquelas que estiverem localizadas dentro de Unidades de Conservação Municipais, com exceção das chamadas APAS (Art. 9, XIV).

Ao comentar a previsão da definição de tipologias por órgãos do Poder Executivo, assim se posiciona Paulo Afonso Leme Machado:

> O estabelecimento da tipologia pelo Poder Executivo para o licenciamento ambiental (Art. 7º, XIV, 'h') e a tipologia definida pelos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente (Art. 9, XIV, 'a') violam o art. 170, parágrafo único, da Constituição que diz: "é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização, salvo nos casos previstos em lei" [...] "e essa criação de novas licenças ambientais, sem ser por lei, é que está vedada pela Constituição, evitando-se a hipertrofia do Poder Executivo"[98].

Ao que tudo indica, assiste razão ao citado doutrinador, considerando-se, dentre outros argumentos: o princípio da legalidade (Art. 37, *caput*), o comando

96 As APAs são Unidades de Conservação de uso sustentável e admitem em grau considerável a presença de pessoas e atividades antrópicas. Estão disciplinadas na Lei n. 9.985/2000, que será analisada de forma sucinta adiante.

97 BRASIL. Decreto n. 8.437, de 22 de abril de 2015.

98 MACHADO, Paulo Afonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 185; 186.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 172 1/9/16 12:09

constante do artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e a previsão de que as atividades somente estarão sujeitas à autorização caso nos casos de exigência em lei (Art. 170, § único). Acrescentamos que a definição das competências municipais por Conselhos Estaduais de Meio Ambiente, prevista no artigo 9º, inciso XIV, da LC 140, parece também esbarrar na autonomia constitucional municipal (CRFB, art. 18).

Por fim, aos estados foi atribuído o licenciamento dos empreendimentos localizados dentro de Unidades de Conservação Estaduais, com exceção das chamadas APAS, bem como daquele não atribuíveis nem à União nem aos municípios (Art. 8º, incs. XIV e XV).

No caso das atividades localizadas no interior das APAS, o artigo 12 da LC 140 determina que o ente responsável seja definido a partir dos critérios dos artigos 7º (atividades e situações em que o licenciamento será da União), 9º (existência ou não de impacto local) e 8º (competência estadual residual).

Conforme o sistema da LC 140, caso um ente não tenha órgão devidamente capacitado ou não possua conselho deliberativo voltado para questões ambientais, outro ente atuará de forma supletiva (Art. 15), conforme o critério da proximidade. Ainda, a Lei Complementar em questão associa as competências originárias para licenciar e fiscalizar. Assim, caso haja a fiscalização e a imposição de multas por vários entes, o diploma estabelece que prevalecerá a multa imposta pelo ente responsável pelo licenciamento (Art. 17). Esses dispositivos poderão ajudar a diminuir os casos de conflitos de competência submetidos à apreciação do Poder Judiciário.

NATUREZA DO AMBIENTE E DE SUA PROTEÇÃO

Levando-se em conta que o dever do Estado de proteger o meio ambiente aparece de forma cristalina no artigo 225, sendo reforçado tal dever quando se repartem as competências ou atribuições, especialmente nos artigos 23 e 24, todos da Constituição, conclui-se que a proteção ambiental é indisponível.

Nas palavras de Édis Milaré, "como todo direito fundamental, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é indisponível"[99]. De outro

99 MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 174.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 173 1/9/16 12:09

lado, Paulo de Bessa Antunes demonstra casos nos quais o próprio texto constitucional permite "disposições", como, por exemplo, a supressão dos espaços territorialmente protegidos (Art. 225, § 1°, inc. III)[100].

Espinhosa de fato é esta questão. Ao se considerar como indisponível a proteção ambiental, nos parece que fica vedada a "faculdade" de o Estado agir na proteção deste interesse[101].

Por exemplo, tendo ciência de um incêndio em floresta localizada em propriedade de seu domínio, não pode um ente federado optar por não combater o incêndio, alegando, por exemplo, que a área não é povoada. Ocorrido um acidente ou desastre ambiental, não pode o Poder Público optar por "deixar pra lá". Nesses casos, a omissão é relevante e importa, juridicamente, em consequências que podem incluir sanções penais.

Isso, por outro lado, não invalida o fato de que a Constituição consagrou outros vários direitos fundamentais não hierarquizados, o que pressupõe esferas de discricionariedade dentro das quais, havendo a devida motivação (justificativa fática e embasamento jurídico), poderão ser feitas ponderações e disposições, em certa medida, de microbens ambientais, desde que assegurado o equilíbrio mínimo necessário ao macrobem ambiental.

Por exemplo, num licenciamento, certamente a atividade em questão gerará externalidades ambientais negativas, mas poderá ser autorizada desde que, dentre outras coisas: (i) sejam adotadas todas as medidas mitigatórias possíveis e recomendadas pelo Poder Público; (ii) sejam observados todos os padrões e todas as obrigações ambientais aplicáveis; (iii) sejam feitas as compensações dos impactos que não possam ser mitigados.

Diverge a doutrina sobre a natureza jurídica do ambiente e, igualmente, sobre a classificação do Direito Ambiental, havendo posicionamentos no sentido de ser: i) matéria de direito público[102]; ii) um direito difuso.

Parece-nos, contudo, ser melhor o entendimento de que o Direito Ambiental, assim como o seu objeto (o meio ambiente ecologicamente equilibrado), inserem-se dentro de um terceiro gênero, diferente do público e do privado: são difusos. A conceituação dos direitos e interesses difusos se fez

100 Idem, ibidem, p. 79-89.

101 Cf., dentre outros, MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 175.

102 Cf. SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 41.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 174 1/9/16 12:09

no plano infraconstitucional, nos termos da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, precisamente em seu artigo 81, inciso I, como "os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato"[103].

Vale frisar que não podemos dividir o entorno ou meio onde vivemos e que a titularidade desse bem, o ambiente, não decorre de contrato ou título de propriedade, mas diretamente do comando constitucional. E seus titulares estão ligados pelo fato inegável de compartilharem o ambiente onde vivem, precisando dele ecologicamente equilibrado para se desenvolverem enquanto seres humanos.

Como bem sublinha Paulo Afonso Leme Machado, "o direito ao meio ambiente entra na categoria de interesse difuso, não se esgotando numa só pessoa, mas se espraiando para uma coletividade indeterminada"[104]. No mesmo sentido, podemos citar Celso Antonio Pacheco Fiorillo, dentre outros[105].

Embora não seja a Constituição didática no artigo 225, estabeleceu um bem cujo regime jurídico não é nem de direito público nem de direito privado, mas de direito difuso, dado que: (i) trata-se de um macrobem indivisível; (ii) cujos titulares são todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país; (iii) cuja tutela incumbe não somente ao Poder Público, mas também a toda coletividade; (iv) cujo regime jurídico não diferencia propriedades públicas de privadas.

A própria Constituição nos dá indícios deste fato quando confere ao Ministério Público a competência para "promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção [...] do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos"[106].

Como esclarece Édis Milaré, o Direito Ambiental [...] não pode ser concebido dentro da dicotomia (público ou privado) do Direito Tradicional, mas com um direito difuso ou, como queiram, um direito de terceira geração[107].

---

103 BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 1 de set. 2015.

104 MACHADO, Paulo Afonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 151.

105 FIORILLO, Celso A. Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 188.

106 Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, art. 129, inc. III.

107 MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1086-1087.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 175 1/9/16 12:09

Ao debater a possibilidade da efetivação da desapropriação punitiva, pelo não cumprimento da função socioambiental de imóvel rural localizado no Pantanal Matogrossense, o Supremo Tribunal Federal deixou claro nos autos do MS 22164 que:

> o direito a integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao individuo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, a própria coletividade social[108].

Assim, possui o STF entendimento pacífico que "trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano", conforme ilustra a decisão proferida os autos da ADI 3.540[109].

Por todo o exposto, podemos concluir que a melhor classificação do direito ambiental é aquela que, considerando a natureza do seu objeto e, consequentemente, do regime jurídico estabelecido pela Constituição Federal, o coloca como ramo do direito difuso.

Esse direito é um dos vários direitos fundamentais consagrados pela Constituição de 1988. Apesar de não constar expressamente do rol do artigo 5º ou no Título II, que trata dos direitos e garantias fundamentais, aparece como um dos objetos da Ação Popular Constitucional.

Aqui cabe invocar o § 2° do aludido artigo 5°, de acordo com o qual, "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". Como vimos em detalhes, a Constituição 1988 traz um regime jurídico próprio para a tutela do meio ambiente (por exemplo assegurando-o às gerações futuras). E este direito é, igualmente, objeto de vários tratados e convenções internacionais ratificadas pelo Brasil.

---

108 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 22.164. Relatado pelo Min. Celso de Mello e julgado pelo Tribunal Pleno em 30/10/1995.

109 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3540 MC/DF. Ministro Relator: Celso de Mello. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 1/9/2005.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 176 1/9/16 12:09

ALGUNS DOS PRINCIPAIS PROBLEMAS AMBIENTAIS ATUAIS

Apesar de todos os méritos da tutela constitucional do ambiente no Brasil, existem muitos e sérios problemas ambientais. Primeiramente, temos que deixar claro que selecionamos aqui alguns problemas sobre os quais temos pesquisado. E, tal como na parte antecedente, nosso objetivo aqui é simplesmente apresentar essas questões, sem a pretensão de esgotá-las em todos os detalhes.

A primeira grande questão é a hídrica. Num cenário global e inicial, podemos associar tal questão e seus desafios às pressões representadas pelo acrescimento contínuo da população mundial e pela crescente poluição de rios e mananciais. Deve-se ressaltar, contudo, que uma parte considerável da população mundial já não possui historicamente acesso adequado aos recursos hídricos, tanto do ponto de vista quantitativo como qualitativo. Dados de 2011 trazidos pela Agência Nacional de Águas do Brasil mostram que um bilhão de pessoas, aproximadamente, não possui acesso à água potável[110].

À medida que as pressões sobre quantidade e qualidade da água disponível aumentam, crescem os grupos que passam a ter o acesso restrito ao recurso. Considerando que a terra não perde água para o espaço, a quantidade existente no planeta é praticamente constante. O que tem sido alterado, e de forma negativa, é a quantidade de água disponível para os usos humanos e a qualidade dessa água.

Em princípio, o Brasil não precisaria se preocupar com a escassez de água. Isso porque dispõe de, aproximadamente, 12% da água doce disponível no planeta, embora seja a distribuição desigual no território e a população esteja concentrada nas regiões com menor quantidade disponível[111].

Tamanha a disponibilidade histórica de água no País favoreceu a consolidação de um modelo de produção de energia elétrica excessivamente concentrado em potenciais hidráulicos, com a construção de usinas, centrais e pequenas centrais hidrelétricas. Por esta razão, no bojo da crise hídrica veio outra,

110 BRASIL. Agência Nacional de Águas (ANA). Cuidando das águas: soluções para melhorar a qualidade dos recursos hídricos. Brasília: ANA, 2011, p. 13.

111 Idem, ibidem.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 177 1/9/16 12:09

a energética. Por outro lado, a exportação de *commodities* como soja, carne, entre outras, também se traduz na exportação da água embutida no processo de produção desses bens, também chamada de água virtual[112].

No ano passado, em razão da escassez de água, algumas usinas hidrelétricas tiveram de parar ou reduzir sua operação[113]. Em alguns casos, o nível de armazenamento de água em reservatórios ficou abaixo do mínimo operacional, passando a ser utilizada a reserva técnica (volume morto), para fins de abastecimento das regiões metropolitanas.

Com esse quadro, as tarifas de eletricidade subiram astronomicamente em todo o País. Em alguns estados, os aumentos passaram de 50% somente no ano de 2015. A subida do preço é justificada pela utilização de usinas termelétricas ("back up" do sistema). E o quadro só não está pior porque o País encontra-se coincidentemente num período de crise e retração das atividades econômicas, o que também diminui a demanda por energia.

Como afirmamos noutra oportunidade:

> Por estar a matriz energética brasileira fortemente ancorada em fontes que produzem energia elétrica a partir de potenciais hidrelétricos, os quais dependem de chuvas e de condições ambientais adequadas ao ciclo natural da água, uma crise desencadeou a outra. O quadro crítico é nítido quando se verifica que, no primeiro semestre de ano de 2015, registraram-se o aumentos de mais de 60% nas tarifas residenciais de energia cobradas em vários estados da Federação. Por óbvio, tal iniciativa não é suficiente ao enfrentamento da ineficiência do Poder Público na gestão das águas; ela apenas fortalece a tese da urgência de políticas ambientais e florestais para a garantia da disponibilidade de água em quantidade e qualidade necessárias, especialmente no médio e no longo prazos[114].

Vários fatores podem ser apontados aqui para tentar explicar como o Brasil, diante de todo o seu potencial hídrico, enfrenta quadros de desabastecimento

112 Cf. CARLI, Ana Alice de. A água e seus instrumentos de efetividade. Campinas: Millennium Editora, 2013.

113 Vide NITAHAR, Akemi. Nível baixo dos reservatórios leva segunda hidrelétrica a parar. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2015-01/nivel-baixo-dos-reservatorios-leva-segunda-hidreletrica-parar>. Acesso em: 26 jan. 2015.

114 AVZARADEL, Pedro Curvello Saavedra. Novo Código Florestal: enchentes e crise hídrica no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 4.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 178 1/9/16 12:09

e restrições na produção de energia hidrelétrica. Ilustrativos dados oficiais, referentes a 2013, estimam uma perda média nacional de 37% por cento nos sistemas de abastecimento de água e que apenas 39% do esgoto gerado possua algum tratamento[115].

Estarrecedor e esclarecedor é o fato de que, em média, menos de 40% do esgoto seja tratado no Brasil, e isso sem entramos na eficácia dos métodos utilizados. Como este número é uma média, esconde algumas exceções positivas e localidades em que o saneamento sequer existe.

Todo esse esgoto doméstico não tratado é, na grande maioria dos casos, despejado nos rios que cortam centros urbanos e, muitas vezes, deságuam no mar. Na melhor das hipóteses, a carga orgânica é jogada a alguns quilômetros de distância, por um emissário submarino. Nem mesmo cidades turísticas como Rio de Janeiro escapam desse problema. No caso da cidade olímpica, por conta da realização dos jogos neste ano, muitas modalidades aquáticas estão enfrentando a resistência de atletas, delegações e países[116].

Contudo, os efeitos deletérios da falta de saneamento básico não se esgotam na questão hídrica, uma vez que tal deficiência também favorece a proliferação de mosquitos, entre outros vetores, transmissores de doenças diversas. Atualmente, os olhos do mundo se voltam para o Rio de Janeiro, às vésperas dos Jogos Olímpicos, preocupados com o aumento vertiginoso dos casos de contaminação pelo zika vírus e pelo vírus da dengue, ambos transmitidos pelo mesmo mosquito. O problema, não obstante, é nacional[117]. A proliferação progressiva desses vetores nos dá indícios de sérios desequilíbrios ambientais na

115 BRASIL. Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental. Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento: Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgotos – 2013. – Brasília: MCIDADES.SNSA, 2014, p. 1.

116 Cf. Poluição na Baía de Guanabara assusta especialistas e atletas para a Rio 2016. Estadão, 30 de jul de 2015. Disponível em: <http://esportes.estadao.com.br/noticias/jogos-olimpicos,poluicao-da-baia-de-guanabara-preocupa-para-a-rio-2016-,1734821>. Acesso em: 13 out. 2015. No mesmo sentido, cf. Poluição da Baía de Guanabara assusta atletas do Rio 2016. Revista Exame, 30 de jul de 2015. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/poluicao-da-baia-de-guanabara-assusta-especialistas-e-atletas-para-rio-2016>. Acesso em: 13 out. 2015.

117 Cf. Em meio a temor internacional, Rio anuncia novas medidas contra zika para Olimpíada. BBC Brasil, 23 de jan. 2016. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/01/160123_zika_olimpiada_jp_rm>. Acesso em: 10 de fev. de 2016. No mesmo sentido, cf. Alerta olímpico devido ao zika vírus: EUA e Quênia colocam em questão os Jogos Olímpicos do Rio, preocupados com o vírus. El País, 10 de fev. de 2016. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2016/02/09/deportes/1455009451_181335.html>. Acesso em: 13 fev. 2016.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 179 1/9/16 12:09

medida em que as espécies que poderiam ser predadoras naturais desses mosquitos (ex. lagartixas) estão diminuindo bruscamente.

Contudo, o quadro tende a piorar, considerando que, além das pressões exercidas pelo aumento da demanda por água e pelos fatores de poluição, a proteção jurídica de espaços territoriais especialmente protegidos fundamentais para a proteção do processo ecológico essencial de renovação da água diminuiu consideravelmente com a aprovação do novo marco florestal – Lei n. 12.651, de maio de 2012.

Apenas para citar alguns exemplos relacionados às áreas de preservação permanente, deixaram de ter qualquer proteção na nova lei florestal as margens dos cursos d'água considerados não naturais (ex. retificados), as nascentes e olhos d'água intermitentes ou não perenes e as lagoas e acumulações com área inferior a 1 hectare[118].

Outro grande problema ambiental do Brasil é a falha periódica e quase que rotineira dos sistemas públicos de meio ambiente na gestão de riscos consideráveis. Aqui estamos colocando em foco, especialmente, o licenciamento ambiental e os estudos exigíveis durante sua realização, bem como a fiscalização pelo Poder Público dos termos existentes nas licenças concedidas.

Apenas para citar um único exemplo, em novembro de 2015, com o rompimento de duas barragens de rejeitos da Samarco Mineradora, na cidade de Mariana/Minas Gerais, foram despejados mais de 30 milhões de metros cúbicos desses rejeitos, devastando cidades no entorno e poluindo de forma gravíssima o rio Doce, até a sua foz, no estado do Espírito Santo, mais de 600 quilômetros distante do local do acidente.

118 Cf. AVZARADEL, Pedro Curvello Saavedra. Novo Código Florestal: enchentes e crise hídrica no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 180 1/9/16 12:09

Apesar de existirem alertas sobre os riscos de rompimento da barragem, o acidente aconteceu. A atividade estava com a licença de operação em processo de renovação desde o ano de 2013, pendente de avaliação pelo estado de Minas Gerais. A fiscalização das condições da barragem, apesar de alertas terem surgido, simplesmente não foi capaz de efetivar as melhorias necessárias e o cumprimento da legislação aplicável, por exemplo, à segurança de barragens. Inexistia, por exemplo, um plano ou planejamento (obrigatório na legislação sobre barragens) para casos de acidentes. Este exemplo é considerado hoje a maior tragédia ambiental do Brasil[119].

E o problema tende a piorar também neste particular. Isso porque, em vez de reforçar as normas de controle prévio de atividades, e, principalmente, sua efetivação e implementação práticas, a saída encontrada pelos legisladores tem sido a de procurar abreviar ao máximo o licenciamento – visto como mero entrave, pouco útil e, para alguns, desnecessário. O que poderia ser um instrumento de planejamento e capaz, inclusive, de gerar ganhos de eficiência para os empreendimentos, hoje se converte, na grande parte dos casos, numa via sinuosa e vagarosa, composta de pilhas de papel.

Em Minas Gerais, estado no qual ocorreu a tragédia da Samarco, com claros indícios de falhas no licenciamento ambiental do empreendimento (especificamente no que tange aos riscos e medidas associados às barragens que romperam), foi aprovada em janeiro de 2016 a Lei Estadual n. 21.972[120], que reestruturou o licenciamento ambiental no aludido estado.

A partir da citada lei estadual, esgotado o prazo legal de análise dos pedidos de licença sem o pronunciamento do órgão ambiental competente, o processo de licenciamento será "incluído na pauta de discussão e julgamento da unidade competente [...] sobrestando-se a deliberação quanto aos demais assuntos" (Art. 23). Este dispositivo poderá importar em avaliações precipitadas de risco, principalmente em casos de grande complexidade técnica.

---

119 AVZARADEL, Pedro Curvello Saavedra; COUTINHO, Isabela Esteves Cury; FARIAS, Talden Queiroz. Conclusões do GT1 [O Grupo de Trabalho reunido teve como objetivo apontar as principais questões jurídicas relativas ao desastre da Samarco, ocorrido em novembro de 2015]. Disponível em: <www.ufjf.br/poemas/files/2015/12/CETEM-GT1-FINAL.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2016.

120 ESTADO DE MINAS GERAIS. Lei Estadual n. 21.972, de 21 de janeiro de 2016. Dispõe sobre o Sistema Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos – Sisema – e dá outras providências. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=21972&comp=&ano=2016>. Acesso em: 13 fev. 2016.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 181 1/9/16 12:09

No mesmo sentido, em âmbito nacional, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei do Senado PLS n. 654/2015, que pretende consagrar mecanismo semelhante e, ainda, submeter a procedimento "mais ágil" atividades e empreendimentos considerados estratégicos, os quais ficariam excluídos da obrigação de realizar audiências públicas durante o licenciamento ambiental[121].

CONCLUSÕES

Acreditamos que tenhamos conseguido apresentar, de forma panorâmica e concisa, os aspectos mais importantes da tutela constitucional do meio ambiente no Brasil, tendo como parâmetro a Constituição de 1988. Como vimos, a ordem constitucional em vigor estabelece um novo paradigma de proteção ambiental, em comparação com as ordens anteriores, coroando um movimento de aprovação de políticas e instrumentos nacionais voltados para este tema.

Não obstante os notórios avanços no plano jurídico-constitucional, o Brasil enfrenta sérios problemas ambientais que possuem causas antigas. Procuramos apresentar de forma breve e direta dois deles: a proteção de processos ecológicos essenciais (no exemplo, de renovação da água) e a baixa efetividade dos mecanismos públicos oficiais de gestão de riscos e questões ambientais (exemplificada pelo desastre da empresa Samarco, em Mariana/MG).

Uma das principais e antigas causas desses, e de outros, problemas diz respeito à baixa implementação da legislação ambiental existente. Em nosso modesto entender, este fato está relacionado: à baixa prioridade na contratação de recursos humanos – especialmente na insuficiente realização de concursos públicos para a Administração Pública Ambiental em todas as suas esferas; à insuficiência de recursos e materiais (instalações inadequadas, ausência de equipamentos básicos etc.) nos órgãos e entidades que cuidam da matéria.

Atualmente, passamos a contar com um fenômeno novo, que possui potencial para agravar os problemas antigos e gerar outros: em vez de fortalecer

121 BRASIL. Projeto de Lei do Senado n. 654, de 2015. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/123372>. Acesso em: 13 jan. 2016. Cf. Avança projeto que acelera liberação de licenças ambientais para "obras estratégicas". Agência do Senado, 25 de nov. de 2015. Disponível em: <www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/11/25/avanca-projeto-que-acelera-liberacao-de-licencas-ambientais-para-obras-estrategicas>. Acesso em: 13 jan. 2016.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 182 1/9/16 12:09

a implementação de leis ambientais, mesmo após presenciar tragédias e eventos que demonstram claramente os resultados de sua baixa efetividade, a União, alguns estados e municípios estão, em sentido contrário, elaborando e aprovando leis que fragilizam a proteção ambiental, quando comparamos as exigências legais novas com as antigas, sem adotar qualquer medida para alterar o quadro de sucateamento dos órgãos e entidades públicas dedicados à tutela desse interesse difuso. Estes retrocessos legislativos provavelmente aumentarão a judicialização das questões e dos conflitos, bem como dificultarão o controle prévio de riscos ambientais, aumentando a probabilidade de ocorrência de novas tragédias no Brasil.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. São Paulo: Atlas, 2015.

AVZARADEL, Pedro Curvello Saavedra. Mudanças climáticas: uma análise dos impactos sobre o meio ambiente e os direitos humanos. Lex Humana, v. 2, p. 11, 2010.

_____. Inventários de gases de efeito estufa e mercado de emissões: instrumentos para o desenvolvimento sustentável e uma economia verde de baixo carbono no Estado do Rio de Janeiro. Revista Internacional de Direito Ambiental, v. 1, p. 267-278, 2012.

_____. Reflexões sobre ética ambiental e educação ambiental In: Educação ambiental: premissa inafastável ao desenvolvimento econômico sustentável. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, v. 1, p. 147-170.

_____. Novo Código Florestal: enchentes e crise hídrica no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

_____; COUTINHO, Isabela Esteves Cury; FARIAS, Talden Queiroz. Conclusões do GT1 [O Grupo de Trabalho reunido teve como objetivo apontar as principais questões jurídicas relativas ao desastre da Samarco, ocorrido em novembro de 2015]. Disponível em: <www.ufjf.br/poemas/files/2015/12/CETEM-GT1-FINAL.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2016.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 183 1/9/16 12:09

BELCHIOR, Germana Parente Neiva; MATIAS, João Luis Nogueira (2008). A função ambiental da propriedade. In: Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI. Disponível em: <www.conpedi.org>. Acesso em: 5/12/2010.

BOTKIN, Daniel B; KELLER, Eduard A. Ciência ambiental: terra, um planeta vivo. Rio de Janeiro: LTC, 2011.

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 28 ago 2014.

_____. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938compilada.htm>. Acesso em: 17 set 2013.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

_____. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 1 de set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 134.297/SP. Relatado pelo Min. Celso de Mello e julgado pela Primeira Turma em 13 de jun. de 1995.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 22.164. Relatado pelo Min. Celso de Mello e julgado pelo Tribunal Pleno em 30/10/1995, DJ 17-11-1995, p. 39206. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 23 jul 2013.

_____. Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9394.htm>. Acesso em: 13 set. 2015.

_____. Lei n. 9.433, de 8 de janeiro de 1997. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos. Brasília, 1997.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 153.531. Relado pelo Min. Francisco Rezek e julgado pela Segunda Turma em 3 de jun. de 1997.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 184 1/9/16 12:09

_____. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm>. Acesso em: 13 nov. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.856/RJ. Relatada pelo Min. Carlos Velloso e julgada pelo Tribunal Pleno em 3 de set. de 1998.

_____. Lei n. 9.795/1999. Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9795.htm>. Acesso em: 13 set. 2013.

_____. Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000. Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9985.htm>. Acesso em: 6 dez 2015.

_____. Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 13 dez. 2015.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 28 ago 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.086/SC. Julgada pelo Tribunal Pleno em 10 ago. 2001.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 28 ago 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.505/ES. Relatada pelo Min. Eros Grau e julgada pelo Tribunal Pleno em 24 de nov. de 2004.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 185 1/9/16 12:09

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 442586/SP. Primeira Turma, julgado em 26/11/2002.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.352/DF. Relatada pelo Min. Sepúlveda Pertence e julgada pelo Tribunal Pleno em 2 de dez. de 2004.

_____. Lei n. 11.105, de 25 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei n. 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória n. 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei n. 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm>. Acesso em: 6 dez 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.3.252/RO. Relatada pelo Min. Gilmar Mendes e julgada pelo Tribunal Pleno em 6 de abr de 2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.514/SC. Relatada pelo Min. Eros Grau e julgada pelo Tribunal Pleno em 29 de jun. de 2005.

_____. Emenda Constitucional 48, de 10 de agosto de 2005. Acrescenta o § 3º ao art. 215 da Constituição Federal, instituindo o Plano Nacional de Cultura. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc48.htm#art1>. Acesso em: 15 set. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 3540 MC/DF. Ministro Relator: Celso de Mello. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 1/9/2005.

_____. Superior Tribunal e Justiça. Recurso Especial n. 610114/RN. Julgado pela Quinta Turma em 17 nov 2005. Publicado no DJ de 19 dez 2005.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 186 1/9/16 12:09

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.544/RS. Relatada pelo Min. Supúlveda Pertence e julgada pelo Tribunal Pleno em 28 de jun. de 2006.

_____. Emenda Constitucional 53, de 19 de dezembro de 2006. Dá nova redação aos arts. 7º, 23, 30, 206, 208, 211 e 212 da Constituição Federal e ao art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc53.htm#art1>. Acesso em: 10 jan. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.776/RN. Relatada pelo Min. Cezar Peluso e julgada pelo Tribunal Pleno em 14 de jun. de 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Medida Cautelar na Ação Civil Originária 876/BA. Relatada pelo Min. Menezes Direito e julgada pelo Tribunal Pleno em 19 de dez. de 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.937/SP. Relatada pelo ministro Marco Aurélio e julgada pelo Tribunal Pleno em 4 de jun. de 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Petição 3388/Roraima. Relatada pelo Min. Carlos Britto e julgada pelo Tribunal Pleno em 19 mar. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 183.188. Relatado pelo Min. Celso de Mello e julgada pelo Tribunal Pleno em 19 mar. 2009.

_____. BRASIL. Lei n. 12.187, de 39 de dezembro de 2009. Institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima – PNMC e dá outras providências.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.856/RJ. Relatada pelo Min. Celso de Mello e julgada pelo Tribunal Pleno em 26 de mai. de 2011.

_____. Agência Nacional de Águas (ANA). Cuidando das águas: soluções para melhorar a qualidade dos recursos hídricos. Brasília: ANA, 2011.

_____. Lei Complementar n. 140, de 8 de dezembro de 2011. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do *caput* e do parágrafo único do art. 23 da

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 187 1/9/16 12:09

Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp140.htm>. Acesso em: 31 out 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1346430/PR. Julgado pela Quarta Turma em 18 out. 2012. Publicado no DJe em 21 nov. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.218 AgR/DF. Relatada pelo Min. Luiz Fux e julgada pelo Tribunal Pleno em 12 de dez. de 2012.

_____. Lei n. 12.651, de 25 de maio de 2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, n. 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e n. 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis n. 4.771, de 15 de setembro de 1965, e n. 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória n. 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/L12651compilado.htm>. Acesso em: 6 dez 2015.

_____. Emenda Constitucional n. 71, de 29 de novembro de 2012. Acrescenta o art. 216-A à Constituição Federal para instituir o Sistema Nacional de Cultura. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc71.htm>. Acesso em: 15 set. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 548181/PR. Relatado pela ministra Rosa Weber e julgado pela Primeira Turma em ago. 2013.

_____. Lei n. 13.089, de 12 de janeiro de 2015. Institui o Estatuto da Metrópole, altera a Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13089.htm#art24>. Acesso em: 13 dez. 2015.

CARLI, Ana Alice de. A água e seus instrumentos de efetividade. Campinas: Millennium Editora, 2013.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 188 1/9/16 12:09

ESTADO DE MINAS GERAIS. Lei Estadual n. 21.972, de 21 de janeiro de 2016. Dispõe sobre o Sistema Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos – Sisema – e dá outras providências. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=21972&comp=&ano=2016>. Acesso em: 13 fev. 2016.

FIORILLO, Celso A. Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2013.

FREITAS, Mariana A. Passos de; FREITAS, Vladimir Passos de. Direito Administrativo e Meio Ambiente. Curitiba: Juruá, 2014.

GRANZIERA, Maria L. Machado. Direito Ambiental. São Paulo: Atlas, 2011.

KRELL, Andreas J. Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 101.

MACHADO, Paulo A. Leme. Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2014.

MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____; NITAHAR, Akemi. Nível baixo dos reservatórios leva segunda hidrelétrica a parar. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2015-01/nivel-baixo-dos-reservatorios-leva-segunda-hidreletrica-parar>. Acesso em: 26 jan. 2015.

SILVA, José Afonso da. Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Direito Constitucional Ambiental. São Paulo: Malheiros, 2004.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 189 1/9/16 12:09

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 190 1/9/16 12:09

DERECHO AMBIENTAL COLOMBIANO

Ángela María Amaya Arias[1]
María del Pilar García Pachón[2]

RESUMEN

El presente artículo tiene por objetivo analizar las bases del Derecho Ambiental Colombiano, partiendo del análisis de su marco constitucional. En segundo lugar, se describirán los principales tratados internacionales en materia de medio ambiente suscritos por Colombia, para luego continuar con el análisis del marco normativo vigente por distintos subsectores ambientales. Finalmente, se describirán brevemente los principales problemas ambientales que afectan al país.

Palabras claves: Derecho Ambiental; Colombia; problemas ambientales.

1 Abogada de la Universidad Externado de Colombia, máster en Especialización e Investigación en Derecho con énfasis en Derecho de Aguas, Medio Ambiente y Recursos Naturales de la Universidad de Zaragoza (España) y doctora en Derecho de la misma Casa de Estudios. Su tesis doctoral, titulada "El Principio de No Regresión en el Derecho Ambiental", obtuvo la calificación Sobresaliente Cum Laude por parte del jurado. Fue Becaria de la Fundación Carolina para realizar sus estudios doctorales. Autora de diferentes artículos sobre temas de Derecho del Medio Ambiente. Actualmente es docente-investigador del Departamento de Derecho del Medio Ambiente de la Universidad Externado de Colombia, miembro del Grupo de Investigación en Derecho del Medio Ambiente de la misma Universidad y miembro del Grupo Consolidado de Investigación Agudema de la Universidad de Zaragoza.

2 Abogada de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Minero Energético de la misma Universidad. Magíster en Política y Gestión Medioambiental de la Universidad Carlos III de Madrid. Diploma de Estudios Avanzados otorgado por la Universidad de Zaragoza. Miembro del Grupo de Investigaciones en Derecho del Medio Ambiente de la Universidad Externado de Colombia (Centro de Investigaciones avalado por Colciencias); Doctora en propiedades públicas y medio ambiente en la Universidad de Zaragoza (España) y se desempeña como Directora del Departamento de Derecho del Medio Ambiente de la universidad Externado de Colombia.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 191 1/9/16 12:09

I. MARCO CONSTITUCIONAL

La Constitución Política de 1991 ha sido considerada por la Corte Constitucional colombiana como una verdadera "Constitución Ecológica", pues como veremos, acoge la protección y defensa del medio ambiente desde varios puntos de vista. En reiterados pronunciamientos[3], esta Corporación ha señalado que la Constitución de 1991 modificó profundamente la relación normativa de la sociedad colombiana con la naturaleza, y actualmente la defensa del medio ambiente constituye tal como lo expone el profesor Óscar Amaya:

> "*[…] un objetivo de principio dentro de la actual estructura de nuestro Estado Social de Derecho. En cuanto hace parte del entorno vital del hombre, indispensable para su supervivencia y la de las generaciones futuras, el medio ambiente se encuentra al amparo de lo que la jurisprudencia ha denominado 'Constitución ecológica', conformada por el conjunto de disposiciones superiores que fijan los presupuestos a partir de los cuales deben regularse las relaciones de la comunidad con la naturaleza y que, en gran medida, propugnan por su conservación y protección*".

Antes de iniciar con el estudio de las principales disposiciones constitucionales de contenido ambiental, hay que indicar que en Colombia, la protección y defensa del medio ambiente se advierte desde varios puntos de vista: en primer lugar, como una obligación en cabeza del Estado y de los particulares, en segundo lugar, como un derecho y un deber colectivo; en tercer lugar, como un factor determinante del modelo económico que se debe adoptar y, por último, como una limitación al ejercicio pleno de los derechos económico *la naturaleza y que, en gran medida, propugnan por su conservación y protección.* (Amaya, La Constitución Ecológica de Colombia , 2010).

El marco constitucional ambiental se estudiará teniendo en cuenta la ubicación de dichas disposiciones en el texto constitucional, lo que facilitará su descripción y análisis.

3 Cfr., entre otras: Corte Constitucional, sentencias T-411/92; C-05/94; C-375/94; C-495/96; C-126/98; C-596/98; C-794/00; C-254/04; C-150/05; C-189/06; T-760/07; C-666/10; C-703/10; C-915/10; C-366/11 C-632/11; T-129/11; T-608/11; T-282/12; C-889/12.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 192 1/9/16 12:09

1. Preámbulo

El preámbulo de la Constitución Política incorpora, más allá de un simple mandato específico, los fines hacia los cuales tiende el ordenamiento jurídico; los principios que inspiraron al constituyente para diseñar de una determinada manera la estructura fundamental del Estado; la motivación política de toda la normatividad; y los valores que esa Constitución aspira a realizar, en palabras de (Amaya, La Constitución Ecológica de Colombia , 2010). Este preámbulo señala que uno de los fines de la Constitución es el de garantizar la vida, punto de partida de la protección al medio ambiente. Lo anterior determinará la orientación ambiental que tienen las disposiciones constitucionales subsiguientes.

2. Principios fundamentales

En esta parte se encuentran los *fines esenciales del Estado* (artículo 2º), los cuales tienen importantes implicaciones ambientales. En primer lugar, se menciona la participación ciudadana en las decisiones que los afecten y en la vida económica, administrativa y cultural de la Nación, lo cual reconoce el carácter democrático y participativo del país, con especial importancia en las decisiones de contenido ambiental. En segundo lugar, se tiene como fin la protección de la integridad territorial del país, mención que sin duda incluye consideraciones ambientales.

En esta parte también se encuentra consagrada la *obligación de proteger las riquezas naturales de la Nación* (artículo 8º). Se refiere a la carga constitucional, en cabeza del Estado y de los particulares, de proteger las riquezas y los recursos culturales y nacionales del país. Según la Corte Constitucional, para el cumplimiento de este deber constitucional existen dos vías: por una parte la planificación y fijación de políticas estatales y, por otra, la consagración de acciones judiciales encaminadas a la preservación del ambiéntele y a la sanción penal, civil o administrativa cuando se atente contra él[4].

4 Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-423 de 1994, de veintinueve (29) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994). M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 193 1/9/16 12:09

3. Derechos económicos, sociales y culturales

Respetando la clasificación tradicional, la Constitución Política de 1991 trae una parte especial para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dentro de los cuales podemos señalar, en primer lugar, el *saneamiento ambiental* (artículo 49), que mediante esta disposición, se incorpora como un servicio público a cargo del Estado. En segundo lugar, debemos destacar la *función ecológica de la propiedad* (artículo 58). Se trata de un concepto fundamental para el ordenamiento jurídico colombiano, pues parte de la base de que la propiedad no es un derecho absoluto, pues existen restricciones al ejercicio de este derecho. Una de estas restricciones la constituye la función ecológica, pues como lo señala la Corte Constitucional[5],

> […] "el cambio de paradigma que subyace a la visión ecológica sostenida por la Carta implica que la propiedad privada no puede ser comprendida como antaño. En efecto, en el Estado liberal clásico, el derecho de propiedad es pensado como una relación individual por medio de la cual una persona se apropia, por medio de su trabajo, de los objetos naturales. […] En la época actual, se ha producido una 'ecologización' de la propiedad privada, lo cual tiene notables consecuencias, ya que el propietario individual no sólo debe respetar los derechos de los miembros de la sociedad de la cual hace parte (función social de la propiedad) sino que incluso sus facultades se ven limitadas por los derechos de quienes aún no han nacido, esto es, de las generaciones futuras, conforme a la función ecológica de la propiedad y a la idea del desarrollo sostenible. Por ello el ordenamiento puede imponer incluso mayores restricciones a la apropiación de los recursos naturales o a las facultades de los propietarios de los mismos, con lo cual la noción misma de propiedad privada sufre importantes cambios". […]

Otros aspectos ambientales importantes incluidos en esta parte hacen referencia a la *inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad* de una serie de bienes (artículo 63), dentro de los cuales se encuentran bienes de contenido ambiental como los parques naturales, y los bienes de uso público,

5 Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-126 de 1998, de primero (1) de abril de mil novecientos noventa y ocho (1998). M. P. Alejandro Martínez Caballero.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 194 1/9/16 12:09

entre otros[6]; la existencia de *consideraciones ambientales en materia de crédito agropecuario* (artículo 66), y la *educación ambiental* (artículo 67)[7].

4. Derechos colectivos y del ambiente

Esta es sin duda la parte más importante en materia constitucional ambiental, pues comprende consideraciones sin precedentes en el país, como el reconocimiento del *derecho a gozar de un ambiente sano* (artículo 79). Este derecho se concibe como "*[…] un conjunto de condiciones básicas que rodean a la persona y le permiten su supervivencia biológica e individual, lo cual garantiza a su vez su desempeño normal y su desarrollo integral en el medio social.*"[8] Tradicionalmente, nos cuenta Amaya, la doctrina ha aceptado cuatro expresiones del derecho a gozar de un ambiente sano: *a.* El derecho humano básico a que la vida y la salud personales no sean lesionadas o puestas en peligro como consecuencia de la contaminación o deterioro ambiental; *b.* El derecho a un razonable nivel de calidad ambiental; *c.* El derecho a disfrutar del patrimonio ambiental; y *d.* El derecho a proteger la propiedad privada de eventuales daños causados por contaminaciones o perturbaciones ambientales provocados por terceros. Este artículo hace referencia además a la obligación del Estado de proteger la diversidad e integridad del ambiente.

En esta parte encontramos también el *desarrollo sostenible* (artículo 80). Según esta disposición, el Estado debe planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. Por medio de esta disposición se adopta un modelo determinado de desarrollo, que trae como consecuencia la imposición del deber de protección de los recursos naturales en cabeza del Estado y de los particulares, y que sirve de justificación para establecer limitaciones al ejercicio de determinados derechos, especialmente los de contenido económico. (Amaya, El Desarrollo Sostenible y el Derecho Fundamental a Gozar de un Ambiente Sano, 2012) Este modelo de desarrollo orientará las disposiciones relativas al régimen económico del país, como veremos más adelante.

---

6 Cfr. Código de Recursos Naturales (Decreto n. 2.811 de 1974) artículo 8º; Código Civil, artículo 667.

7 Cfr. Código de Recursos Naturales (Decreto n. 2.811 de 1974) artículo 14.

8 Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia SU-442 de 1997, de dieciséis (16) de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997). M. P. Francisco Escobar.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 195 1/9/16 12:09

Adicionalmente, esta parte hace referencia a las prohibiciones y restricciones en materia de armas químicas, biológicas y nucleares, residuos nucleares, desechos tóxicos y recursos genéticos (artículo 81); y a la protección del espacio público (artículo 81).

5. Protección y aplicación de los derechos

Resulta imprescindible mencionar las *acciones populares para la protección del medio ambiente* (artículo 88). Esta disposición establece el mecanismo judicial diseñado para la protección de los derechos e intereses colectivos, dentro de los cuales, como se vio, se encuentra el derecho a gozar de un ambiente sano. Se trata de acciones con carácter público, preventivo, restitutorio e innovador, y se encuentran reguladas en la Ley n. 472 de 1998.

6. Organización territorial

Esta parte hace referencia a la organización del Territorio del país, y las funciones de las entidades territoriales: Departamentos, Municipios, y Territorios Indígenas, dentro de las cuales se encuentran funciones de contenido ambiental. Por ejemplo, se señala la *cooperación fronteriza en temas ambientales* (artículo 289) de los departamentos y municipios ubicados en zonas fronterizas; las *funciones ambientales de las Asambleas Departamentales,* (artículo 300); el *régimen especial para San Andrés y Providencia* (artículo 310); *las funciones ambientales de los Concejos Municipales* (artículo 313); y las *funciones ambientales de los Territorios Indígenas* (artículo 330).

7. Régimen económico y Hacienda Pública

Este punto contiene disposiciones de gran trascendencia para el modelo económico el país. Por ejemplo, se establece *el medio ambiente como límite a la libertad económica* (artículo 333). De acuerdo con la Corte Constitucional:

> *"existe para los particulares una especial responsabilidad en la preservación y protección del medio ambiente, cuando quiera que con el ejercicio de la libertad de empresa se atente contra su equilibrio; más aún, cuando de su posible*

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 196 1/9/16 12:09

> *lesión puedan derivar se amenazas a derechos de importante envergadura para las personas*".[9]

En otra ocasión, sostuvo además que

> "*Las normas ambientales, contenidas en diferentes estatutos, respetan la libertad de la actividad económica que desarrollan los particulares, pero le imponen una serie de limitaciones y condicionamientos a su ejercicio que tienden a hacer compatibles el desarrollo económico sostenido con la necesidad de preservar y mantener un ambiente sano. Dichos estatutos subordinaban el interés privado que representa la actividad económica al interés público o social que exige la preservación del ambiente, de tal suerte que el particular debe realizar su respectiva actividad económica dentro de los precisos marcos que le señala la ley ambiental, los reglamentos y las autorizaciones que debe obtener de la entidad responsable del manejo del recurso o de su conservación*".[10]

También hay que señalar la *intervención del Estado en la economía para la preservación de un ambiente sano* (artículo 334). Según la disposición, el Estado podrá intervenir en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, y por último, la preservación de un ambiente sano.

8. Otras disposiciones

Además de las anteriores, en la Constitución Política se encuentran otras disposiciones de contenido ambiental, a lo largo de todo el texto. Por ejemplo, los *deberes ambientales de los ciudadanos* (artículo 95), la *declaración de emergencia ecológica* (artículo 215); *la internalización de las relaciones ambientales* (artículo 226); *las funciones ambientales de los órganos de control,*

9 Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia T-046 de 1999, de veintinueve (29) de enero de mil novecientos noventa y nueve (1999). M. P. Hernando Herrera Vergara.

10 Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia T-254 de 1993, de ocho (8) de julio de mil novecientos noventa y tres (1993). M. P. Antonio Barrera Carbonell.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 197 1/9/16 12:09

como la Contraloría General de la República (artículo 267) *y la Procuraduría General de la Nación* (artículo 277); *y la Política Ambiental en los Planes de Desarrollo* (artículo 339), entre otros.

II. PRINCIPALES TRATADOS INTERNACIONALES AMBIENTALES EN LOS QUE COLOMBIA ES PARTE

Colombia es un país que participa activamente en el escenario jurídico internacional ambiental. Desde los orígenes del derecho ambiental colombiano en los años setenta, pueden identificarse profundos vínculos del derecho internacional y el derecho nacional. Es por ello relevante dar inicio a este acápite afirmando que los mayores impactos del derecho internacional en la normatividad colombiana ambiental no se dan por la adhesión a instrumentos jurídicos internacionales de carácter vinculante, sino por la generación de una verdadera conciencia ecológica a través de la aceptación de instrumentos de derecho internacional de carácter no vinculante.

La declaración de Estocolmo de 1972 identificada por muchos como el momento de nacimiento del derecho ambiental, fue para Colombia especialmente relevante, pues inspiró la filosofía de la Ley n. 23 de 1973 que otorgó facultades extraordinarias al ejecutivo para expedir lo que sería el Decreto-Ley n. 2.811 de 1974, Código de recursos Naturales Renovables. Veinte años después la Declaración de Rio, sería uno de los ejes más importantes en materia de política ambiental para el país, por cuanto la Ley n. 99 de 1993 (por medio de la cual de crea el Ministerio de Ambiente y se reorganiza el SINA) reconocería que "El proceso de desarrollo económico y social del país se orientará según los principios universales y del desarrollo sostenible contenidos en la Declaración de Río de Janeiro de junio de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo".

La influencia de estas Declaraciones es evidente, sin embargo no podríamos desconocer que otros instrumentos como la Carta Mundial de la Naturaleza, el Informe Nuestro Futuro Común, la Declaración de Johannesburgo y más recientemente la Declaración de Rio de 2012, siguen generando consecuencias importantes en la forma en la que Colombia afronta los asuntos ambientales.

Sin embargo, centrándonos en la tarea de identificar los principales tratados internacionales en los que Colombia es parte y siguiendo el planteamiento que sobre el particular hace la profesora Guzmán Aguilera podríamos afirmar

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 198 1/9/16 12:09

que las principales temáticas que han llamado de especial manera la atención del Estado colombiano son los relativos a la protección de la vida en el planeta, la atmósfera y clima, así como la contaminación y el manejo de desechos (Guzmán Aguilera, 2012). Será objeto de las siguientes líneas realizar una breve descripción de algunas de estas normas internacionales de carácter vinculante para Colombia.

1. Protección de la vida en el planeta

No son pocos los tratados internacionales que de una u otra forma procuran salvaguardar la vida en cualquiera de sus manifestaciones, podríamos identificar los siguientes tratados internacionales en los que Colombia es parte.

Convención Ramsar. Ramsar, 2 de febrero de 1971. La Convención sobre los Humedales de Importancia Internacional, es un tratado intergubernamental que "sirve de marco para la acción nacional y la cooperación internacional en pro de la conservación y el uso racional de los humedales y sus recursos" (RAMSAR, 2013), esta convención entró en vigor en 1975. En Colombia la Convención Ramsar es parte de la normatividad desde la expedición de la Ley 357 del 21 de enero de 1997 y entró en vigencia para el país a partir del 18 de Octubre de 1998.

Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural. París, 16 de noviembre de 1972. Los Estados Partes de esta Convención reconocen la obligación de identificar, proteger, conservar, rehabilitar y transmitir a las generaciones futuras el patrimonio cultural y natural situado en su territorio. Colombia aprobó la Convención por medio de la Ley n. 45 del 15 de diciembre de 1983.

Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres. Cites. Washington DC., 3 de marzo de 1973. Cites es un acuerdo que tiene por finalidad velar por que el comercio internacional de especímenes de animales y plantas silvestres no constituye una amenaza para su supervivencia (CITES, 2013),

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 199 1/9/16 12:09

entró en vigor el 1 de julio de 1975. Colombia aprobó la convención mediante la Ley n. 17 de 1981.

Convenio de Diversidad Biológica. Rio de Janeiro 1992. Los objetivos de este convenio son la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos. Colombia aprobó el Convenio a través de la Ley n. 165 de 1994.

Convención de las Naciones Unidas de Lucha Contra la Desertificación y La Sequía. UNCCD. París. Diecisiete de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994). El objetivo del Convenio es luchar contra la desertificación y mitigar los efectos de la sequía en los países afectados por sequía grave o desertificación. La Convención entró en vigor en marzo de 1998. Colombia aprobó la Convención a través de la Ley n. 461 de 1998.

Convenio internacional de maderas tropicales. Ginebra 2006. El primer Convenio Internacional de Comercio de Maderas Tropicales (ITTA) fue firmado en 1983, en 1994 se suscribió un nuevo Convenio con el fin de abordar el tema del comercio mundial de maderas tropicales, así como la conservación y el manejo de bosques y en el año 2006 se firmó un Convenio sucesor. Colombia aprobó este último convenio a través de la Ley n. 1.458 de 20 de junio de 2011.

2. Atmósfera y clima

Cuando se entiende el derecho ambiental como un derecho esencialmente supranacional, unos de los mejores ejemplos que permiten reconocer la dimensión global ambiental son los relativos a la contaminación de la atmósfera y al cambio climático, a continuación haremos referencia a algunos de los tratados internacionales sobre estos asuntos en los cuales Colombia es parte.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 200 1/9/16 12:09

Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono. Montreal el 16 de septiembre de 1987. Este instrumento jurídico internacional fue diseñado para reducir la producción y consumo de sustancias que agotan la capa de ozono protegiendo la capa de ozono de la tierra (UNEP, 2010), el 16 de Septiembre del 2009, el Protocolo de Montreal fue uno de los primeros tratados en la historia de las Naciones Unidas que obtuvo ratificación universal. Colombia aprobó este Protocolo a través de la Ley n. 29 de 1982.

Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático. Rio de Janeiro 1992. El objetivo la Convención es lograr la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático. Colombia aprobó el Convenio a través de la Ley n. 165 de 1994.

Protocolo De Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas Sobre El Cambio Climático. Kioto 11 de diciembre de 1997. El Protocolo determina metas vinculantes de reducción de las emisiones para 37 países industrializados y la Unión Europea y establece obligaciones diferenciadas para los países parte de acuerdo a su responsabilidad en la generación de gases de efecto invernadero. El protocolo de Kioto entró en vigor en el año 2005. Colombia lo aprobó a través de la Ley n. 629 de 2000.

3. Contaminación y manejo de desechos

La ley n. 23 de 1973 en su artículo 4 definió contaminación como "la alteración del medio ambiente por sustancias o formas de energía puestas allí por la actividad humana o de la naturaleza en cantidades, concentraciones o niveles capaces de interferir con el bienestar y la salud de las personas, atentar contra la flora y la fauna, degradar la calidad del medio ambiente o afectar los recursos de la Nación o de particulares". Las actividades que podemos considerar contaminantes son múltiples, desde el derecho internacional se han identificado algunas que merecen especial atención y por ello han terminado siendo reguladas a través de instrumen-

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 201 1/9/16 12:09

tos multilaterales, algunos de estos instrumentos han sido aprobados por Colombia y los señalaremos a continuación.

1. **Protocolo de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación. Basilea. Diez (10) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).** Este Convenio pretende reducir el volumen de los intercambios de residuos con el fin de proteger la salud humana y el medio ambiente estableciendo un sistema de control de las exportaciones e importaciones de residuos peligrosos así como su eliminación. El protocolo aún no entra en vigor (UNEP, 2011). Colombia aprobó este Protocolo por medio de la Ley n. 945 de 2005.

2. **Convenio de Rotterdam sobre el procedimiento de consentimiento fundamentado previo aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional. Rotterdam. Diez de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).** Este instrumento jurídico permite a la comunidad mundial vigilar y controlar el comercio de determinados productos químicos peligrosos. El Convenio entró en vigor el 24 de febrero de 2004. Colombia lo aprobó por medio de la Ley n. 1.159 de 2007.

3. **Convenio de Estocolmo sobre contaminantes orgánicos persistentes. Estocolmo. Dos de mayo del año dos mil uno (2001).** El objetivo del Convenio es proteger la salud humana y el medio ambiente frente a los contaminantes orgánicos persistentes, identifica una serie de sustancias que deben ser eliminadas teniendo en cuenta sus efectos negativos. El Convenio entró en vigor en mayo de 2004 (UNEP, 2008). Colombia aprobó el Convenio a través de la Ley n. 1.196 de 2008.

4. **Protocolo relativo a la cooperación para combatir los derrames de hidrocarburos en la Región del Gran Caribe. Cartagena de Indias, 24 marzo 1983.** Este Protocolo establece una serie de disposiciones aplicables a los incidentes de derrame de hidrocarburos que tengan como resultado la contaminación del medio marino y costero de la Región del Gran Caribe o que afecten negativamente los intereses de una o varias Partes del Convenio. (UNEP, 2013) El

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 202 1/9/16 12:09

protocolo entró en vigor el 11 de octubre de 1986. Colombia aprobó este instrumento internacional por medio de la Ley n. 56 de 1987.

Es importante resaltar que los Convenios, tratados o protocolos que aquí se señalan son los más relevantes a nuestro criterio y que la descripción de ellos pretende ser sólo enunciativa.

III. MARCO NORMATIVO GENERAL AMBIENTAL

En esta parte del documento presentaremos una exposición general del marco normativo ambiental colombiano, atendiendo a un estudio temático del mismo. Es de resaltar que Colombia es un país con una producción normativa muy elevada, y en los últimos años han ocurrido múltiples cambios normativos en asuntos trascendentales para el derecho ambiental. No obstante esta realidad, a continuación se expondrán las normas vigentes más importantes en relación con cada tema, pues un estudio con mayor detalle excede los objetivos de nuestro trabajo.

4. Bases del Derecho Ambiental Colombiano

En primer lugar, debemos partir por el estudio de las bases del derecho ambiental colombiano[11], que constituyen el sustento normativo de esta rama del ordenamiento jurídico en el país y que responde a la evolución del Derecho Ambiental Internacional.

La ***Ley n. 23 de 1973***, por la cual se conceden facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir el Código de Recursos Naturales y protección al medio ambiente, constituye el primer paso para la codificación del derecho ambiental colombiano. Tiene por objeto prevenir y controlar la contaminación del medio ambiente y buscar el mejoramiento, conservación y restauración de los recursos naturales renovables, para defender la salud y el

11 Estas normas básicas han sido identificadas como pilares del derecho ambiental colombiano, por el Departamento de Derecho del Medio Ambiente de la Universidad Externado de Colombia como medio para hacer más claro el estudio introductorio del derecho del medio ambiente y en razón a que dichas Leyes soportan gran parte de la reglamentación que conforma esta rama del ordenamiento jurídico en Colombia.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 203 1/9/16 12:09

bienestar de todos los habitantes del Territorio Nacional. Define los conceptos de medio ambiente, contaminación, y contaminante, entre otros.

Por medio de las facultades otorgadas al Gobierno en esta Ley, se expide el ***Decreto-Ley n. 2.811 de 1974, Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente***. Es la principal norma sustantiva que tiene el país en materia ambiental y comprende un conjunto de normas coherentes y armónicas que persiguen el fin común de la protección y manejo sostenible de los Recursos Naturales Renovables del país. Esta norma contiene definiciones y normas generales de política ambiental, asuntos ambientales de influencia internacional, normas de preservación ambiental relativas a elementos ajenos a los recursos naturales, de la propiedad, uso e influencia ambiental de los recursos naturales renovables, y se subdivide en 13 partes: normas comunes, la atmósfera y el espacio aéreo, las aguas no marítimas, el mar y su fondo, los recursos energéticos primarios, los recursos geotérmicos, la tierra y los suelos, la flora terrestre, los recursos hidrobiológicos, la protección sanitaria de la fauna y flora, los recursos del paisaje y su protección, y los modos de manejo de los recursos naturales renovables. Si bien esta norma contiene las bases fundamentales de la regulación para el uso y manejo de los recursos naturales, en la mayoría de los casos se ha visto desactualizada, y no se ha armonizado con realidades más recientes de la problemática ambiental del país.

En tercer lugar, encontramos la ***Ley n. 9 de 1979, Código Sanitario Nacional***. Tiene por objetivo determinar unas normas necesarias para preservar, restaurar, y mejorar las condiciones sanitarias en lo que se relaciona con la salud humana. Esta ley está organizada por títulos, y cada uno corresponde a un área específica de regulación: protección al medio ambiente, Suministro de agua, Salud ocupacional, Saneamiento de edificaciones, alimentos, drogas, medicamentos, cosméticos y similares, vigilancia y control epidemiológico, desastres, defunciones, traslado de cadáveres, inhumación y exhumación, trasplante y control de especímenes, Artículos de uso doméstico y vigilancia y control. Para la protección del Medio Ambiente esta Ley establece, en primer lugar, las normas generales que servirán de base a las disposiciones y reglamentaciones necesarias para preservar, restaurar y mejorar las condiciones sanitarias en lo que se relaciona a la salud humana; y en segundo lugar, los procedimientos y las medidas que se deben adoptar para la regulación, legalización y control de los descargos de residuos y materiales que afectan o pueden afectar las condiciones sanitarias del Ambiente.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 204 1/9/16 12:09

Por último, hay que mencionar la ***Ley n. 99 de 1993***, que tiene por objeto crear el Ministerio del Medio Ambiente, reordenar el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, y organizar el Sistema Nacional Ambiental, con el fin de responder a las nuevas necesidades del derecho ambiental. Esta ley está organizada por títulos, y cada uno corresponde a un área específica de regulación: Fundamentos de política ambiental colombiana, funciones y estructura del Ministerio de Medio Ambiente (hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible), Corporaciones Autónomas Regionales, Licencias Ambientales, funciones de las entidades territoriales y de la planificación ambiental, modos y procedimientos de participación ciudadana, acción de cumplimiento en asuntos ambientales sanciones y medidas de policía, entre otros temas. Con clara influencia de la Declaración de Río de 1992, la Ley n. 99 de 1993 incluye una descripción de los principios generales del derecho ambiental colombiano. Además, esta Ley crea el Sistema Nacional Ambiental (SINA), entendido como el conjunto de orientaciones, normas, actividades, recursos, programas e instituciones que permiten la puesta en marcha de los principios generales ambientales contenidos en esta Ley. Está integrado por los siguientes componentes:

1. Los principios y orientaciones generales contenidos en la Constitución Nacional, en esta Ley y en la normatividad ambiental que la desarrolle.
2. La normatividad específica actual.
3. Las entidades del Estado responsables de la política y de la acción ambiental.
4. Las organizaciones comunitarias y no gubernamentales relacionadas con la problemática ambiental.
5. Las fuentes y recursos económicos para el manejo y la recuperación del medio ambiente.
6. Las entidades públicas, privadas o mixtas que realizan actividades de producción de información, investigación científica y desarrollo tecnológico en el campo ambiental.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 205 1/9/16 12:09

Esta Ley es la norma más importante en cuanto a la gestión ambiental y distribución de competencias ambientales en el país, ya que consolida la institucionalidad ambiental colombiana.

5. Recurso hídrico

En relación con el recurso hídrico, el Código de Recursos Naturales trae disposiciones relativas a la clasificación de aguas, el dominio de las aguas y cauces, el derecho a uso del agua, la prevención y control de contaminación, las aguas subterráneas y la administración de aguas y cauces. Por su parte, el ***Decreto n. 1.541 de 1978*** tiene por finalidad reglamentar las normas relacionadas con el recurso de aguas en todos sus estados, y comprende aspectos como el dominio de las aguas, cauces y riberas, y normas que rigen su aprovechamiento; el régimen a que están sometidas ciertas categorías especiales de agua; la conservación de las aguas y sus cauces, en orden a asegurar la preservación cualitativa del recurso y a proteger los demás recursos que dependan de ella, entre otros. Se destaca también el ***Decreto n. 3.930 de 2010***, sobre usos del agua y residuos líquidos. Dicha norma establece las disposiciones relacionadas con los usos del recurso hídrico, el Ordenamiento del Recurso Hídrico y los vertimientos al recurso hídrico, al suelo y a los alcantarillados. Hay que mencionar en este punto la Política Nacional para la Gestión Integral del Recurso Hídrico (2010), que establece los objetivos, estrategias, metas, indicadores y líneas de acción estratégica para el manejo del recurso hídrico en el país, y tiene por objetivo garantizar la sostenibilidad del recurso hídrico, mediante una gestión y un uso eficiente y eficaz, articulados al ordenamiento y uso del territorio y a la conservación de los ecosistemas que regulan la oferta hídrica, considerando el agua como factor de desarrollo económico y de bienestar social, e implementando procesos de participación equitativa e incluyente.

6. Biodiversidad

Los orígenes de la estructuración legal de la política o actividad *forestal* en Colombia se remiten a la ***Ley 2ª de 1959***, ***Ley de Economía Forestal***, que creó las zonas de reserva forestal. Con esta Ley, se introdujeron de manera clara

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 206 1/9/16 12:09

lineamientos ambientales y de conservación, sin dejar de lado la utilidad y explotación económica de los bosques. Posteriormente, el Código de Recursos Naturales introduce disposiciones relativas a la flora silvestre, los bosques, las zonas de reserva forestal, los aprovechamientos forestales, y la protección e investigación en la materia. Por su parte, el ***Decreto n. 1.791 de 1996*** contiene el Régimen de Aprovechamiento Forestal vigente.

Tiene por objeto regular las actividades de la administración pública y de los particulares respecto al uso, manejo, aprovechamiento y conservación de los bosques y la flora silvestre con el fin de lograr un desarrollo sostenible, e incluye asuntos como procedimiento, permisos de Estudio, aprovechamiento de árboles aislados, aprovechamiento de productos de la flora silvestre con fines comerciales y plantaciones forestales.

En materia de *flora*, la ***Ley n. 299 de 1996*** se encarga de la protección de la flora colombiana y de la reglamentación de los jardines botánicos. En materia de *fauna,* el Código de Recursos Naturales también contiene disposiciones relativas a la fauna silvestre, en relación con la protección y conservación de fauna silvestre, clasificaciones y definiciones, facultades de la administración, y prohibiciones. Existe además la ***Ley n. 84 de 1989***, por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Protección de los Animales y se crean unas contravenciones y se regula lo referente a su procedimiento y competencia. Regula temas como los deberes con los animales, la crueldad con los animales, penas y agravantes, sacrificio de animales, uso de animales vivos en experimentos e investigación, transporte, caza y pesca. Se cuenta además con la ***Ley n. 13 de 1990***, Estatuto General de Pesca; ***Ley n. 611 de 2000***, por la cual se dictan normas para el manejo sostenible de especies de Fauna Silvestre y Acuática. Se cuenta con normas más generales como la ***Resolución n. 2064 de 2010***, por la cual se reglamentan las medidas posteriores a la aprehensión preventiva, restitución o decomiso de especímenes de especies silvestres de Fauna y Flora Terrestre y Acuática y se dictan otras disposiciones; y la ***Resolución n. 383 de 2010***, por la cual se declaran las especies silvestres que se encuentran amenazadas en el territorio nacional y se toman otras determinaciones.

Existen además políticas especialmente diseñadas, como la Política de Bosques (1996); La Estrategia Nacional para la prevención y el control del tráfico ilegal de especies silvestres (2002) y la Política de Nacional para la Gestión Integral de la Biodiversidad y Servicios Ecosistémicos (2012).

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 207 1/9/16 12:09

7. Aire y la atmósfera

El Código de Recursos Naturales también trae disposiciones relativas a la atmósfera, el espacio aéreo y la contaminación atmosférica. Asimismo, el Código Sanitario regula el tema de las emisiones atmosféricas. Actualmente, el ***Decreto n. 948 de 1995*** es la norma relativa a la prevención y control de la contaminación atmosférica y la protección de la calidad del aire. Contiene el Reglamento de Protección y Control de la Calidad del Aire, de alcance general y aplicable en todo el territorio nacional, mediante el cual se establecen las normas y principios generales para la protección atmosférica, los mecanismos de prevención, control y atención de episodios por contaminación del aire generada por fuentes contaminantes fijas y móviles, las directrices y competencias para la fijación de las normas de calidad del aire o niveles de inmisión, las normas básicas para la fijación de los estándares de emisión y descarga de contaminantes a la atmósfera, las de emisión de ruido y olores ofensivos, se regulan el otorgamiento de permisos de emisión, los instrumentos y medios de control y vigilancia, el régimen de sanciones por la comisión de infracciones y la participación ciudadana en el control de la contaminación atmosférica. Además, la ***Resolución n. 601 de 2006***, del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, (hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible) establece la norma de calidad del aire o nivel de inmisión, con el propósito de garantizar un ambiente sano y minimizar los riesgos sobre la salud humana que puedan ser causados por la concentración de contaminantes en el aire ambiente. Igualmente, existe la Política de Prevención y Control de la Contaminación Del Aire (2010), que busca impulsar la gestión de la calidad del aire en el corto, mediano y largo plazo, con el fin de alcanzar los niveles de calidad del aire adecuados para proteger la salud y el bienestar humano, en el marco del desarrollo sostenible.

8. Áreas protegidas

La normatividad relacionada con las Áreas Protegidas en Colombia es muy amplia, y su formación va de la mano con la normatividad forestal. La Ley 2ª de 1959 y el Código de Recursos Naturales son los antecedentes de esta regulación, y actualmente el ***Decreto n. 2.372 de 2010*** es la norma vigente.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 208 1/9/16 12:09

Este Decreto reglamenta el Sistema Nacional de Áreas Protegidas (Sinap), entendido como el conjunto de las áreas protegidas, los actores sociales e institucionales y las estrategias e instrumentos de gestión que las articulan, que contribuyen como un todo al cumplimiento de los objetivos generales de conservación del país. Las categorías de áreas protegidas que conforman este sistema son: Áreas protegidas públicas: a) Las del Sistema de Parques Nacionales Naturales; b) Las Reservas Forestales Protectoras; c) Los Parques Naturales Regionales; d) Los Distritos de Manejo Integrado; e) Los Distritos de Conservación de Suelos; f) Las Áreas de Recreación; y Áreas Protegidas Privadas: g) Las Reservas Naturales de la Sociedad Civil. En esta norma se establecen además criterios para resolver las solicitudes de sustracción, para designar áreas protegidas, y la creación de subsistemas regionales.

9. Residuos

En este caso, al igual que en los anteriores, el Código de Recursos Naturales trae las primeras regulaciones codificadas sobre el tema. Establece reglas para el manejo de residuos, basuras, desechos y desperdicios. Asimismo, el Código Sanitario contiene disposiciones sobre residuos líquidos y sólidos. En materia de *residuos sólidos,* El ***Decreto n. 1.713 de 2002***, contiene definiciones y establece normas orientadas a reglamentar el servicio público de aseo en el marco de la gestión integral de los residuos sólidos ordinarios, en materias referentes a sus componentes, niveles, clases, modalidades, calidad, y al régimen de las personas prestadoras del servicio y de los usuarios. Por su parte, el ***Decreto n. 838 de 2005*** tiene por objeto promover y facilitar la planificación, construcción y operación de sistemas de disposición final de residuos sólidos, como actividad complementaria del servicio público de aseo, mediante la tecnología de relleno sanitario. Igualmente, reglamenta el procedimiento a seguir por parte de las entidades territoriales para la definición de las áreas potenciales susceptibles para la ubicación de rellenos sanitarios. Hay que señalar también la ***Ley n. 1.259 de 2008***, que crea el comparendo ambiental, entendido como el instrumento de cultura ciudadana para lograr el adecuado manejo de residuos solidos y escombros. En materia de *residuos peligrosos,* la ***Ley n. 1.252 de 2008*** dicta normas prohibitivas en materia ambiental, referentes a los residuos y desechos peligrosos, y tiene por objetivo regular, dentro del

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 209 1/9/16 12:09

marco de la gestión integral y velando por la protección de la salud humana y el ambiente, todo lo relacionado con la importación y exportación de residuos peligrosos en el territorio nacional, según lo establecido en el Convenio de Basilea y sus anexos, asumiendo la responsabilidad de minimizar la generación de residuos peligrosos en la fuente, optando por políticas de producción más limpia; proveyendo la disposición adecuada de los residuos peligrosos generados dentro del territorio nacional, así como la eliminación responsable de las existencias de estos dentro del país. Además, el ***Decreto n. 474 de 2005*** tiene por objeto prevenir la generación de residuos o desechos peligrosos, así como regular el manejo de los residuos o desechos generados, con el fin de proteger la salud humana y el ambiente, en el marco de la gestión integral. Adicionalmente, existe una Política Integral para la Gestión de Residuos o Desechos Peligrosos (2005).

10. Procedimiento Sancionatorio Ambiental

En la actualidad, la ***Ley n. 1.333 de 2009*** contiene el Procedimiento Sancionatorio en materia ambiental. Según esta norma, se considera infracción en materia ambiental toda acción u omisión que constituya violación de las normas contenidas en el Código de Recursos Naturales Renovables, Decreto-Ley n. 2811 de 1974, en la Ley n. 99 de 1993, en la Ley n. 165 de 1994[12] y en las demás disposiciones ambientales vigentes en que las sustituyan o modifiquen y en los actos administrativos emanados de la autoridad ambiental competente. Será también constitutivo de infracción ambiental la comisión de un daño al medio ambiente, con las mismas condiciones que para configurar la responsabilidad civil extracontractual establece el Código Civil y la legislación complementaria. Esta norma establece además sanciones, que tienen una función preventiva, correctiva y compensatoria, para garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, los Tratados Internacionales, la ley y el Reglamento; y medidas preventivas, que por su parte, tienen como función prevenir, impedir o evitar la continuación de la ocurrencia de un hecho, la realización de una actividad o la existencia de una situación que atente contra el medio ambiente, los recursos naturales,

12 Por medio de la cual se aprueba el "Convenio sobre la Diversidad Biológica" hecho en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 210 1/9/16 12:09

el paisaje o la salud humana. Esta norma cubrió el vacío normativo existente y proporcionó unas reglas precisas en cuanto a la titularidad del poder sancionatorio administrativo, el término especial de caducidad de la acción sancionatoria, las etapas del proceso, la presunción de culpa del infractor, y las causales de atenuación y agravación punitiva entre otros.

11. Ordenamiento Territorial

La ***Ley n. 388 de 1997***, de *Ordenamiento Territorial,* que tiene como objetivos, entre otros, el establecimiento de los mecanismos que permitan al municipio, en ejercicio de su autonomía, promover el ordenamiento de su territorio, el uso equitativo y racional del suelo, la preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural localizado en su ámbito territorial y la prevención de desastres en asentamientos de alto riesgo, así como la ejecución de acciones urbanísticas eficientes; y garantizar que la utilización del suelo por parte de sus propietarios se ajuste a la función social de la propiedad y permita hacer efectivos los derechos constitucionales a la vivienda y a los servicios públicos domiciliarios, y velar por la creación y la defensa del espacio público, así como por la protección del medio ambiente y la prevención de desastres. Se trata de una norma fundamental de usos de suelo que incluye determinantes ambientales para la planificación y gestión ambiental del territorio.

12. Licencias Ambientales

En materia de *Licencias Ambientales,* la norma vigente es el ***Decreto n. 2.820 de 2010***. Regula temas como las autoridades competentes para la expedición de licencias ambientales, concepto y alcance de la licencia, proyectos, obras o actividades sometidas al procedimiento, Diagnóstico Ambiental de Alternativas, Estudio de Impacto Ambiental, procedimiento, modificación, entre otros. Por medio del ***Decreto n. 3.573 de 2011*** se creó la Autoridad Ambiental de Licencias Ambientales (Anla), que es la encargada de que los proyectos, obras o actividades sujetos de licenciamiento, permiso o trámite ambiental cumplan con la normativa ambiental, de tal manera que contribuyan al desarrollo sostenible ambiental del País. Tiene como funciones, entre otras, otorgar o negar las licencias, permisos y trámites ambientales

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 211 1/9/16 12:09

de competencia del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, de conformidad con la ley y los reglamentos; y realizar el seguimiento de las licencias, permisos y trámites ambientales.

IV. PRINCIPALES PROBLEMAS MEDIOAMBIENTALES EN COLOMBIA

Colombia es un país privilegiado en materia ambiental, su ubicación geográfica, su biodiversidad y sus condiciones ecosistémicas, hacen de este país una potencia en la materia. Paralela a esta riqueza ecológica, Colombia cuenta con una amplia tradición legal en Latinoamérica, siendo el primer país de la región en contar con un código de recursos naturales desde 1974.

A pesar de su riqueza ambiental y su larga tradición en asuntos normativos ambientales, el desarrollo económico desordenado, la escasa planificación y gestión del uso de los recursos naturales, la hipertrofia normativa, las débiles políticas gubernamentales en materia ambiental, así como los graves problemas ambientales globales han afectado negativamente el territorio colombiano.

La situación ambiental del país ha sido reconocida y estudiada por entidades oficiales desde diversos niveles y perspectivas, destacándose entre las evaluaciones aquellas generadas por la Contraloría General de la República a través de sus Informes sobre el Estado de los Recursos Naturales, por el Ministerio del Ambiente al momento de generar políticas ambientales que cubren asuntos específicos (recurso hídrico, residuos peligrosos, biodiversidad etc.), por institutos de investigación como el IDEAM (Instituto de estudios ambientales y meteorológicos) que ha desarrollado informes sobre asuntos como cambio climático, agua, ordenamiento territorial, entre otros, por el Instituto Alexander Von Humboldt, el SINCHI, el Invemar etc.

Los amplios análisis que se han realizado en Colombia nos permiten reconocer que la problemática ambiental del país ha sido sobre diagnosticada, a pesar de ello no se puede afirmar que las acciones adelantadas hayan sido eficientes en procura de la tutela del medio ambiente, siendo especialmente preocupantes asuntos como la contaminación hídrica, el cambio climático, la explotación ilegal de madera y la deforestación, sólo por nombrar aquellos que a nuestro parecer son especialmente relevantes.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 212 1/9/16 12:09

Será objeto de las siguientes líneas el análisis de estos fenómenos en Colombia, así como la identificación de las respuestas jurídicas que se han tomado para luchar contra sus efectos negativos.

1. Contaminación hídrica

Colombia tiene una importante oferta de recursos hídricos, de acuerdo al Estudio Nacional del Agua (ENA) -2010 el país se clasifica como uno de los que cuanta con la mayor oferta hídrica natural del mundo, con un rendimiento hídrico promedio de 63 l/s km2 el cual supera seis veces el rendimiento promedio mundial (10 l/s- km2) y tres veces el rendimiento de Latinoamérica (21 l/s-km2).

A pesar de esta riqueza, la calidad del agua en el país es afectada por las actividades de servicios, industriales y agrícolas que se desarrollan en el territorio, siendo especialmente preocupante el nulo, escaso o inadecuado tratamiento de las aguas residuales. De acuerdo a lo determinado en la Política Nacional para La Gestión Integrada de Recursos Hídricos (PGIRH) tan sólo el 24,92% de las aguas residuales municipales que se produjeron en el año 2010 recibieron algún tipo de tratamiento.

De acuerdo a la PNGIRH, múltiples factores afectan la calidad del agua en Colombia, siendo dispar su impacto en las diferentes zonas del país, por ejemplo las actividades mineras, la explotación maderera, la deforestación y el arrastre de sedimentos por escorrentía afectan gravemente los ríos Villeta y Gualí, el indebido manejo de rellenos sanitarios, los vertimientos industriales y los domésticos afectan la cuenca del río Cauca, la erosión aqueja al río Sogamoso y la materia orgánica impacta negativamente al río Pasto por los vertimientos directos de aguas residuales domésticas de los municipios Policarpa y Cumbitara (Nariño).

En razón a esta problemática Colombia ha avanzado en diversos frentes para procurar dar una respuesta adecuada, siendo especialmente relevante la PNGIRH en la medida que ha permitido identificar una serie de estrategias y líneas de acción que deben ser desarrolladas hasta el año 2022 y que buscan cubrir diversos objetivos, entre ellos el de mejorar la calidad y minimizar la contaminación del recurso hídrico. Para lograr este objetivo se pretende implementar la ordenación de las cuencas hidrográficas, reducir la

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 213 1/9/16 12:09

contaminación del recurso hídrico a través de acciones de reducción en la fuente, producción limpia, tratamiento de aguas residuales, eliminación de la disposición de residuos sólidos en cuerpos de agua[13], así como actividades de monitoreo, seguimiento y evaluación de la calidad del agua.

El avance en las acciones definidas por la PNGIRH, ha exigido el desarrollo de múltiples normas como el Decreto n. 1.640 de 2012 por medio del cual se reglamentan instrumentos para la planificación, ordenación y manejo de cuencas hidrográficas y acuíferos, el Decreto n. 2.667 de 2012 reglamentario de las tasas retributivas por vertimientos puntuales, el Decreto n. 303 de 2012 que reglamenta parcialmente el artículo 64 del Decreto-Ley n. 2811 de 1974 en relación con el Registro de Usuarios del Recurso Hídrico y el Decreto n. 3.930 de 2010 relativo a usos del agua y residuos líquidos.

Continuando con la construcción de nuevas normas, actualmente se vienen discutiendo proyectos para adoptar la Guía Técnica para la formulación de los Planes de Ordenación y Manejo de Cuencas Hidrográficas y para establecer parámetros y valores límites máximos permisibles en vertimientos puntuales a cuerpos de aguas superficiales y a sistemas de alcantarillado público.

A pesar de este afán por la reglamentación, no se ha reconocido que estos esfuerzos aunque loables, deberían estar articulados no por una Política sino por una Ley de aguas que identifique una estructura básica aplicable en el país y que de claridad sobre asuntos sustanciales para una debida gestión del recurso. Este vacío en la normatividad colombiana ha traído como consecuencia que Colombia haya reglamentado históricamente los asuntos relativos al recurso hídrico de forma aislada y fragmentada, situación que subsiste como se puede comprobar no sólo con las normas expedidas en la materia durante el periodo 2010-2012, sino tal y como ha ocurrido desde la expedición del Decreto-Ley n. 2.811 de 1974.

Es claro que los asuntos relativos a la lucha contra la contaminación no se solucionaran exclusivamente a través de la norma, pero es evidente que sin una Ley de Aguas Colombia seguirá perdiendo un recurso que hasta hace pocos años era abundante en su territorio.

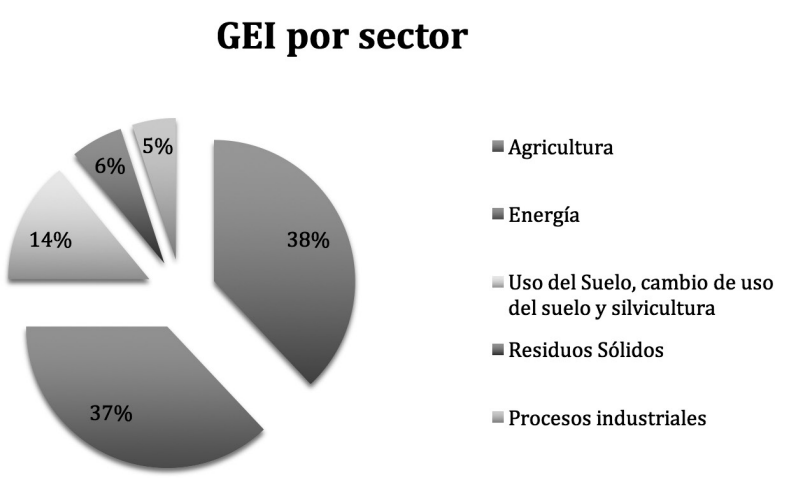
13 De acuerdo a los datos disponibles para el periodo 2011-2012 en 3 municipios de Nariño y uno del Chocó se sigue disponiendo de manera inadecuada en cuerpos de agua un promedio de 10 toneladas de residuos por día. SSPD. Informe Nacional de Disposición Final 2012.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 214 1/9/16 12:09

2. Cambio climático

De acuerdo con la Segunda Comunicación Nacional ante la Convención Marco de las Naciones Unidas Sobre Cambio Climático, Colombia aporta el 0,37% (0,18 gigatoneladas) del total de Gases de efecto invernadero (GEI) emitidos en el mundo (49 gigatoneladas). Los GEI generados por Colombia, están compuestos por dióxido de carbono (50%), metano (30%) y óxido nitroso (19%) y el 1% para el resto de gases que causan efecto de invernadero y que no están dentro del Protocolo de Montreal (halocarbonos y hexafluoruro de azufre).

Conforme a la misma Comunicación, los sectores que más emisiones de GEI aportaron en el año 2004 fueron: agricultura (38%); energía (37%) y uso del suelo, cambio de uso del suelo y silvicultura (14%), seguidos por residuos sólidos (6%) y procesos industriales (5%). De acuerdo a estos datos, si se sumaran las actividades agropecuarias y el uso del suelo estas representarían el 50% de las emisiones totales de GEI.



Datos: Segunda Comunicación Nacional Sobre Cambio Climático. Elaboración propia.

De acuerdo al Ideam se han verificado algunas evidencias de los efectos del cambio climático en Colombia, especialmente se ha identificado un comportamiento uniforme del incremento de la temperatura, las lluvias

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 215 1/9/16 12:09

muestran disminuciones en unos sitios y aumentos en otros, en las zonas de páramo alto, se presentan fuertes incrementos en la temperatura máxima, mientras que en las zonas de subpáramo y bosque Alto Andino, los incrementos están entre 0,3º C y 0,6º C por década.

Además de estos datos ha sido evidente el efecto negativo del cambio climático en el territorio colombiano, en especial por la mayor intensidad de fenómenos como la niña, que generaron desastres en el país causando lo que se conoció como la "temporada invernal" que se vivió durante los años 2010, 2011 y 2012 y que traería impactos económicos, sociales y ambientales negativos que aún se están tratando de eliminar, mitigar o controlar y que pusieron a Colombia entre los países más vulnerables del mundo frente a los efectos del cambio climático. Según el Plan Nacional de Adaptación, la mayor parte de los desastres en Colombia se generaron por variaciones del clima, el 90% de las emergencias reportadas por la Unidad para la Gestión de Riesgo de Desastres, durante el periodo 1998-2011 en el país (13.624) se relacionaron con fenómenos hidroclimatológicos y otros asociados.

En razón a la evidente vulnerabilidad de Colombia y a su particular interés por esta problemática, Colombia es parte del Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático – CMNUCC (Ley n. 164 de 1994) y del Protocolo de Kioto (Ley n. 629 de 2000) y ha participado activamente en las reuniones de las partes de estos instrumentos internacionales. En razón a sus circunstancias nacionales y a la cantidad de GEI aportados, el país no hace parte del anexo 1 del Protocolo, razón por la cual no tiene obligaciones de reducción de GEI, sin embargo ha desarrollado esfuerzos en materia de mitigación, siendo especialmente relevante en la materia la Estrategia Colombiana de Desarrollo Bajo en Carbono (ECDBC), la cual pretende desligar el crecimiento de las emisiones de gases efecto invernadero (GEI) del crecimiento económico nacional por medio del diseño e implementación de "planes, proyectos y políticas que tiendan a la mitigación de GEI y simultáneamente, fortalezcan el crecimiento social y económico del país, dando cumplimiento a los estándares mundiales de eficiencia, competitividad y desempeño ambiental" (DNP, 2010).

En materia de adaptación, el país cuenta con el Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático, el cual pretende que las decisiones en materia de adaptación, se tomen informadamente, de acuerdo a los determinantes climáticos y a sus proyecciones de manera que se reduzca la vulnerabilidad

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 216 1/9/16 12:09

de la población, los ecosistemas y de los sectores productivos, de manera tal que crezca la capacidad social, económica y ecosistémica para responder eficazmente ante eventos y desastres climáticos (Conpes 3700).

Otras estrategias adelantadas por el país son la Estrategia Nacional REDD+ y la Estrategia para la Protección Financiera ante Desastres, las cuales también fueron priorizadas por el Plan Nacional de Desarrollo 2010 – 2014, para hacer frente al Cambio Climático. La Estrategia Nacional REDD+, nace en el marco del programa de las Naciones Unidas para colaborar a preparar e implementar estrategias nacionales REDD y pretende reducir las emisiones de la deforestación y la degradación de bosques en Colombia, por su parte la Estrategia para la Protección Financiera ante Desastres de 2012, se diseño con el fin de identificar instrumentos financieros, que respondan a los niveles de pérdidas, la capacidad de cobertura y de gestión del país, que le permitan contar con "fuentes de recursos óptimas y oportunas ante eventos de alto impacto". (Ministerio de Hacienda y Crédito Público, 2012).

Desde el punto de vista normativo además de ser parte del CMNUCC y del Protocolo de Kioto, el país ha estructurado una serie de normas con el fin de establecer competencias en la materia (Decreto n. 291 de 2004, Resolución n. 340 de 2005), identificar beneficios tributarios (Ley n. 788 de 2002, Decreto n. 2.755 de 2003, Decreto n. 2.755 de 2005, Resolución n. 978 de 2007 y promover la mitigación (Resolución n. 181.401 de 2004, Resolución n. 2734 de 2011). Del mismo modo las leyes del Plan Nacional de Desarrollo de los dos Gobiernos de Uribe (Ley n. 812 de 2003 y Ley n. 1.151 de 2007) y del Gobierno Santos (Ley n. 1.450 de 2011), han incluido asuntos relativos al cambio climático.

Es importante resaltar que los asuntos relativos a cambio climático han sido tenidos en cuenta en las estrategias y normas relativas al riesgo y que dentro de los planes de ordenamiento territorial se ha identificado como determinante lo concerniente al cambio climático, dando especial relevancia a los asuntos relativos a la adaptación frente al fenómeno climático.

3. Explotación Ilegal de Madera y Deforestación

En la actualidad, el sector forestal colombiano se ve afectado por dos problemas fundamentales: la explotación ilegal de madera y la deforestación.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 217 1/9/16 12:09

En relación con el primero, y de acuerdo con el Banco Mundial, en Colombia *la tala ilegal* alcanza aproximadamente un 42 por ciento de la producción total de madera, lo que indica que en el país, cerca de 1.5 millones de metros cúbicos de madera en troza o su equivalente en aserrada, es explotada, transportada y comercializada de forma ilegal (Banco Mundial, 2006). Además, la tala ilegal de la madera actualmente tiene en vías de extinción a 21 especies de árboles nativos, por una sobreexplotación que arrasa al año 48.000 hectáreas de cobertura boscosa en el país.

Las actividades ilegales en la explotación de madera pueden representarse en diversas conductas, como el aprovechamiento forestal sin los respectivos permisos o autorizaciones; el transporte de madera sin el correspondiente Salvoconducto Único de Movilización, o Remisión de Movilización; tala de especies vedadas; incumplimiento de los planes de manejo y en general de las especificaciones descritas en los mismos; entre otras conductas. Además, como lo señala el reciente informe de INTERPOL y PNUMA, "*la tala ilegal exacerba muchos conflictos, puesto que la madera es uno de los recursos disponibles para los especuladores en tiempos de conflicto y para financiar la compra de armas*" (Nellemann, 2012).

Según el IDEAM, pueden identificarse una gran variedad de causas de la ilegalidad del sector forestal en Colombia, entre las cuales destacan la desactualización normativa, falta de planificación forestal, desperdicio de madera, la falta de apoyo técnico, la pobreza que por regla general caracteriza a la población que vive en los bosques, los cultivos ilícitos, la difícil tramitología propia del sector y las deficiencias en el control por parte de las autoridades ambientales competentes, entre otros. Y como es lógico, las consecuencias de esta actividad ilícita para el país son preocupantes, por sus bastas implicaciones ambientales, económicas, y sociales. (IDEAM & ECOFOREST, 2009) (MAVDT, 2011)

Con el fin de hacer frente a esta problemática, se han diseñado distintos instrumentos. Por ejemplo, el **Pacto Intersectorial por la Madera Legal en Colombia (2009 y 2011)** que tiene como objetivo asegurar que la madera extraída, transportada, transformada, comercializada y utilizada provenga exclusivamente de fuentes legales. Este Pacto voluntario contribuirá a la implementación de la política ambiental nacional, al desarrollo sostenible y al mejoramiento en la gobernanza forestal. (MAVDT, 2011). Encontramos además, la **Estrategia Nacional de Prevención, Seguimiento y Vigilancia**

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 218 1/9/16 12:09

Forestal (2011). Es el resultado de un proceso de construcción colectiva liderado por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (Hoy MADS) y el Proyecto Gobernanza Forestal Bosques FLEGT/Colombia que auspicia la Unión Europea, el cual es coordinado por la Corporación Autónoma Regional de Risaralda –CARDER– y coejecutado con las Corporaciones Autónomas Regionales de los departamentos de Norte de Santander, –CORPONOR–, Tolima, –CORTOLIMA– y Quindío, CRQ–. Tiene como objetivo establecer e implementar un conjunto integrado de lineamientos, procedimientos y acciones que articulen de manera armónica los componentes preventivo, jurídico, –administrativo– financiero y operativo de los procesos de prevención, seguimiento, control y vigilancia del manejo y aprovechamiento, movilización, transformación y comercialización de los recursos forestales, maderables y no maderables, con base en la gestión coordinada de las autoridades ambientales y demás organismos competentes del Estado y la participación activa de los diversos actores de la cadena productiva forestal, de otros sectores productivos relacionados y de la sociedad civil en general. (MAVDT, 2011)

Además, en general el procedimiento sancionatorio administrativo y el derecho penal se encargan de sancionar las conductas ilícitas en la explotación de la madera de acuerdo a su jurisdicción y competencia.

En segundo lugar, la *deforestación*, definida por la FAO como "la conversión de los bosques a otro tipo de uso de la tierra", constituye un serio problema ambiental, no solo para el país, sino también para los principales países tropicales. (FAO, 2012)

Según datos recientes (MADS, 2013), Colombia redujo su tasa de deforestación promedio anual a 147.946 hectáreas durante los años 2011-2012, comparadas con el periodo anterior 2005-2010, en el que se registraron 238.273 hectáreas perdidas por año. No obstante lo anterior, las cifras son preocupantes, y sus causas, según la FAO, van desde la expansión de la frontera agrícola, la colonización, la construcción de carreteras, la construcción de infraestructura minera e hidroeléctrica, los efectos que causan la exploración petrolera y explotación, los cultivos ilícitos, el consumo de leña, los incendios forestales y la producción de madera con fines comerciales; hasta el narcotráfico, la violencia y el desplazamiento forzado de personas hacia las selvas. (FAO, s.f.)

Para hacer frente a esta grave problemática, en el país se han desarrollado diversas herramientas, pues se considera que el país tiene un alto potencial

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 219 1/9/16 12:09

para la reforestación. Por ejemplo, el **Plan de Acción Para la Reforestación Comercial (2011),** que tiene por objetivo impulsar la reforestación comercial como motor estratégico del sector agropecuario, promoviendo la competitividad de los productos forestales y contribuyendo con la prevención de los efectos adversos ocasionados por los fenómenos climáticos.

De otro lado, el Grupo de Desarrollo Sostenible de Bosques del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible actualmente está formulando una **Estrategia Nacional de Reducción de Emisiones por Deforestación y Degradación Forestal (ENREDD+)** articulada al proceso de actualización de la Política Nacional de Biodiversidad (PNB) y del Plan Nacional de Desarrollo Forestal (PNDF). La estrategia pretende ser un mecanismo de acción que permita avanzar en la implementación de la gestión sostenible de bosques, mediante el reconocimiento de los servicios ecosistémicos que éstos brindan.

Basada en la promoción del desarrollo forestal sostenible, mediante la Gobernanza Forestal, la estrategia pretende asegurar la conservación y mantenimiento en la oferta de bienes y servicios ambientales, reuniendo elementos imprescindibles abordados en la Convención sobre Cambio Climático –UNFCCC–, Convenio sobre la Diversidad Biológica –CBD– y Foro de Bosques de las Naciones Unidas, de esta manera la estrategia permitirá definir e implementar medidas para la conservación de biodiversidad, mitigación y adaptación al cambio climático desde el ámbito del sector forestal y la gestión sostenible de los bosques. (MADS, s.f.)

V. CONCLUSIONES

El derecho ambiental Colombiano tiene un fuerte cimiento en la constitución de 1991, calificada como ecológica por la Corte Constitucional en diversos pronunciamientos. Sin embargo esta rama del ordenamiento jurídico nace décadas antes con la expedición de la Ley n. 23 de 1973, la cual podría ser calificada como la "semilla primigenia" del derecho ambiental Colombiano. Como consecuencia de esta ley se expediría luego el Decreto-Ley n. 2.811 de 1974, que reglamenta lo relacionado a los usos de los recursos naturales y el cual ha sido sin duda una de las normas más ampliamente reglamentadas en el país.

Los siguientes pilares del derecho ambiental colombiano, están conformados por la Ley n. 9 de 1979 y la Ley n. 99 de 1993, la primera relativa

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 220 1/9/16 12:09

a asuntos sanitarios y la segunda, delimitadora de competencias y creadora del Ministerio de Ambiente, entre otros asuntos.

Las normas colombianos han sido continuamente permeadas por el derecho internacional ya sea a través de instrumentos jurídicos no vinculantes como las declaraciones o por medio de convenios, tratados o protocolos que hacen parte de la legislación nacional y que han puesto al país al día en cuanto a las preocupaciones globales en materia ambiental.

A partir de las leyes básicas y de los instrumentos internacionales reconocidos por el Estado colombiano, se pueden identificar dentro de la normatividad colombiana múltiples herramientas jurídicas que de manera dispersa han cubierto múltiples asuntos relativos a la biodiversidad, los recursos hídricos, forestales, fáunicos, áreas protegidas, residuos etc. Del mismo modo se han diseñado diversos instrumentos administrativos que permiten al Estado el manejo de los Recursos Naturales Renovables, siendo sin duda el más relevante la Licencia Ambiental, aplicable a proyectos, obras o actividades que generan un importante impacto ambiental.

A pesar del esfuerzo normativo, este escrito resalta como especiales problemas ambientales en Colombia la contaminación de las aguas, el cambio climático y la deforestación, sin olvidar que muchos asuntos adicionales hacen parte de la agenda ambiental colombiana pendiente.

VI. REFERENCIAS

DNP. (2011). Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014: Prosperidad para todos. Bogotá: DNP.

UN. (2011). Rio + 20 United Nations Conference on Sustainable Development. Recuperado el 2 de Agosto de 2012, de <http://www.uncsd2012.org/about.html>

UNEP. (2011). Basel Convention. Recuperado el 20 de noviembre de 2013, de <http://www.basel.int/Countries/StatusofRatifications/TheProtocol/tabid/1345/Default.aspx>

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 221 1/9/16 12:09

UNEP. (2010). Programa de las Naciones Unidas para el medio ambiente. Secretaria del Ozono. Recuperado el 2013 de noviembre de 2013, de <www.ozono.unep.org>

UNEP. (2008). Stokholm Convention. Recuperado el 19 de noviembre de 2013, de <http://chm.pops.int/Countries/StatusofRatifications/PartiesandSignatories/tabid/252/Default.aspx>

UNEP. (2013). The Caribbean Environment Programme.Protecting our Caribbean Sea and Sustaining our Future. Recuperado el 19 de noviembre de 2013, de <http://www.cep.unep.org/cartagena-convention/oil-spills-protocol/oil-spills-protocol-es.pdf>

UNFCCC. (2006). Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático: Manual. Bonn: UNFCC.

AMAYA, Ó. (2012). El Desarrollo Sostenible y el Derecho Fundamental a Gozar de un Ambiente Sano. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

_____. (2010). La Constitución Ecológica de Colombia (2ª edición ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

BANCO MUNDIAL. (2006). "Fortalecimiento de la Gobernabilidad y la aplicación del registro forestal". Reporte No. 36638-GLB. Recuperado el 21 de 09 de 2013, de <http://www.profor.info/sites/profor.info/files/publication/Strengthening_Forest_Law_Enforcement_and_Governance_Spanish.pdf>

CALDWELL, L. K. (1996). International environmental policy: from the twentieth to the twenty-first century (Third ed.). Durham: Duke University Press.

CGR. (2012). Informe del estado de los recursos naturales y del ambiente. Bogotá: Contraloría General de la República.

CITES. (2013). CITES. Recuperado el 19 de noviembre de 2013, de <www.cites.org>

CMNUCC. (14 de Marzo de 2008). UNFCCC. Recuperado el 10 de abril de 2011, de <http://unfccc.int>

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 222 1/9/16 12:09

CMMAD. (1998). Nuestro futuro común. Bogotá: Alianza Editorial Colombiana; Colegio Verde de Villa de Leyva.

COSTA POSADA, C. (2007). La adaptación al cambio climático en Colombia. Revista de ingeniería. Universidad de los Andes. (26), 74-80.

FAO. (2012). Términos y Referencias 2015. Documento de trabajo de la Evaluación de los Recursos Forestales n. 180.

_____. (s.f.). Bibliografía Comentada Cambios En La Cobertura Forestal Colombia. Recuperado el 22 de 09 de 2013, de FAO: <http://www.fao.org/docrep/007/ac767s/AC767S03.htm>

GUZMÁN AGUILERA, P. (2012). Tratados ambientales internacionales y negocios. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

IDEAM & ECOFOREST. (2009). Caracterizción y Dimensionamiento del Subregistro Forestal en Colombia. Recuperado el 21 de 09 de 2013, de <https://www.siac.gov.co: https://www.siac.gov.co/Demanda_bosque/Subregistro_forestal.aspx>

Lozano Cutanda, B. (2005). Derecho Ambiental Administrativo (Sexta ed.). Madrid: Dykinson.

NU. (1994). Difusión de los principios de la Declaración de Río sobre el Medio ambiente y el Desarrollo. A/RES/48/190.

NU. (28 de Octubre de 1982). Carta Mundial de la Naturaleza. *A/RES/37/7.*

NU. (19 de Diciembre de 1991). Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio Ambiente y el desarrollo. A/RES/46/168.

NELLEMANN, C. (2012). Carbono limpio, negocio sucio: tala ilegal, blanqueo y fraude fiscal en los bosques tropicales del mundo. Evaluación de respuesta rápida. (. Recuperado el 21 de 09 de 2013, de Programa de INTERPOL sobre Delitos contra el Medio Ambiente: <http://www.unep.org/pdf/RRAlogging_spanish_scr.pdf>

MAVDT. (2011). Estrategia Nacional de Prevención, Seguimiento, Control y Vigilancia Forestal. Bogotá.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 223 1/9/16 12:09

_____. (2011). Pacto Intersectorial por la Madera Legal en Colombia. Bogotá.

MAVDT-DNP. (2002). Lineamientos de política para el cambio climático. Bogotá.

MAVDT-IDEAM. (2008). Cambio climático. Recuperado el 10 de Abril de 2011, de <http://www.cambioclimatico.gov.co>

MADS. (s.f.). REDD+. Recuperado el 23 de 09 de 2013, de <http://www.minambiente.gov.co//contenido/contenido.aspx?catID=1262&conID=8647&pagID=10627>

_____. (2013). Nueva tasa oficial de deforestación: Colombia reduce su deforestación a 147. 946 hectáreas anuales. Recuperado el 22 de 09 de 2013, de Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible : <http://www.minambiente.gov.co/contenido/contenido.aspx?catID=1367&conID=8914>

Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (2012). Estrategía financiera para disminuir la vulnerabilidad fiscal del estado antela ocurrencia de un desastre natural. Recuperado el 15 de noviembre de 2013, de Ministerio de Hacienda y Crédito Público: <www.irc.gov.co>.

ONU. (2002). Cumbre de Johannesburgo. Recuperado el 1 de Agosto de 2012, de <http://www.un.org/spanish/conferences/wssd/feature_story41.htm>

_____. (15 de Diciembre de 1972). Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano. Resolución n. 2.994 (XXVII).

_____. (1972). Declaración de Estocolmo. doc. A-Conf.48/14. Estocolmo.

RAMSAR. (2013). RAMSAR. Recuperado el 19 de noviembre de 2013, de <www.ramsar.org>

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 224 1/9/16 12:09

DERECHO AMBIENTAL EN COSTA RICA

Mario Peña Chacón[1]

RESUMEN

El derecho ambiental costarricense es de reciente data, siendo posible clasificar su desarrollo histórico en tres grandes etapas. La primera de ellas corresponde al periodo comprendido entre los años 1970 y 1994, etapa en la cual el país suscribe un gran número de tratados, convenios y declaraciones internacionales de carácter ambiental, incluyendo instrumentos tanto de *hard* como de *soft law*, normativa que gracias a la interpretación a que ha sido sometida por parte de la Sala Constitucional actualmente es plenamente aplicable y de exigibilidad judicial directa. La segunda etapa podría encasillarse en 1994, año en que se reforma la Constitución Política y se incorpora dentro de su artículo 50 como derecho fundamental el derecho a gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, lo anterior a pesar que desde 1991 vía interpretativa, la Sala Constitucional ya lo había reconocido ampliamente a nivel jurisprudencial. Por último, la tercera etapa corresponde al periodo posterior al año 1994, sea a partir de la reforma constitucional del artículo 50, caracterizada por la promulgación de gran cantidad de normativa ambiental de carácter legal y reglamentario, así como por múltiples sentencias emanadas por las distintas Salas de la Corte Suprema de Justicia que han tenido como consecuencia el desarrollo vertiginoso y exponencial del derecho ambiental costarricense.

Palabras claves: Derecho Internacional Ambiental. Tutela judicial. Función Ambiental de la propiedad. Responsalidad y Reparación Ambiental.

1 Profesor de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y de las Maestrías de Derecho Ambiental y Derecho Público Comparado Franco-latinoamericano del Sistema de Estudios de Posgrados de la Universidad de Costa Rica. Miembro de la Comisión de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN). mariopenachacon@gmail.com

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 225 1/9/16 12:09

I. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A UN AMBIENTE SANO Y ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Mediante la reforma al artículo 50 de la Constitución Política de Costa Rica en el año 1994 se instituye expresamente el derecho fundamental de todo ciudadano a gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Tal reconocimiento no fue nuevo para el bloque de legalidad costarricense, debido a que años antes, y por parte de la jurisprudencia emanada tanto de la Sala Primera como de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ya se había reconocido la existencia de dicho derecho. En este sentido, la reforma constitucional que estableció el derecho al ambiente llegó a ratificar lo que la jurisprudencia ya había plasmado.

El rol de la Sala Constitucional en la tutela del derecho al ambiente ha sido fundamental. Ya para el año 1991, tres años antes de la reforma al artículo 50 constitucional esta Sala estableció, mediante el voto 1802-91 de las nueve horas del trece de setiembre de 1991, el deber estatal en la protección de las bellezas naturales y estableció que la destrucción de los recursos naturales violenta y lesiona otros derechos fundamentales como la salud y la protección del ambiente.

En un principio la Sala determinó la relación existente entre el derecho al ambiente y el derecho a la vida y a la salud. En la Sentencia n. 3.705/93 de las quince horas del treinta de julio de 1993 la Sala dispuso

> "*La vida humana sólo es posible en solidaridad con la naturaleza que nos sustenta y nos sostiene, no sólo para alimento físico, sino que también como bienestar psíquico; constituye el derecho que todos los ciudadanos tenemos a vivir en un ambiente libre de contaminación, que es la base de una sociedad justa y productiva. Es así como el artículo 21 de la Constitución Política señala: La vida humana es inviolable. Es de este principio constitucional de donde innegablemente se desprende el derecho a la salud, al bienestar físico, mental y social, derecho humano que se encuentra indisolublemente ligado al derecho a la salud y a la obligación del Estado de proteger la vida humana...*"

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 226 1/9/16 12:09

La Sala Constitucional definió el derecho a la salud por medio de la Sentencia n. 1.304/93 del siete de setiembre de 1993 de la siguiente manera:

> "*La Salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades." Es importante analizar el derecho a la vida, ya que sin duda alguna, la vida es el fundamento, la condición necesaria y determinante de la existencia de la persona humana, es inherente a la persona humana. De ello se deriva el principio de inviolabilidad de la vida humana, de modo que es deber de la sociedad y del Estado su protección. Es el más elemental y fundamental de los Derechos Humanos y del cual se despliegan todos los demás*."

De igual forma, en la Sentencia n. 4.423/93 de las doce horas del siete de setiembre de 1993, la Sala Constitucional dispuso:

> "*El más inmediato derecho vinculado a la vida es el derecho a la integridad física y psíquica. El derecho a la vida demanda condiciones de salud en su más amplio sentido, de forma que el derecho a la salud, sin perder su autonomía, casi viene a presentarse como un aspecto del derecho a la vida. Así, la relación vida-salud está en la vida misma y en el tratamiento que cada sociedad de, a la persona, según la prioridad que asigne a su protección. El anterior análisis nos permite concluir que es necesario que se tome conciencia, a nivel gubernamental y colectivo, acerca de la importancia del ambiente para la salud humana y animal en la economía nacional, regional y mundial, por medio de la conservación de la naturaleza y de la vida misma en su más amplia acepción*."

Ahora, en cuanto al derecho al ambiente, la Sala Constitucional reconoció su existencia derivándolo del artículo 89 constitucional, el cual se plasma el deber estatal de proteger las bellezas naturales. Al respecto, la Sentencia n. 6.240/93 del 26 de noviembre de 1993 señaló:

> "*Estima esta Sala que el tema deber ser analizado desde la perspectiva constitucional en aras de garantizar la protección del derecho a un ambiente sano ampliamente reconocido y protegido por esta jurisdicción y expresamente contemplado por el artículo 89 de la Constitución que establece "Entre los fines culturales de la República están: proteger las bellezas naturales, conservar y desarrollar el patrimonio histórico de la Nación y apoyar la iniciativa privada para el progreso científico y artístico" El término bellezas naturales*

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 227 1/9/16 12:09

> *era el empleado al momento de promulgarse la Constitución, (7 de noviembre de 1949) que hoy se ha desarrollado como una especialidad del derecho; el derecho ambiental que reconoce la necesidad de preservar el entorno no como un fin cultural únicamente, sino como una necesidad vital de todo ser humano. En este sentido, el concepto de un derecho al ambiente sano, no sólo supera los intereses recreativos o culturales que también son aspectos importantes de la vida en sociedad, sino que además constituye un requisito capital para la vida misma.*"

Luego de haber reconocido el vínculo entre vida, salud y ambiente, y haber establecido el deber estatal de proteger las bellezas naturales, mediante una interpretación sistemática y evolutiva de los artículos 21 (derecho a vida) y 89 (deber estatal de proteger las bellezas naturales) de la Constitucional Política, la Sala Constitucional llegó a la conclusión que el derecho al ambiente es un derecho fundamental.

Al respecto, por medio de la Sentencia n. 4.423/93 de las doce horas del 7 de setiembre de 1993 la Sala determinó:

> "*Del desarrollo efectuado por esta Sala en sus diferentes resoluciones, se desprende entonces que en aras de garantizar el derecho a la salud y a la vida, se hace indispensable tutelar la protección al ambiente, cuya utilización debe encaminarse de forma adecuada e integrada con sus elementos y en sus relaciones naturales, socioculturales, tecnológicas y de orden público, dictándose en esa medida reglas generales tendientes a crear una situación ambiental que facilite lo más posible el ejercicio de las libertades, y el goce de los derechos fundamentales, para con ello salvaguardar el patrimonio al que tienen derecho las generaciones presentes y venideras. Se debe deducir entonces que la preservación y protección del ambiente es un derecho fundamental, y es obligación del Estado el proveer esa protección, ya sea a través de políticas generales para procurar ese fin o bien, a través de actos concretos por parte de la Administración.*"

A la vez, por medio de la Sentencia n. 6.240/93 del 26 de noviembre de 1993 esta Sala expresó:

> "*Así, de la necesidad de disfrutar plenamente de los Derechos Humanos, surgen normas directamente derivadas de las fundamentales – entendidas como las ya consagradas en el texto constitucional – que operan como condiciones instrumentales para su preservación y ejercicio. Por ello las condiciones ne-*

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 228 1/9/16 12:09

> *cesarias para la protección de los derechos fundamentales, se constituyen en verdaderos derechos independientes y exigibles con autonomía de aquellos. Son verdaderas normas subconstitucionales como las denomina la doctrina, surgidas de la interpretación armónica del derecho de la Constitución; como por ejemplo la relación género – especie entre la libertad de comercio y la libertad de contratación según lo desarrolló la Corte Plena en funciones de tribunal constitucional, en la sentencia de 26-8-1982. La segunda como consecuencia de la primera, es una condición indispensable para su ejercicio y sin embargo un derecho autónomo a la vez. Por ello podemos afirmar que el derecho a la vida y de la obligación estatal de "proteger las bellezas naturales" contenidos en los artículos 21 y 89 de la Constitución, surgen otros derechos de obligada protección e igual rango como son los de la salud y a un ambiente sano, en ausencia de los cuales no sería posible el ejercicio de los primeros, o su disfrute se vería seriamente limitado.*"

Como puede deducirse de lo anterior, el rol de la Sala Constitucional fue fundamental en la implementación del derecho al ambiente, mismo que no se encontraba expresamente consagrado en la Carta Fundamental sino hasta el año 1994, momento en el cual se da la reforma constitucional al numeral 50 y se establece de manera explícita el derecho fundamental a gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

II. EXIGIBILIDAD JUDICIAL DIRECTA DEL DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL

Desde principios de la década de los setenta del siglo anterior Costa Rica ha venido negociando, firmando y ratificando una gran cantidad de Declaraciones, Tratados y Convenios Internacionales para la conservación del medio ambiente. Dentro de estos instrumentos de carácter internacional se encuentran una serie de declaraciones ambientales suscritas a raíz de la participación del país en las distintas conferencias organizadas por la Organización de Naciones Unidas sobre temas ambientales. A este tipo de normativa internacional se le ha achacado, por muchos sectores de la doctrina, de ser poco coercitiva y de poseer un carácter meramente programático para los Estados. Como se expondrá a continuación, este criterio ha venido variando en los últimos años gracias a los distintos fallos emanados de la Sala Constitucional de la Corte

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 229 1/9/16 12:09

Suprema de Justicia de Costa Rica, por medio de los cuales, los principios y normas contenidas en tanto en los tratados como en las declaraciones de principios han sido incorporados al bloque de legalidad imperante y por ello, al día de hoy, es posible afirmar que se trata de legislación plenamente aplicable y de exigibilidad judicial directa por parte de cualquier ciudadano.

Es a raíz de la entrada en vigencia de la Sala Constitucional a inicios de la década de los noventa cuando adquiere especial relevancia una gran cantidad de Tratados Internacionales y Declaraciones Ambientales suscritas por Costa Rica. Se puede afirmar que, previo a la existencia de esta Sala y sus fallos sobre la interpretación y aplicación del derecho internacional ambiental, todos y cada uno de estos instrumentos internacionales suscritos por Costa Rica para la protección del medio ambiente, carecían de total obligatoriedad y se limitaban únicamente a trazar planes de acción a futuro para el posterior desarrollo normativo del sector medioambiental[2].

El cambio se empieza a gestar a raíz de la Sentencia n. 2.485/94 de las nueve horas dieciocho minutos del 27 de mayo de 1994 en la cual, la Sala Constitucional refiriéndose al derecho internacional ambiental, estipuló que el fenómeno de internacionalización del derecho ambiental había seguido, por cierto un patrón de desarrollo similar al de los derechos humanos, pues pasó de ser materia de jurisdicción doméstica de los Estados, a ser parte de la jurisdicción internacional. Es así como los derechos ambientales forma parte de los Derechos Humanos de la tercera categoría, no en importancia, sino por su ubicación de aceptación universal e histórica.[3]

Por su parte, mediante la Sentencia n. 2.313/95 de las dieciséis horas dieciocho minutos del 9 de mayo de 1995, el Tribunal Constitucional Costarricense expuso:

---

2 "*Dentro de este proceso lógico de integración y desarrollo de valores constitucionales, empleando como instrumento jurídico de interpretación lógico sistemática de los mismos, la enmienda al artículo 48 de la Constitución operada en 1989, ha ampliado de manera singular el catálogo de Derechos Humanos susceptibles de protección judicial al remitirnos expresamente al derecho internacional contenido en los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, debidamente suscritos, aprobados y ratificados por nuestro país. Ordenamiento jurídico supranacional que debemos integrar al análisis del Proyecto de Ley consultado en virtud del rango superior a las leyes que le otorga el artículo 7 de la Constitución.*" Sentencia n. 1.250-99 de las once horas con veinticuatro minutos del 19 de febrero de 1999.

3 JIMÉNEZ MEZA, Manrique. Jurisprudencia Constitucional y Daño Ambiental, en Seminario sobre Daño Ambiental. Memoria. Procuraduría General de la República, San José, 2001.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 230 1/9/16 12:09

> "*...como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman sobre la Constitución.*"[4]

De esta forma, la jurisprudencia constitucional elevó, por encima de la Constitución Política, a los Tratados Internacionales que versan sobre Derechos Humanos, pudiéndose afirmar entonces que se ha internacionalizado al derecho de la Constitución, y al mismo tiempo, se ha constitucionalizado al derecho internacional, y dentro de éste, al derecho ambiental. Este mismo tratamiento ha dado como resultado un singular enfoque de identificación entre derecho humano y derecho fundamental, en tanto no hay diferencia entre un derecho reconocido expresamente en la Constitución y los derechos humanos que pudieran no estar incluidos en su texto. De tal manera que el derecho ambiental reconocido en los tratados de derechos humanos, forma parte del elenco positivo y valorativo de la Constitución Política de Costa Rica.[5]

Mediante el fallo constitucional 6240-93 de las catorce horas del veintiséis de noviembre de 1993, se instauró el criterio jurisprudencial por medio del cual, los instrumentos ambientales internacionales son de obligado acatamiento y gozan de plena ejecutoriedad, en tanto sus normas no precisen de mayor desarrollo legislativo, y por ende, deben ser respetadas en tanto el rango normativo de aquellos es superior.[6]

---

4 Sobre el tema pueden consultarse las Sentencias n. 3.435-92 y n. 5.759-93, ambas emanadas de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

5 JIMÉNEZ MEZA, Manrique. Jurisprudencia Constitucional y Daño Ambiental, en Seminario sobre Daño Ambiental. Memoria. Procuraduría General de la República, San José, 2001. // Cuando exista conflicto entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos, no prevalece ni uno ni el otro, sino que en cada caso, el que mejor tutele al ser humano. Al respecto puede consultarse las Sentencias Constitucionales n. 1.786/93, de las 16:21 horas del 21 de abril de 1993 y n. 3435/92, de las 16:20 horas del 11 de noviembre de 1992.

6 "*De las sentencias 719-90 de las 16:30 horas del 26 de junio de 1990 y 282-90 de las 17 horas del 13 de marzo de 1990 se desprende por una parte, que el derecho internacional es en Costa Rica, inmediatamente operable y aplicable por sí mismo, sin necesidad de leyes u otras normas que los desarrollen o lo hagan aplicable, salvo cuando la misma naturaleza de la norma internacional lo exija; y por otra, que aún en los casos en que esta exigencia sea a texto expreso, la aplicabilidad inmediata del derecho internacional de los derechos humanos implica que basta con la existencia de otros remedios o, en general, de medios razonablemente aplicables, para que no haga falta ningún desarrollo legal ni institucional*" PIZA ESCALANTE, Rodolfo. La Justicia Constitucional en Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, 2004.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 231 1/9/16 12:09

Mediante la aplicación del anterior criterio, la Sentencia n. 1.250/99 de las once horas con veinticuatro minutos del diecinueve de febrero de 1999, declaró inconstitucional el Decreto Ejecutivo n. 14.524-A que permitía la caza y explotación de la carne de la tortuga lora y la tortuga verde. Ello por contravenir abiertamente la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestres, mejor conocido como el acuerdo CITES, el cual en su apéndice primero prohíbe la extracción de las mismas por tratarse de especies en peligro de extinción. De igual forma, el mencionado decreto contravenía la Convención de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas naturales de los países de América, el Convenio sobre la Diversidad Biológica, y el principio 15 de la Declaración de Río Sobre Medio Ambiente y Desarrollo.

De esta forma, la Sala Constitucional llegó a la conclusión que se encontraba frente a una innegable violación al artículo 7 de la Constitución Política al contrariarse el principio de jerarquía normativa por contradecir el decreto impugnado disposiciones contenidas en Convenios Internacionales, pues este autorizaba la caza de la tortuga verde para su consumo y su captura sin bases científicas suficientes para acertar que eso es posible y en qué medida, desprotegiéndolas irresponsablemente con la sola existencia de la duda que gira en torno a la supervivencia de éstas, lo que hace a esta normativa inconstitucional según el principio "*indubio pro natura*", donde la sola duda del perjuicio que se le pueda causar al equilibrio ecológico es suficiente para protegerlo y con muchos más razón cuando existen estudios científicos que exigen su máxima protección.[7]

La anterior sentencia reviste de suma importancia no sólo por aplicar directamente el principio de jerarquía normativa por medio del cual una norma de rango inferior, en este caso un decreto ejecutivo, no puede contradecir una de rango superior, expulsando a la misma del bloque de legalidad imperante por un vicio de inconstitucionalidad, sino que además, le otorga igual rango tanto a los convenios y tratados suscritos por Costa Rica para la protección del medio ambiente, como a la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y

7 Actualmente Costa Rica cuenta con normativa específica para le protección de la tortuga marina mediante la ratificación de la Convención Interamericana de Protección y Conservación de la Tortuga Marina Ley n. 7.906 del 23 de agosto de 1999, así como con la promulgación de la ley de Protección y Recuperación de las poblaciones de Tortugas Marinas Ley n. 8.325 publicada en el Alcance a la Gaceta n. 86 del 28 de noviembre de 2002.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 232 1/9/16 12:09

Desarrollo, la cual de conformidad con la doctrina vigente es un claro ejemplo del denominado "*soft law*" o derecho blando del derecho internacional.[8] Es de esta forma como la Sala Constitucional aplicó directamente, para una situación jurídica específica e individualizada, no sólo normativa internacional, sino que, en su fallo utilizó un principio propio del derecho ambiental internacional como lo es el precautorio.

Por otro lado, mediante las Resoluciones n. 3.435/92 y n. 2.313/95 la Sala Constitucional dispuso que las regulaciones y principios contenidos en los tratados y convenios internacionales, incluso los aún no ratificados por la Asamblea Legislativa, son de acatamiento. Se desprende entonces la importancia que ostenta el conjunto de normas internacionales para esta Sala, pudiéndose por tanto ser aplicados directamente a situaciones específicas. Muchos de estos tratados y convenios ratificados y aunque no ratificados, contienen una serie de principios o valores que por su propia trascendencia pueden oponerse a la legislación interna o bien podría complementarla.

De lo manifestado hasta ahora, es posible resaltar lo siguiente:

- Previo a la creación de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y sus consecuentes fallos sobre interpretación y aplicación de los tratados y convenios internacionales sobre medio ambiente, la normativa ambiental internacional carecía de total coercitividad, siendo por consiguiente meras normas programáticas que le indicaban al Estado la forma de manejar sus políticas ambientales.

- Derecho ambiental reconocido en los tratados de derechos humanos, forma parte del elenco positivo y valorativo de la Constitución Política de Costa Rica. De esta forma este tipo de normativa contenida en tratados sobre derechos humanos se encuentra por encima de la misma Constitu-

8 Forman parte del *soft law* o derecho blando aquellas Resoluciones y Declaraciones de Conferencias y Organismos Internacionales, tales como la Declaración de Estocolmo sobre Medio Ambiente Humano, La Carta Mundial de la Naturaleza, Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo. Se trata de principios que se proponen en abstracto para orientar la conducta de los Estados. La doctrina los ha calificado como normas programáticas, las cuales disponen como los Estados deberían actuar, careciendo de obligatoriedad, limitándose a trazar un plan de acción futuro para el posterior desarrollo normativo del sector ambiente. El soft law no necesita del trámite normal que siguen los tratados internacionales para ser incorporados a los distintos ordenamientos jurídicos. Su función se circunscribe en interpretar, integrar y delimitar el ordenamiento interno de los Estados.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 233 1/9/16 12:09

ción Política, internacionalizando el derecho constitucional y al mismo tiempo constitucionalizando el derecho internacional.

- El criterio jurisprudencial actual es que los instrumentos ambientales internacionales son de obligado acatamiento y gozan de plena ejecutoriedad, en tanto sus normas no precisen de mayor desarrollo legislativo, y por ende, deben ser respetadas en tanto el rango normativo de aquellos es superior.

- Los principios contenidos en declaraciones ambientales o "*soft law*" suscritas por Costa Rica gozan igualmente de plena ejecutoriedad y la normativa inferior, llámese leyes, decretos y reglamentos, deben ser acordes a ellos.

- Las regulaciones y principios contenidos en los tratados y convenios internacionales sobre medio ambiente, incluso los aún no ratificados por la Asamblea Legislativa, son de acatamiento en nuestro legislación interna.

III. LA LEY ORGÁNICA DEL AMBIENTE

La Ley Orgánica del Ambiente (LOA) nace a la vida jurídica luego de un extenso y difícil proceso legislativo que tardó varios años y que culminó con su promulgación el cuatro de octubre de 1995.[9]

El denominado "*boom*" ambiental de los años noventa, impulsado por los acuerdos y compromisos emanados de las Naciones Unidas a partir de la Cumbre Mundial de la Tierra de Río de Janeiro en 1992,[10] tuvo como consecuencia que Costa Rica reformara en el año 1994 su Constitucional

9 Ley n. 7.554 del 4 de octubre de 1995, publicada en el Diario Oficial La Gaceta número 215 del 13 de noviembre de 1995

10 En 1992, la Cumbre de la Tierra de Río de Janeiro representó un hito en las negociaciones internacionales sobre las cuestiones de ambiente y desarrollo. Su objetivo era lograr un justo equilibrio entre las necesidades económicas, sociales y ambientales de las generaciones presentes y futuras, así como sentar los principios de la cooperación internacional entre los países desarrollados y en desarrollo, así como entre los gobiernos y los sectores de la sociedad civil, sobre la base de la comprensión de las necesidades y los intereses comunes.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 234 1/9/16 12:09

Política,[11] específicamente el artículo 50, insertando el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

Una vez reconocido e incorporado el derecho humano al ambiente dentro de su carta magna, el sistema jurídico ambiental experimentó un crecimiento exponencial mediante la puesta en vigencia de nuevas leyes, decretos y reglamentos.[12] Con el fin de darle carácter integral y sistémico a ese nuevo bloque de legalidad ambiental que se gestaba, el legislador promulgó en octubre del año 1995 la Ley Orgánica del Ambiente, la cual consta actualmente de 22 capítulos y 118 artículos, marcando un parte aguas en el desarrollo evolutivo del derecho ambiental costarricense.

1. Naturaleza jurídica

Es posible afirmar que la Ley Orgánica del Ambiente fue concebida por el legislador como una norma marco, una ley de tipo general, una ley de bases, cuya función principal fue la de otorgarle integralidad y coherencia tanto a la normativa ambiental previa a su promulgación, como aquella por desarrollar a futuro, con el *animus* de consolidar un sistema jurídico ambiental; con ella el legislador pretendió establecer los presupuestos mínimos de protección ambiental, así como las bases generales de la política, gestión y legislación ambiental, en todos sus niveles.

A todas luces se trata de una norma "interpuesta"[13] con la cual se pretendió tender un puente entre la Constitución Política y el resto del sistema normativo, o sea, crear un vínculo directo entre la constitucionalidad y la legalidad ambiental por medio del desarrollo normativo del artículo 50 de la carta magna.

---

11 Ley n. 7.412 del 22 de mayo de 1994, publicada en el Diario Oficial La Gaceta número 111 del 10 de junio de 1994.

12 "*La normativa ambiental que se ha generado es demasiado extensa, repetitiva confusa y desestructurada. Existe una visión de que el problema ambiental se resuelve creando nuevas leyes con controles, requisitos o procedimientos nuevos. Esta visión plantea un marco lleno de normativa compleja llena de requisitos y controles, pero carente de un esquema coherente de aplicación institucional. En este sentido la visión es más de control que de prevención del daño ambiental*". GONZÁLEZ BALLAR, Rafael. Verdades incómodas sobre la justicia y la gobernabilidad ambiental en Costa Rica. Editorial Jurídica Continental, San José, 2007.

13 Término utilizado por el jurista argentino José Esaín al referirse a la naturaleza jurídica de la Ley General del Ambiente de su país. ESAÍN, José A. Competencias Ambientales. Abeledo Perrot, Buenos Aires. 2008.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 235 1/9/16 12:09

Posee una naturaleza mixta, en la medida que se encuentra integrada tanto por normas sustantivas como procesales, y cumple, casi en su totalidad, con lo que el connotado jurista argentino Cafferatta (2009)[14] denomina una estructura usual o normal del Derecho Ambiental Latinoamericano y Caribeño, sea: a) una jerarquía constitucional del derecho ambiental; b) un sistema legal encabezado por una Ley Marco, que fija los grandes lineamientos de la política ambiental, tanto para los entes públicos, el gobierno, funcionarios públicos o Autoridades, como para los privados; estableciendo en las últimas versiones principios de derecho ambiental, regula instrumentos de gestión ambiental, avanza sobre las normas principales en materia de recursos naturales, daño ambiental, régimen básico de responsabilidad ambiental, civil, penal o administrativa, y un dispositivo que regula los procesos, las acciones jurisdiccionales.[15]

Si bien el legislador no le otorgó el carácter de orden público a la Ley Orgánica del Ambiente, rango del cual si gozan otras normas ambientales como la Ley Forestal y la Ley de Biodiversidad, por su naturaleza de ley marco que busca la integralidad y coherencia del sistema normativo ambiental, sirve de base fundamental para la interpretación, integración y aplicación del resto de normas que conforman el bloque de legalidad ambiental, normativa que en su redacción, constitución y promulgación debe ajustarse y alinearse a los mandatos, criterios y lineamientos desarrollados por la LOA.

De esta forma, además de cumplir el rol esencial de fijar, a grandes rasgos, la política ambiental del país y darle carácter sistémico al bloque de legalidad, sus principios constituyen ideas rectoras con poder de irradiación sobre el resto de la normativa directa o indirectamente ambiental, siendo que sus disposiciones prevalecen, en caso de colisión concurrente, frente a otras normas jurídicas de carácter general.

---

14 CAFFERATTA, Néstor A. "Instituciones de Derecho Ambiental Latinoamericano". En Revista de Derecho Público, 2009 – II, Derecho Ambiental – II, Rubinzal – Culzoni Editores, Noviembre de 2009, p. 66-92.

15 CAFFERATTA, Néstor A. "Reformulación del principio de progresividad a 10 años de la Ley n. 25.675 General del Ambiente, Avances y Novedades". Thomson Reuters, 2013, disponible en <http://thomsonreuterslatam.com/articulos-de-opinion/08/11/2012/doctrina-del-dia-reformulacion-del-principio-de-progresividad-a-10-anos-de-la-ley-25675-general-del-ambiente-avances-y-novedades> [en línea] (Consultado 23/7/2013).

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 236 1/9/16 12:09

2. Objetivos, principios y fines

Según se deduce de sus artículos 1, 2 y 4, la LOA tiene como objetivo principal dotar, tanto a los costarricenses como al Estado, de los instrumentos necesarios para alcanzar un ambiente sano y ecológicamente equilibrado mediante la conservación y el uso sostenible de los recursos naturales. El Estado, mediante su aplicación, tiene la obligación de defender y preservar ese derecho, en busca de un mayor bienestar para todos sus habitantes. Como dato digno de resaltar, declara al ambiente como patrimonio común de los habitantes, de utilidad pública e interés social.

La norma se encuentra inspirada por los siguientes principios generales:

a) El ambiente es patrimonio común de todos los habitantes de la Nación, con las excepciones que establezcan la Constitución Política, los convenios internacionales y las leyes. El Estado y los particulares deben participar en su conservación y utilización sostenibles, que son de utilidad pública social.

b) Todos tienen derecho a disfrutar de un ambiente sano y ecológicamente sostenible para desarrollarse, así como el deber de conservarlo, según 50 de nuestra Constitución Política.

c) El Estado velará por la utilización racional de los elementos ambientales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida de los habitantes del territorio nacional. Asimismo, está obligado a propiciar un desarrollo económico y ambientalmente sostenible, entendido como el desarrollo que satisface necesidades humanas básicas, sin comprometer las opciones de las generaciones futuras.

d) Quien contamine el ambiente o le ocasiones daño será responsable, conforme lo establezcan las leyes de la República y los convenios internacionales vigentes.

e) El daño al ambiente constituye un delito de carácter social, pues afecta las bases de la existencia de la sociedad; económico, porque atenta contra las materias y los recursos indispensables para las actividades productivas; cultural, en tanto pone en peligro la forma de vida de las comunidades, y ético, porque atenta contra la existencia de las generaciones presentes y futuras.

Además, dentro de sus fines fija: fomentar y lograr la armonía entre el ser humano y su medio; satisfacer las necesidades humanas básicas, sin limitar las opciones de las generaciones futuras; promover los esfuerzos necesarios para prevenir y minimizar los daños que pueden causarse al ambiente; regular

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 237 1/9/16 12:09

la conducta humana, individual o colectiva, y la actividad pública o privada respecto del ambiente, así como las relaciones y las acciones que surjan del aprovechamiento y la conservación ambiental; establecer los principios que orienten las actividades de la Administración Pública en materia ambiental, incluyendo los mecanismos de coordinación para una labor eficiente y eficaz.

3. Estructura e institucionalidad

Esta norma general se encuentra estructurada en 22 capítulos dentro de los que destacan: participación pública, impacto ambiental, ordenamiento territorial, áreas silvestres protegidas, recursos marino-costeros, diversidad biológica, recurso forestal, aire, agua, suelo, recursos energéticos, contaminación, producción ecológica, organización administrativa y sanciones ambientales.

Como un punto digno de destacar, la LOA creó a lo interno del Ministerio de Ambiente y Energía, una serie de instancias administrativas encargadas de la gestión del ambiente, entre ellas Secretaría Técnica Nacional Ambiental (SETENA), Contraloría Ambiental (CA) y el Tribunal Ambiental Administrativo (TAA).

Respecto a las instituciones instauradas con anterioridad a su promulgación, la LOA no llegó a redefinirlas o bien modificarlas, sino más bien a crear nuevas instancias de coordinación y participación ciudadana, tales como Consejo Nacional Ambiental y Consejos Regionales Ambientales, los cuales coadyuvan en la gestión ambiental.

La LOA contiene un capítulo dedicado a la participación ciudadana en donde se crean los consejos regionales ambientales como instancias desconcentradas adscritas al Ministerio del Ambiente y Energía, encargada de analizar, discutir, denunciar y controlar las actividades y proyectos en materia ambiental. Promueve la educación ambiental como un mecanismo para adoptar una cultura ambiental y alcanzar el desarrollo sostenible.

Además, cuenta con un capítulo de sanciones, y con el fin de darles cumplimiento, crea la figura del Contralor Ambiental, encargado de velar por la aplicación correcta de la ley, y el Tribunal Ambiental Administrativo, que conoce y resuelve en sede administrativa las denuncias ambientales.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 238 1/9/16 12:09

4. El antes y el después de la LOA

Tal y como lo afirma Chaves (2006)[16] la normativa promulgada con anterioridad a la Ley Orgánica del Ambiente obedece a diferentes esquemas de gestión que datan de principios del siglo pasado, mientras que la legislación posterior a la misma, obedece a criterios y conceptos muy modernos de gestión ambiental. Coincidiendo con Gonzalez Ballar (2009),[17] el problema no es simplemente que las leyes obedecen a esquemas diferentes de gestión, si no también que muchas duplican competencias entre instituciones y crean cantidad de trámites excesivos y muchas veces inútiles, de esta forma, la gestión ambiental costarricense se caracteriza por ser compleja, fragmentada y dispersa, con muchas limitaciones en cuanto a la aplicabilidad de las competencias legales que se asignan a cada institución.

Es posible afirmar que la normativa ambiental puesta en vigencia con anterioridad a 1995, año de entrada en vigencia de la LOA, tiene como principal característica su sectorialidad, o sea que si bien busca proteger el ambiente, la salud humana, vegetal y animal, lo hace de manera sectorial, segregada, desarticulada e individual, dependiendo del elemento del ambiente que se regula, sea: agua, aire, bosques, flora y fauna silvestre, áreas silvestres protegidas etc. Entre este tipo de normas ambientales encontramos la Ley de Agua Potable (1916), Ley de Aguas (1942), Ley General de Salud (1973), Ley Forestal anterior a la vigente, Ley de Conservación de Vida Silvestre (1992), Ley de Hidrocarburos (1994), entre otras. En palabras de Cafferattta (2012), refiriéndose a la normativa promulgada con anterioridad a la Ley General del Ambiente de Argentina, "*este plexo normativo legal, responde a tiempos tempranos del Derecho Ambiental, cuando todavía no se pensada en términos de esta novísima disciplina jurídica, sino de su antecedente más próximo, el Derecho de los Recursos Naturales*".[18]

---

16 CHAVES, Silvia. "Los diez años de la Ley Orgánica del Ambiente: Logros y Perspectivas". Ponencia presentada para el XII Informe del Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible, disponible en: <http://www.estadonacion.or.cr/index.php/biblioteca-virtual/costa-rica/estado-de-la-nacion/ponencias/465-informe-xii> [en línea] (Consultado 23/7/2013).

17 GONZÁLEZ BALLAR, Rafael. "Algunos problemas para una efectiva justicia ambiental en Costa Rica", disponible en: <http://www.iusdoctrina.ucr.ac.cr/index.php?option=com_content&view=article&id=7:algunos-problemas-para-una-efectiva-justicia-ambiental-en-costa-rica&catid=18:articulos-del-volumen-no-i&Itemid=2> [en línea] (Consultado 23/7/2013).

18 CAFFERATTA, Néstor A. "Reformulación del principio de progresividad a 10 años de la Ley n. 25.675 General del Ambiente, Avances y Novedades". Thomson Reuters, 2013, disponible en <http://

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 239 1/9/16 12:09

Por su parte, es a partir de la promulgación de la Ley Orgánica del Ambiente a finales de 1995 que la legislación ambiental costarricense da un giro de ciento ochenta grados, mutando de normas sectoriales hacia normas de carácter ecosistémico, donde ya no se pretende regular los recursos naturales de forma independiente o segregada buscando su explotación sin desperdicios, sino que su objetivo primordial es el mantenimiento del equilibrio de los ecosistemas bajo un enfoque de bienes colectivos de naturaleza supraindividual buscando mantener la unidad ecosistémica, protección y evitación del daño ambiental. Como normas con visión ecosistémica es posible citar: Ley de Biodiversidad (1998), Ley de Uso, Manejo y Conservación de Suelos (1998), Ley de Pesca y Acuicultura (2005) y Ley de Gestión Integral de Residuos (2010).

A todas luces es posible afirmar entonces que la LOA marca un antes y un después en el desarrollo evolutivo del derecho ambiental costarricense, siendo justo reconocerle que, para la época de su puesta en vigencia, se constituyó en una norma de vanguardia entre los distintos sistemas legales de defensa del ambiente a nivel regional.

5. Análisis de eficacia. Vacíos, debilidades y retos

Si bien, la LOA presenta un esquema de gestión del ambiente acorde con los tiempos modernos y ha logrado influenciar de manera positiva la normativa posterior a su promulgación, lo cierto del caso es que no podemos dejar pasar el hecho de que, precisamente por los casi dieciocho años contados a partir de su puesta en vigencia, y las escasas modificaciones de que ha sido objeto, presenta una serie vacíos y debilidades que han tratado de ser enmendados principalmente mediante la promulgación de nuevas leyes, decretos y reglamento, así como por jurisprudencia constitucional, civil, penal y administrativa emanada de las distintas Salas de la Corte Suprema de Justicia.

A manera de ejemplos puntales, algunos de los principios rectores fundamentales del derecho ambiental como el precautorio, reparación in natura, interés público ambiental e integrador, no aparecen plasmados de

thomsonreuterslatam.com/articulos-de-opinion/08/11/2012/doctrina-del-dia-reformulacion-del-principio-de-progresividad-a-10-anos-de-la-ley-25675-general-del-ambiente-avances-y-novedades> [en línea](Consultado 23/7/2013)

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 240 1/9/16 12:09

manera expresa en el texto de la LOA, sino que tuvieron que ser incorporados por la Ley de Biodiversidad en el año 1998. De igual forma, una regla de oro, como lo es la no aplicación del silencio positivo en materia ambiental, fue introducida en la Ley Forestal de 1996, siendo que la LOA había dejada ese vacío normativo.

En materia de daño ambiental y responsabilidad, las reglas de la legitimación activa amplia por acción popular, inversión de la carga probatoria y el régimen de competencias jurisdiccionales fueron integradas por la Ley de Biodiversidad ante el vacío procesal dejado por la LOA, misma que siguió un criterio subjetivo de imputación de la responsabilidad no acorde con la realidad y el desarrollo de esta materia, siendo la jurisprudencia tanto de la Sala Primera como de la Sala Constitucional la que determinó el carácter objetivo de la misma, en el último caso mediante una interpretación sistemática, material y evolutiva de su artículo 101, en el año 2000.[19] Estas mismas Salas, ante la ausencia normativa, han tenido la responsabilidad de definir lo que debe entenderse jurídicamente por daño ambiental, determinar sus características y tipos, así como las reglas de la prescripción.[20] De igual manera, la naturaleza jurídica, destino y control y fiscalización de los fondos recaudados en las conciliaciones y condenas por daño ambiental, las reglas de la ejecución de este tipo de sentencias y los lineamientos básicos para la reparación de sitios contaminados, fueron lagunas legales llenados por la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en el año 2007 por medio de la Sentencia n. 675/2007 conocida como el voto Siquiares.[21] Otro vacío aún pendiente corresponde a la regulación de los procesos colectivos ambientales, el cual se pretende solventar por medio de la promulgación de nueva normativa procesal, específicamente Código Procesal Agrario y Código Procesal Civil, en la medida que el reciente Código Procesal Contencioso Administrativo del 2008 quedó corto en esta materia.

Otro ejemplo del desfase que sufre la Ley Orgánica del Ambiente se refleja en materia de instrumentos de gestión ambiental como la Evaluación de

19 Voto número 1669-2000 del 18 de febrero del 2000 de la Sala Constitucional y voto número 398-2001 del 6 de junio de 2001 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

20 Sobre este tema puede consultarse el ensayo académico de este mismo autor titulado "Daño ambiental y Prescripción" publicado en la Revista Electrónica de Derecho Ambiental Medio Ambiente & Derecho, Universidad de Sevilla, número 19, junio 2009, España, disponible en: <www.cica.es/aliens/gimadus/> [en línea] (Consultado 23/7/2013).

21 Sentencia n. 675/2007 del 21 de setiembre del 2007, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 241 1/9/16 12:09

Impacto Ambiental, el cual ha sido llenado – a medias – con la promulgación de reglamentos especiales como el que regula la Evaluación Ambiental Estratégica, entre otros. Una herramienta de política y gestión ambiental que ha distinguido y diferenciado al país es el Pago por Servicios Ambientales (PSA), mecanismo de compensación económica a los propietarios de terrenos cubiertos de bosques como reconocimiento por las externalidades positivas ambientales que generan sus fundo, mismo que no aparece siquiera citado por la LOA y que fue regulado también -a medias – por la Ley de Biodiversidad, así como a través de reglamentaciones especiales.

Instrumentos económicos de gestión ambiental como el Canon Ambiental por Vertidos (CAV), Canon por Aprovechamiento Hídrico (CAH) y las tarifas ambientales en los servicios públicos, tampoco son siquiera mencionados por la LOA, siendo desarrollados en los dos primeros casos vía decretos ejecutivos, y en el último por la Ley de Biodiversidad y la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

Sumado a los anterior, el sistema normativo en general incluyendo por supuesto a la LOA, presenta una serie de problemas estructurales dentro de sus esquemas generales de gestión ambiental, lo cual se ve reflejado gravemente en una falta de aplicación efectiva, sostenida y recurrente de la normativa vigente, compromiso principal al cual se obligó Costa Rica al ratificar el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana, conocido como CAFTA-DR en el año 2007.

La LOA marcó un antes y un después en el desarrollo evolutivo del derecho ambiental costarricense, siendo que para la época de su puesta en vigencia, fue una ley de vanguardia a nivel regional, pero que en la actualidad no está siendo retomada y aplicada por las instituciones costarricenses, excepto en casos específicos, de manera que su espíritu integrador ha sido dejado de lado.

Pese a lo anteriormente expuesto, creemos firmemente que mediante su interpretación sistemática, material y evolutiva es posible adecuarla a los requerimientos de los tiempos modernos.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 242 1/9/16 12:09

IV. ROL DEL DERECHO PENAL Y DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA TUTELA DEL AMBIENTE

La protección jurídica del medio ambiente debe ser integral, esto implica que cada una de las ramas de la ciencia jurídica debe de cumplir una función específica de forma coordinada con las demás. Por ello, tanto al derecho constitucional, administrativo, civil, agrario, internacional y al derecho penal, les corresponde un papel o rol determinante y específico en la protección del ambiente.

1. El ilícito penal versus el ilícito administrativo

El carácter fragmentario del derecho penal implica que no todos los bienes o intereses, ya sea sociales o particulares, merecen protección de su parte, sino únicamente los bienes jurídicos fundamentales, esto lleva a entender que no toda conducta lesiva del ambiente merece protección por parte del derecho penal, sino que únicamente las más gravosas y peligrosas.

Es así como, de conformidad con los principios de intervención mínima, non bis in ídem y el fragmentario, únicamente las conductas absolutamente gravosas para el ambiente merecen una sanción de índole penal. De otra forma, cuando la conducta no llega a ese rango de peligrosidad, será el derecho administrativo sancionador el encargado de imponer las respectivas penas.

No existen diferencias cuantitativas ni cualitativas entre los ilícitos penales y los administrativos, se diferencian únicamente por la gravedad de la conducta regulada, y por el órgano encargado de conocer de la infracción y de imponer las penas.

Actualmente, los procedimientos administrativos sancionadores se asimilan a los procesos penales, en el tanto el administrado, al igual que el imputado, goza de todas las garantías constitucionales que otorga el principio fundamental del debido proceso, lo que lleva a concluir que, en cualquiera de ambas vías, es factible aplicar y sancionar los ilícitos ambientales, pues se le garantiza al sujeto investigado el respeto de sus garantías procesales. En la mayoría de los casos, el derecho administrativo y su esquema de sanciones, será de mayor efectividad a la hora de prevenir y sancionar conductas lesivas contra el ambiente.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 243 1/9/16 12:09

2. Derecho Penal y su relación con el Derecho Administrativo sancionador

El principio de intervención mínima del derecho penal lleva necesariamente a establecer la primacía del derecho administrativo en cuanto a la regulación de las conductas que afectan el medio ambiente.

Por lo general, el rol del derecho administrativo en la protección del ambiente se ha supeditado al control, monitoreo, vigilancia y sanción de las actividades que requieren autorización o licencia para poder llevarse a cabo, y que suponen, un peligro para el medio ambiente. Las sanciones impuestas por la Administración en los casos en que exista violación a la normativa administrativa, la faculta para revocar y suspender la actividad que no se ajusta a derecho, lo que en muchos casos posee una fuerza intimidatoria mayor que cualquier sanción de carácter penal (multa o prisión).

Lo anterior no quiere decir que el rol del derecho penal sea secundario o accesorio del derecho administrativo, sino que su rango de acción se ve supeditado a los casos más graves y peligrosos que afecten el medio ambiente, y por otra parte, a reforzar el cumplimiento de la normativa administrativa.

Debido a ello, el papel del derecho penal es auxiliar o de apoyo, de las demás ramas del derecho que pretenden la protección del ambiente, ya que tiene la finalidad de asegurar y reforzar el cumplimiento de la normativa de carácter no penal, o sea de la civil, administrativa o constitucional. Tal y como lo afirma Antonio Mateos Rodríguez- Arias (1992):

> "*el carácter auxiliar del Derecho Penal, predicable en el campo medio-ambiental, supone que se han aplicado, en primer lugar, medidas administrativas de programación y control, y que éstas han fracasado. La sanción penal tiene como finalidad restaurar un orden de cosas tal y como lo regula el derecho administrativo, pero que éste, con las solas medidas preventivas, no ha sido capaz de mantener, siempre que la gravedad de la infracción se considere merecedora de la sanción penal y no meramente administrativa*."[22]

Aparte del rol auxiliar del derecho penal, existe la posibilidad que actúe de manera autónoma e independiente, esto cuando se pretenda sancionar

22 MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio. Derecho Penal y Protección del Medio Ambiente, Editorial Colex, Madrid. 1992

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 244 1/9/16 12:09

actuaciones que violenten de manera peligrosa y grave el equilibrio ecológico, en aplicación del criterio de gravedad propio de la sanción penal.

3. El problema de las sanciones de tipo penal

El fin del derecho penal ambiental es la prevención de conductas que alteren el equilibrio de los ecosistemas, por ello debe optarse en apoyar los tipos penales de peligro, los cuales disuaden al ciudadano de atentar contra los valores ambientales.

Dentro del derecho penal dos son los tipos de sanciones típicas, por una parte la pena de multa y por otro, la pena privativa de libertad.

3.1. La pena de multa

La pena de multa, típica tanto del derecho penal como del derecho administrativo sancionador, implica la imposición de la cancelación de una suma de dinero preestablecida por parte del imputado, una vez que es verificado el ilícito investigado por parte de un juzgador. Este tipo de pena genera muchos anticuerpos por parte de un gran sector de la doctrina por dos problemas que le son inherentes, por una parte la inversión del principio "*quien contamina paga*" por el principio "*pagar por contaminar*", y por otra el principio "*societas non delinquere non potest*" por medio del cual las personas jurídicas además de ser inimputables penalmente no se les puede imponer multas por esta vía.

En cuanto al primer problema, es importante recalcar, que es común que las grandes empresas generen grandes problemas ambientales, y dado los presupuestos exorbitantes con los que disponen, les bastaría con incorporar, dentro de los costes de producción, las sumas a pagar por concepto de multas, lo que implicaría al fin y al cabo "*pagar por contaminar*", desnaturalizando uno de los principios fundamentales del derecho ambiental internacional.

Por otra parte, el principio del derecho penal "*societas non delinquere non potest*" impide que el cobro de la multa se le atribuya a una persona jurídica, esto por no ser sujeto de imputabilidad penal, pues únicamente las personas físicas son objeto de persecución por parte del derecho penal, lo que conlleva a realizar por parte del juzgador, de una exhaustiva investigación para la determinación del sujeto responsable dentro del esquema organizativo de la empresa en la toma de la decisión que menoscabó o degradó el medio ambiente.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 245 1/9/16 12:09

3.2. La pena privativa de libertad

La pena privativa de libertad aparte de estar sujeta de aplicación para los casos de mayor gravedad contra el ambiente, posee una serie de problemas propios de este tipo de sanción lo que impide que se configure su papel preventivo. En primer lugar existe el problema por parte del juzgador de determinar e individualizar al sujeto quien comete la conducta que atenta con el ambiente, y por otro, debe de determinarse, con un 100% de certeza, que dicho sujeto fue quien ejerció la conducta típica, antijurídica y culpable, y que dicha conducta se ajusta en un todo con el tipo penal estipulado, lo que por lo general genera un gran problema tanto en los casos de contaminación generalizada, como en los casos donde es una persona jurídica la investigada, donde se debe de estudiar el organigrama administrativo de la empresa con el fin de determinar quien o quienes dentro de la misma ordenaron la realización de la conducta investigada, cuestión que por lo general no es nada fácil, sobre todo en las empresas multinacionales donde es la empresa matriz, por lo general domiciliada en el extranjero, la que ordena y es responsable de la acción, entrando en colisión otro principio fundamental del derecho penal como lo es el de territorialidad.

Aunado a lo anterior, existe otro gran problema propio de los delitos ambientales y que impide que la pena privativa de libertad se convierta en un medio preventivo de los supuestos de daño ambiental, y nos referimos a la medidas alternativas en boga en muchos de los Códigos Procesales latinoamericanos, por medio de la cual institutos como la conciliación, la suspensión del proceso a prueba, reparación integral del daño, y el beneficio de ejecución condicional de la pena, llegan a sustituir la pena privativa de libertad por este tipo de medidas menos onerosas y gravosas, y que en muchos casos en lugar de prevenir la degradación del ambiente, por el contrario fomentan este tipo de conductas, en el entendido que los sujetos llegan a tener conciencia de que sus conductas son delictivas, y sin embargo, cuentan con una serie de medidas previstas en la normativa procesal que impedirá que vayan a prisión[23].

23 Esta situación ha venido a cambiar en Costa Rica gracias a la promulgación del Política de Persecución Penal Ambiental, Circular 01-2005 de la Fiscalía General de la República, por medio de la cual se establecen las políticas procedimentales y directrices a seguir por parte de los distintos fiscales respecto a la aplicación de salidas alternativas en materia ambiental. De esta forma, en cuanto al criterio de oportunidad se debe tomar en cuenta el principio de lesividad, y para llegar a este último, el fiscal debe

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 246 1/9/16 12:09

Otras penas propias del Derecho Administrativo Sancionador

Una vez analizado las imperfecciones propios de las sanciones penales, se llega a la conclusión que ninguna de ellas cumple a cabalidad el papel preventivo deseado con el fin de evitar las conductas que degradan y contaminan el ambiente. Por ello, se debe acudir a otro tipo de sanciones que no son propios del derecho penal, sino del derecho administrativo sancionador, y que por su naturaleza poseen un mayor poder disuasor que las anteriormente analizadas. Es importante mencionar, que la única diferencia entre los ilícitos penales y los administrativos lo es el órgano que los llega a aplicar y la gravedad de la conducta que se pretende sancionar. Debido a ello, las medidas propias del derecho administrativo sancionador se amoldan en un todo con las sanciones penales de multa y privativa de libertad, por lo que nada obsta para que sean aplicadas concomitantemente.

Al respecto el artículo 99 de la Ley Orgánica del Ambiente de Costa Rica contempla

> "*Ante la violación de la normativa de protección ambiental o ante conductas dañinas al ambiente claramente establecidas en esta ley, la Administración Pública aplicará las siguientes medidas protectoras y sancionadoras: a) Advertencia mediante la notificación que existe un reclamo, b) Amonestación acorde con la gravedad de los hechos violatorios y una vez comprobados, c) Ejecución de la garantía de cumplimiento, otorgada en la evaluación de impacto ambiental, d) Restricciones, parciales o totales, u orden de paralización inmediata de los actos que origina la denuncia, e) Clausura total o parcial, temporal o definitiva, de los permisos, las patentes, los locales o las empresas que provocan la denuncia, el acto o el hecho contaminante o destructivo, g) Imposición de las obligaciones compensatorias o estabilizadoras del ambiente o la diversidad biológica, h) Modificación o demolición de construcciones u obras que dañen el ambiente, i) Alternativas de sanción de la sanción, como*

consultar previamente el criterio de expertos o de la institución oficial involucrada previo a la solicitud. En los delitos de bagatela el fiscal valorará la magnitud de la afectación al bien jurídico tutelado y los aspectos que rodean al hecho, tales como la remoción de la obra invasora sin dejar rastros, el mensaje a la comunidad al dejar la conducta impune etc., así como el comportamiento del imputado posterior a los hechos Por su parte, la aplicación de los institutos procesales de la conciliación y la suspensión del proceso a prueba mediante un plan reparador, deberán contener un componente de recuperación, restauración o rehabilitación del ecosistema afectado, o bien volver las cosas al estado que tenían antes del hecho, y en su defecto un componente indemnizatorio que debe ser proporcional al monto económico del daño causado al ambiente, y en todos los casos un componente de compensación social que sirva como disuasivo de la conducta lesiva.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 247 1/9/16 12:09

> *recibir cursos educativos oficiales en materia ambiental, además, trabajar en obras comunales en el área del ambiente. Estas sanciones podrán imponerse a particulares o funcionarios públicos, por acciones u omisiones violatorias de las normas de esta ley, de otras disposiciones de protección ambiental o de la diversidad biológica*."

Como puede observarse del artículo analizado, es posible clasificar las sanciones ambientales de la siguiente forma, por un lado las sanciones morales dentro de las que se encuentran las advertencias y amonestaciones a los infractores; luego las sanciones meramente pecuniarias, dentro de las que se encuentran la ejecución de la garantía de cumplimiento; las sanciones reparatorias del ambiente como la imposición de las obligaciones compensatorias o estabilizadoras del ambiente y la diversidad biológica (reparación in natura); las sanciones que afectan directamente la actividad contaminante o degradante del ambiente dentro de las que se encuentran las restricciones y paralización de la actividad contaminante; la clausura de los actos que causan la denuncia; la modificación y demolición de construcciones que causen daños al ambiente; y la cancelación de permisos y patentes de las empresas que causan el deterioro ambiental, por último, las sanciones alternativas, que operan si la conducta que degrada el ambiente es menor o con un impacto mínimo sobre los ecosistemas, tales como la educación ambiental y el trabajo comunitario.

A las sanciones anteriormente expuestas, se puede agregar las siguientes: la intervención estatal en el ejercicio de la actividad empresarial o industrial, el comiso de los instrumentos con los cuales se llevó a cabo el ilícito, y la publicación de la sentencia o resolución administrativa que confirma los hechos degradadores y contaminadores del medio ambiente.

Este tipo de sanciones, bien aplicadas, pueden llegar a solucionar los problemas mayores enunciados de las penas de multa y privativa de libertad, pues atacan de frente a los sujetos y empresas contaminadoras, sin que éstas últimas, por el hecho de ser personas jurídicas lleguen a estar exoneradas de responsabilidad. Por medio de estas medidas se sanciona la actividad empresarial contaminadora en sí, llegando incluso a paralizarla tanto temporal como definitivamente, lo cual vendría a evitar y prevenir las conductas que menoscaban el medio ambiente.

Por último es importante recalcar, que siguiendo la tesis expuesta sobre el papel auxiliar del derecho penal y el rol de primacía del derecho administrativo,

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 248 1/9/16 12:09

por economía procedimental, es menos oneroso y de mayor efectividad aplicar este tipo de medidas dentro de procedimientos administrativos que dentro de proceso judiciales penales, en donde la imputabilidad de la conducta y la certeza de la misma, acarrean una serie de problemas a la hora de llegar a la verdad real acontecida y de aplicar las sanciones del caso.

V. LA TRANSVERSALIDAD DEL DERECHO AMBIENTAL Y SU INFLUENCIA SOBRE EL INSTITUTO DE LA PROPIEDAD Y OTROS DERECHOS REALES

El derecho ambiental, como parte de los Derechos Humanos de la tercera generación, tiene un carácter transversal. Esto implica que sus valores, principios y normas, contenidos tanto en instrumentos internacionales como en la legislación interna de los Estados, nutren e impregnan el entero ordenamiento jurídico. Su escala de valores llega a influir necesariamente en la totalidad de las ramas de las Ciencias Jurídicas. Los derechos reales, el derecho agrario, derecho urbanístico e incluso el derecho de la propiedad intelectual, no escapan de tal estela de influencia. Institutos clásicos del Derecho como la propiedad, la posesión, el usufructo y las servidumbres, han sido influenciados de tal forma por la axiología ambiental, que hoy en día, se habla de la función ambiental de la propiedad, del instituto de la posesión ambiental y de un nuevo tipo de servidumbres denominadas ambientales.

1. El advenimiento de los derechos humanos de tercera generación y la función ambiental de la propiedad.

Los Derechos Humanos de tercera generación o derechos de la solidaridad nacen para corregir las graves injusticias que sufre la humanidad. Están dirigidos a colectividades de sujetos, pueblos, grupos sociales e individuos. Al igual que los derechos económicos, sociales y culturales, llegaron para influenciar la totalidad del ordenamiento jurídico, y el instituto de la propiedad no escapa de ello. De esta forma, los principios, valores y normas de esta tercera generación

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 249 1/9/16 12:09

de Derechos Humanos, impregnan y modifican el instituto de la propiedad, a tal punto que al día de hoy, además de la función económica-social, existe función ambiental de la propiedad.

Gracias a la influencia del incipiente Derecho Ambiental, del Derecho al Desarrollo y de la unión de ambos en el megaderecho humano "*Derecho al Desarrollo Sostenible*", las distintas "propiedades especiales" se han "*ambientalizado*" adoptando la variable ambiental dentro de sus contenidos.

De esta forma, por un lado se encuentra el derecho de propiedad, y por otro, el derecho de todo persona de gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Es así como, la propiedad empieza a sufrir limitaciones de carácter ambiental que buscan no sólo, un desarrollo sostenible, sino también, armonizar la dualidad existente entre los intereses particulares y el interés público ambiental.

Para cierto sector de la doctrina la función ambiental de la propiedad es autónoma e independiente de las funciones económicas y sociales. Para otros, la misma se encuentra contemplada como parte de la función económico-social. Esta última concepción es la que ha adoptado la legislación costarricense, y en especial se encuentra plasmada en la Ley de Biodiversidad, específicamente en el numeral 8 el cual establece que "*Como parte de la función económica y social, las propiedades inmuebles deben cumplir con una función ambiental*."

De igual forma, la jurisprudencia costarricense emanada de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, ha contemplado la función ambiental dentro de la función económico-social de la propiedad, esto según la Resolución n. 241 de las 16:25 horas del 27 de julio de 1990, la que al efecto dice

> *"Hoy este principio ha evolucionado y se le identifica como principio económico social de la propiedad, en cuanto el mismo se desdobla en dos: 1) Por una parte denominado función subjetiva, y se refiere a las obligaciones del propietario con la propiedad, las cuales podrían sintetizarse en su deber de cultivar el bien productivo de que es propietario, cumpliendo así con el fin económico del bien: de ser productivo o de aptitud productiva; también tiene la obligación de mejorar su propiedad con el objeto de que aumente la producción y productividad, debe respetar el adecuado mantenimiento y desarrollo de un ambiente ecológicamente equilibrado, y tratándose de algunas propiedades particulares, cumplir con todas las obligaciones que la normativa especial le impone; 2) la función objetiva es la obligación del Estado de dotar a todos los sujetos que no tengan bienes productivos, o los tengan en forma*

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 250 1/9/16 12:09

> *insuficiente, y ellos tengan capacidad para desarrollar una actividad empresarial, con esos bienes para que puedan los sujetos incorporarse al proceso productivo, desarrollándose humanamente en los planos social y económico*."

La función ambiental de la propiedad implica la existencia de limitaciones y restricciones a la propiedad, con el fin de garantizar a la colectividad, el derecho a gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, armonizando el interés propio del particular con el interés de la colectividad.

Durante mucho tiempo los propietarios de bienes inmuebles incentivados por normas jurídicas mal concebidas, llevaron a cabo sus actividades dentro de sus propiedades sin tomar en cuenta la variable ambiental, contaminando y degradando su entorno y produciendo bienes contaminantes y contaminados. De esta forma, los propietarios realizaban un ejercicio antisocial de sus fundos, abusando por tanto, del derecho subjetivo que les asistía.

Una vez que es reconocido, tanto vía jurisprudencial como constitucional, la existencia del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el legislador empezó a crear limitaciones al derecho de propiedad, con el fin de evitar el ejercicio antisocial del mismo. Dichas limitaciones se encuentran dispersas en la normativa especial tales como: Ley Forestal, Ley de Aguas, Ley de Informaciones Posesorias, Ley de Biodiversidad, Ley de Planificación Urbana, Ley General de Salud, entre otras.

La variable ambiental ha influenciado el entero ordenamiento jurídico y junto con éste, el instituto de la propiedad. La conciencia ecológica en boga en los últimos años ha llevado, tanto al Estado como a propietarios de fundos privados con aptitud ecológica, a conservar y proteger las riquezas naturales que se encuentran dentro sus inmuebles.

Con el fin de proteger los terrenos con aptitud ambiental, el Estado costarricense por medio de la Asamblea Legislativa, emitió una serie de leyes que limitaron y restringieron la propiedad privada, entre ellas se encuentran el Código Fiscal de 1865, la ley General de Terrenos Baldíos de 1939, ley de Tierras y Colonización de 1961, la ley Forestal de 1990, la Ley Forestal de 1996, Ley de Conservación de la Vida Silvestre de 1972 y la ley de Biodiversidad de 1998.

La propiedad ambiental o ecológica necesita de la existencia de un fundo en donde se encuentren ecosistemas que proteger, tanto para la investigación científica, como para la extracción de sus recursos de una manera sostenible, de manera tal, que se de la regeneración natural de sus elementos constitutivos.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 251 1/9/16 12:09

Como una forma especial de propiedad dentro de la propiedad ecológica se encuentra la propiedad forestal. Se trata de terrenos con aptitud forestal o con cobertura boscosa, en su mayor parte destinados a proteger los recursos forestales, sin miras a su explotación, o bien, dedicándolo a la simple extracción de especies maderables, a través de planes de manejo[24] para lograr la regeneración natural del bosque.

La propiedad forestal puede ser aprovechada económicamente por su propietario sólo bajo las restricciones o limitaciones impuestas por la ley. De esta forma, se permiten actividades complementarias agrícolas o pecuarias, siempre que con estas, no se dañe el recurso forestal. La explotación de este tipo de terrenos se realiza por medio de planes de manejo forestal, los cuales permiten la extracción del recurso forestal, en la medida que se conserve y maneje el bosque de una forma sostenible, respetando la equidad intergeneracional, mediante la explotación racional del recurso forestal.

La propiedad ambiental nace limitada, y en el supuesto que el Estado cree una zona protectora, no es necesario la indemnización por las restricciones impuestas, pues el propietario, puede continuar el ejercicio de actividades agroforestales en el fundo, conservando y protegiendo el recurso boscoso, tal y como lo ha resuelto en reiteradas ocasiones la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.[25]

De esta forma, las limitaciones ambientales impuestas a terrenos con aptitud ambiental no son indemnizables, pues el propietario puede continuar con el ejercicio de actividades dentro del fundo que sean compatibles con su función social-ambiental, tales como ecoturismo, investigación científica o bien, la extracción racional del recurso forestal por medio de planes de manejo. Únicamente son indemnizables las limitaciones impuestas a la propiedad que vacíen su contenido de tal forma, que el fundo resulte inútil para su propietario, lo que se convierte en una expropiación de hecho y por tal, el Estado debe indemnizar al propietario.

---

24 De conformidad con el inciso e) del artículo 3 de la Ley Forestal de Costa Rica n. 7.575 del 5 de febrero de 1996, debe entenderse por plan de manejo forestal: conjunto de normas técnicas que regularán las acciones por ejecutar en un bosque o plantación forestal, en un predio o parte de este con el fin de aprovechar, conservar y desarrollar la vegetación arbórea que exista o se pretenda establecer, de acuerdo con el principio de uso racional de los recursos naturales renovables que garantizan la sostenibilidad del recurso.

25 Entre muchos votos puede consultarse el 1997-7597 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 252 1/9/16 12:09

Con el fin de incentivar la conservación de propiedades privadas con aptitud ambiental el Estado costarricense, por medio de la aplicación de políticas ambientales, ideó un sistema de compensación económica a propietarios por los servicios ambientales que brindan sus fundos a la sociedad. La ley forestal vigente en el artículo 3 inciso k) define los servicios ambientales como aquellos que brindan los bosques y las plantaciones forestales y que inciden directamente en la protección y mejoramiento del medio ambiente. Son los siguientes: mitigación de emisiones de gases efecto invernadero (fijación, reducción, secuestro, almacenamiento y absorción), protección del agua para uso urbano, rural, hidroeléctrico, protección de la biodiversidad para conservarla y uso sostenible, científico y farmacéutico, investigación y mejoramiento genético, protección de ecosistemas, formas de vida y belleza escénica natural para fines turísticos y científicos.

El pago de servicios ambientales que brindan los bosques se realiza mediante la firma de contratos entre el Estado de Costa Rica por medio del Fondo Nacional de Financiamiento Forestal y los propietarios de bosques. Se trata pues, de una nueva modalidad de contratos cuyo objetivo o finalidad es proteger y conservar el ambiente y procurar el uso racional de los recursos naturales. Como ejemplos de contratos ambientales se encuentran los de reforestación de fincas, pago de servicios ambientales, constitución de servidumbres ambientales etc.

Tal y como se ha expuesto, con el surgimiento del derecho ambiental nace un nuevo tipo de propiedad especial, la propiedad ecológica o ambiental, cuya función social es la conservación, protección y explotación racional de sus recursos, con el fin de beneficiar tanto a su propietario como a la sociedad, por medio de los servicios que brindan los distintos ecosistemas, para el disfrute tanto de las generaciones presentes como las futuras.

2. La posesión ambiental

La posesión, según la postura clásica del derecho civil, es el derecho real de tenencia de una cosa, la cual se puede ejercer tanto a nombre propio como a cuenta ajena, lo que implica, que se podría ejercer como propietario, inquilino, precario etc.

Sus elementos constitutivos son el "*corpus*" y el "*animus*", ambos derivados del derecho romano, en donde debe existir, tanto la detentación o tenencia del

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 253 1/9/16 12:09

bien, como el ánimo o intención de poseerlo. Implica el poder ejercido sobre el fundo junto con la posibilidad de alejar a cualquier otro del ejercicio de tal poder.

La influencia de los derechos humanos de tercera generación sobre el instituto de la propiedad trajo como consecuencia un nuevo tipo de posesión. Se trata de la posesión ambiental, la cual puede definirse como el poder de hecho que se ejerce sobre un territorio donde exista un ecosistema, junto con los actos los cuales están encaminados a proteger el ecosistema, procurando el estudio y la investigación científica entre sus componentes animales, vegetales y la interacción humana.[26]

El poseedor ambiental puede ser tanto una persona física como jurídica, siempre y cuando posea suficiente capacidad técnica y conocimiento científico del equilibrio ecológico y el manejo de ecosistemas.

Los actos posesorios en la posesión ecológica son a la vez activos como omisivos, cuya combinación permite la conservación y el equilibrio ecológico de los ecosistemas.

En la posesión ambiental si son relevantes las actuaciones omisivas o de no hacer, sobre el fundo de aptitud ambiental, así como lo son las actividades de cuido, limpieza de carriles y hechura de cercas, donde existen ecosistemas que se pretenden conservar y reservar.

Bien lo expone Cabrera (1996) refiriéndose a la posesión ambiental:

> "*los actos posesivos varían hasta ubicarse en meras omisiones y no en acciones, de forma que no estamos en presencia de una posesión posesiva en el sentido tradicional agrario, sino más bien de una posesión omisiva, punto que se conecta con la explicación de la aptitud para posibilitar el desarrollo de la actividad agraria*"[27].

Por tanto, la posesión ambiental se ejerce tanto por medio de actuaciones activas como de actuaciones omisivas (no hacer), que llevan como fin la conservación del ecosistema y el aprovechamiento racional de sus recursos sin superar el máximo de su capacidad racional de regeneración.[28]

---

26 Sentencia n. 393 de las 16 horas del catorce de julio de 1997, de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

27 CABRERA MEDAGLIA, Jorge. "Las relaciones entre el Derecho Ambiental y el Derecho Agrario" en Revista de los Tribunales Agrarios, número 12, mayo – agosto, México. 1996.

28 Voto 335-96 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 254 1/9/16 12:09

Dentro de la posesión ambiental se encuentra un tipo de posesión especial denominada posesión forestal. La misma ha sido desarrollada por la jurisprudencia del Tribunal Superior Agrario definiéndola como:

> "*poder de hecho que se ejerce sobre un bien de vocación forestal o en su mayor parte destinado a proteger los recursos forestales, sin miras a su explotación o bien, dedicándola a la simple extracción de especies maderables, a través de planes de manejo para lograr la regeneración natural del bosque*."[29]

La posesión forestal recae sobre bienes con aptitud forestal o terrenos cubiertos de bosque, la obligación del poseedor es la conservación del recurso forestal sin que pueda aprovecharlo económicamente, sino sólo bajo las restricciones o limitaciones impuestas por ley, como lo son los planes de manejo forestal, permitiéndose actividades agrícolas o pecuarias complementarias, en el entendido que no se llegue a dañar el recurso forestal.

Como actos posesorios típicos de la posesión forestal se encuentran el cuido permanente del bosque y la hechura de rondas o carriles con el fin de evitar su destrucción o la propagación del fuego.

Característica primordial tanto de la posesión ambiental como de la posesión forestal es la no existencia del desarrollo de un ciclo biológico vegetal o animal, ni la asunción por parte del poseedor de ningún riesgo.

La jurisprudencia costarricense ha distinguido entre la posesión forestal sin empresa y la posesión agraria forestal. En la posesión forestal como parte de la posesión ambiental, no existe el desarrollo de la teoría de la agrariedad, o sea, el desarrollo de un ciclo biológico animal o vegetal y por tanto el poseedor no asume ningún tipo de riesgo biológico. Por su parte, en la posesión agraria forestal el poder de hecho se ejerce sobre un bien de naturaleza forestal, unido a tal poder el ejercicio de actos posesorios estables y efectivos tendientes a cultivar especies forestales con el fin de su comercialización, lo que implica necesariamente al existencia tanto del ciclo biológico como del riesgo, al tratarse de una actividad controlada por el poseedor. En la posesión agraria forestal, la actuación del poseedor se encamina en dirigir el ciclo biológico de las especies forestales que desea producir, dándole continuidad a su actividad de sivilcultura o cultivo del bosque, lo que implica el control sobre el ciclo biológico.

29 Sentencia n. 829 de las 9 horas 30 minutos del 23 de diciembre de 1997 del Tribunal Superior Agrario de Costa Rica.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 255 1/9/16 12:09

De esta forma, para la jurisprudencia costarricense la actividad de sivilcultura o el cultivo de bosques para la extracción y comercialización de las especies maderables, es una actividad agraria y no ambiental, pues implica necesariamente la existencia del ciclo biológico controlado por el poseedor, así como la asunción del riesgo tanto biológico como el comercial. Por su parte, la extracción sostenible del bosque mediante la implementación de planes de manejo, es vista como una actividad propia del derecho ambiental, cuyo fin es la conservación del bosque y el ecosistema y la extracción racional de sus recursos madereros, no existiendo por tanto, ni ciclo biológico no riesgo para el poseedor forestal.

3. Servidumbres ambientales

El advenimiento del derecho ambiental junto con los derecho humanos de tercera generación llegó a modificar la naturaleza jurídica de las servidumbres, creando un nuevo tipo de éstas, denominadas "*servidumbres ambientales o servidumbres ecológicas*", las cuales surgen por la conciencia ambiental de propietarios privados de fundos con aptitud ambiental, con el fin de proteger las riquezas naturales que se encuentran dentro de sus inmuebles.

Tienen su origen en una adaptación del common law, específicamente del instituto denominado "*conservation easement*" o "*environmental easement*" Se les puede definir como:

> "*Limitaciones temporales o perpetuas, impuestas voluntariamente a la propiedad privada por sus propietarios para fines ecológicos, que se inscriben en el Registro Público, de manera que resultan vinculantes tanto para el que las impuso como para los subsiguientes adquirentes del inmueble, sea cual sea la causa de la adquisición.*"[30]

Consiste en el acuerdo legal entre dos propietarios de inmuebles, por medio del cual, se planifica el tipo de uso futuro que se le dará a uno de los inmuebles, con el fin de proteger y preservar los atributos naturales, el potencial hidrológico, belleza escénica, patrimonio histórico, arqueológico, arquitectónico y cultural del inmueble entre otros.

30 ATMELLA CRUZ, Agustín. Manual de Instrumentos Jurídicos Privados para la Protección de los Recursos Naturales. San José: Editorial Heliconia, 1999.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 256 1/9/16 12:09

Necesita obligatoriamente de la existencia de al menos dos fundos, uno sirviente y otro dominante, la determinación de la utilidad de la servidumbre vía contractual, y la relación con ambos fundos. Como características propias se encuentra que son flexibles, pues dependen de la voluntad de los contratantes y de la naturaleza del inmueble, costo-efectivas, políticamente viables y promueven la protección temporal o perpetua por la vía voluntaria.

El fundo dominante tiene la obligación de dar seguimiento, ya sea por el plazo estipulado o bien de forma perpetua, a las actividades que se desarrollan en el fundo sirviente, de conformidad con el uso convenido en el contrato que crea la servidumbre. Por otra parte, el fundo sirviente debe regular su uso y actividades de conformidad con el plan pactado mediante por ejemplo, la limpieza y mantenimientos a los linderos, permitiendo las inspecciones por parte del propietario del fundo dominante, y realizando la rotulación de la propiedad con fines educativos y científicos.

En el caso costarricense las servidumbres ambientales se crean mediante contrato a través de una escritura pública otorgada ante un Notario Público debiendo ser inscrita en el Registro de la Propiedad Inmueble. Para deshacerla necesita del consentimiento de ambos propietarios otorgado también en escritura pública, y la inscripción de la cancelación en el Registro de la Propiedad.

De conformidad con la legislación de Costa Rica, las servidumbres son siempre prediales, lo que implica necesariamente que la misma sólo se puede realizar entre fundos, y no a favor o a cargo de sujetos u organizaciones ambientalistas privadas o a favor del Gobierno, como si sucede en otras latitudes.

Las servidumbres ambientales son indivisibles y se mantienen aún con la venta de la propiedad, de esta forma, el nuevo propietario se encuentra obligado a cumplir con lo convenido por su antecesor.

La servidumbre ecológica puede ser parcial, esto significa que afecte sólo parte del fundo sirviente, pudiendo por tanto el propietario de éste, realizar actividades productivas, turísticas o residenciales en el resto de su propiedad.

La figura de las servidumbres ha incentivado la constitución de los denominados "*landtrust*" definidas como aquellas organizaciones involucradas en proteger tierras por su valor natural, recreativo, escénico, histórico o productivo, realizando los estudios necesarios para el manejo sostenible de tierras. En el caso costarricense, los "*landtrust*" han adquirido terrenos en zonas ecológicamente estratégicas, con el fin de crear servidumbres ecológicas que sirvan como corredores biológicos entre zonas protegidas,

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 257 1/9/16 12:09

siendo su deber la inspección periódica y a perpetuidad de los inmuebles sometidos a un uso restrictivo.

Las servidumbres ecológicas encuentran utilidad en terrenos que sirvan como los corredores biológicos, terrenos parches boscosos o bien senderos ecológicos, fundos con belleza escénica, quintas ecológicas, en fincas deforestadas y erosionadas con aptitud forestal y en aquellos terrenos con potencial hidrológico.

Sus ventajas más importantes son las siguientes:

- Pueden constituirse a perpetuidad,
- Son menos costosas que la compra de terrenos o expropiaciones por parte del Estado,
- Son de carácter voluntario por lo que la intervención estatal es nula, permite al propietario conservar su tierra a título de dueño y continuar con actividades productivas que no afecten los ecosistemas,
- Son flexibles pues se deben ajustar a cada caso en específico y a cada fundo, permiten conservar la biodiversidad, el paisaje, el potencial hidrológico, la riqueza histórica, arqueológica o arquitectónica,
- Permite al propietario del fundo sirviente una remuneración económica a cambio de someterse a un uso controlado de su propiedad,
- Facilita el ecoturismo y ayuda a proteger y conservar el ambiente.

4. Usufructo ambiental

El derecho de usufructo conlleva el aprovechamiento del uso y disfrute del un bien inmueble por un plazo pactado. Implica a la vez, la existencia del nudo propietario, quien por el tiempo de vigencia del contrato de usufructo, cede el uso y disfrute de su propiedad al usufructuario. Puede otorgarse o reservarse a favor de una o varias personas, por toda su vida o por un plazo determinado. A la vez, puede pactarse a favor de personas jurídicas o morales, tales como sociedades, asociaciones, cooperativas.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 258 1/9/16 12:09

El propietario puede recibir remuneración económica a cambio del derecho de usufructo, o bien, recibir un pago por la nuda propiedad, y conservar el usufructo de ésta con algunas restricciones.

El propietario puede crear y ceder el derecho de usufructo a favor de un particular, varios de ellos, o bien una persona jurídica, limitando el uso y disfrute del inmueble por el tiempo determinado a la conservación, o bien a su explotación racional. A la vez, el propietario de un inmueble con valor ecológico, está facultado en vender la nuda propiedad a una asociación conservacionista, reservándose el usufructo con restricciones tendientes a proteger los recursos naturales existentes en el inmueble. En estos últimos dos casos, dada su naturaleza especial, se estaría en presencia de usufructos ambientales.

VI. DAÑO, RESPONSABILIDAD Y REPARACIÓN AMBIENTAL

Costa Rica no cuenta con una ley especial de responsabilidad por daño ambiental, pero a pesar de ello, gracias a la normativa de más reciente promulgación y en especial a la jurisprudencia emanada de las distintas Salas de la Corte Suprema de Justicia, el sistema evolucionó de tal forma, que actualmente podemos hablar de la existencia de un verdadero sistema de responsabilidad por daño ambiental.

A continuación se desarrolla la normativa y jurisprudencia nacional que regula los aspectos, tanto de forma como de fondo, de la responsabilidad ambiental.

1. Tutela preventiva

- Ley de Biodiversidad

Artículo 11. Criterios para aplicar esta ley. Son criterios para aplicar esta ley:

1. Criterio preventivo: Se reconoce que es de vital importancia anticipar, prevenir y atacar las causas de la pérdida de la biodiversidad o sus amenazas.

2. Criterio precautorio o indubio pro natura: Cuando exista peligro o amenaza de daños graves o inminentes a los elementos de la biodiversidad y al conocimiento asociado con estos, la ausencia de certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces de protección.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 259 1/9/16 12:09

Artículo 45.- Responsabilidad en materia de seguridad ambiental El Estado tiene la obligación de evitar cualquier riesgo o peligro que amenace la permanencia de los ecosistemas. También deberá prevenir, mitigar o restaurar los daños ambientales que amenacen la vida o deterioren su calidad.

- Ley Orgánica del Ambiente.

Artículo 99. Ante la violación de las normativas de protección ambiental o ante conductas dañinas al ambiente claramente establecidas en esta ley, la Administración Pública aplicará las siguientes medidas protectoras y sanciones:

d) Restricciones, parciales o totales, u orden de paralización inmediata de los actos que originan la denuncia.

e) Clausura total o parcial, temporal o definitiva, de los actos o hechos que provocan la denuncia.

f) Cancelación parcial, total, permanente o temporal, de los permisos, las patentes, los locales o las empresas que provocan la denuncia, el acto o el hecho contaminante o destructivo.

g) Imposición de obligaciones compensatorias o estabilizadoras del ambiente o la diversidad biológica.

h) Modificación o demolición de construcciones u obras que dañen el ambiente.

- Reglamento de procedimientos del Tribunal Ambiental Administrativo

Artículo 19. Medidas cautelares. Cuando la gravedad de los hechos denunciados implique la eventualidad de que se comentan daños ambientales de difícil o imposible reparación, el Tribunal Ambiental Administrativo de conformidad con lo establecido en el artículo 99 de la Ley Orgánica del Ambiente y los artículos 11, 45 y 54 de la Ley de Biodiversidad, podrá dictar medidas cautelares, para impedir la eventual comisión del daño o que las acciones dañinas continúen. Las medidas precautorias son:

a) Restricciones, parciales o totales, u orden de paralización inmediata de los actos que originan la denuncia.

b) Suspender temporalmente, en forma total o parcial, el o los actos administrativos que provocan la denuncia.

c) Clausurar temporalmente, en forma total o parcial, las actividades que provocan la denuncia.

d) Así como cualquier otras medidas que a criterio de este Tribunal estime pertinente a fin de evitar un daño de difícil o imposible reparación.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 260 1/9/16 12:09

- Jurisprudencia relevante.

Medidas cautelares típicos y atípicas, de oficio, aplicación del principio precautorio. Sentencia n. 106/2008 de las 3:30 horas del 13/2/2008, Tribunal Agrario:

> "*De la anterior norma se extraen varios aspectos importantes. Primero, consagra como deber de los Estados, y por ende, de los Administradores de Justicia, la aplicación de medidas cautelares para la no degradación del ambiente. Segundo, es que permite que la aplicación y determinación de estas medidas eficaces pueden ser de oficio. Tercero, y más importante, a raíz del principio indubio pronatura , el presupuesto de periculum in mora está expresamente regulado al hablar de un daño grave e irreversible y se redimensiona dicho presupuesto de aplicación sobreponiéndolo a falta de criterios científicos que puedan determinar el fumus bonis iuris o verosimilitud del buen derecho. Bajo esta inteligencia, aún en caso de duda de que se esté produciendo daño ambiental, deben dictarse las medidas más adecuadas para evitarlo*"
>
> "*En virtud del principio precautorio, en caso de duda o de certeza científica sobre si se está cometiendo daño ambiental, es deber del juzgador agrario aplicar las medidas cautelares típicas o atípicas necesarias para evitar un menoscabo a los recursos naturales. Es la esencia de las medidas cautelares agroambientales*"

2. Prueba y relación de causalidad

- Ley de Cercas Divisorias y Quemas.

Artículo 5. Se presume autor de la quemazón al propietario, poseedor, arrendatario del terreno que en época de fuego estaba preparado para ese objeto.

- Ley de Biodiversidad

Artículo 109. La carga de la prueba, de la ausencia de contaminación, degradación o afectación no permitidas, corresponderá a quien solicite la aprobación, el permiso de acceso a la biodiversidad o a quien se le acuse de haber ocasionado daño ambiental

- Jurisprudencia relevante.

Sentencia n. 112/1995 de las 15:50 horas del 11/10/1995 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia n. 112/1995 de las 15:50 horas del 11/10/1995 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia: "*La carga de la prueba sobre la ausencia de culpa corresponde a quien quemó e incendió. Es una presunción iuris tantum*".

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 261 1/9/16 12:09

Sentencia n. 1.669/2000 de las 14:51 horas del 18/2/2000, Sala Constitucional:

> "*La Ley Orgánica del Ambiente, confiere además plenas facultades al Tribunal Ambiental Administrativo, para imponer sanciones por las infracciones a dicha Ley, previa interposición del procedimiento administrativo correspondiente. Es éste un órgano competente para dirigir un procedimiento cuya finalidad sea sentar responsabilidades específicas por el daño ocasionado al medio ambiente. Evidentemente, como cualquier procedimiento sancionatorio, es menester que se de amplia aplicación de los principios informantes de los derechos de defensa y debido proceso, de tal suerte que la empresa a quien se acusa de ocasionar el daño pueda probar que ella no ha sido la responsable*."

Sentencia n. 398/2001 de las 4:00 horas del 6/6/2001, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia:

> "*Si una persona manipula pólvora, o cualquier tipo de material inflamable, sea en una fábrica, en una actividad comercial, o por su propia diversión, en caso de ocurrir un siniestro con efectos en cualquier vecino, no ha de ser el damnificado el llamado a probar el nexo de causalidad entre la conducta ejercida y el daño causado, más bien el ordenamiento jurídico parte de la culpabilidad de quien asumió el riesgo y la peligrosidad, y solo para eximirlo de la responsabilidad podría probar no ser el responsable directo del daño causado, así la carga de la prueba se invierte, y los eximentes, como por analogía podría aplicarse para el ámbito ambiental, serían los previstos en la Ley General de la Administración Pública donde también se prevé la responsabilidad objetiva del Estado, siendo ellos "fuerza mayor", "culpa de la víctima" o "hecho de un tercero" (artículo 190).*"

Sentencia n. 106/2008 de las 3:30 horas del 13/2/2008, Tribunal Agrario:

> "*En materia agroambiental, además de los presupuestos explicados en el considerando anterior, rige el denominado principio precautorio. Este principio, del cual hasta ahora se ha enfocado como parte del derecho de fondo en materia ambiental, viene a ser llamado como un nuevo presupuesto de aplicación para este tipo especial de medidas cautelares, junto con el peligro de demora y la apariencia del buen derecho. Tiene efectos procesales, pues amplía la legitimación activa para solicitar la medida cautelar y revierte la*

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 262 1/9/16 12:09

carga de la prueba (onus probandi) a favor del medio ambiente y la salud de las personas"

Sentencia n. 19/2009 de las 11:59 horas del 13/2/2009 del Tribunal Contencioso Administrativo:"*En cuanto a la inversión de la carga probatoria, establecida en el art. 109 de la Ley Orgánica del Ambiente, esta es una regla procedimental fundamental en materia ambiental que por lo indicado, no se aplicó indebidamente en el presente caso*".

3. Imputación de carácter objetiva y causas eximentes de la responsabilidad por daño ambiental

- Ley de Cercas Divisorias y Quemas.

Artículo 5. En todo caso, el que hiciere quemazones debe pagar los daños y perjuicios que a causa del fuego ocasionen. Se presume autor de la quemazón al propietario, poseedor o arrendatario del terreno que en la época del fuego estaba preparado para ese objeto".

- Ley Orgánica del Ambiente

Artículo 101. Responsabilidad de los infractores. Sin perjuicio de las responsabilidades de otra naturaleza que les puedan resultar como partícipes en cualquiera de sus formas, los causantes de las infracciones a la presente ley o a las que regulan la protección del ambiente y la diversidad biológica, sean personas físicas o jurídicas, serán civil y solidariamente responsables por los daños y perjuicios causados. Solidariamente, también responderán los titulares de las empresas o las actividades donde se causen los daños, ya sea por acción o por omisión. Igual responsabilidad corresponderá a los profesionales y los funcionarios públicos que suscriban una evaluación de impacto ambiental contra las disposiciones legales o las normas técnicas imperantes o no den el seguimiento debido al proceso, originando un daño al ambiente o a la diversidad biológica.

- Ley Uso, Manejo y Conservación de suelos.

Artículo 52. Quien contamine o deteriore el recurso suelo, independientemente de la existencia de culpa o dolo o del grado de participación, será responsable de indemnizar, en la vía judicial que corresponda, y de reparar los daños causados al ambiente y a terceros afectados.

- Ley de Protección Fitosanitaria:

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 263 1/9/16 12:09

Artículo 31. Quienes realicen investigación, experimentación, movilización, liberación al ambiente, importación, exportación, multiplicación y comercialización de vegetales o de los organismos o productos referidos al artículo 41, serán responsables de los daños y perjuicios que ocasionen a la agricultura, el ambiente y la salud.

Artículo 32.- Quienes importen, fabriquen, formulen, reenvasen, reempaquen, distribuyan, almacenen, transporten, vendan y apliquen sustancias químicas, biológicas o afines para uso agrícola, estarán obligados a resarcir los daños y perjuicios que, con sus acciones u omisiones, ocasionen a la agricultura, la ganadería, la salud humana y el ambiente.

- Ley General de la Administración Pública

Artículo 190. La Administración responderá por todos los daños que cause su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal, salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero.

- Jurisprudencia relevante.

Sentencia n. 1.669/2000 de las 14:51 horas del 18/2/2000, Sala Constitucional:

> *"En el Derecho ambiental se ha dado un planteamiento distinto a la responsabilidad, de tal suerte que se ha evolucionado de un sistema de responsabilidad por culpa a uno de responsabilidad por riesgo, lo que significa una mayor cobertura, pues dicha responsabilidad surgiría aún cuando no medie culpa del transgresor, si la actividad por éste desempeñada se estima riesgosa y, no obstante, asume ese riesgo, con una consecuencia dañosa para el ambiente. Se trata de un nuevo concepto de responsabilidad, donde lo que priva es el criterio objetivo sobre el subjetivo, puesto que para su surgimiento, es irrelevante si se actuó o no con culpa; basta con que el daño haya sido efectivamente ocasionado, para que de inmediato surja la consecuente responsabilidad. Así las cosas, en muchas ocasiones no es posible determinar, ni al culpable, ni la norma legal infringida, pues en la mayoría de los casos el daño es producto de una omisión, pero ciertamente se perjudica a terceras personas o Estados, las o lo que necesariamente son objeto de indemnización. La responsabilidad por daño ambiental, se asimila entonces a la responsabilidad por riesgo, lo que permite una mayor cobertura para establecer responsabilidades contra sujetos concretos, con el fin de remediar los daños ocasionados por sus explotaciones industriales o de otra clase. Esta responsabilidad objetiva, no toma en consideración la conducta del sujeto, pues lo que importa es el daño producido y, por ende, siempre será responsable el individuo, con independencia de cualquiera*

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 264 1/9/16 12:09

> *que haya sido su participación volitiva en el hecho. El punto radica más que todo en la creación de un riesgo, de donde se colige que el que con su actividad o su inactividad produce un daño o pone en riesgo la integridad de la ecología y del medio ambiente, ha de responder de él. La responsabilidad por daño ambiental es fundamentalmente resarcitoria, más que restitutiva, ya que en la mayoría de los casos el daño producido es ya irreparable y sólo resta exigir al causante un resarcimiento económico. Dentro de este contexto es que debe entenderse el contenido del artículo 101 de la Ley Orgánica del Ambiente*"

Sentencia n. 398/2001 de las 4:00 horas del 6/6/2001, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia:

> "*La responsabilidad derivada de daños causados a la naturaleza, sea ésta proveniente de una actividad agraria o de cualquier otro tipo, universalmente siempre se ha considerado como una responsabilidad de carácter objetiva. Este principio general de derecho ha sido admitido ampliamente en las últimas reformas a la Constitución donde se introdujo el derecho a un ambiente sano y ecológico equilibrado, y el legislador lo ha asumido aún antes de esas reformas, reiterándolo ampliamente después, para encontrarse en todo el sector ambiental del ordenamiento jurídico. Desde los más remotos documentos jurídicos este criterio siempre ha imperado porque no puede obligarse a la víctima a probar el nexo de causalidad, como sí acontece para la responsabilidad subjetiva, si el agente dañoso ha asumido un riesgo, aún cuando sea bajo una dimensión de una actividad lícita, si dentro de sus posibles efectos se pueden incluir el causarle un mal a terceros*"
>
> "*No se trata de la responsabilidad subjetiva prevista en el numeral 1045 del Código Civil, porque en tal hipótesis el damnificado debe probar el nexo causal entre la acción del agente dañino y los perjuicios sufridos. En la objetiva la simple existencia del daño reputa la responsabilidad en el agente dañino de haber sido el causante de ese daño, y por tal quien deberá indemnizar los daños y perjuicios causados con su conducta. Esto no deriva de un acto arbitrario sino de pura lógica, pues quien, incluso en una conducta lícita, asume un riesgo donde exista peligrosidad, debe responder por todo cuanto daño pueda causar esa peligrosidad*"

Sentencia n. 19/2009 de las 11:59 horas del 13/2/2009 del Tribunal Contencioso Administrativo.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 265 1/9/16 12:09

> *"Que conforme con lo indicado al inicio del considerando quinto, ya comentado, existió de parte de los aquí actores, la violación de los artículos 98 y 101 de la Ley Orgánica del Ambiente, se cometió por omisión; forma de responsabilidad que en sentido estricto, no puede confundirse con la figura de la responsabilidad objetiva, que es precisamente la que existe con independencia de toda culpa por parte del sujeto responsable ; 4) Que no obstante lo anterior y que al inicio del considerando quinto de la sentencia, se habla de una forma de responsabilidad ambiental, por omisión, más adelante (en el mismo considerado quinto, a partir del párrafo que inicia con la frase: " La normativa indicada es clara") se da un "salto lógico" y se comienza a hablar de responsabilidad objetiva, que según la doctrina es "(…) la determinada legalmente sin hecho propio que constituya deliberada infracción actual del orden jurídico ni intencionado quebranto del patrimonio ni de los derechos ajenos" (así la entrada de dicho concepto, en el Diccionario Jurídico Elemental de Guillermo Cabanellas de Torres, actualizado por Guillermo Cabanellas de las Cuevas –Editorial Heliasta, Buenos Aires, 16ª. Edición, 2003, p. 352); 5) El hecho que en la sentencia cuestionada se haya dado el "salto lógico" mencionado, no la invalida, por cuanto, como vimos, la responsabilidad de parte de los actores, existió, razón por la cual los actos administrativos que se cuestionan en este proceso, son ajustados a derecho."*

4. Solidaridad

- Ley Orgánica del Ambiente

Artículo 98. Imputación por daño al ambiente. El daño o contaminación al ambiente puede producirse por conductas de acción u omisión y les son imputables a todas las personas físicas o jurídicas que la realicen.

Artículo 101. Responsabilidad de los infractores. Sin perjuicio de las responsabilidades de otra naturaleza que les puedan resultar como partícipes en cualquiera de sus formas, los causantes de las infracciones a la presente ley o a las que regulan la protección del ambiente y la diversidad biológica, sean personas físicas o jurídicas, serán civil y solidariamente responsables por los daños y perjuicios causados. Solidariamente, también responderán los titulares de las empresas o las actividades donde se causen los daños, ya sea por acción o por omisión. Igual responsabilidad corresponderá a los profesionales y los funcionarios públicos que suscriban una evaluación de impacto ambiental contra las disposiciones legales o las normas técnicas imperantes o no den

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 266 1/9/16 12:09

el seguimiento debido al proceso, originando un daño al ambiente o a la diversidad biológica.

Ley Forestal

- Artículo 57. "En el caso de actos ilícitos comprendidos en esta ley, cuando se trate de personas jurídicas, la responsabilidad civil se extenderá a sus representantes legales"

- Ley General de Salud

Artículo 384. "En todo caso la entidad jurídica responderá solidariamente con quien resultare responsable, por la indemnización civil que se derive de la infracción cometida en el establecimiento que sea de su propiedad o que explote o administre a cualquier título"

- Ley de Protección Fitosanitaria

Artículo 67. Responsabilidad de personas jurídicas Cuando se tratare de personas jurídicas, las responsabilidades civiles derivadas de delitos o contravenciones trascenderán solidariamente a sus representantes legales.

- Ley de Pesca y Acuicultura

Artículo 116. En materia administrativa y civil, el armador, el patrón de pesca y el capitán serán solidariamente responsables por el incumplimiento de la legislación pesquera, cuando se cause un daño efectivo.

Articulo 149. En estos casos, también serán civilmente responsables el patrón de pesca y el dueño o permisionario de la embarcación

- Ley de Gestión Integral de Residuos

Artículo 57. Sin perjuicio de las responsabilidades penales y administrativas, los infractores a las disposiciones contenidas en la presente Ley, sean personas físicas o jurídicas, serán civil y solidariamente responsables por los daños y perjuicios causados contra el ambiente y la salud de las personas, y deberán restaurar el daño, y, en la medida de lo posible, dejar las cosas en el estado que se encontraban antes de la acción ilícita. Los titulares de las empresas o las actividades donde se causan los daños responderán solidariamente.

- Reglas Vigentes de Responsabilidad Civil del Código Penal de 1941

Artículo 135. Es solidaria la obligación de los partícipes en un hecho punible en cuanto a la reparación civil, pero entre ellos cada uno responderá por la cuota que le señale el juez, según su participación.

- Jurisprudencia relevante.

Sentencia n. 398/2001 de las 4:00 horas del 6/6/2001, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia:

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 267 1/9/16 12:10

"*No solo la empresa demandada es responsable por prestar un servicio de fumigación a la finca colindante sembrada de arroz, en forma negligente e imprudente, sin la pericia del caso, provocando el daño acusado por la sociedad actora. También es responsable Arturo Quesada Cordero, piloto de la avioneta, pues debió realizar su trabajo con la debida pericia, diligencia y prudencia. En función de su labor se encontraba en la obligación de adoptar una serie de medidas tendientes a evitar daños como el acaecido. Concretamente el Reglamento de Aviación Agrícola establece en sus artículos 56, 59, 60, 61, 67, 68, 71 y 75 una serie de reglas para el piloto, basadas en factores como el viento, colindancias, tipo de químico, tipo de plantación etc. Recayendo la responsabilidad sobre el piloto ante el incumplimiento de las mismas, pero en éste, por las especiales circunstancias solo es un 30%.*"

Sentencia n. 216/2000, del 17/3/2000, Tribunal Superior de Casación Penal:

"*Sobre el tema es de suma importancia en aplicación de las de las Reglas Vigentes sobre Responsabilidad Civil del Código Penal de 1941 de Costa Rica, artículo 135, limitó porcentualmente la responsabilidad del Estado por la actuación de dos de sus servidores, estableciendo. "El Tribunal de Juicio al resolver determina la responsabilidad para el Estado estimando que la "... responsabilidad se origina, conforme a lo dispuesto por el artículo 191 antedicho, que nos dice que la Administración deberá reparar todo daño causado a los derechos subjetivos ajenos por falta de sus servidores, cometidas durante el desempeño de los deberes del cargo o con ocasión del mismo, utilizando las oportunidades o medios que ofrece, aún cuando sea para fines o actividades o actos extraños a dicha misión..." Y si bien es cierto los señores Carvajal Angulo y Vega Cruz fueron eximidos de responsabilidad penal y civil, también lo es que el Estado deber responder por el daño que ellos causaron, pues es innegable que con su actuar causaron daños y perjuicios al actor civil, pero de ello no son responsables dado que no fueron originados por dolo o culpa; no así el Estado, que si debe responder por los mismos al tenor del artículo 191 citado, ya que Don José Francisco sufrió un daño especial y anormal, producto de los funcionarios dichos, quienes quizá, si hubieran recibido instrucción por parte del Estado, no habrían actuado como lo hicieron, de ahí que tal ente debe responder en forma proporcional por los daños y perjuicios sufridos por Don José Francisco Rojas Fernández; pero, como ya se dijo, dicha responsabilidad debe ser limitada hasta en un máximo del veinticinco por ciento de tales extremos*"

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 268 1/9/16 12:10

5. Legitimación activa

- Constitución Política:

Artículo 50. Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado.

El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho. La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes.

- Tratado de Libre Comercio entre Centro América, República Dominicana y los Estados Unidos (DR-CAFTA):

Artículo 17.3.2. Cada Parte garantizará que las personas interesadas puedan solicitar a las autoridades competentes de la Parte, que investiguen supuestas infracciones de su legislación ambiental y que las autoridades competentes de cada Parte le deberán dar consideración a tales solicitudes de acuerdo con su legislación.

Artículo 17.3.4. Cada Parte otorgará apropiado y efectivo acceso a reparaciones de acuerdo con su legislación, las cuales podrán incluir derechos, tales como:

(a) demandar por daños a otra persona bajo la jurisdicción de esa Parte, de conformidad con la legislación de esa Parte;

(b) solicitar sanciones o medidas de reparación, tales como multas, clausuras de emergencia o suspensión temporal de actividades, u órdenes para mitigar las consecuencias de las infracciones de su legislación ambiental;

(c) solicitar a las autoridades competentes de esa Parte que adopten acciones adecuadas para el cumplimiento de su legislación ambiental, con el fin de proteger o evitar el daño al ambiente; o

(d) solicitar medidas precautorias en casos en que una persona sufra o pueda sufrir pérdidas, daños o perjuicios como resultado de la conducta de otra persona que se encuentre bajo la jurisdicción de esa Parte y que sea contraria a la legislación ambiental de esa Parte; o que viole un derecho legal bajo la legislación de esa Parte relacionada con la salud humana o el medio ambiente

- Ley de Biodiversidad.

Artículo 105. Toda persona estará legitimada para accionar en sede administrativa y jurisdiccional en defensa y protección de la biodiversidad.

- Código Procesal Contencioso Administrativo

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 269 1/9/16 12:10

Artículo 10. Estarán legitimados para demandar:

a) Quienes invoquen la afectación de intereses legítimos o derechos subjetivos

c) Quienes invoquen la defensa de intereses difusos y colectivos.

d) Todas las personas por acción popular, cuando así lo disponga expresamente, la ley.

- Código Procesal Penal

Artículo 75. Querellante en delitos de acción pública En los delitos de acción pública, la víctima y su representante o guardador, en caso de minoridad o incapacidad, podrán provocar la persecución penal, adherirse a la ya iniciada por el Ministerio Público o continuar con su ejercicio, en los términos y las condiciones establecidas en este Código.

El mismo derecho tendrá cualquier persona contra funcionarios públicos que, en el ejercicio de su función o con ocasión de ella, hayan violado derechos humanos; cuando se trate de delitos cometidos por funcionarios que han abusado de su cargo así como contra quienes cometen delitos que lesionan intereses difusos.

- Ley Forestal

Artículo 38. Acción civil por daño social La acción civil podrá ser ejercida por la Procuraduría General de la República, cuando se trate de hechos punibles que afecten intereses colectivos o difusos.

Se le concede acción de representación a la Procuraduría General de la República, para que establezca la acción civil resarcitoria sobre el daño ecológico ocasionado al patrimonio natural del Estado. Para estos efectos, los funcionarios de la Administración Forestal del Estado podrán actuar como peritos evaluadores.

- Jurisprudencia relevante.

Sentencia n. 3.705/93, de las 15 horas del 30/6/1993, Sala Constitucional

> "*…el presupuesto procesal de la legitimación tiende a extenderse y ampliarse en una dimensión tal, que lleva necesariamente al abandono del concepto tradicional, debiendo entender que en términos generales, toda persona puede ser parte y que su derecho no emana de títulos de propiedad, derechos o acciones concretas que pudiera ejercer según las reglas del derecho convencional, sino que su actuación procesal responde a lo que los modernos tratadistas denominan el interés difuso, mediante el cual la legitimación original del interesado legítimo o aún del simple interesado, se difunde entre todos los miembros de*

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 270 1/9/16 12:10

> *una determinada categoría de personas que resultan así igualmente afectadas por los actos ilegales que los vulneran. Tratándose de la protección del ambiente, el interés típicamente difuso que legitima al sujeto para accionar, se transforma, en virtud de su incorporación al elenco de los derechos de la persona humana, convirtiéndose en un verdadero 'derecho reaccional', que, como su nombre lo indica, lo que hace es apoderar a su titular para 'reaccionar' frente a la violación originada en actos u omisiones ilegítimos. Es por ello que la vulneración de ese derecho fundamental, constituye una ilegalidad constitucional, es decir, una causal específica de amparo contra los actos concretos o normas autoaplicativas o, en su caso, en la acción de inconstitucionalidad, contra todas las normas o contra los actos no susceptibles de amparo, e incluso, contra las omisiones, categoría ésta que en el caso del derecho al ambiente se vuelve especialmente importante, porque al tratarse de conservar el medio que la naturaleza nos ha dado, la violación más frecuente se produce por la inercia de las autoridades públicas en realizar los actos necesarios para protegerlos. La Jurisdicción Constitucional, como medio jurídicamente idóneo y necesario para garantizar la supremacía del Derecho de la Constitución es, además de supremo, de orden público esencial, y ello implica, en general, que una legitimación mucho más flexible y menos formalista, es necesaria para asociar a los ciudadanos al interés del propio Estado de Derecho de fiscalizar y, en su caso, restablecer su propia juridicidad*."

Sentencia n. 675/2007 de las 10 horas del 21/9/2007, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia:

> "*El concepto 'toda persona' utilizado por el constituyente, no puede asimilarse a titular de derecho subjetivo en sentido estricto. 'Toda persona' es, todo habitante, vecino, ciudadano, física o jurídica, pública o privada, es en fin, cualquiera que ve lesionado su derecho a un ambiente sano. Por esa razón, en su defensa y protección, se debe favorecer una tutela suficientemente amplia, a fin de no inoperativizar la norma o limitar sus alcances. En ese sentido, la simple falta de relación directa o de perjuicio, en tesis de principio, no puede conducir a una pérdida de la legitimación para quien posee un derecho reconocido a nivel constitucional. Si se aceptara, en el derecho ambiental, la tesis tradicional de la legitimación, entendida como la aptitud de ser parte en un proceso concreto, donde no toda persona con capacidad procesal puede figurar en ese carácter, sino sólo quienes se encuentren en determinada relación con la pretensión, tal y como se expuso, conllevaría a vaciar de contenido esa norma*".

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 271 1/9/16 12:10

6. Reparación del medio ambiente

- Ley de Biodiversidad

Artículo 45. Responsabilidad en materia de seguridad ambiental El Estado tiene la obligación de evitar cualquier riesgo o peligro que amenace la permanencia de los ecosistemas. También deberá prevenir, mitigar o restaurar los daños ambientales que amenacen la vida o deterioren su calidad.

Artículo 53. Restauración, recuperación y rehabilitación La restauración, recuperación y rehabilitación de los ecosistemas, las especies y los servicios ambientales que brindan, deben ser fomentados por el Ministerio del Ambiente y Energía y los demás entes públicos, mediante planes y medidas que contemplen un sistema de incentivos, de acuerdo con esta ley y otras pertinentes.

Artículo 54. Daño ambiental Cuando exista daño ambiental en un ecosistema, el Estado podrá tomar medidas para restaurarlo, recuperarlo y rehabilitarlo. Para ello, podrá suscribir todo tipo de contratos con instituciones de educación superior, privadas o públicas, empresas e instituciones científicas, nacionales o internacionales, con el fin de restaurar los elementos de la biodiversidad dañados. En áreas protegidas de propiedad estatal, esta decisión deberá provenir del Sistema Nacional de Áreas de Conservación del Ministerio del Ambiente y Energía. Para la restauración en terrenos privados se procederá según los artículos 51, 52 y 56 de esta ley.

- Ley de Aguas

Artículo 151. La infracción a lo dispuesto en los artículos anteriores obliga al infractor a reponer los árboles destruidos y lo sujeta a la pena que se determina en el artículo 165 del capítulo siguiente.

- Ley de Conservación de la Vida Silvestre

Artículo 98. Será sancionado con pena de prisión de uno (1) a tres (3) años, quien, sin previa autorización del Sistema Nacional de Áreas de Conservación, drene, seque, rellene o elimine lagos, lagunas no artificiales y los demás humedales, declarados o no como tales.

Además, el infractor será obligado a dejar las cosas en el estado en que se encontraban antes de iniciar los trabajos de afectación del humedal; para ello, se faculta al Sistema Nacional de Áreas de Conservación, a fin de que efectúe los trabajos correspondientes, pero a costa del infractor.)

-

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 272 1/9/16 12:10

Ley de Uso, Manejo y Conservación de Suelos.

Artículo 52. Quien contamine o deteriore el recurso suelo, independientemente de la existencia de culpa o dolo o del grado de participación, será responsable de indemnizar, en la vía judicial que corresponda, y de reparar los daños causados al ambiente y a terceros afectados.

- Ley de Gestión Integral de Residuos

Artículo 57. Responsabilidad por daños y perjuicios ambientales. Sin perjuicio de las responsabilidades penales y administrativas, los infractores a las disposiciones contenidas en la presente Ley, sean personas físicas o jurídicas, serán civil y solidariamente responsables por los daños y perjuicios causados contra el ambiente y la salud de las personas, y deberán restaurar el daño, y, en la medida de lo posible, dejar las cosas en el estado que se encontraban antes de la acción ilícita. Los titulares de las empresas o las actividades donde se causan los daños responderán solidariamente.

Artículo 46. Remediación

En caso de detectarse suelos contaminados, el Ministerio de Salud deberá emitir la declaración de suelo contaminado y ejercer las acciones necesarias porque quien resulte responsable de la contaminación deberá proceder a su limpieza y recuperación, de acuerdo con los lineamientos generales que se establecerán vía reglamento y con un plan de remediación, previamente aprobado por dicho Ministerio.

En caso de que no sea posible identificar al responsable de la contaminación de un sitio por el manejo inadecuado de residuos, el Ministerio de Salud, en coordinación con la municipalidad respectiva y cualquier otra autoridad que consideren conveniente, llevarán a cabo las acciones necesarias para su remediación cuando existan riesgos inminentes para la salud y el ambiente.

- Jurisprudencia relevante.

Sentencia n. 366/2003 de las 11:54 horas del 5 de mayo de 2003, Tribunal Superior de Casación Penal:

> "*Pensar que el deber de protección del suelo forestal –y de otros elementos del bosque– termina por cualquiera de los hechos indicados, se traduciría en la promoción de actividades ilícitas lesivas del medio ambiente, para sustituir la ecología por explotaciones agrícolas o de otra naturaleza, con lo que no habría protección verdadera; es decir, el espacio ocupado por los bosques es irreductible por esas vías (principio de irreductibilidad del bosque). De este*

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 273 1/9/16 12:10

> *modo, cualquiera que lesione el bosque con tala o incendios con el propósito de cambiar el destino del terreno, o cualquiera que pretenda obtener provecho de desastres naturales que dañen el suelo forestal, debe comprender que no hay forma posible de cambiar el destino del suelo, y que el Estado hará cuanto sea para recuperar el bosque*".

Sentencia n. 675/2007 de las 10:00 horas del 21/9/2007, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia

> "*En el esquema de la tutela ambiental, no se desconoce que en virtud de su propia naturaleza, los daños llevan aparejada la obligación legal de reparar el causado –el que contamina paga y repara–. Esta obligación incluye los tres aspectos mencionados en líneas atrás: 1) La reparación "in natura" o reposición del ambiente dañado a su estado natural o situación anterior a la intervención. Es la forma ideal, pero muchas veces no es posible por el tipo de perjuicios que suelen producirse. 2) La indemnización por daños y perjuicios, como forma subsidiaria de hacer efectiva la reparación. 3) La posibilidad de cesación de la actividad o agente causante del menoscabo, aspecto relevante en los supuestos de contaminación continuada*".

VII. DIAGNÓSTICO GENERAL DE LA SITUACIÓN ACTUAL DE LA GESTIÓN Y LA LEGISLACIÓN AMBIENTAL COSTARRICENSE

En términos generales la situación de aplicación y cumplimiento de la legislación ambiental costarricense se caracteriza por:[31]

- Existencia de numerosa legislación, en su mayoría dispersa, antigua, contradictoria y que no ha respondido a una política ambiental conductora,

31 Al respecto se recomienda la obra de GONZÁLEZ BALLAR, Rafael. Verdades incómodas sobre la justicia y la gobernabilidad ambiental en Costa Rica. Editorial Jurídica Continental, San José, 2007.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 274 1/9/16 12:10

sino que por el contrario, ha sido producto de esfuerzos sectoriales desvinculados de estrategias nacionales ambientales o de desarrollo.[32]

- De manera conjunta con la denominada legislación ambiental propiamente dicha, subsiste la legislación ambiental sectorial y la legislación ambiental de relevancia casual. La entrada en vigencia de normas más modernas tampoco se ha acompañado de procesos derogatorios claros.[33]

- La legislación ambiental proviene de entidades diferentes y de períodos distintos. Los traslapes y conflictos de competencias han sido una constante, en especial entre las instituciones rectoras en materia de ambiente y salud.[34]

- En oportunidades se ha copiado y tratado de adaptar normas técnicas ambientales del exterior para las cuales la capacidad de seguimiento y monitoreo no existe o es insuficiente. En no pocas ocasiones la verificación del cumplimiento es prácticamente imposible o difícil.

- Se ha emitido normas sin contar con una planificación sobre cómo hacerlas cumplir, lo que en otras sistemas legales se ha denominado un "*Plan de aplicación y cumplimiento de la normativa*" que establezca recursos, acciones, infraestructura y formas de priorizar el monitoreo.[35]

---

32 A manera de ejemplo se puede citar la legislación hídrica con más de 110 normas jurídicas vigente (tratados, leyes, reglamentos), y al menos 24 instituciones con competencias hídricas.

33 Es posible apreciar claramente este fenómeno en legislación sobre agroquímicos, donde la normativa reglamentaria de más reciente promulgación no tomó en cuenta anteriores regulaciones y por tanto, no previó la derogación expresa de las antiguas disposiciones, teniendo como resultado la coexistencia de normativa contradictoria.

34 Tanto el Ministerio de Salud como el Ministerio del Ambiente y Energía han emitido reglamentación con escasa o ninguna coordinación de las acciones entre estos entes, lo que provoca que no se optimicen esfuerzos y que haya un deficiente seguimiento de tales reglamentos. Reglamentos sobre desechos peligrosos (27000 y 27001) y sobre recolectar papel reciclado (DE-23942) han sido emitidos por Minaet pero éste no los controla y aplica, sino dicha función recae en Ministerio de Salud.

35 El Manual de Procedimientos para la Evaluación de Impacto Ambiental establece las herramientas de Evaluación de Efectos Acumulativos, Evaluación Ambiental Estratégica para políticas y normativa, y Evaluación Ambiental transfronteriza sin que a la fecha existan instrumentos técnicas que las desarrollen y regulen.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 275 1/9/16 12:10

- Se han aprobado y ratificado gran cantidad de tratados internacionales ambientales sin haber modificado ni adaptado la normativa de grado inferior a las obligaciones contraídas.[36]

- La falta de presencia de la idea del desarrollo sostenible en el sistema jurídico en general y, especialmente, en la legislación económica, donde a manera de ejemplo, los programas diseñados para la lucha contra la pobreza generalmente no tienen relación con las políticas ambientales.

- Carencia de instrumentos apropiados para la aplicación de la legislación ambiental, en particular de aquellos de naturaleza preventiva. Las instituciones ambientales públicas, las cuales tienen mandatos limitados y bastantes dispersos, han tenido poco impacto sobre las actividades industriales y productivas en general.

- El énfasis de los mecanismos utilizados a la fecha han sido los llamados instrumentos de "*comando y control*", aunque de forma reciente se ha procedido a diseñar e implementar instrumentos económicos y otros enfoques para abordar el complejo tema de la protección ambiental.[37] El uso de instrumentos de comando y control ha traído consigo importantes dificultades para aplicar efectivamente la ley.

- Ministerios con competencias ambientales y de salud poseen presupuestos de operación relativamente bajos, careciendo de personal para realizar acciones de seguimiento y monitoreo. Las instituciones del Estado acusan la falta de recursos económicos para ejercer las competencias asignadas. Pese a ello, no se maximizan los recursos presupuestarios y técnicos existentes.

- Los salarios de funcionarios encargados de velar por la protección del medio ambiente son mínimos, así como su preparación, que en algunos casos, es empírica. Esto provoca la aceptación de dádivas de los parti-

36 Donde mejor se refleja esta situación es con la aprobación y ratificación de Convenio de Basilea, Convenio de Estocolmo y Rotterdam, pues la normativa interna no se encuentra ajustada sus requerimientos.

37 Como ejemplo se tienen al canon ambiental por vertidos y canon ambiental por aprovechamiento, así como al sistema de pago por servicios ambientales.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 276 1/9/16 12:10

culares como pago por su silencio, que tienen especiales intereses en la obtención de viabilidades ambientales.

- La fiscalización que deben realizar instituciones con competencias ambientales es sino inexistente, totalmente anormal e irregular.

- Entidades con competencias ambientales en control y seguimiento, en la mayoría de las veces solo actúan por denuncia del administrado y no de oficio. No se realiza vigilancia estricta sobre actividades calificadas como peligrosas.

- No se manifiesta una correcta coordinación entre las diversas instituciones, lo cual propicia que el particular pueda, con mayor facilidad, infringir las restricciones que impone la ley y en general, violar el ordenamiento ambiental. Sector ambiental, está caracterizada por su amplitud, dispersión y en no pocos casos, bajo nivel de coordinación interinstitucional. Se observa, también, una diversa gama de instituciones de carácter público (local y nacional) que, aunque no se encuentran directamente vinculadas con la gestión rectora del ambiente; poseen competencias claramente definidas en el ámbito fiscal o de la administración de recursos ambientales específicos.

- Los vacíos de recursos (primordialmente, técnicos, humanos y financieros) se complementan con otros problemas históricos como un todo que incluyen la reducida planificación sobre el uso de suelos, la ausencia de una agenda urbana y controles laxos en torno a la construcción de obras de infraestructura. Igualmente, se adicionan a los problemas, el conocido centralismo gubernamental, la inexistencia de mecanismos de coordinación institucional y las ya mencionadas carencias en cuanto a mecanismos de control y seguimiento.

- Ausencia total de planificación del Estado para tutelar los recursos naturales, lo cual se demuestra con sólo observar la inexistencia de partidas significativas en el presupuesto nacional, para reguardar las riquezas naturales.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 277 1/9/16 12:10

- El traslape de competencias es un problema serio por cuanto los propios funcionarios desconocen sus propias competencias y son víctimas de una duplicación normativa, que se visualiza tanto en la administración central, descentralizada y local, lo que ha limitado la debida aplicación y control de la normativa ambiental.

- Las confusas competencias legales hacen que, en la práctica, surjan conflictos positivos en los que se disputa el ejercicio jurisdiccional para fiscalizar, o bien, imponer sanciones. Esta circunstancia hace que se produzcan irregularidades a lo interno de la Administración que permiten que el particular pueda realizar actividades al margen de la ley, como resultado de la falta de coordinación entre ellas.

- En lo que se refiere a la ejecución de las competencias, ante una denuncia interpuesta, pueden observarse la falta de coordinación y, sobre todo, la inopia de los funcionarios que desconocen hasta dónde llegan sus atribuciones y cuáles son las de las otras instituciones.

- Todo el conglomerado de leyes que regulan el recurso hídrico y ambiental fueron creadas por el legislador, otorgando competencias que ya poseían otras instituciones, lo cual deviene en una duplicidad de funciones que trae como consecuencia que ninguna de ellas intervenga.

- Ausencia de comprobación de las evaluaciones de impacto ambiental de parte de los funcionarios de la Secretaría Técnica Nacional Ambiental, necesarios para obtener una viabilidad ambiental, así como la verificación de los estudios técnicos que realizan los particulares, los que en la práctica tan sólo queda en el papel.

- La incorporación de regencias ambientales, que, en principio, coadyuvan a la prevención de daños ambientales, no ha tenido los efectos deseados. En su mayoría, al ser particulares los que realizan una fiscalización paralela de lo ambiental, se ven influenciados por quienes realizan las actividades propiamente, ya que son ellos los que directamente cancelan la regencia ambiental mensualmente, situación que ha originado un solape de las irregularidades, sin que la Administración se entere.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 278 1/9/16 12:10

- Incorrecta redacción de las resoluciones administrativas (órdenes sanitarias por ejemplo), pues en su contenido y partes dispositivas no se dimensionan las acciones efectivas, directas y en ocasiones instantáneas que deben efectuarse para evitar los daños de difícil o imposible reparación que se causan al ambiente.[38]

- Las resoluciones administrativas no imprimen una verdadera coercitividad administrativa, e incluso, no dimensionan pautas que permitan su verdadera ejecución. Estas dos circunstancias han provocado serios estragos ambientales, porque las sanciones que se imponen no se orientan a una verdadera reparación de los daños ambientales.

- Existen espacios de diálogo y coordinación, sin embargo, éstos son todavía poco utilizados y cuentan con debilidades que no los perfila como verdaderos espacios de incidencia o planificación.

- La normativa, que en lo que se refiere a la Administración, indica las obligaciones que debe cumplir, para evitar daños al ambiente; no obstante, en la realidad, la práctica es otra. Esto porque, aunque dicha normativa indica los procedimientos por seguir, no es común su aplicación sino que procede, en la mayoría de los casos, a utilizar procedimientos que conllevan la mitigación del daño. Craso error, que siempre encuentra su justificación en la falta de los recursos económicos.

- El grado de complejidad que existe en la práctica, para determinar el daño ambiental, sin duda alguna, influye en el tema de la defensa legal del medio ambiente.

- Falta de capacitación adecuada por parte de los operadores de justicia a nivel penal y administrativo. Debe tomarse en cuenta que la reparación del daño ambiental es un tema complejo que requiere de mucha especialización.

38 La falta de requisitos legales en órdenes sanitarias (exigidas tanto por la jurisprudencia constitucional como penal) hacen que su incumplimiento por parte del destinatario no constituya el delito de desobediencia a la autoridad y por tanto, queden impunes tanto en la vía administrativa como en la penal.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 279 1/9/16 12:10

- Tratándose de la valoración del daño ambiental, en muchas ocasiones, ni siquiera se valoran los costos en que ha incurrido la Administración Central, o bien, cualquier órgano público, para mantener en su estado original y sin ningún tipo de afectación, el recurso natural que ha sido dañado.

- En la mayoría de los casos, existe una pluralidad de sujetos que infringen las normas ambientales y destruyen los recursos naturales, por períodos desconocidos, sin que pueda individualizarse quién contaminó más o quién menos. Este tipo de eventualidades implica un alto grado de dificultad en las labores del Juez, quien, muchas veces, rechaza la acción por ausencia de pruebas, o bien, porque el daño se convierte en indirecto o individualizable.

- Los grandes problemas que existen en la defensa legal del ambiente, se origina en la diversidad de criterios o métodos para establecer la reparación del daño ambiental. Esto porque a la hora de asignar la respectiva responsabilidad y los actos subsecuentes que permean la reparación del daño ambiental, conlleva a una complicada revisión legal y una ardua labor del Juzgador, ya sea en vía administrativa o jurisdiccional, para actuar conforme con el derecho. Sin lugar a dudas, ante la compleja estructura que tiene la legislación ambiental, las sentencias o resoluciones administrativas podrían omitir aspectos importantes que coadyuvarían a una mejor defensa legal del medio ambiente.

- Existe una falta de claridad legal sobre cuáles son las vías permitidas para la canalización de los recursos obtenidos en las sentencias, resoluciones y acuerdos conciliatorios en materia de daño ambiental. Se ha dicho que no es conveniente que estos recursos para la restauración de los daños sean manejadas por organizaciones ambientalistas, pero a la vez se reconocen las trabas que existen para que el mismo Gobierno reinvierta el dinero.

- Las garantías ambientales exigidas en los procesos de Evaluación de Impacto Ambiental comprenden sumas risibles, ya que, en su mayoría, pue-

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 280 1/9/16 12:10

den consistir en montos ínfimos o incluso en porcentajes de hasta de un 1% sobre la totalidad de las obras.[39]

- La creación del Tribunal Ambiental Administrativo por medio de la Ley Orgánica del Ambiente en 1995, constituyó uno de los principales aciertos de la citada legislación, su accionar ha sido positivo para el ambiente y ha contribuido a mejorar la aplicación y el cumplimiento de la normativa ambiental. Sin embargo, sus potestades para aplicar cierto tipo de sanciones como la de inhabilitación prevista en la Ley Forestal, se encuentra en entredicho, ya que su determinación queda supeditada a manos de un órgano jurisdiccional, y la legislación, como sucede con el derecho administrativo sancionador, no establece expresamente en qué supuestos procede la inhabilitación. Una aplicación extensiva podría conllevar eventualmente un impacto desproporcionado sobre empresas dedicadas al desarrollo de proyectos que, por una infracción puntual, serían sujetos de una inhabilitación para gestionar autorizaciones en otros sitios y para otras obras.

- Los mecanismos de ejecución existentes en el ordenamiento jurídico y, específicamente, en la Ley de la Jurisdicción Constitucional, son insuficientes, ineficaces e inadecuadas para garantizar el cumplimiento de esas resoluciones en el caso concreto. El incumplimiento de las resoluciones en materia de amparo ambiental, obedece, además de los factores jurídicos de insuficiencia e ineficacia de los mecanismos legales existentes, a otra serie de elementos extrajurídicos, relacionados con factores políticos, económicos, sociales, siendo entonces que a la Sala Constitucional le resulta materialmente imposible dar seguimiento a todos los casos fallados con lugar en que se ha emitido una orden concreta a la Administración o particular recurrido.

- El incumplimiento de las resoluciones de la Sala Constitucional está condicionado por factores jurídicos y extrajurídicos. Entre los primeros, se encuentra la inaplicación e insuficiencia de los medios de ejecución existentes. Existen grandes vacíos normativos en cuanto a la regulación de procedimiento de ejecución forzosa, la previsión de medidas alternas

39 Costa Rica no cuenta aún un Fondo Ambiental de reparación de daño ambiental ni con un sistema de seguros ambientales en operación

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 281 1/9/16 12:10

de ejecución de las sentencias ante la imposibilidad –material o legal de cumplimiento–, el establecimiento de medidas de compulsión, o incluso sanciones disciplinarias específicas.

CONCLUSIONES

Un análisis actual de la legislación ambiental costarricense arroja como resultado que se trata de normativa dispersa, fragmentada, y contradictoria. El país ha contraído gran cantidad de obligaciones al ratificar un sinnúmero de tratados internacionales ambientales sin antes haber modificado ni adaptado la normativa de grado inferior a las obligaciones contraídas y a la vez, la entrada en vigencia de normas más modernas tampoco ha seguido un proceso derogatorio claro de la legislación anterior.

Por su parte, la gestión ambiental se caracteriza por su dispersión, bajo nivel de coordinación (inter e intrainstitucional), innumerables traslapes de competencias, presupuestos bajos, fiscalización, control y seguimiento deficiente, insuficiente, anormal, irregular y en el peor de los casos inexistente, donde en la mayoría de los casos se actúa contra denuncia y no de oficio (ausencia de enfoque preventivo), poca participación ciudadana, graves incumplimientos de resoluciones administrativas e incluso constitucionales, esto último debido a que los mecanismos de ejecución existentes en el ordenamiento jurídico y, específicamente, en la Ley de la Jurisdicción Constitucional, son insuficientes, ineficaces e inadecuadas para garantizar el cumplimiento de esas resoluciones para casos concretos.

Aunado a lo anterior, la legislación ambiental costarricense es laxa en cuanto a incorporar enfoque ecosistémico y de género, así como de la variable transversal cambio climático (mitigación y adaptación).

Un marco legal, tan amplio y lleno de requisitos y controles administrativos, no ha garantizado una gestión ambiental eficiente. Aquí se presenta una urgencia de acción para Costa Rica, pues el cumplimiento de las obligaciones ambientales contraídas devienen en imposible de acuerdo al esquema legal-institucional actual, por lo que se puede concluir que Costa Rica se ha obligado a cumplir compromisos que no puede ni podrá cumplir a corto ni mediano plazo, en el entendido que el acatamiento de su propia normativa ambiental está por encima de sus capacidades actuales, de ahí que la cooperación inter-

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 282 1/9/16 12:10

nacional en materia ambiental se presenta como una oportunidad de generar alternativas de solución a los problemas de gestión ambiental presentes.

REFERENCIAS

ATMELLA CRUZ, Agustín. Manual de Instrumentos Jurídicos Privados para la Protección de los Recursos Naturales. Editorial Heliconia, San José, 1999.

CABRERA MEDAGLIA, Jorge. "Las relaciones entre el Derecho Ambiental y el Derecho Agrario" en Revista de los Tribunales Agrarios, número 12, mayo – agosto, México. 1996.

CAFFERATTA, Néstor A. "Reformulación del principio de progresividad a 10 años de la ley 25675 General del Ambiente, Avances y Novedades". Thomson Reuters, 2013, disponible en <http://thomsonreuterslatam.com/articulos-de--opinion/08/11/2012/doctrina-del-dia-reformulacion-del-principio-de-progresividad-a-10-anos-de-la-ley-25675-general-del-ambiente-avances-y-novedades> [en línea] (Consultado 23/7/2013).

_____. "Instituciones de Derecho Ambiental Latinoamericano". En Revista de Derecho Público, 2009- II, Derecho Ambiental – II, Rubinzal- Culzoni Editores, Noviembre de 2009, p. 66-92.

CHAVES, Silvia. "Los diez años de la Ley Orgánica del Ambiente: Logros y Perspectivas". Ponencia presentada para el XII Informe del Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible, disponible en: <http://www.estadonacion.or.cr/index.php/biblioteca-virtual/costa-rica/estado-de-la-nacion/ponencias/465-informe-xii> [en línea] (Consultado 23/7/2013).

ESAÍN, José A. Competencias Ambientales. Abeledo Perrot, Buenos Aires. 2008.

GONZÁLEZ BALLAR, Rafael. Verdades incómodas sobre la justicia y la gobernabilidad ambiental en Costa Rica. Editorial Jurídica Continental, San José, 2007.

_____. "Algunos problemas para una efectiva justicia ambiental en Costa Rica", disponible en: <http://www.iusdoctrina.ucr.ac.cr/index.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 283 1/9/16 12:10

php?option=com_content&view=article&id=7:algunos-problemas-para-una--efectiva-justicia-ambiental-en-costa-ica&catid=18:articulos-del-volumen-no--i&Itemid=2> [en línea] (Consultado 23/7/2013).

JIMÉNEZ MEZA, Manrique. Jurisprudencia Constitucional y Daño Ambiental, en Seminario sobre Daño Ambiental. Memoria. Procuraduría General de la República, San José, 2001.

MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio. Derecho Penal y Protección del Medio Ambiente. Editorial Colex, Madrid. 1992

PEÑA CHACÓN, Mario. "Daño ambiental y Prescripción" publicado en la Revista Electrónica de Derecho Ambiental Medio Ambiente & Derecho, Universidad de Sevilla, número 19, junio 2009, España, disponible en: <www.cica.es/aliens/gimadus/> [en línea] (Consultado 23/7/2013)

_____. Daño, responsabilidad y reparación del ambiente. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A, San José. 2011.

_____. Gestión Integrada del Recurso Hídrico en el Ordenamiento Jurídico costarricense. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A, San José. 2008

_____. Tesis de Derecho Ambiental. Editorial Jurídica Continental S.A, San José. 2008.

PIZA ESCALANTE, Rodolfo. La Justicia Constitucional en Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas, San José. 2004.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 284 1/9/16 12:10

DESCRIPCIÓN GENERAL DEL DERECHO AMBIENTAL ESPAÑOL

Pedro Brufao Curiel[1]

RESUMEN

Se describe en este artículo el Derecho Ambiental español, basado principalmente en el Derecho Administrativo, aunque contiene elementos importantes del Derecho Civil, el Penal y el Internacional. Una de sus características principales es la impronta del Derecho de la Unión Europea, que condiciona en un amplísimo grado el desarrollo normativo y la jurisprudencia ambiental. Por otra parte, el Derecho Ambiental español es fiel reflejo de una amplia casuística y de la llamada legislación motorizada, que somete a cambios continuos las normas que lo regulan.

Palabras claves: España. Derecho Ambiental. Unión Europea. Administración pública española.

INTRODUCCIÓN

España no es una excepción a la hora de idear o incorporar las instituciones generales del Derecho ambiental. Es más, su gran desarrollo se debe principalmente a los efectos del ingreso en la Unión Europea (UE), dado que anteriormente nuestra nación contaba con una panoplia más bien reducida de instrumentos normativos con los que hacer frente a la degradación del medio ambiente, reducida a unas cuantas proclamas de escasa efectividad en la Constitución y al conjunto tradicional de leyes sectoriales sobre bienes

1 Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. LL.M. in Energy & Environmental Law por la Tulane Law School de Nueva Orleáns, becado por la Fulbright Commission. Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense. Catedrático EU interino de Derecho Administrativo, Universidad de Extremadura.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 285 1/9/16 12:10

públicos, dedicadas más bien a su explotación, junto con unas normas que podrían calificarse de anecdóticas acerca de la protección de la biodiversidad y la lucha contra diversas fuentes de contaminación.

Desde nuestro ingreso en la UE en 1986 el alcance ha sido espectacular, lastrado sin embargo por una legislación motorizada que hace a veces muy difícil conocer la norma aplicable, abandonada ya la quizás ilusoria pretensión de aprobar un código ambiental. En última instancia, el problema de la aplicación del Derecho ambiental no descansa ya en la carencia de medios legislativos y reglamentarios, sino en su aplicación y, en definitiva, en la ejecución de las sentencias firmes y no digamos ya en la aplicación de las indispensables medidas cautelares. En estas páginas trataremos de ofrecer al lector una visión general y sistemática de los rasgos principales del Derecho ambiental español y esperamos que así sea.

1. EL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

La Constitución Española de 1978 (CE) establece un sistema gradual de protección de derechos, gracias al cual se sigue el esquema anteriormente visto de derechos de primera, segunda y tercera generación, en el que los derechos plenamente exigibles ante los tribunales se corresponden de manera paralela a la situación descrita. No hay que olvidar tampoco la influencia expresamente recogida en el art. 10 de nuestra Carta Magna de la interpretación de los derechos fundamentales a la luz de los convenios internacionales, especialmente la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, cuya influencia en la redacción del sistema de libertades y garantías de nuestra propia Constitución no se puede negar.

De esta manera, no puede decirse que en sentido estricto exista un "derecho al medio ambiente", sino que de modo indirecto el ciudadano se puede proteger de situaciones negativas claramente ambientales gracias a la invocación de los derechos reconocidos por nuestro sistema jurídico. Tal graduación de derechos, facultades y principios rectores en sede constitucional se establece de la siguiente manera.

En primer lugar nos encontramos con los derechos fundamentales de la persona y las libertades públicas de la sección I del Capítulo II del Título I la CE, entre los cuales citamos, a los efectos de esta obra y las exigencias sociales relati-

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 286 1/9/16 12:10

vas a la protección ambiental, el derecho a la vida y a la integridad física y moral (Art. 15), la intimidad personal y familiar y la inviolabilidad del domicilio (Art. 18), la libertad de expresión (Art. 20), el derecho de reunión y manifestación (Art. 21), el derecho de asociación (Art. 22), la tutela judicial efectiva (Art. 24) y el derecho de petición (Art. 29). Estos derechos fundamentales corresponderían a la llamada primera generación de derechos. En la Sección II se recogen derechos como el de la propiedad privada (Art. 33) y la libertad de empresa, entre otros, que pueden calificarse como de segunda generación. La protección de estos derechos se articula mediante su garantía de regulación mediante una Ley, el respeto del legislador a su contenido esencial, que no podrá regularse por tanto mediante norma reglamentaria y en el caso de los derechos de la Sección I, gozan de la tutela ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (Art. 53. 1 y 2).

En segundo lugar, el llamado "derecho al medio ambiente" es un principio rector o derecho de tercera generación que no es exigible directamente ante los tribunales, sino que de acuerdo con el art. 53.3 de la CE, su reconocimiento, respeto y protección informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, al mismo tiempo que únicamente podrán alegarse ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las Leyes que los desarrollen. Este derecho se recoge en el art. 45 de la CE, que dice:

> "1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.
>
> 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.
>
> 3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la Ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado".

De modo resumido, se observa en nuestro sistema constitucional el correlato del derecho al medio ambiente con el deber de conservación y restauración que corresponde tanto al individuo como a la sociedad, bajo

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 287 1/9/16 12:10

un prisma antropocéntrico relacionado con el desarrollo del ser humano y su calidad de vida, generalmente de corte economicista y bajo una gran influencia interventora pública (Arts. 128, 130 y 131 de la CE), aunque ha quedado plenamente superada la visión higienista o sanitaria de los problemas ambientales, propia del siglo XIX, incapaz de responder a los crecientes problemas que se le planteaban a lo largo del último siglo. La configuración de esta norma como un mero principio rector se refuerza con la visión reduccionista y utilitarista de la biosfera como una mera fuente de recursos naturales, siempre dispuestos a su uso, aunque se esfuerce por ser racional y por compatibilizar desarrollo económico y protección ambiental y de la Naturaleza, tarea que le corresponde al legislador y a cuyas normas sectoriales hay que acudir, según establece el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia, que se caracteriza por rehuir de las prohibiciones generales de ciertas actividades económicas por motivos ambientales (Sentencias del Tribunal Constitucional n. 64/1982, n. 179/1989 y n. 73/2000, entre otras, a lo que se suma la jurisprudencia sobre el reparto de competencias ambientales entre el Estado, las Comunidades Autónomas y los Entes Locales) y la ponderación de la importancia económica y del alcance territorial de la actividad económica limitada, jurisprudencia que contrasta con la del Tribunal Europeo de Justicia, que cuenta con cariz ambientalista más nítido, según se puede apreciar, por ejemplo, en el capítulo de esta obra dedicado a la protección de la biodiversidad. De modo importante, se recoge la previsión de sanciones penales, que se recogen en otro capítulo de esta obra, a la vez que la importante, pero generalmente incumplida obligación de reparación, con origen en el régimen privado de responsabilidad patrimonial, quizás más eficaz que la mera sanción.

En resumen, la CE no recoge un verdadero e independiente "derecho al medio ambiente", sino que es un principio que ha de regir la legislación sectorial, enormemente influida por el Derecho Internacional y el de la Unión Europea sin los cuales la situación sería bien distinta, la jurisprudencia y la actividad administrativa y política de los poderes públicos, lo cual no impide que, como hemos visto, se relacionen diversos derechos fundamentales y libertades públicas con cuestiones netamente ambientales, cuestiones que son las que otorgan la legitimación activa para acudir a los tribunales en su defensa, a pesar de los obstáculos que han existido y existen en este sentido y, de modo más acuciante, para ejecutar las sentencias firmes.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 288 1/9/16 12:10

2. LOS PRINCIPALES TRATADOS INTERNACIONALES CON INCIDENCIA AMBIENTAL APLICABLES EN ESPAÑA

El conjunto del ordenamiento jurídico español cuenta, hablando del Derecho Ambiental, con una evidente deuda y origen en el Derecho Internacional respecto de los más variados sectores, ya sea biodiversidad, transporte, comercio, pesca marítima, sustancias tóxicas, energía nuclear, aguas continentales, agricultura, contaminación transfronteriza o impacto ambiental, por citar solamente unos cuantos ejemplos. Esta profusa heterogeneidad hace realmente complicado el intentar mostrar de manera uniforme un panorama que refleje la larga retahíla de tratados y convenios regionales o de alcance mundial que forman parte del Derecho Ambiental de España. Nos obstante, y dado el carácter sintético de este capítulo, esbozaremos a grandes rasgos sus líneas principales.

2.1. Derechos humanos

En el continente europeo, el sistema de derechos humanos gira en torno al Consejo de Europa y al Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (CEDH), que aunque solo abarca derechos civiles y políticos, y por lo tanto no cita el medio ambiente, veremos que se ha empleado de forma cruzada en las últimas décadas en un variado número de asuntos ambientales elevados al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), no solo por violaciones de derechos fundamentales, sino también por haberse conculcado el derecho de propiedad, reconocido en uno de los protocolos al CEDH.

La jurisprudencia de este tribunal recaída en este sentido se relaciona principalmente con el art. 8 del CEDH, sobre el derecho a la vida privada y familiar, dado que al hablarse de inmisiones contaminantes graves se puede hacer imposible o muy difícil la vida en el propio domicilio. De la misma forma y siempre de modo indirecto, pues no se reconoce un derecho al medio ambiente en sentido estricto, la lucha por el Derecho ambiental conlleva en ocasiones el que se atente contra la misma vida (art. 2), el derecho a la libertad (art. 5), el derecho a un proceso equitativo (art. 6) e incluso el derecho a la libertad de

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 289 1/9/16 12:10

expresión (art. 10), a todo lo cual se añade el derecho a la propiedad recogido en el Protocolo adicional de este convenio, de gran importancia a la hora de velar sobre todo por la propiedad inmobiliaria rústica, e incluso urbana, frente a grandes proyectos industriales o de infraestructuras, cuya actividad menoscabaría o eliminaría dicha propiedad. Son dignos de destacar, entre una casuística verdaderamente impresionante, los siguientes casos:

1. Derecho a la vida: El caso turco *Oneryldiz* de 2004, sobre un grave accidente en un vertedero que acabó con la vida de treinta personas que vivían en chabolas asentadas en el lugar debido a una explosión de gas metano.

2. Derecho a la vida privada y al domicilio: Destaca el caso *Powell y Rayner* de 1990 sobre el aeropuerto de Heathrow, por el que se decidió la prevalencia de los intereses económicos derivados de la actividad aeroportuaria frente a los derechos individuales de los afectados, cuestión que adquirió un nuevo matiz en el caso *Hatton* de 2001, sobre el ruido de aeronaves en horario nocturno y la falta de evaluación concreta para tener la base suficiente ante la toma de la decisión autorizatoria final. El caso español *López-Ostra* de 1994, por el que se reconoció la violación del derecho a la vida privada y familiar de unos afectados por las emanaciones y ruidos de la depuradora de una fábrica de curtido de pieles, aunque la salud no resultase dañada de modo grave. El otra decisión importante, también por ruidos, es el caso *Moreno Gómez* de 2004, en el que se reconoció la violación de su vida personal y familiar por la contaminación acústica severa que no lograron atajar las autoridades españolas, jurisprudencia que se reitera en el caso italiano *Giacomelli* de 2006, por el cual se reconoce que la intromisión en el propio domicilio de una persona no solo puede considerarse física o material, sino que también puede deberse a ruidos, olores u inmisiones, como era este supuesto, en el que se hablaba de una contaminación acústica e inmisiones permanentes en una vivienda situada a treinta metros de una planta de tratamiento de residuos

3. El art. 6 del CEDH, sobre el derecho a un proceso equitativo cuenta con su correlato ambiental en el caso *Taskin* de 2005, en el que se anuló por el Tribunal Supremo turco el permiso de explotación de

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 290 1/9/16 12:10

una mina de oro que empleaba cianuro y que ponía en peligro la salud y la seguridad humana así como el ecosistema de la zona, actividad que se reanudó incluso antes de que el Gobierno expidiera un nuevo permiso sin la necesaria publicidad, lo cual se consideró una violación del derecho a la tutela judicial y a la intangibilidad de las sentencias.

2.2. Derecho de acceso a la información y a la justicia ambiental

Nos hallamos aquí ante una de las herramientas más eficaces para la protección ambiental y unos de los derechos subjetivos clave en esta materia. El conocimiento de la realidad amplía nuestra capacidad de acción, reduce la inseguridad jurídica y la violación de las reglas, así como el acceso a una justicia, imparcial por más señas, es garantía de todo lo anterior.

El llamado "derecho a saber" y el derecho a la participación pública constituyen una de las bases del moderno Derecho Ambiental. En efecto, el Principio 10 de la Declaración de Río de Janeiro sobre medio ambiente y desarrollo de 1992 dice expresamente:

> "El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre estos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes".

Estos mismos principios se recogen en la Declaración Universal de los Derechos Humanos ya vista más arriba (art. 19, que reconoce el derecho a investigar y recibir informaciones) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 19, que reconoce la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones). El CEDH alberga estos principios en la libertad de expresión

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 291 1/9/16 12:10

(art. 10) y en su jurisprudencia reconoce la importancia del acceso a la información ambiental como garantía de otros de derechos humanos, como el derecho a la vida privada y familiar (art. 8) que puede verse vulnerado por diferentes actividades industriales contaminantes, como medio para conocer el estado real del peligro y de los daños que se ocasionaron a los demandantes, siendo el supuesto de los casos *Anna Mª Guerra* de 19 de febrero de 1998, *McGinley y Egan* de 9 de junio de 2006, *Taşkin* de 10 de noviembre de 2004 o *Giacomelli* de 2 de noviembre de 2006.

El Convenio de Aarhus es la principal sobre estas cuestiones en el Derecho internacional. Su nombre oficial es el Convenio de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales, firmado el 25 de junio de 1998 y que entró en vigor el 30 de octubre de 2001, siendo ratificada por España en 2004 y por la UE en 2005. Las disposiciones generales del Convenio de Aarhus obligan a los Estados signatarios a adoptar las medidas legales, reglamentarias o de otro tipo necesarias para aplicar las disposiciones del Convenio, en especial con el fin de que los funcionarios y las autoridades ayuden al público y le den consejos para permitirle tener acceso a la información y participar más fácilmente en la toma de decisiones y recurrir a la justicia en materia medioambiental, concediendo el reconocimiento y el apoyo requeridos a las asociaciones, organizaciones o grupos que tengan por objeto la protección del medio ambiente, procurando que su sistema jurídico nacional sea compatible con esta obligación, sin perjuicio de seguir aplicando o adoptar, en lugar de las medidas previstas por el presente Convenio, medidas que garanticen un acceso más amplio a la información y una mayor participación del público en la toma de decisiones, tanto en el plano nacional como internacional, sin que las personas que ejerzan sus derechos de conformidad con las disposiciones del Convenio se vean penalizadas, perseguidas ni sometidas a medidas vejatorias por sus actos sin discriminación fundada en la nacionalidad, la ciudadanía o el domicilio y, en el caso de una persona jurídica, sin discriminación por el lugar en que tenga su sede oficial o un centro efectivo de actividades.

Otros normas de Derecho internacional han incluido medidas para garantizar el derecho de acceso y la participación en cada uno de los sectores que regulan, sirviendo a título de ejemplo el Convenio de Berna de 19 de septiembre de 1979 sobre la conservación de la vida salvaje y del medio

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 292 1/9/16 12:10

natural en Europa, los Convenios de Helsinki de 17 de marzo de 1992 sobre los efectos internacionales de los accidentes industriales y el uso de los cursos de agua y lagos transfronterizos, el Convenio del cambio climático de 9 de mayo de 1992, el Tratado para la protección del medio ambiente marino del Atlántico nordeste de 22 de septiembre de 1992 o el Convenio de Lugano sobre responsabilidad civil por daños ambientales ocasionados por actividades peligrosas de 21 de junio de 1993.

2.3. Evaluación de impacto ambiental

La principal norma internacional sobre la evaluación de impacto ambiental (EIA) aplicable en España es el Convenio de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas sobre la EIA en un contexto transfronterizo o Convenio de Espoo, de 25 de febrero de 1991, cuya entrada en vigor en España tuvo lugar el 10 de septiembre de 1997.

Las obligaciones que se contraen por las Partes comprenden el que, de manera individual o colectiva, adopten todas las medidas que sean apropiadas y efectivas para prevenir, reducir y controlar el impacto medioambiental transfronterizo de carácter perjudicial y magnitud apreciable que resulte de actividades previstas, mediante el recurso legal y administrativo a una EIA que permita la participación pública y la preparación de la documentación para la evaluación del impacto medioambiental, antes de que se adopte una decisión con respecto a la autorización o la ejecución de una de las actividades propuestas susceptibles de causar un impacto transfronterizo de carácter perjudicial y magnitud apreciable que se mencionan en sus apéndices.

La normativa internacional de EIA se completa con el Protocolo de Kiev de 21 de marzo de 2003 sobre evaluación ambiental estratégica (EAE), que desarrolla la Convención que acabamos de tratar, ratificado por España el 5 de julio de 2010. Por la EAE entiende este norma la evaluación de los probables efectos en el medio ambiente y la salud de los planes y programas oficiales en materia de agricultura, silvicultura, pesca, energía, industria incluida la minería, transporte, desarrollo regional, gestión de residuos, gestión del agua, telecomunicaciones, turismo, ordenación del territorio urbano y rural o uso del suelo, comprendiendo la delimitación del ámbito de un informe ambiental y su elaboración, la puesta en marcha de un proceso de participación y consulta al

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 293 1/9/16 12:10

público, y la plasmación de tal informe y de los resultados de esa participación y consulta en dichos planes o programas.

Otras normas internacionales recogen la EIA en su contenido, como el Convenio de la Diversidad Biológica de 1992 o el Convenio de Aarhus de 1998 sobre acceso a la información ambiental y la participación del público en la toma de decisiones.

2.4. Derecho de la biodiversidad

Como no puede ser de otra manera, España se adhirió al el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) de 1992, caracterizado por el empleo de técnicas normativas propias del *Soft Law* y la ausencia de fechas y objetivos determinados y claros para revertir la pérdida de biodiversidad a nivel mundial. Dada la amplitud a veces inabarcable de la pérdida de diversidad biológica, el CDB ha seleccionado estos asuntos prioritarios: Agricultura, tierras secas y sub-húmedas, bosques, costas y mares, islas, aguas continentales y montañas. A todas estas actuaciones sectoriales, el desarrollo del Convenio les aplica una serie de cuestiones horizontales, entre las que destacan el acceso a los recursos genéticos, el cambio climático, economía y comercio, gestión ecosistémica, investigación taxonómica, impacto ambiental, acceso a los recursos y discriminación sexual, responsabilidad por daños, especies invasoras, áreas protegidas, turismo o concienciación. Al CBD se le unen el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología de 29 de enero 2000 y el Protocolo de Nagoya sobre el acceso a los recursos genéticos y el uso equitativo de los beneficios de su uso. Se basa en el consentimiento con información previa a las comunidades nativas afectadas. Asimismo, se ha aprobado el "Objetivo Aichi", cuyo fin es detener la pérdida de biodiversidad, fomentar la restauración de hábitats y proteger al menos el 15% de la superficie terrestre y el 10% de las áreas marinas y litorales.

Junto al CDB destacamos el Convenio de Berna sobre la conservación de las vida silvestre y el medio natural en Europa, de 19 de septiembre de 1979, del que es parte la UE y España, el cual entró en vigor el 6 de junio de 1982, hito normativo que ha influido en grado sumo en multitud de países. Este convenio está auspiciado por el Consejo de Europa y su objeto especial es la conservación de las especies en peligro y sus hábitats, no sólo en nuestro

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 294 1/9/16 12:10

continente, sino también fuera de este marco regional. Otro instrumento jurídico internacional de relieve es el Convenio de Bonn sobre la conservación de las especies migratorias de animales silvestres, de 23 de julio de 1979, cuya entrada en vigor tuvo lugar el 1 de noviembre de 1983. Promovido por el Programa Ambiental de la ONU, su ámbito es mundial y abarca tanto las especies migratorias terrestres como las marinas que se encuentren en peligro o en un estado de conservación bajo un riesgo elevado, de acuerdo con su dinámica de población relacionada con unos niveles históricos, el área de distribución o la existencia de un hábitat suficiente.

Dada la gran importancia para la biodiversidad mundial y el desarrollo de pueblos empobrecidos, citamos la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) ha publicado el Convenio Internacional de las Maderas Tropicales de 27 de enero de 2006, el cual cuenta con antecedentes en las versiones de 1983 y 1994, y que ha sido ratificado por España el 17 de diciembre de 2009.

La protección de los humedales es uno de los hitos del Derecho ambiental. La principal norma de Derecho internacional que de modo directo regula los humedales es el Convenio Ramsar de Humedales de Importancia Internacional especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas de 1971. Este Convenio entró en vigor en 1976 y España se adhirió en 1982, aportando a los Lugares Ramsar lo más destacado de los humedales ibéricos, tanto de aguas continentales como del litoral.

Por otro lado, contamos con el CITES, Convenio sobre Comercio Internacional sobre Especies Amenazadas o Convenio de Washington de 1973. Este tratado internacional, del que es parte España, ha influido de modo decisivo en la captura y comercio de especies protegidas, limitando el impacto de las actividad es comerciales y, por tanto, la captura de especies en peligro. El sistema básico elaborado por el CITES es el de listas o anexos en los que se citan las especies según su riesgo de extinción y, correlativamente, las restricciones a su captura y comercio.

Dados los graves problemas de erosión que sufre nuestro país, traemos a colación la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación, aprobada en 1994 y que entró en vigor el 26 de diciembre de 1996, siendo ratificada por España en 1997. Aunque tiene un ámbito mundial, se centra principalmente en África y Asia Central y deriva directamente de los acuerdos adoptados en la CDB de 1992.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 295 1/9/16 12:10

En relación con los valores estéticos de la biosfera, España es a su vez parte de la Convención Europea del Paisaje de 2000, aprobada por el Consejo de Europa y que entró en vigor en nuestro país el 1 de marzo de 2008. Esta norma se caracteriza, en la línea de los esfuerzos integradores de los últimos años, por considerar el paisaje en su conjunto, sin dejar a un lado el paisaje ordinario e incluso el degradado, pues alcanza la totalidad del territorio, no sólo el terrestre, sino también el mar y las aguas interiores.

2.5. Ecosistemas marinos

En el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (CONVEMAR) de 16 de diciembre de 1982 y los principios generales de protección de los mares y seguridad marítima y el Derecho consuetudinario que ha creado, en estos treinta años han mejorado mucho tanto las técnicas como el conjunto normativo de protección marina, a la vez que se le ha dado un impulso a tratados internacionales sectoriales generalmente relacionados con la contaminación, como el Convenio internacional sobre prevención de la contaminación del mar por vertimiento de deshechos y otras materias de 1972, sustituido por un Protocolo de 1996, y el Convenio MARPOL de 1973 sobre vertidos desde buques. En cuanto a la seguridad marítima, destacan el Convenio relativo a la intervención en alta mar en caso de accidentes que causen contaminación por hidrocarburos, de 2 de noviembre de 1973, el Convenio sobre cooperación, preparación y lucha contra la contaminación por hidrocarburos o Convenio OPRC de 1990. Este convenio cuenta con el Protocolo del año 2000 sobre cooperación, preparación y lucha contra la contaminación por sustancias nocivas y potencialmente peligrosas distintas de los hidrocarburos o Protocolo HNS. Asimismo, hay que citar el SOLAS o Convenio internacional para la seguridad de la vida humana en el mar, de 17 de junio de 1960 y revisado el 1 de noviembre de 1974.

En lo relativo al régimen de responsabilidad por los daños ocasionados en el mar, contamos con el Convenio sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, adoptado en Bruselas el 29 de noviembre de 1969 o Convenio CLC, que entró en vigor el 19 de junio de 1975 y fue reformado por un Protocolo de 1992. Este convenio se complementa con el que creó el FIDAC o convenio sobre la constitución de

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 296 1/9/16 12:10

un fondo internacional de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, adoptado también Bruselas el 18 de diciembre de 1971 y que entró en vigor el 16 de octubre de 1978, que ha sido reformado en varias ocasiones y que ha aumentado progresivamente su cuantía y la zona marítima, como el Protocolo relativo al fondo complementario, que entró en vigor el 3 de marzo de 2005.

Respecto de los mares regionales que bañan nuestro país, hay que resaltar el Convenio de Barcelona para la Protección del Medio Ambiente Marino y la Zona Costera del Mediterráneo, de 10 de junio de 1995, aunque cuenta con antecedentes que se remontan a dos décadas atrás y que entró en vigor el 9 de julio de 2004.

En cuanto a la biodiversidad marina y el problema de las actividades extractivas y los límites de las aguas jurisdiccionales, subrayamos la importancia del Acuerdo sobre peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios de 1995, así como el Acuerdo de Mónaco sobre la conservación de los cetáceos del mar Negro, el mar Mediterráneo y la Zona Atlántica contigua, de 24 de noviembre de 1996 y que entró en vigor el 1 de junio de 2001. En esta misma línea, España es parte de la ICCAT o Comisión Internacional para la Conservación del Atún Atlántico, la Comisión General de la Pesca para el Mediterráneo, la NAFO (*Northwest Atlantic Fisheries Organisation*) y la NASCO (*North Atlantic Salmon Conservation Organisation*).

Por su extensión e importancia para la conservación global de los mares, se subraya la importancia del Tratado Antártico, de 1 de diciembre de 1959, cuyo Protocolo de Madrid, de 4 de octubre de 1991, crea las "áreas protegidas especialmente de la Antártida" y las "áreas gestionadas especialmente de la Antártida".

2.6. Ecosistemas fluviales

España cuenta con diversas cuencas compartidas, especialmente con Portugal (Miño, Limia, Duero, Tajo Guadiana) y algunas con Francia (Garona y Bidasoa). Como es obvio, el principio de gestión de las cuencas fluviales ha de seguir criterios ecosistémicos y no los meramente administrativos, aunque lo dicho encuentre grandes problemas a la hora de aplicar el principio de la soberanía nacional a la hora de gestionar los recursos naturales.

La principal norma en este sector es el Convenio sobre la protección y el uso de los cursos de aguas transfronterizos y los lagos internacionales de 17 de marzo

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 297 1/9/16 12:10

de 1992, también conocido como Convenio de Helsinki, adoptado en el marco de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas (UNECE), en vigor en España desde el 23 de diciembre de 2009, siendo su eje principal el sanitario y, en menor medida, el la protección del río en cuestión. Este Convenio de Helsinki se desarrolla a través del Protocolo de Londres sobre el agua y la salud de 17 de junio de 1999, sin ratificar por España pero sí por Portugal, cuyos objetivos principales son el establecimiento de una calidad mínima para el agua potable, el saneamiento de las aguas residuales y el control y reducción de enfermedades relacionadas con el agua. Existe otro Protocolo, el de responsabilidad civil y compensación de los daños resultantes de los efectos transfronterizos de accidentes industriales en aguas transfronterizas, o Protocolo de Kiev de 21 de mayo de 2003, motivado por las grandes afecciones del año 2000 de las basas mineras de Baia Mare (Rumanía), pero que no ha sido firmado ni ratificado por España.

Acerca de las cuencas hispanoportuguesas, el Convenio de Albufeira de 30 de noviembre de 1998 regula el uso conjunto de las mismas. Se trata básicamente de un reparto de caudales para usos hidroléctricos y de regadío, por lo que apenas tiene una incidencia ambiental positiva en los ecosistemas fluviales objeto de este convenio. Este convenio ha sido objeto de una reforma en virtud de un protocolo de revisión que ha entrado en vigor el 5 de agosto de 2009, cuya característica principal es que se somete la suelta de caudales a criterios temporales más estrictos que antes, de carácter anual.

2.7. Agricultura y ganadería

En cuanto al Derecho imperativo, contamos con el Convenio de Rótterdam sobre ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional, de 10 de septiembre de 1998, el cual entró en vigor en 2004. Se regulan productos como el DDT, la aldrina, el hexaclorobenceno, el pentaclorofenol o el lindano. Este convenio se basa en unas directrices para el intercambio de información sobre químicos en el comercio internacional de empleo en el sector primario.

También debemos incluir la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria de 1951, cuya última versión entró en vigor en 2005, y que trata de la medidas mínimas de protección de las plantas frente a plagas y su afección al comercio internacional.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 298 1/9/16 12:10

2.8. Contaminación

Los efectos contaminantes más allá del territorio de cada uno de los Estados es uno de los campos principales del Derecho ambiental. En un plano muy general, sobresale la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de 9 de mayo de 1992, que entró en vigor el 21 de marzo de 1994 y fue ratificada por España el 1 de febrero de 1994. En su desarrollo, se aprobó el conocido Protocolo de Kyoto de 11 de diciembre de 1997, que fue ratificado por España ocho años después.

Hablando de aspectos más concretos, destacan el Convenio de Ginebra sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia" de 13 de noviembre de 1979, que entró en vigor el 16 de noviembre de 1983, ratificado por España el 7 de junio de 1982.

Este Convenio de Ginebra ha experimentado un gran desarrollo a través de ciertos protocolos, aunque no todos han sido ratificados por España:

1. Protocolo de Helsinki de 8 de julio de 1985 sobre reducción de las emisiones de azufre.

2. Protocolo de Sofía de 31 de octubre de 1988 de lucha contra las emisiones de óxidos de nitrógeno y sus flujos transfronterizos.

3. Protocolo de Ginebra de 18 de noviembre de 1991 relativo a las emisiones de compuestos orgánicos volátiles y sus flujos transfronterizos.

4. Protocolo de Oslo de 14 de junio de 1994 relativo a reducciones adicionales de las emisiones de azufre.

5. Protocolo de Aarhus de 24 de junio de 1998 relativo a las emisiones de metales pesados.

6. Protocolo de Aarhus de 24 de junio de 1998 relativo a contaminantes orgánicos persistentes.

7. Protocolo de Gotemburgo de 30 de noviembre de 1999 relativo a la reducción de la acidificación, de la eutrofización y del ozono en la troposfera.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 299 1/9/16 12:10

Sobre el ozono, contamos con la ratificación del Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono de 22 de marzo de 198", al que España se adhirió el 13 de julio de 1988 y que entró en vigor el 22 de septiembre de 1988. Este Convenio se desarrolla por el Protocolo de Montreal de 16 de septiembre de 1987, que entró en vigor para España el 1 de enero de 1989.

Los productos tóxicos en sí mismos considerados cuentan con una importante regulación internacional, dada la influencia de su producción y comercio en la salud del hombre y en la de los ecosistemas en los que vive. El llamado Convenio de Estocolmo sobre contaminantes orgánicos persistentes (COPs), de 22 de mayo de 2001, es la principal norma internacional que los regula. Su fecha de entrada en vigor fue el 17 de mayo de 2004. La acción principal de este convenio, que se remite a diversos anexos, se dirige principalmente a los doce compuestos más peligrosos que existen: la aldrina, el DDT, la dieldrina, la eldrina, el clordano, el heptacloro, el mírex, el toxafeno, los PCBs, el hexaclorobenceno, las dioxinas y los bencenos. Otra norma internacional de interés es el Protocolo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes de 24 de junio de 1998 en Aarhus (Dinamarca), que desarrolla el Convenio de Ginebra sobre contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia de 13 de noviembre de 1979. El protocolo se centra en dieciséis sustancias que fueron identificadas de acuerdo con criterios y valores de peligrosidad y riesgo. Las sustancias incluyen once pesticidas, dos sustancias de uso industrial y tres COPs no intencionales. El objetivo final es eliminar todos los vertidos, emisiones y pérdidas de COPs. España ha firmado este protocolo en 1998. En caso de accidente, y como no suele ser de otra manera, tras experiencias lamentables, contamos con el Convenio de Helsinki sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales, de 17 de mayo de 1992, que entró en vigor en España en 2000.

Acerca de los residuos, el enfoque preventivo y las consecuencias en el comercio internacional tienen su reflejo en el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación se adoptó en 1989 y se desarrolla gracias al Protocolo de Responsabilidad e Indemnización por Daños de 1999. Otro convenio de importancia es el Acuerdo Multilateral de la OCDE sobre el Control de Movimientos Transfronterizos de Residuos Destinados a Operaciones de Recuperación de 2001, el cual aprueba dos métodos de control, según el riesgo para la salud humana y el medio ambiente. El Convenio de Rótterdam sobre Plaguicidas y Productos Químicos Peligrosos de 1998 es de gran importancia

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 300 1/9/16 12:10

porque se refiere a los más peligrosos que existen en la actualidad. Ofrece a sus signatarios la herramienta del "consentimiento fundamentado previo" de la parte importadora, basándose en un sistema voluntario de la FAO aprobado en 1989, acerca de un listado de productos especialmente peligrosos.

Por último, hay otros tipos de contaminación, como la radiactiva, que cuentan con una acogida normativa cada día más relevante, gracias sobre todo a los avances científicos y al papel otorgado a la Agencia Internacional de la Energía Atómica (AIEA) y los aspectos de seguridad en su empleo reconocidos por la Convención de seguridad nuclear de 20 de septiembre de 1994, ratificada por España el 30 de septiembre de 1996, que se complementa con normas como la Convención sobre la pronta notificación de accidentes nucleares, la Convención sobre asistencia en caso de accidente nuclear o emergencia radiológica y la Convención sobre la protección física de los materiales nucleares de 1980. A su vez, debemos indicar que en fechas más tempranas, España se adhirió a la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares, de 21 de mayo de 1963, ratificada en 1967, a la que hay que acompañar la Convención conjunta sobre seguridad en la gestión del combustible gastado y sobre seguridad en la gestión de desechos radiactivos, de 5 de septiembre de 1997, ratificada por España el 23 de abril de 2004.

3. LEGISLACIÓN GENERAL AMBIENTAL ESPAÑOLA

Como ya hemos indicado al inicio de este trabajo, el efecto de la legislación motorizada, siempre cambiante y caótica, en continua expansión, hace muy difícil conocer en un momento dado las posibles fuentes del Derecho que regulan un caso concreto, cuyo resultado puede cambiar en muy pocas fechas.

Teniendo en cuenta siempre esta advertencia, incluimos a continuación las normas más importantes de ámbito nacional, pues las normas europeas, autonómicas y locales escapan del objetivo de este trabajo. Sin ánimo de ofrecer un número que refleje con exactitud matemática la cuestión, la práctica generalidad del Derecho Ambiental español nace por mor de la actividad europea e internacional, a la que habrá que acudir en última instancia. En las siguientes páginas expondremos la legislación general ambiental española siguiendo el esquema previsto para el Derecho internacional.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 301 1/9/16 12:10

Acerca del acceso a la información ambiental, existe una norma general contendida en el art. 37 de la Ley n. 30/1992, del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, que limita en grado sumo y entorpece el libre ejercicio indispensable de un derecho en una sociedad democrática avanzada: el derecho a saber y la exigencia de transparencia administrativa. De modo especial, contamos con la Ley n. 27/2006, de acceso a la información ambiental, que incorpora el Convenio de Aarhus a nuestro Derecho y amplía enormemente los campos en que un ciudadano puede obtener información administrativa, dado el carácter transversal del medio ambiente y su impronta en múltiples sectores económicos.

La evaluación de impacto ambiental (EIA) se contiene en el Real Decreto Legislativo n. 1/2008, que aprueba el Texto Refundido de EIA. Esta norma transpone al ordenamiento español las Directivas europeas y a su vez se ha desarrollado en prácticamente todas las Comunidades Autónomas. Sigue el listado doble de actividades y proyectos incluidos en un listado y el propio de los umbrales a partir de los cuales los proyectos se han de someter a EIA. Por otra parte, los planes y programas se regulan por la Ley n. 9/2006.

La biodiversidad es objeto de numerosas leyes. De un modo general, la Ley n. 42/2007, del Patrimonio Natural y la Biodiversidad, regula tanto la protección general de las especies y hábitats como la de los espacios naturales protegidos, siguiendo la estela de los convenios internacionales y transponiendo la Directiva europea de Hábitats. De modo sectorial y dada la tradición jurídica española sobre el dominio público, soporte vital de la biodiversidad, contamos con la Ley de Costas de 1988, el Texto Refundido de la Ley de Aguas de 2001, la Ley de Montes de 2003 y las viejas leyes de caza de 1970 y de pesca fluvial de 1942, en vigor estas dos últimas solamente en algunas pocas Comunidades Autónomas que no cuentan con legislación propia. Asimismo, la protección del medio marino ha recibido un gran impulso gracias a la Ley n. 3/2001, de pesca marítima, y la Ley n. 41/2010, de protección del medio marino, para poner fin al descuido tradicional en esta materia y al escaso eco que en nuestro Derecho han tenido en la práctica los variados instrumentos jurídicos internacionales. Todas estas normas regulan tanto el uso de esos bienes públicos como la protección de sus características naturales y su calidad ambiental, por ejemplo frente a los vertidos y a las actividades extractivas. De modo pionero, algunas Comunidades Autónomas incluyen la regulación del paisaje y de los valores estéticos del medio natural y del urbanizado.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 302 1/9/16 12:10

Por lo que respecta a la contaminación por actividad industrial y doméstica, la Ley n. 34/2007, de calidad del aire, incorpora los requisitos europeos sobre la materia y establece límites a ciertas conductas que empeoran su calidad, sobre todo por sus efectos en la salud, aunque con muy poco éxito. Sin embargo, la Ley n. 37/2003, del ruido, ha sido más eficaz en hacer frente a este tipo de contaminación, una verdadera lacra en España, sobre todo porque pueden vulnerarse derechos fundamentales. Los residuos, generalmente los de origen urbano, se regulan por la Ley n. 22/2011, la cual establece principalmente cupos de recogida y reciclado de modo preferente a la reducción de la producción de deshechos, de competencia municipal y autonómica. La normativa, de naturaleza generalmente reglamentaria, sobre diversos aspectos sectoriales de la industria y la actividades, es prácticamente inalcanzable; en todo caso, contamos con normas derivadas de compromisos internacionales relativas a la energía nuclear, sus residuos y seguridad; los productos químicos objeto del Reglamento REACH de la UE; la certificación ambiental de productos y la contaminación electromagnética y lumínica. De modo transversal, la contaminación industrial se regula por la Ley n. 16/2002, de prevención y control integrado de la contaminación, con el fin de evitar que las medidas parciales referidas a los vertidos a un medio impliquen la contaminación de otro.

Tampoco hay que olvidar el papel que representa el Derecho Civil y su regulación de las inmisiones en predio ajeno y las vecindades industriales, así como el ejercicio de actividades contaminantes en fincas reguladas bajo la propiedad horizontal y la responsabilidad por daños, cuya regulación ambiental específica se desarrolla por la Ley n. 26/2007, de responsabilidad medioambiental. Por otra parte, el Código Penal ha pasado en una década de regular de modo escueto algunos vertidos a abarcar de modo que se podría decir sistemático el sector, ya que incluye la tipificación de las conductas más graves sobre contaminación, atentados a la biodiversidad, a los usos del suelo o los incendios forestales.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 303 1/9/16 12:10

4. JURISPRUDENCIA AMBIENTAL ESPAÑOLA RELEVANTE

A continuación expondremos a nuestro criterio algunas de las sentencias más relevantes recaídas sobre el Derecho ambiental español, aun con el riesgo de saber que la abundante jurisprudencia ofrece ejemplos muy dispares y de interés para el lector.

Sobre las cuestiones generales del Derecho ambiental y el ejercicio de actividades económicas, las Sentencias del Tribunal Constitucional n. 64/1982 y n. 73/2000 rehúyen de las prohibiciones generales de ciertas actividades económicas y tratan de cohonestar el intervencionismo público económico con la protección ambiental.

La relación entre las cuestiones civiles y los derechos fundamentales cuenta con una interesante sentencia civil del Tribunal Supremo (STS). En efecto, la STS, Sala 1ª, de 5 de marzo de 2012 sigue la importante doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos acerca de que determinadas inmisiones pueden llegar a vulnerar derechos fundamentales como el derecho a la intimidad, en este caso por ruidos, aunque se cuente con autorizaciones administrativas, como es el caso de la STS, Sala 1ª, Sección 1ª, de 31 de mayo de 2007, la cual reconoce el derecho a indemnización, incluso por daños morales, por inmisiones ilícitas de ruidos provocadas por los trenes que enlazan dos factorías de una industria siderúrgica, donde la autorización administrativa de la actividad no implica que los perjudicados tengan el deber jurídico de soportarlas.

La protección penal ambiental ha dejado de lado los casos más graves que han asolado el país, como el desastre minero de Aznalcóllar y el naufragio del *Prestige*; sin embargo, cuentan con una interesante jurisprudencia, especialmente por lo que respecta a la ordenación del territorio, como la STS, Sala 2ª, de 21 de junio de 2012, en la que la acusada promovió la construcción de una vivienda, sin licencia municipal y en un terreno clasificado como suelo no urbanizable, para después venderla a un tercero a sabiendas de que el Ayuntamiento de la localidad había incoado un expediente. A juicio del Tribunal Supremo, por regla general no cabe otra forma de reparar la legalidad alterada que con la demolición de lo irregularmente construido, debiendo darse circunstancias excepcionales para no acordarse dicha demolición. Sobre los requisitos de gravedad de la acción punible y del riesgo propios de los tipos

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 304 1/9/16 12:10

penales ambientales, la STS, Sala 2ª, de 8 de noviembre de 2011, confirma la condena del recurrente por un delito contra el medioambiente, en relación con la gestión de un vertedero en parcelas municipales, dada la potencialidad del daño a partir de las emanaciones de gases producidos por el incendio y explosiones acaecidas en el vertedero. Como es sabido, el carácter de la gravedad es el que deslinda la sanción administrativa de la penal.

El acceso a la información cuenta con una sentencia señera. La STS, Sala 3ª, Sección 5ª, de 17 de febrero de 2004 desestima el recurso de casación interpuesto contra sentencia que anuló la resolución denegatoria de acceso a unas actas de inspección, referentes a un supuesto escape radiactivo en una factoría. En contra de lo manifestado por la Administración recurrente, la información solicitada no es un dato o documento inconcluso que permita denegar la información solicitada, pues la información rechazada son las actuaciones ya realizadas ciertas y existentes. En efecto, las actas controvertidas, aisladamente consideradas, constituyen un auténtico soporte de información, cuya esencia consiste en la constatación de hechos. Concluye el Tribunal que en el concepto de "información sobre medio ambiente" que contiene la Directiva sobre libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente se incluyen todas las formas de ejercicio de la actividad administrativa, como pueden ser las actas de inspección.

La evaluación de impacto ambiental recoge la STS, Sala 3ª, Sección 5ª, de 24 de octubre de 2003, por la que se afirma que la aprobación de un plan urbanístico es la que hace posible el cambio de uso del suelo y, por ello, es en ese procedimiento donde se ha de evaluar el impacto ambiental. En consecuencia, incluso antes de la aprobación inicial, tan pronto como estén claras las líneas generales del avance o proyecto del Plan, el mismo debe someterse a una evaluación de impacto ambiental, pues sólo así la Administración planificadora y los ciudadanos en general podrán tener la suficiente ilustración sobre las consecuencias de las transformaciones anunciadas en el medio ambiente. Sobre el deslinde entre el órganos sustantivo y el ambiental, la STC 13/1998, de 22 de enero, establece que la evaluación del impacto ambiental se formule en dos momentos, un órgano distinto del órgano competente para autorizar el proyecto debe emitir una declaración de impacto ambiental, y el órgano con competencia sustantiva sobre el proyecto decide si conviene realizar el proyecto y en caso afirmativo fija las condiciones. A su vez, la STC de 15 de marzo de 2012 confirma la constitucionalidad de la atribución al Estado de la competencia de evaluaci-

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 305 1/9/16 12:10

ón de impacto ambiental respecto de los proyectos que deban ser autorizados o aprobados por la Administración General del Estado, por cuanto es conforme con el orden constitucional de competencias que la normativa impugnada confíe la evaluación del impacto ambiental a la propia Administración que realiza o autoriza el proyecto de una obra, instalación o actividad que se encuentra sujeta a su competencia, a tenor del bloque de la constitucionalidad.

La conservación de la biodiversidad cuenta con numerosas sentencias de interés. De ellas, la STS, Sala 3ª, Sección 5ª, de 24 de junio de 2009, destaca por su interés respecto de actividades restringidas, pues confirma el Decreto por el que se aprueba el Plan de Recuperación del Águila Imperial Ibérica y se dictan normas para su protección en la Comunidad de Castilla y León. La delimitación de la zona de protección se ha realizado según los estudios de control de la nidificación y seguimiento de la especie que se vienen desarrollando de forma ininterrumpida por la Consejería desde 1989. Dicho Plan de recuperación se justifica en la protección de especies en peligro de extinción y las restricciones que comporta su aprobación no se adoptan mediante una genérica potestad de expropiación.

La STS, Sala 3ª, Sección 5ª, de 6 de julio de 2009, que relaciona urbanismo y protección ambiental, declara ajustado a derecho el decreto del Gobierno Valenciano por el que se aprobó el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales del Montgó. Para el TS, aún cuando las previsiones del plan de recursos afectan a una parte muy importante de los terrenos que el Plan General clasifica como suelo urbanizable, esta decisión no es irracional o arbitraria, puesto que la documentación del plan de recursos explica las pautas seguidas para la "delimitación de áreas para la amortiguación de impactos" con la consiguiente fijación de la "compatibilidad de usos y actividades" en las mismas. Por último, la STS, Sala 3ª, de 11 de mayo de 2009, declara que los Estados miembros de la UE (en España, las Comunidades Autónomas) tienen la obligación de adoptar medidas de protección adecuadas para los lugares que figuren en las listas nacionales remitidas a la Comisión. En consecuencia, la elaboración de las listas por las Comunidades Autónomas no es algo que no produzca efectos jurídicos y materiales; no es una propuesta neutra, sino un acto administrativo que habilita y obliga a la propia Comunidad a adoptar medidas de protección para los lugares incluidos, tratándose de una acto que, aún siendo una propuesta, crea la obligación de adoptar medidas de protección, las cuales pueden afectar a propietarios de los terre-

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 306 1/9/16 12:10

nos, por lo que las listas pueden ser impugnadas al tener un contenido que excede de la pura ordenación o impulso del procedimiento.

La relación entre la actividad cinegética y la protección de la biodiversidad ha motivado un amplio número de sentencias. Una de ellas es la STS, Sala 3ª, de 13 de noviembre de 2009, que anula el carácter cinegético del lobo en Castilla y León, ya que el Plan "de Conservación" del lobo de Castilla y León, con independencia de que lo esté al norte o al sur del Duero, resulta en el incumplimiento de lo que dispone la Ley n. 42/2007 y la Directiva de Hábitats. La determinación de las especies objeto de caza y pesca en ningún caso podrá afectar a las especies incluidas en el Listado de Especies en Régimen de Protección Especial o a las prohibidas por la Unión Europea.

En relación con las aguas continentales, la importante STC 227/1988, de 29 de noviembre, establece respecto de los concesionarios de aguas públicas que la limitación temporal de los aprovechamientos privativos no es una privación de derechos, sino nueva regulación de los mismos que no incide en su contenido esencial. La congelación del sustrato material de los derechos consolidados con anterioridad a la promulgación de la Ley de Aguas no implica en modo alguno una expropiación parcial de los mismos, pues con ello sólo quedan eliminadas las simples expectativas de aprovechamientos. Asimismo, la STS, Sala 3ª, Sección 4ª, de 19 de mayo de 2010, reconoce que el dominio público hidráulico cumple funciones ambientales, de protección de los ecosistemas fluviales, de prevención de inundaciones y de prestación de otros servicios ambientales, que hasta la fecha no habían sido incorporadas de manera clara y expresa en el Reglamento del Dominio Público Hidráulico.

El dominio público marítimo-terrestre cuenta con la STC 149/1991, de 4 de julio: Recaída sobre la Ley de Costas. En cuanto que la Ley de Costas incluye en el demanio bienes que no están directamente aludidos por la Constitución, ha de considerarse dictado en virtud de la facultad que la misma Constitución concede al legislador para determinar los bienes que integran el dominio público. Aunque esa facultad no aparece acompañada, en el art. (132.2 CE) que la otorga, de limitación expresa alguna, es evidente que de los principios y derechos que la Constitución consagra cabe deducir sin esfuerzo que se trata de una facultad limitada, que no puede ser utilizada para situar fuera del comercio cualquier bien o género de bienes si no es para servir de este modo a finalidades lícitas que no podrían ser atendidas eficazmente con otras medidas. Sobre la protección de esta porción del demanio natural, la STS, Sala 3ª, de 25 de

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 307 1/9/16 12:10

febrero de 2010, afirma que no ha lugar al recurso interpuesto contra la Orden del Ministerio de Medio Ambiente que aprobó un deslinde de los bienes de la costa, puesto que no hay posibilidad legal alguna de que la concesión otorgada a perpetuidad para la desecación de una marisma produzca la transmutación a propiedad privada de los terrenos demaniales sobre los que se otorgó.

Los montes cuentan con una normativa de amplio arraigo en España. Una de las sentencias destacables es la STS, Sala 3ª, Sección 5ª, de 25 de mayo de 2010: La Sala ratifica la sentencia que anuló un Decreto por el que se declara la prevalencia del interés general de la actividad minera de explotación de una concesión, sobre la utilidad pública de un monte incluido en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública, porque la especial protección del medio ambiente y el carácter amplio de los intereses que con su protección se reportan a la sociedad, obliga a configurar un ámbito de legitimación en el que las asociaciones como la recurrente en instancia, han de considerarse investidas de un especial interés legítimo colectivo, que considera que no están ejerciendo solo la defensa de la legalidad, sino actuando en defensa de intereses colectivos. Además, se vulnera la Directiva de Hábitats de la UE, ya que impone la previa consulta a la Comisión Europea. Procede tal consulta cuando concurren tres circunstancias: la existencia de conclusiones negativas en la previa evaluación del plan, que se trate de un lugar que albergue algún tipo de hábitat natural o especie calificados de prioritarios y que, no obstante, las razones que se aleguen para la autorización tengan la consideración de imperiosas de interés público de primer orden. Nada de esto concurría en este caso.

En cuanto a las actividades contaminantes, acerca de la actividad radiactiva, la STS, Sala 3ª, Sección 5ª, de 17 de diciembre de 2008, estima el recurso de la Asociación de Municipios afectados por Centrales Nucleares, y reconoce su derecho a ser oída en la elaboración de los Planes Directorios correspondientes a los planes de emergencia nuclear exteriores a las centrales nucleares, aprobados por el acuerdo del Consejo de Ministros impugnado. Afirma que el hecho de que en la tramitación de los Planes Directorios se emitiera informe favorable de la Comisión Nacional de Protección Civil, en la que están representados los municipios españoles a través de su Federación, no evita ni puede sustituir la audiencia de los municipios directamente afectados por los planes de emergencia nuclear, agrupados en la Asociación demandante. Concluye la Sala que la omisión de este trámite se erige en un defecto invalidante del acuerdo recurrido. A su vez, la STS, Sala 3ª, Sección 5ª, de 23 de diciembre

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 308 1/9/16 12:10

de 2002, estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de la petición presentada ante la Dirección General de Energía del Ministerio de Industria y Energía y declara la ilegalidad de la situación creada en dicha fecha a consecuencia del almacenamiento de residuos nucleares procedentes de centrales nucleares en la instalación de almacenamiento de residuos radiactivos situada en Sierra Albarrana, término municipal de Hornachuelos, y la procedencia de la clausura sólo de aquella parte de la instalación donde se almacenaban dichos residuos nucleares, sin perjuicio de la posible legalización que con posterioridad a aquella fecha haya podido tener lugar.

Sobre contaminación electromagnética, la STS, Sala 3ª, Sección 4ª, de 17 de noviembre de 2010 estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por un Ayuntamiento y revoca la sentencia de instancia en cuanto anuló diversos artículos de la Ordenanza Municipal sobre Antenas de Telefonía, Radio y Televisión, en cuanto exigían la obtención de licencia de actividad en materia de telefonía móvil, invadiendo competencias estatales y vulnerando normas de rango superior. Es jurisprudencia reiterada que la competencia municipal en materia urbanística, con inclusión de los aspectos de estética y seguridad de las edificaciones y medioambientales, implica establecer condiciones para la instalación de antenas y redes de telecomunicaciones, pero no pueden controlar los Ayuntamientos si la actividad de los operadores se ajusta de hecho a lo previsto en la Ordenanza si no dispusieran del instrumento de sujeción de aquélla a licencia municipal.

Sobre contaminación por productos y la salud humana, la STS, Sala 1ª, Sección 1ª, de 8 de febrero de 2007, sobre una muerte ocasionada por amianto, establece que está demostrad científicamente que ya en la época de la actividad profesional del empleado en la factoría de la actora, la peligrosidad que la utilización del mineral, del tipo silicato de que se trata, en la fabricación de variados artículos puede producir en el organismo humano, por lo que es inexplicable que no fueran previstas en la factoría; en verdad, obra acreditada una situación de riesgo en la fábrica, de la que la parte demandada ha de responder, ya que constituye una contingencia ajena a los operarios, que conlleva una responsabilidad por sus consecuencias perjudiciales para otras personas, aunque se tratara de una explotación permitida.

El tratamiento conjunto de los residuos y sus efectos contaminantes cuenta como modelo la STS, Sala 3ª, de 10 de diciembre de 2009. En ella se afirma

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 309 1/9/16 12:10

que el pretender extender el análisis semestral de muestras representativas de dioxinas y furano, exclusivamente previsto para las instalaciones de incineración de residuos municipales y peligrosos, a la emisión de gases de la entidad recurrente que simplemente gestiona aceites usados, implica una evidente extralimitación administrativa que no puede encontrar apoyo en ninguno de los preceptos constitucionales, legales o reglamentarios que se citan como infringidos, aunque la finalidad pretendida sea la de la defensa del medio ambiente, ya que ella solo resulta posible en el ámbito de actuación legalmente habilitado al efecto, y en el que no se dispone de marco de actuación discrecional.

Acerca de la contaminación atmosférica, la STS, Sala 3ª, de 17 de julio de 2009 indica que el Plan Nacional de Asignación de emisiones de CO_2 no afecta ni al principio de igualdad ni al derecho de la propiedad ni a la libertad de empresa y se han seguido los parámetros de la normativa y jurisprudencia comunitaria europea.

Sobre el ruido, la STC 16/2004, de 23 de febrero, dictada con motivo de un recurso de amparo ante una sanción por emitir niveles elevados de ruido en un local, afirma que una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar reconocido por la Constitución en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida.

5. PRINCIPALES PROBLEMAS AMBIENTALES

En España, los problemas ambientales son los propios de una sociedad desarrollada e industrial, pero con poco interés por la conservación de su entorno, aunque por sus efectos en el territorio destacan un urbanismo desbocado y una agricultura y pesca industrial muy poco respetuosa con el medio y espoleada por un régimen de ayudas europeo, a lo que se unen unas infraestructuras algunas veces superfluas y muchas veces mal planeadas y ejecutadas, dentro todo de un modelo económico y social que nos e cuestiona. En algunos aspectos, la situación ha mejorado algo respecto a la situación de hace apenas treinta años, como la gestión de los residuos urbanos, pero en otros el cambio

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 310 1/9/16 12:10

no se ha notado, como la contaminación del aire o del suelo y el agua por productos tóxicos.

En cualquier caso, conviene destacar que el Derecho ambiental adolece de una gravísima falta de ejecución en la práctica, ya sea tanto desde su enfoque previsor, sobre todo respecto de las evaluaciones de impacto que suelen despreciar las alternativas reales a un proyecto o a un plan o desde el punto de vista de las ineludibles medidas cautelares administrativas y judiciales que ahorrarían muchos problemas y gastos, como a la hora de vigilar el cumplimiento estricto de las sentencias firmes en sus estrictos términos. En España se dictan cada día cientos de actos administrativos de carácter ambiental que contravienen la Ley sin miramientos; de ellos apenas unos pocos se recurren y mucho menos llegan a alcanzar las salas de los tribunales. Una vez obtenida una sentencia, lograr su ejecución se puede convertir en toda una proeza, sobre todo si no se han impuesto las medidas cautelares oportunas que eviten que venza la mera vía de hecho frente a unas pretensiones garantizadas por la Ley. No solo hay que hablar de los casos concretos, sino del efecto general que en la práctica diaria sabemos que tiene el saber que la Ley ha de cumplirse y que en realidad se cumple. En nuestro país, la "lucha por el Derecho" es una tarea ardua que exige recursos y paciencia.

6. CONCLUSIONES

En estas breves páginas hemos repasado la situación general del Derecho ambiental español, algo que se convierte en una tarea difícil dada la heterogeneidad de los sectores que abarca y las diferencias entre las instituciones jurídicas que acoge y crea, con un claro protagonismo del Derecho administrativo, aunque cada vez más se empleen recursos propios del Derecho civil o del penal, algo común en muchos países de nuestra cultura jurídica.

La historia cuenta con un gran protagonismo y de esta manera no nos ha de extrañar que de la mano del Derecho internacional, el europeo y el estadounidense, piénsese sin más en la evaluación de impacto ambiental, el Derecho español ambiental ha alcanzado unas cotas inimaginables hace una generación, con todo lo que ello implica de sobrecarga de las tareas públicas y de sentirse abrumado por una aprobación de normas caótica e inabarcable. Sirva este esbozo para ofrecer una idea cabal de lo que ocurre en España, lo cual esperamos haber logrado.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 311 1/9/16 12:10

REFERENCIAS

ALONSO, ENRIQUE; LOZANO, BLANCA (dirs.). Diccionario de Derecho ambiental. Iustel. Madrid, 2006.

EMBID, Antonio (dir.). El derecho a un medio ambiente adecuado. Iustel. Madrid. 2008.

LÓPEZ, Fernando; ESCARTÍN, Víctor (coords.). Bienes públicos, urbanismo y medio ambiente. Marcial Pons. Madrid. 2013.

LOZANO, Blanca. Derecho ambiental administrativo. Dykinson. Madrid. 2010.

SORIANO, José Eugenio; BRUFAO, Pedro. Claves de Derecho Ambiental. Volúmenes I, II y III. Iustel. Madrid. 2010, 2011 y 2013.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 312 1/9/16 12:10

DERECHO AMBIENTAL MEXICANO. PANORAMA ACTUAL

Miguel Ángel Cancino Aguilar[1]
Leticia Quiñones Valadez[2]

RESUMEN

Este capítulo analiza el Derecho Ambiental en México, partiendo desde su reconocimiento constitucional y la incidencia de los tratados internacionales en el desarrollo de esta disciplina en el ordenamiento mexicano. Se explica las características de la legislación ambiental y los principales instrumentos para el desarrollo de la política ambiental. Asimismo, se precisan los fallos más importantes en esta materia. El capítulo concluye con los principales retos que debe afrontar el legislador mexicano en materia ambiental.

---

1 Licenciado en Derecho, egresado de la Universidad Autónoma Metropolitana. Unidad Azcapotzalco (1979-1982). Cuenta con dos Posgrados: en Planificación y Gestión Urbana. Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, España (1986) y Especialidad en Derecho Ambiental por la Universidad Panamericana (2005). Candidato a doctor en derecho en la Universidad Panamericana. Más de 25 años de experiencia en docencia a nivel superior. Profesor de Carrera por Oposición en la Universidad Autónoma Metropolitana. Unidad Azcapotzalco. Departamento de Derecho (1984 a la fecha). Miembro del Claustro de Profesores de la Facultad de Derecho y del Posgrado en Derecho (Maestría y Especialidad en derecho administrativo) de la Universidad Panamericana. Profesor en los diplomados en derecho y/o política ambiental que en forma regular imparten el Instituto Tecnológico Autónomo de México, la Universidad Iberoamericana y el Instituto Nacional de Administración Pública. Además, es profesor invitado en temas de derecho ambiental en el Colegio de México, el Programa de medio ambiente de la UNAM, la Universidad Autónoma de Nuevo León, la Universidad Popular de Nicaragua (Doctorado en derecho ambiental), entre otras instituciones. Actualmente se desempeña como procurador ambiental y del Ordenamiento Territorial del Distrito Federal y autor de los numerales I, II, III, IV, IV.I a IV.4; V y VIII.

2 Licenciada en Derecho por la Universidad Autonoma de México. Máster en Arts Derecho, Economía y Politicas del Instituto de Investigación Ortega y Gasset adscrito a la Universidad Complutense de Directora de Resoluciones y Procedimientos Administrativos, Dirección General de Zona Federal Marítimo Terrestre, Subsecretaría de Gestión para la Protección Ambiental, Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales y autora de los numerales IV.5 a IV.7, VI y VII.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 313 1/9/16 12:10

Palabras claves: Instrumentos de política Ambiental. Responsabilidad ambiental y cambio climático. Legislación ambiental.

I. INTRODUCCIÓN

La idea de crear un Libro de Derecho Ambiental Iberoamericano que pueda ser accesible a distintos actores en el continente, es sumamente atractiva para nosotros como mexicanos. Por esa razón, teniendo como uno de nuestros puntos de partida, que nuestra aportación sea de fácil lectura para cumplir con los objetivos planteados, el presente ensayo pretende ser escrito de manera sencilla, pero procurando abordar con la mayor profundidad posible, un panorama general de la situación que prevalece en nuestro derecho ambiental.

Antes de iniciar el desarrollo de la temática ambiental, es necesario comentar que nuestro país sufrió una reforma constitucional en materia de derechos humanos tan importante[3] que dio nacimiento a la décima época en nuestra jurisprudencia. Se trató de una modificación sustancial y directa a 11 artículos de la Constitución, pero también, a la forma de interpretar y aplicar los derechos humanos reconocidos por el sistema jurídico mexicano. Por la misma época, el 6 de junio del mismo año, se acompañó a tan trascendental cambio, una adición al artículo 107 Constitucional, para reconocer constitucionalmente, los intereses legítimos, dentro de las materias consideradas en el juicio de amparo, máximo recurso para la protección de los derechos fundamentales en México.

De manera más reciente, el 8 de febrero del 2012, se modificó constitucionalmente el reconocimiento a un medio ambiente, contenido en el párrafo del artículo 4 de la Constitución, con la finalidad de relacionarlo de manera expresa con la salud, al modificar el concepto de adecuado por el de sano[4].

Estos cambios, algunos de ellos de gran complejidad técnica, han generado un nuevo marco jurídico para la protección del derecho al medio ambiente en México. De esta manera, se podría afirmar que nuestra dogmática en materia ambiental, se encuentra en un proceso de revisión y reconstrucción. No obstante lo anterior, existen elementos que pueden ayudarnos a dar un pano-

3 Diario Oficial de la Federación del 10 de junio de 2011.

4 La Constitución señala en su artículo 4, vigente: "Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar".

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 314 1/9/16 12:10

rama general de la legislación ambiental mexicana y su problemática. Podríamos adelantar, desde esa perspectiva, que hay grandes avances, pero también, que existen grandes retos para ser enfrentados y solucionados. En ese sentido, la comparación de las instituciones jurídicas iberoamericanas puede ser una herramienta útil para la armonización de la legislación en la región.

II. LAS BASES CONSTITUCIONALES

De los artículos reformados en materia de derechos humanos, destacan los tres primeros párrafos del artículo 1º Constitucional, mismos que utilizaremos a lo largo del presente ensayo:

> En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.
> Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los Tratados Internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.
> Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Conforme al primer párrafo, como puede apreciarse, los derechos humanos protegidos constitucionalmente son tanto los reconocidos por la propia Carta Magna, como aquellos que se encuentren en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte[5].

Esta reforma es interesante, desde la perspectiva de dejar a un lado la rigidez constitucional en favor de un régimen de derechos humanos. Esta circunstancia no significa que los Tratados Internacionales serán aplicados

5 La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha listado a 167 instrumentos internacionales relacionados con derechos humanos y reconocidos por México.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 315 1/9/16 12:10

sin restricción o medida alguna, para evitarlo se ha reconocido el llamado control de convencionalidad, conforme al párrafo segundo del artículo 1° de la Constitución, ya mencionado.

II.1 El control de convencionalidad. Para abordar el convencionalismo en México, es necesario comentar que en la aplicación de Tratados Internacionales, dentro del derecho interno, hay dos sistemas teóricamente reconocidos: a) el sistema dualista, seguido por Reino Unido, en el que antes de aplicar cualquier tratado, este debe ser incorporado al derecho interno mediante la correspondiente reforma legislativa[6]; b) el sistema monista[7],como en Estados Unidos, en el que las constituciones modernas, "disponen que los tratados debidamente celebrados, tendrán la vigencia del derecho interno y obligarán directamente, tanto a las personas como a los tribunales[8]". Precisamente, el sistema que incorpora nuestro país, al igual que muchos otros sistemas jurídicos iberoamericanos, es el sistema monista.

Precisamente, el principal problema a resolver es cómo se atenderán los conflictos o discrepancias entre el derecho interno y el derecho internacional. A la metodología para enfrentar esta aporía se le denomina como control de convencionalidad.

En primer lugar, la doctrina mexicana ha definido al control de convencionalidad como un deber internacional y constitucional de todos los jueces o autoridades de confrontar la norma general que se debe aplicar y el bloque de derechos humanos, procurando en primer término armonizarla cuando esto sea posible y, sólo en un caso extremo, ante su notoria contravención, desaplicarla en la resolución correspondiente[9].

En segundo término, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el expediente Varios 912/2010, formado con motivo de la sentencia condenatoria al Estado Mexicano dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

6 Se considera a Triepel como el iniciador de esta teoría. Vid. SEPULVEDA, César. Derecho Internacional. 15 ava Ed. México, Editorial Porrúa, 1988, p. 68.

7 Representado teóricamente por Hans Kelsen y Alfred Verdross. César Sepulveda, loc. cit.

8 SORENSEN, Max. Manual de Derecho Internacional Público. Trad. Dotación Carnagie para la Paz Internacional, México, Fondo de Cultura Económica, 1873, p. 193.

9 ROJAS CABALLERO, Ariel Alberto, "El Control de convencionalidad *ex officio.* Origen en el ámbito regional americano, obligatoriedad para los jueces mexicanos, precisión de sus alcances y retos para el Poder Judicial de la Federación", en Serie Cuadernos de Jurisprudencia. México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Núm. 8, Octubre de 2012, p. 11.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 316 1/9/16 12:10

en el caso Radilla Pacheco, el 14 de julio de 2011, estableció los pasos a seguir en el control de convencionalidad, los cuales son[10]:

a) Interpretación conforme, lato sensu. Consiste en interpretar el orden jurídico conforme a los derechos humanos reconocidos por la Constitución y los Tratados Internacionales, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

b) Interpretación conforme, stricto sensu. Si hay diversas interpretaciones jurídicamente válidas, se debe preferir aquélla que hace a la ley acorde a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte.

c) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Se trata de un último recurso, mismo que se actualizará sólo en el caso de haber fallado los dos pasos anteriores.

Finalmente, se reitera la obligación de aplicar estos criterios por parte de las autoridades ambientales. Hasta el momento, la experiencia institucional sobre control de convencionalidad en materia ambiental es prácticamente nula.

II.2 La aplicación de principios de derechos humanos. En el párrafo tercero, del mismo artículo 1º Constitucional ya citado, se establece que todas las autoridades tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos conforme a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Esta disposición constitucional tiene efectos prácticos sobre la actuación de las autoridades ambientales.

Dando una explicación breve de dichos principios diríamos que el de universalidad se concretiza en conseguir el consenso de las personas, puesto que un fundamento absoluto de los derechos humanos es inalcanzable[11]; la interdependencia implica la estrecha relación de los derechos humanos entre sí; la indivisibilidad, la existencia de un núcleo de los derechos que no puede menoscabarse; y, la progresividad, buscar el mejoramiento constante en la protección de los derechos.

---

10 Véase la tesis "*pasos a seguir en el control de constitucionalidad y convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos*", Número de registro: 160,525, Décima Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: Libro III, diciembre de 2011, Tomo 1, Tesis: P.LXIX/2011, p. 552.

11 VITALE, Ermanno. Derechos y razones, Lecciones de los clásicos y perspectivas contemporáneas. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2007 (Instituto de Investigaciones Jurídicas; Serie Estudios Jurídicos, n. 123), p. 117.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 317 1/9/16 12:10

II. 3 Las normas constitucionales referidas al ambiente. Las disposiciones jurídicas que constituyen las bases constitucionales de la legislación ambiental, están contenidas en los artículos 4º, 25, 27, 73 y 115 de nuestra Carta Magna[12]. Sin embargo, el propio texto constitucional incluye otras disposiciones que se relacionan de manera más específica con aspectos ambientales, de recursos naturales o de ordenamiento territorial, como es el caso de la regulación de las aguas nacionales, la propiedad minera, la salubridad general, la zona económica exclusiva, el aprovechamiento de los hidrocarburos y la actividad pesquera, entre otras.

A continuación serán descritas las disposiciones que conforman las bases constitucionales del derecho ambiental.

a) Artículo 4º Constitucional. En 1998 se aprobaron las modificaciones al artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para considerar que toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar. Como ya se ha dicho, en 2012, se sustituyó el término adecuado por el de sano.

Sin duda, éste es uno de los derechos más importantes que una persona puede tener en cualquier sistema jurídico, ya que constituye la base para ejercer acciones en contra de obras o actividades que perjudiquen o puedan llegar a afectar negativamente el ambiente o los recursos naturales. Es decir, ese derecho es la llave de acceso a la justicia ambiental, una justicia ambiental eficaz, eficiente y oportuna que reconozca ese derecho fundamental como sujeto a protecciones procesales específicas[13].

Por lo mismo, la forma y términos en que se establezca su naturaleza jurídica, los alcances que se le asignen y la reglamentación a que esté sujeto su ejercicio, son aspectos esenciales que deben ser resueltos satisfactoriamente en los sistemas jurídicos[14].

Pese a que el derecho a un medio ambiente, conforme a las reformas constitucionales ya referidas, no tiene ya la naturaleza de programático, sino que puede ser un derecho exigible, una de las tareas pendientes en esta materia

12 AZUELA DE LA CUEVA, Antonio; CANCINO AGUILAR, Miguel Ángel; CONTRERAS MORALES, Concepción. El ordenamiento ecológico del territorio en México: génesis y perspectivas. México, Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, 2006, (Colección Investigación) p. 70.

13 Ibidem, p. 71.

14 Loc. cit.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 318 1/9/16 12:10

es precisamente legislar de mejor manera para crear y fortalecer el acceso a la justicia ambiental, una justicia que proteja efectivamente los derechos fundamentales de los individuos para disfrutar de su medio ambiente y considere además la necesidad de desarrollar actividades y procesos productivos que generen la riqueza necesaria para incrementar la calidad de vida de la población, con todo lo que ello implica.

b) Artículo 25 constitucional.

Al establecer que corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, el estado mexicano queda obligado a incluir la variable ambiental dentro de la planeación nacional, consiguiéndose así la regulación relativa a la preservación, restauración y aprovechamiento de los recursos naturales; en otras palabras, se estableció que el desarrollo económico no debería realizarse a costa de la depredación y deterioro del capital natural del país, sino que debería encontrarse un punto de equilibrio entre las actividades productivas y su aprovechamiento racional[15].

c) Artículo 27 constitucional.

Sin duda, éste es uno de los preceptos más importantes entre las bases constitucionales del derecho ambiental, en virtud de los alcances de sus disposiciones sobre las actividades que generen o puedan generar efectos adversos en el ambiente[16].

Desde su texto original de 1917, el artículo 27 permitía regular conductas encaminadas a la protección ambiental, aunque no con el carácter integral que establece su texto vigente. En efecto, de ese texto, destacan dos disposiciones previstas en sus párrafos primero y tercero. En el primer caso, el artículo 27 constitucional expresa que: "La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de trasmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada[17]".

De ese primer párrafo destacan dos normas: la que otorga a la Nación la titularidad originaria de tierras y aguas, y la que establece el derecho de propiedad privada como un derecho derivado, secundario, precario. Lo anterior,

15 CORTINA, Sofía et. al. Océanos y Costas, Análisis del Marco Jurídico e Instrumentos de Política Ambiental en México. Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, México 2007, p. 42.

16 Ibidem, p. 72.

17 Primer párrafo del artículo 27 Constitucional.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 319 1/9/16 12:10

significaba negar la naturaleza del derecho de propiedad privada que hasta ese momento había prevalecido en nuestro sistema jurídico; se desconoce el carácter de la propiedad como un derecho natural, anterior y superior a cualquier otro derecho, y se sustituye por un derecho que tiene una función social o que debería cumplir una función social.

Llevar a cabo un análisis o descripción pormenorizada de las implicaciones históricas, económicas, sociales, jurídicas de ese precepto, rebasa con mucho las intenciones de este trabajo. Sin embargo, basta decir que tal disposición es el eje de regulación para el ejercicio del derecho de propiedad en nuestro sistema jurídico desde 1917, y que entre sus alcances sobresale el hecho de que el ejercicio del derecho de propiedad que corresponde a las personas, siempre estará supeditado al interés de la Nación, como la titular originaria de cualquier tipo de derecho sobre tierras y aguas en el territorio nacional[18].

Ello implica que la extensión del derecho de propiedad en la realización de cualquier actividad productiva estará limitada por los intereses que la Nación tenga y que se expresen en la propia Constitución Política y en las leyes que deriven de ella. Es justamente aquí donde adquiere relevancia el tercer párrafo del artículo 27 del ordenamiento que comentamos. En efecto, en él se expresa lo siguiente:

La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana. En consecuencia

Estas previsiones permiten restringir, limitar, regular el ejercicio del derecho de propiedad cuando, en el desarrollo de actividades o procesos productivos, se pretenda hacer prevalecer los intereses superiores de la sociedad, de la colectividad o de la Nación, sobre intereses o derechos subjetivos, individuales. Asimismo, se establece el derecho de regular los elementos (recursos) naturales susceptibles de apropiación para cuidar de su conservación[19].

18 AZUELA, Antonio; CANCINO, Miguel Ángel et al., op. cit., p. 72.

19 Ibidem, p. 74.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 320 1/9/16 12:10

En 1976 se modificó ese párrafo, con el propósito de adicionar previsiones relacionadas con la planeación de los asentamientos humanos. A partir de esa reforma, el texto del 27 constitucional en la parte relativa estableció que:

En consecuencia, se dictarán las medidas necesarias para ordenar los asentamientos humanos y establecer adecuadas provisiones, usos, reservas y destinos de tierras, aguas y bosques, a efecto de ejecutar obras públicas y de planear y regular la fundación, conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población.

A partir de esa modificación, el ejercicio del derecho de propiedad sobre el territorio se deberá supeditar a las disposiciones de orden público e interés social que expidan, en el ámbito de sus respectivas competencias, el Congreso de la Unión y las legislaturas de los estados y los municipios, con el propósito de hacer valer la disposición constitucional que comentamos[20].

Además, se institucionaliza el proceso de planeación de los asentamientos humanos, al considerarlo una política pública de carácter social.

En el mismo sentido, en 1987 se modificó nuevamente el párrafo tercero que venimos comentando, para establecer lo siguiente: "En consecuencia, se dictarán las medidas necesarias para…preservar y restaurar el equilibrio ecológico…".

Con ello, se incorpora al texto constitucional la previsión que obliga al Estado a adoptar acciones y programas encaminados al cumplimiento de los fines citados; es decir, la imposición de modalidades a la propiedad y la regulación del aprovechamiento y la conservación de los recursos naturales se vinculan a la preservación y restauración del equilibrio ecológico.

c) Artículo 73 Constitucional. Este precepto establece las diferentes materias en que el Congreso de la Unión es competente para legislar. Las fracciones XXIX-C y XXIX-G de dicho artículo establecen que dicho órgano legislativo está facultado para expedir leyes que establezcan la concurrencia del Gobierno Federal, de los Gobiernos de los Estados y Municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de asentamientos humanos, con objeto de cumplir con los fines previstos en el párrafo tercer del artículo 27 de esta Constitución; y en los mismos términos, para la protección al ambiente y de preservación y restauración del equilibrio ecológico.

Con fundamento en estas disposiciones y conforme a lo dispuesto en el propio artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexica-

20 Loc. cit.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 321 1/9/16 12:10

nos, el Congreso de la Unión emitió la Ley General de Asentamientos Humanos y la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente como ordenamientos que establecen dos tipos de normas: las federales, que se proponen regular las materias que las propias leyes consideran de competencia de ese orden de gobierno, y los criterios y lineamientos a seguir por las legislaturas locales para que los gobiernos de las entidades federativas y de los municipios puedan ejercer las atribuciones que en cada uno de las materias se les asignan y corresponden.

Al margen del contenido normativo de las distintas materias que se contemplan con la LGAH y en la LGEEPA, conviene señalar que en el caso del último de los ordenamientos, una de sus características fundamentales es la descentralización de funciones en favor de los gobiernos locales.

Si se revisa la legislación emitida y aplicada en el periodo que va de 1917 a 1970, se podrá observar que uno de sus rasgos fundamentales es su carácter federal. En 1971, se reforma el propio artículo 73 constitucional en su fracción XVI para refrendar el carácter federal de la materia[21].

En efecto, en dicha fracción, que establece la facultad del Congreso de la Unión para dictar leyes sobre salubridad general y donde se señalan las bases para ello, se incorpora la siguiente disposición: "Las medidas que el Consejo (de Salubridad General) haya puesto en vigor en la campaña contra el alcoholismo y la venta de sustancias que envenenan al individuo o degeneran la especie humana, así como las adoptadas para prevenir y combatir la contaminación ambiental, serán después revisadas por el Congreso de la Unión, en los casos que le competan".

Éste fue el fundamento constitucional de las leyes y disposiciones reglamentarias que se emitieron entre 1971 y 1987, que tuvieron un carácter higienista y fueron formuladas y aplicadas por las autoridades federales[22].

Para descentralizar la materia y propiciar la participación de los gobiernos locales en la atención de las problemáticas ambientales que se presentan en sus circunscripciones territoriales, la LGEEPA les otorgó diversas facultades. A partir de la expedición de esa ley, todas las entidades federativas del país emitieron sus propias leyes locales en materia ambiental y, cada vez más, exigen hoy una mayor participación en espacios "reservados exclusivamente" a las autoridades federales.

21 Ibidem, p. 76.

22 Ibidem, p. 77.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 322 1/9/16 12:10

En materia de asentamientos humanos la cuestión es distinta, ya que si bien la LGAH establece un conjunto amplio de atribuciones en favor de los gobiernos locales, desde la aparición del federalismo en nuestro país, con todo y sus peculiaridades, estos últimos cuentan con atribuciones para regular lo que sucede respecto de su territorio. A partir de 1917, muchas atribuciones relacionadas con el uso, aprovechamiento y disposición de la propiedad territorial en las entidades federativas, son centralizadas en el Gobierno Federal por fines políticos o económicos. Sin embargo, baste recordar que la fracción II, del artículo 121 de nuestra Carta Fundamental, vigente desde el año de 1917, establece que los bienes muebles e inmuebles se regirán por la ley del lugar de su ubicación.

d) Artículo 115 Constitucional. Este artículo plantea que los estados adoptarán para su régimen interior la forma de gobierno republicano, representativo y popular, teniendo como base de su división territorial, y de su organización política y administrativa, al municipio libre, conforme a las bases establecidas en dicho artículo.

Este artículo otorga, en la actualidad, diversas atribuciones a los municipios; en su texto original, únicamente planteaba que éstos serían administrados por un ayuntamiento de elección popular directa, y que no habría ninguna autoridad intermedia entre éste y el gobierno del estado. Asimismo, los municipios administrarían libremente su hacienda, la cual se formaría con las contribuciones que señalaran las legislaturas de los estados y que serían investidos de personalidad jurídica para todos los efectos legales.

Diversas reformas siguieron a este artículo desde su publicación en 1917. Sin embargo, para efectos del presente estudio, resultan de gran importancia las que se formularon en 1983 y 1999, por lo que nos ocuparemos de su análisis.

El 3 de febrero del año 1983 se publicó la octava reforma a este precepto constitucional, la cual, en esencia, en su fracción III facultaba expresamente a los municipios para la prestación de diversos servicios públicos. Adicionalmente, la fracción V de dicho precepto estableció que los municipios, en los términos de las leyes federales y estatales relativas, estarían facultados para formular, aprobar y administrar la zonificación y planes de desarrollo urbano municipal; participar en la creación y administración de sus reservas territoriales; controlar y vigilar la utilización del suelo en sus jurisdicciones territoriales; intervenir en la regulación de la tenencia de la tierra urbana; otorgar licencias y permisos para construcciones, y participar en la creación y administración de zonas de

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 323 1/9/16 12:10

reserva ecológica. Para el efecto y de conformidad a los fines señalados en el párrafo tercero del artículo 27 de la Constitución, expedirán los reglamentos y disposiciones administrativas que fueran necesarios.

Esta reforma, aunque muy importante, porque señaló de manera concreta las atribuciones correspondientes a los municipios y les otorgó la posibilidad de regular directamente todo lo relacionado con el desarrollo urbano y el uso del suelo dentro de sus circunscripciones territoriales, dejaba a salvo la posibilidad de que tales facultades no fueran ejercidas inmediatamente por los mismos o que, dado el interés general, tanto el Gobierno Federal como el local pudieran continuar ejerciéndolas.

Tal y como lo señalaba la fracción X del precepto de referencia, la Federación y los Estados podrían convenir la asunción por parte de éstos del ejercicio de sus funciones, la ejecución y operación de obras y la prestación de servicios públicos, siempre que el desarrollo económico y social lo hicieran necesario[23].

Los estados estaban facultados para celebrar esos convenios con sus municipios, a efecto de que éstos asumieran la prestación de los servicios o la atención de las funciones a las que se refiere el párrafo anterior.

Estas facultadas fueron detalladas y reforzadas en 1999, mediante una reforma en la que se especificaba que los municipios podrán expedir los bandos de policía y gobierno, los reglamentos, circulares y disposiciones administrativas de observancia general dentro de sus respectivas jurisdicciones, que organicen la administración pública municipal, regulen las materias, procedimientos, funciones y servicios públicos de su competencia y aseguren la participación ciudadana y vecinal.

Aunado a lo anterior, a los servicios ya previstos en la reforma de los 80s se agregó competencia de los municipios en materia de drenaje; tratamiento y disposición de aguas residuales; recolección, traslado, tratamiento y disposición final de residuos; equipamiento de calles, parques y jardines. En el mismo sentido, se mejoró lo establecido en la fracción V, en materia de desarrollo urbano y uso de suelo y se adicionó un párrafo que los obligaba, en términos del artículo 27, a expedir los reglamentos y disposiciones administrativas que fueren necesarios. No sobra decir, que esta última disposición jurídica prácticamente no es utilizada por los ayuntamientos del país.

23 Ibidem, p. 80.

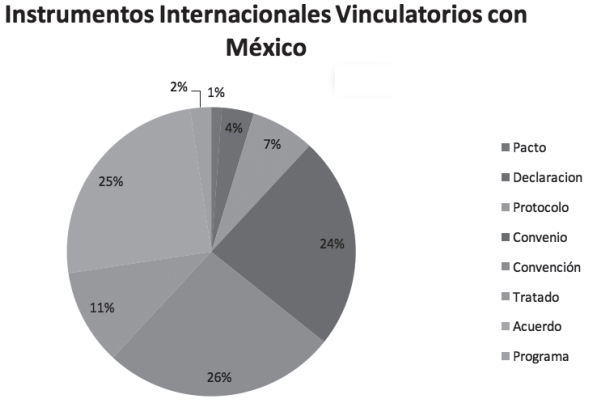
livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 324 1/9/16 12:10

Tal como podemos observar, la participación de los municipios en materia ambiental como en el uso del suelo y la vinculación de ambos en la protección del medio ambiente y los recursos naturales es muy importante. Desafortunadamente son atribuciones prácticamente no ejercidas por los mismos.

III. LOS TRATADOS INTERNACIONALES

México prácticamente ha firmado todos los instrumentos internacionales relacionados con el medio ambiente. De ellos destacan, principalmente, 84 de naturaleza vinculante y 29 no vinculantes[24].

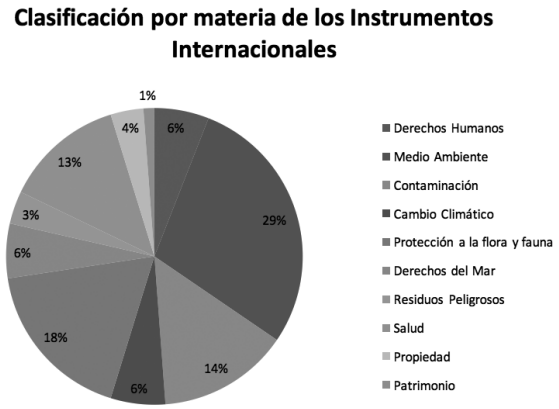
De los vinculantes, es necesario aclarar que se toman en consideración a los Tratados Internacionales generales sobre el tema de los Derechos Humanos como es el caso del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales conocido como el "Protocolo de San Salvador" y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Estos tratados, si bien, no se refieren de manera específica a lo ambiental, si tienen artículos concretos referidos a estas materias. Los instrumentos jurídicos vinculantes, independientemente de su denominación, se dividen de la siguiente manera:



24 Información recabada por la Oficina del Procurador de la Procuraduría Ambiental y del Ordenamiento Territorial del Distrito Federal.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 325 1/9/16 12:10

Ahora bien, tratando de clasificar por los temas más relevantes, la gráfica quedaría de la siguiente manera:



Concretizando, con la reforma constitucional a la que ya hemos hecho referencia[25], cambio sustancialmente la manera de jerarquizar los tratados internacionales en nuestro país. Originalmente, el artículo 133 Constitucional señalaba que la Constitución y los Tratados Internacionales, acordes con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serían la Ley Suprema de la Unión.

Esta disposición constitucional fue interpretada de diversas formas por nuestra Suprema Corte de Justicia, desde considerar la supremacía de la Constitución sobre los Tratados Internacionales, hasta considerarlos de igual jerarquía. A pesar de lo dispuesto en la Constitución, los tratados internacionales siempre pasaron a un segundo término, a diferencia de la legislación ordinaria.

Ante las lagunas de la legislación en materia ambiental, los distintos actores en dicha materia tanto servidores públicos como particulares, era común invocar a los tratados internacionales. No obstante, este uso resultaba ser poco eficaz. Con la reforma ya señalada, el artículo 1º de la Constitución, en su segundo párrafo, obliga a todas las autoridades mexicanas a interpretar la ley de conformidad con la Constitución y los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

25 Diario Oficial de la Federación del 10 de junio del 2011.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 326 1/9/16 12:10

Esta disposición constitucional ahora hace que los tratados internacionales en materia ambiental sean obligatorios. Pero no sólo eso, hace que si los tratados regulan de mejor manera una determinada circunstancia, inclusive por arriba de los estándares constitucionales, se pueda hacer prevalecer las disposiciones previstas en el tratado. En otras palabras, en nuestro país ya no sólo existe el control de legalidad y el control de constitucionalidad, sino también, el control de convencionalidad.

El cambio es tan radical, que el incumplimiento de un tratado internacional, en México, puede implicar no sólo responsabilidad en el ámbito local, sino también, en el ámbito internacional.

Esta interpretación fue ratificada recientemente[26], por nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación, al señalar que los tratados internacionales, en materia de derechos humanos, tienen rango constitucional. Con esta interpretación, nuestro país abre el abanico de los derechos protegidos por nuestro sistema jurídico. No obstante, uno de los problemas que quedan sin ser resueltos, es la manera en que estas disposiciones constitucionales y jurisprudenciales, serán aplicadas en la materia ambiental.

Estas modificaciones fortalecen, no sólo nuestra diplomacia ambiental, sino también nuestro derecho interno. Ya no tenemos que esperar a que las normas internacionales se internalicen, ahora ya forman parte de nuestro derecho y son aplicables directamente. No nos ocuparemos en esta ocasión sobre el contenido específico de los instrumentos internacionales reconocidos y ratificados por México, pero si señalaremos que la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro en junio de 1992, fue el más alto logro en la historia de la humanidad para avanzar en un desarrollo que no afecte a la naturaleza y a las generaciones futuras[27].

Los antecedentes de la Conferencia se remontan a la Conferencia sobre el Medio Humano, celebrada en Estocolmo del 5 de junio de 1972, en la que

---

26 El 3 de septiembre de 20013. Contradicción de tesis 293/2011, suscitada entre el Primer Tribunal Colegiado en materias Administrativa y del Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito.

27 GLENDER, Alberto I. Rivas. "Las relaciones Internacionales del desarrollo sustentable", en GLENDER, Alberto; LICHTINGUER, Víctor (comp.), La diplomacia ambiental. México y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo. México, Secretaría de Relaciones Exteriores – Fondo de Cultura Económica, 1994, (Sección de Obras de Política y Derecho), p. 254.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 327 1/9/16 12:10

por vez primera, el problema ambiental era tomado en serio como un límite para el crecimiento económico irracional[28].

A pesar de los años que han pasado desde entonces, aún quedan muchas cosas por ser resueltas tanto desde la perspectiva teórica como desde la práctica. La respuesta a algunos de estos problemas son los instrumentos internacionales regionales que son fundamentales para integrar una política ambiental a nivel iberoamericano. El medio ambiente es una materia que, por naturaleza, rompe las fronteras. En este caso, también es fundamental la participación comprometida de los distintos actores. Las comunidades, los países y los organismos internacionales deberán volver a plantearse la operatividad y eficacia de las acciones tomadas, tratando de mejorarlas para el futuro.

Indudablemente, México ha dado un importante paso logrando que los Tratados Internacionales formen parte de su argumentar jurídico diario. El problema que falta por resolver es técnico, como hacer valer en las actuaciones administrativas las normas ambientales internacionales, sobre todo, cuando estas son superiores a nuestro derecho interno. Evidentemente, el control de convencionalidad administrativa, dista mucho de la jurisdiccional. Sobre este tema, en México, prácticamente no se ha dicho mucho.

Otro aspecto importante a considerar dentro de nuestra región, es si se ha cumplido con las "normas ambientales internacionales mínimas", es decir, si todos nuestros países cuentan con un ordenamiento jurídico básico que permita igualar y armonizar nuestro actuar. Evidentemente, el principio de progresividad también es aplicable al derecho internacional. En ese sentido, debemos promover e impulsar una evolución progresiva del derecho internacional en materia ambiental.

Sólo la conjunción de acciones a nivel iberoamericano podrá lograr cambios sustanciales, por ejemplo en cambio climático y la protección de la biodiversidad, sólo por mencionar aspectos de gran sensibilidad a nivel regional. De esta manera será fundamental la participación activa de autoridades, grupos ambientalistas, asociaciones de industriales, universidades, comunidades indígenas y ciudadanos comunes.

En lo que a nuestro país concierne, es fundamental que se siga desempeñando un papel activo en los foros internacionales para dar continuidad a nuestras metas ambientales y de ordenamiento territorial. Se debe evitar, en

28 Loc. cit.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 328 1/9/16 12:10

ese sentido, el estancamiento de las políticas públicas internacionales en nuestro ámbito. No sólo es relevante el número de Tratados Internacionales que tenemos aprobados, también es importante aplicarlos para hacer la diferencia, en una mejor conservación del planeta. La cooperación internacional para el desarrollo sustentable nos es indispensable y necesaria.

IV. LA LEGISLACIÓN ORDINARIA

Para contextualizar la evolución que ha tenido la legislación ambiental en México en las últimas cuatro décadas, se deben considerar diversos factores sociales, económicos y políticos que han detonado la juridificación del ambiente en nuestro país. Es importante mencionar que este fenómeno no se ha presentado de manera homogénea ni simultánea en todo el territorio nacional, por el contrario, se ha dado en espacios y tiempos determinados, que obedecen a lógicas distintas, por lo que se puede hablar de diversas etapas en la evolución del derecho ambiental en nuestro país[29]:

1. La primera etapa considerada de 1917 a 1970, está caracterizada por la dispersión legislativa, la elaboración de leyes sectoriales, con una visión dispersa y segmentada, marcada por un tratamiento fragmentado de la legislación por tipo de recurso, derivada fundamentalmente del artículo 27 Constitucional (primeras leyes forestales, de agua de propiedad nacional, de caza, de pesca y los códigos sanitarios).

2. La segunda etapa que abarca de 1970 a 1982, en donde se dan los primeros intentos por sistematizar la legislación ambiental, lográndose la expedición de la Ley Federal para prevenir y controlar la contaminación ambiental de 1971, y creándose en 1972 la Subsecretaría de Mejoramiento Ambiental, hechos que se presentaron a la par de la Conferencia de Estocolmo en 1972.

3. La tercera etapa ubicada de 1982 a 1987, en la cual se expide la Ley Federal de Protección al Ambiente en 1982, con una marcada ten-

29 AUBERT, Luis Escobar. "El desarrollo de la Legislación Ambiental en México", en Memorias del 6° Encuentro Internacional de Derecho Ambiental, Foro Consultivo Científico y Tecnológico, México, 2008, p. 247 y ss.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 329 1/9/16 12:10

dencia centralizadora de la materia ambiental, creándose la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología (SEDUE).

4. La cuarta etapa, que comprende de 1988 a 1994, en la que se presenta una sistematización de la legislación ambiental, expidiéndose en 1988 la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (LGEEPA), la cual se presenta como una ley marco de la materia, validando la participación de los tres niveles de Gobierno en la materia. En 1992 se crea la Secretaría de Desarrollo Social sustituyendo a la SEDUE con dos órganos desconcentrados: el Instituto Nacional de Ecología y la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente. En 1994 se crea la Secretaría de Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca.

5. La quinta etapa se sitúa de 1995 a 2001 y en ella se redimensiona la legislación ambiental con las reformas de la LGEEPA, presentando novedades importantes como la incorporación de incentivos fiscales y económicos, el acceso a la información ambiental, la participación ciudadana y la legitimación de las comunidades para accionar cuando se vieran afectados por obras o proyectos, así como la inclusión de principios orientados a la prevención de la contaminación. En 2001 se crea la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales a la cual se suman los órganos desconcentrados siguientes: Comisión Nacional del Agua, Instituto Mexicano de Tecnología del Agua y Comisión Nacional de Áreas Naturales Protegidas.

6. La sexta etapa se sitúa de 2002 a 2009, y se caracteriza por una nueva sectorización por materia bajo una visión especializada y sistémica, surgiendo así la Ley General de Vida Silvestre, la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable, la Ley General para la Prevención y Gestión Integral de Residuos, y reformas a la Ley de Aguas Nacionales. De manera paralela fue surgiendo a nivel Entidad Federativa legislación local en materia ambiental, creándose Procuradurías Ambientales Estatales[30].

30 Actualmente existen 15 Procuradurías Ambientales Estatales.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 330 1/9/16 12:10

7. La séptima etapa de 2010 a la fecha, caracterizada por la adjetivación del derecho ambiental con las reformas constitucionales del año 2010, en materia de acciones colectivas con su consecuente regulación en el Código Federal de Procedimientos Civiles, modificaciones que junto con la reforma Constitucional en materia de derechos humanos y amparo del 2011, la incorporación del principio contaminador pagador y el derecho al agua al artículo 4 Constitucional del año 2012, y la expedición de la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental en 2013, establecieron los mecanismos necesarios para consolidar el acceso a la justicia ambiental en México.

En este sentido y como señala la Doctora Carmona Lara[31], "el Derecho Ambiental en México tiene sus primeras expresiones como tal a través de los textos legales, la primera norma fue la Ley Federal para Prevenir y Combatir la Contaminación, con un criterio sanitarista. La segunda ley fue publicada en 1982 con el nombre de Ley Federal para la Protección al Ambiente, está ya con un criterio más ambiental", sin que se considerara a los elementos de ambiente de una manera integral y sistémica reservando toda la competencia al orden federal.

Sin embargo, a raíz de la participación de México en diversas conferencias internacionales como Estocolmo en 1972 y Río de Janeiro en 1992, se permitió que en México, al igual que en muchos países, los principios de prevención, precaución, contaminador pagador, responsabilidad común pero diferenciada, entre otros, permearan en la legislación interna, pasando por un proceso de recepción en el Sistema Jurídico Mexicano, primero a nivel de la legislación general y posteriormente a nivel Constitucional, aunque de manera tardía (1999 con el reconocimiento del derecho a gozar de una ambiente adecuado –actualmente sano– y en 2012 con la incorporación del principio contaminador pagador).

Aunado a estos compromisos internacionales, México pasó por diversos acontecimientos a partir de la década de los ochentas, que han marcado de

31 CARMONA LARA, María del Carmen. Derechos en relación con el Medio Ambiente. México, Cámara de Diputados, LVIII Legislatura, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2000, p. 55.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 331 1/9/16 12:10

una u otra manera la cuestión ambiental[32]. Lo anterior se une a las relaciones comerciales del país, en particular la negociación del Tratado de Libre Comercio con América del Norte, que dio lugar a la formulación y aprobación de la mayor parte de la legislación ambiental.

No se puede dejar a un lado el hecho de que en los últimos 15 años, el país ha pasado por una intensa transformación política, democrática y de despliegue de derechos, marcado por la legislación en materia de transparencia y acceso a la información pública, la participación ciudadana y el efectivo acceso a la justicia ambiental con las reformas constitucionales en materia de derechos humanos, acciones colectivas y responsabilidad ambiental, las cuales consolidaran la adjetivación del derecho ambiental.

IV.1 Características generales de la legislación ambiental

La legislación ambiental en México se caracteriza por ser una legislación dinámica, en constante evolución, que comprende un orden materializado a través de distintos ordenamientos especializados por temas. Es decir, existe una ley marco por excelencia, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, y a partir de ella se articulan las leyes generales en materia de Vida Silvestre, Desarrollo Forestal Sustentable, Prevención y Gestión Integral de los Residuos y Cambio Climático, así como sus reglamentos, normas y programas.

Asimismo se trata de una normatividad que se encuentra dispersa en diversas leyes, tratados internacionales, reglamentos, normas oficiales mexicanas, acuerdos, decretos, entre otros, pudiéndose encontrar disposiciones ambientales no sólo en la legislación ambiental, sino también en la legislación administrativa, civil, penal, laboral, de salud, vivienda, desarrollo urbano, e incluso en la legislación fiscal, por mencionar algunos de los campos en los que incide esta materia.

El Dr. Cabrera Acevedo, menciona que el derecho ambiental "es un derecho de muy difícil o imposible codificación en la mayoría de los casos, por lo menos en su etapa actual. De aquí que se encuentre disperso en numerosas leyes y reglamentos federales, estatales y municipales, tratados y acuerdos internacionales"[33].

---

32 Eventos como la explosión de San Juanico en 1984 y la explosión de Guadalajara en 1992 han contribuido también a la juridificación del ambiente en el país.

33 CABRERA ACEVEDO, Lucio. El amparo colectivo protector del Derecho al Ambiente y de otros Derechos Humanos. México, Porrúa, 2000, p. 71.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 332 1/9/16 12:10

Asimismo, es una legislación concurrente, lo cual en ocasiones se traduce en traslapes y complejidad en la distribución de competencias entre Federación, Estados, Municipios y el Distrito Federal.

Por otra parte la adjetivación de la legislación ambiental se encuentra aún en construcción, pues las reformas en materia de acciones colectivas, amparo colectivo, derechos humanos y responsabilidad ambiental son relativamente recientes y están en proceso de ser aplicadas a casos concretos en la materia, para el pleno desarrollo de la jurisprudencia ambiental.

Ahora bien, en México aunque la legislación ambiental partió, al igual que en otros países, de las legislaciones conocidas como de primera generación, caracterizadas por ser de tipo reactivo, centradas en las técnicas de comando y control, el sistema jurídico mexicano ha sufrido una transformación a partir de las reformas a la LGEEPA de 1996, al introducir normas con enfoques preventivos, dando paso a una segunda generación.

La reglamentación de las leyes ambientales y la formulación de normas oficiales mexicanas, a cargo del Ejecutivo Federal, han sido instrumentos de gestión importantes para facilitar la aplicación de la legislación, aunado al desarrollo institucional para su verificación y cumplimiento.

IV.2 Sobre la concurrencia

Conforme a lo previsto en el artículo 73 XXIX –G de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las leyes ambientales estatales deben organizarse en torno a una ley marco que no sólo les sirve de referencia, sino que a su vez, establece la competencia para la acción de los poderes federales, estatales y municipales pues la materia ambiental es una materia concurrente[34].

Para entender mejor la concurrencia, tenemos que referirnos a sus antecedentes en el federalismo norteamericano, el cual se pretendió adoptar en el constitucionalismo mexicano. En éste, cuando se habla de concurrencia, no se refiere a un ejercicio simultáneo de competencias, sino de la ocupación emergente de una materia federal por parte de los Estados miembros, pues mediante el pacto federal los Estados fundadores delegaron en los poderes centrales determinadas materias competenciales que ellos poseían; sin embargo si por al-

34 Cabe señalar que doctrinalmente sería más adecuado hablar de coincidencia y no concurrencia, por los antecedentes históricos del término, como se explicará más adelante.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 333 1/9/16 12:10

guna razón los poderes centrales no han podido ejercer alguna de ellas, resulta lógico que la autoridad local reasuma la función, hasta en tanto no exista un ejercicio efectivo de dicha facultad por parte del poder central.

Es decir, el significado real y propio de la concurrencia en derecho comparado, en particular en derecho anglosajón, lo encontramos en los regímenes federales, en los cuales se conocen como facultades concurrentes a las facultades que pueden ejercer los Estados mientras no las ejerce la Federación[35]. Éste es el elemento propio y característico de los sistemas federales, sin embargo en su significado estricto no puede trasladarse al sistema mexicano, ya que en nuestro país al adoptarse el federalismo, en lugar de que los Entidades Federativas cedieran competencia al órgano central, como ocurrió en Estados Unidos de América, se realizó un proceso inverso por las circunstancias históricas particulares de México, tratándose de una aparente descentralización de funciones del poder central a las entidades federativas.

Por las razones anteriores, en nuestro país es más apropiado hablar de competencias compartidas o coincidentes, donde no se da cotitularidad en el ejercicio de una función respecto a la misma materia, sino la división de la materia o de las funciones ejercibles respecto a ella y, en ocasiones, la división de la propia función, especialmente la legislativa.

IV.3 La distribución de competencias

Actualmente la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece las bases de las cuales se derivan las leyes generales en materia ambiental, en sus artículos 4°, 25, 27, 28, 73, 115 y 124, sin embargo esto no siempre ha sido así, pues la protección de los recursos naturales nació históricamente con una tendencia marcadamente centralista, en donde la regulación de los diversos recursos (bosques, agua) estaba acotada a la legislación federal.

Como señala Martín Díaz y Díaz[36], la protección al ambiente no fue recibida como materia autónoma en la Constitución, sino hasta que se reformó el artículo 25 de la Carta Magna en el año de 1983. No obstante hubo que

35 RAMÍREZ, Felipe Tena. Derecho Constitucional Mexicano. 35. ed.; México, Porrúa, 2003, p.119.

36 Martín Díaz y Díaz, "México en la vía del Federalismo Cooperativo. Un análisis de los problemas en torno a la distribución de competencias", en Estudios de Homenaje a Fernando Alejandro Vázquez Pando, Editorial Themis, México, 1996, p. 161.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 334 1/9/16 12:10

esperar hasta el año de 1987 en el que se modificaron los artículos 27 y 73 constitucionales para dar cabida expresa a las acciones de preservación y restauración del equilibrio ecológico. La técnica de la ley marco se positivizó en la fracción XXIX inciso G del artículo 73, donde se faculto al Congreso "para expedir las leyes que establezcan la concurrencia del gobierno federal, de los gobiernos de los Estados y de los municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de protección al ambiente y de preservación y restauración del equilibrio ecológico.

De esta manera, se expidió una Ley Marco, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, a partir de esta ley, se han expedido las leyes locales.

Ahora bien, en México se le ha dado el nombre de leyes generales o leyes marco, a las que elabora el Congreso para cumplir con el propósito de distribuir competencias entre Federación y Estados otorgando las bases para el desarrollo de las leyes locales.

Con las modificaciones a los artículos 27 y 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que siguieron el modelo establecido en 1976 para los asentamientos humanos, se facultó al Congreso de la Unión para expedir las leyes que establecieran la concurrencia del gobierno federal, de los gobiernos de los Estados y de los Municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de protección al ambiente y de preservación y restauración del equilibrio ecológico. Esto permitió que la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, en vigor desde 1988, estableciera un régimen especial en materia de concurrencia para el Distrito Federal, pues se le equiparó para tales efectos al régimen de facultades residuales aplicable por el artículo 124 Constitucional a los Estados.

En este sentido, el artículo 5° de la LGEEPA, establece las facultades de la Federación, mientras que el artículo 7° establece las facultades de los Estados y el 8° las de los municipios. Cabe destacar que conforme al artículo 9° de la referida Ley, la esfera de las atribuciones del Distrito Federal es la suma de las facultades de los Estados y de los Municipios, que aparecen reguladas en los artículos 7° y 8° de la LGEEPA, pero en el entendido de que, en razón del particular sistema de concurrencia que rige en esta materia, corresponden también al Distrito Federal todas las atribuciones que no aparezcan expresamente conferidas a los funcionarios federales, a manera de "competencia residual".

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 335 1/9/16 12:10

Las facultades conferidas a la federación pueden distinguirse en cinco categorías, siguiendo la clasificación realizada por el Dr. Brañes[37]:

1. Los asuntos relativos a la política ambiental nacional y sus instrumentos, entre los que se encuentran las normas oficiales mexicanas en materia ambiental, el ordenamiento ecológico general del territorio, el ordenamiento ecológico marino y la evaluación de impacto ambiental federal (obras hidráulicas, vías generales de comunicación, oleoductos, industria petrolera, petroquímica, siderúrgica, eléctrica; minería; instalaciones de tratamiento, confinamiento o eliminación de residuos peligrosos o radiactivos, cambios de uso de suelo en terrenos forestales, industria y actividades altamente riesgosas, desarrollos en ecosistemas costeros y obras y actividades en Áreas Naturales Protegidas Federales).

2. Los asuntos relativos a la protección y aprovechamiento sustentable de los recursos naturales, como el establecimiento, regulación, administración y vigilancia de las áreas naturales protegidas de competencia federal, la regulación del aprovechamiento sustentable de los recursos forestales, el suelo, las aguas nacionales, la biodiversidad, la flora y fauna silvestre.

3. Los asuntos que por su importancia son atribuidos a la federación, como la regulación y el control de las actividades consideradas como altamente riesgosas y la generación, manejo y disposición de los residuos peligrosos.

4. Los asuntos de naturaleza federal, dentro de los que se encuentran los asuntos relativos a los bienes y zonas de jurisdicción federal, los asuntos internacionales y los que afectan dos o más Estados.

5. Los asuntos relativos a la participación social y la información ambiental proveniente de la LGEEPA, por ejemplo el Sistema Nacional de Información Ambiental.

Por lo que se refiere a la competencia de los Estados, la legislación general confiere a los Estados la formulación de los instrumentos de política ambiental local, la evaluación de impacto ambiental de obras y actividades no expresamente reservadas a la federación[38], la regulación y vigilancia de las áreas naturales protegidas estatales, las aguas de jurisdicción estatal, el control de la contaminación generada por fuentes fijas que no sean de competencia fede-

37 Raúl Brañes Ballesteros, Manual de Derecho Ambiental Mexicano, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 134.

38 Es decir las que no estén contempladas en el artículo 28 de la LGEEPA.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 336 1/9/16 12:10

ral[39], la recolección, tratamiento, transporte y disposición final de los residuos sólidos urbanos y de manejo especial, y la prevención y control de la contaminación originada por ruido, vibraciones, energía térmica, lumínica y olores.

Por su parte, la legislación general atribuye a los municipios las facultades de preservación y restauración del equilibrio ecológico en los centros de población, en relación con los servicios de alcantarillado, limpia, mercados, centrales de abasto, panteones, rastros, tránsito y transportes locales, así como la regulación en materia de uso de suelo.

Ahora bien, existen 3 tipos de leyes ambientales:

1. Leyes que influyen de manera importante en el ambiente.
2. Leyes sectoriales de relevancia ambiental, que regulan ciertos elementos de ambiente de manera parcial,
3. Leyes de relevancia ambiental casual, es decir legislación que ha sido expedida sin propósitos ambientales expresos[40].

En el primer tipo encontramos a la Ley marco por excelencia, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente.

En el segundo grupo encontramos a las siguientes leyes: la Ley General de Vida Silvestre, la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable, la Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos, la Ley General de Cambio Climático y a la Ley Federal de Responsabilidad ambiental, entre otras.

En el tercer bloque tenemos al Código de Procedimientos Civiles, el Código Penal, la Ley General de Protección Civil, la Ley General de Asentamientos Humanos, la Ley General de Pesca y Acuacultura Sustentable, la legislación energética, la agraria, la de salud, entre otras.

A continuación se hará un análisis general de las leyes que influyen de manera importante en el ambiente y de las leyes sectoriales de relevancia ambiental.

---

39 Conforme a lo previsto en el artículo 111 bis de la LGEEPA, se consideran fuentes fijas de jurisdicción federal, las industrias química, del petróleo y petroquímica, de pinturas y tintas, automotriz, de celulosa y papel, metalúrgica, del vidrio, de generación de energía eléctrica, del asbesto, cementera y calera y de tratamiento de residuos peligrosos.

40 Raquel Gutiérrez Nájera, Introducción al Estudio del Derecho Ambiental, México, Editorial Porrúa, 2011, p. 193.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 337 1/9/16 12:10

Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente

Esta Ley tiene por objeto la protección al ambiente en el territorio nacional y las zonas sobre las que la nación ejerce su soberanía y jurisdicción, así como propiciar el desarrollo sustentable y establecer las bases para garantizar el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente sano para su desarrollo, salud y bienestar; definir los principios de la política ambiental y los instrumentos para su aplicación; la preservación, la restauración y el mejoramiento del ambiente, el establecimiento y administración de las áreas naturales protegidas; la prevención y el control de la contaminación del aire, agua y suelo; así como garantizar la participación corresponsable de las personas, en forma individual o colectiva, en la preservación y restauración del equilibrio ecológico y la protección al ambiente.

Entre los aspectos que regula dicha ley se encuentran los instrumentos de política ambiental federal, la biodiversidad y el régimen de áreas naturales protegidas, el aprovechamiento sustentable de los recursos naturales (agua suelo y sus recursos), la protección al ambiente por la prevención y control de la contaminación (atmósfera, agua, suelo, energía nuclear), la participación social, información ambiental, y por último las medidas de seguridad y sanciones.

IV.4 Los instrumentos de política ambiental

Por lo que se refiere a los instrumentos de política ambiental, cabe señalar que en México se cuenta con un amplio conjunto de instrumentos de política ambiental. Cada instrumento tiene un ámbito particular de aplicación, y diferentes condiciones de alcance, eficacia, y efectividad. Entre los instrumentos de política ambiental encontramos los siguientes:

- Planeación Ambiental
- Ordenamiento Ecológico del Territorio,
- Instrumentos económicos
- Regulación Ambiental de los Asentamientos humanos
- Evaluación de Impacto Ambiental

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 338 1/9/16 12:10

- Normas Oficiales Mexicanas en materia ambiental
- Autorregulación y Auditorías Ambientales
- Investigación y educación ambiental
- Información y Vigilancia

Ahora bien, a continuación se hará un análisis de las leyes sectoriales de relevancia ambiental, dividiéndolas en tres grandes rubros:

- Capital Natural
- Agenda gris y
- Temas transversales

IV.5 Capital natural[41]

Como se ha mencionado a lo largo de este apartado, el aprovechamiento de los recursos naturales, históricamente estuvo regulado desde una perspectiva sectorial y con una lógica extractiva, prevista en la Ley de Pesca, la Ley Forestal y la Ley Federal de Caza.

Desde la expedición de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, esa tendencia comenzó a cambiar, pues desde sus reformas en 1996, se permitió el aprovechamiento de la flora y la fauna silvestres siempre y cuando se garantizara la sustentabilidad de las poblaciones mediante tasas de extracción menores a las tasas de renovación de las mismas.

Asimismo, el marco jurídico sobre biodiversidad se ha ampliado con la Ley General de Vida Silvestre, la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable, la Ley de Desarrollo Rural Sustentable y la Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados.

41 Se ha tomado como base para la elaboración de este apartado a AZUELA, A. et al. 2008. Una década de transformaciones en el régimen jurídico del uso de la biodiversidad, en Capital natural de México, vol. III: Políticas públicas y perspectivas de sustentabilidad. Conabio, México, p. 259-282.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 339 1/9/16 12:10

A continuación se hará una breve referencia a cada una de ellas:

a) Vida Silvestre. Hacia 1995, los principales ordenamientos que regulaban el uso de la vida silvestre eran la Ley Federal de Caza; las leyes federales de Sanidad Animal y Vegetal, la Norma Oficial Mexicana NOM-059-ECOL-1994, que determina las especies, subespecies de flora y fauna silvestres terrestres y acuáticas en peligro de extinción y que establece especificaciones para su protección, las leyes de Pesca y Forestal y algunas disposiciones incluidas en la LGEEPA.

Sin embargo esa normativa estaba desarticulada e incompleta, pues no incluía criterios adecuados para la conservación y el aprovechamiento sustentable de las especies de la flora y fauna silvestres.

Por ello, a mediados de los años noventa se hicieron modificaciones al marco jurídico e institucional, a fin de modernizar la normatividad relativa al manejo de la vida silvestre.

El 3 de julio de 2000 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley General de Vida Silvestre y el 30 de noviembre de 2006 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Reglamento de la Ley General de Vida Silvestre.

Con la expedición de la ley cambió de manera fundamental el concepto de propiedad nacional de la flora y fauna silvestres, ya que la fauna silvestre deja de ser considerada como propiedad pública, como parte de los bienes y recursos que pertenecen al Estado, y pasa a ser susceptible de apropiación por parte de los propietarios o poseedores de predios, a quienes además se les reconocen derechos exclusivos de aprovechamiento.

Es decir, la Ley reconoce derechos específicos para propietarios y poseedores e institucionaliza las denominadas Unidades de Manejo para la Conservación de la Vida Silvestre (UMA), como el principal instrumento para el manejo de la vida silvestre.

El punto de partida consiste, por una parte, en atribuir a esas personas el derecho al aprovechamiento sustentable de la vida silvestre y a participar de los beneficios de todo tipo que de ello se derive y, por la otra, establecer su obligación de contribuir a conservar su hábitat y a que las especies, poblaciones o ejemplares respectivos no sufran efectos negativos.

b) Forestal. Aunque desde 1917 se incluyó en el artículo 27 constitucional la posibilidad de regular el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación para cuidar de su conservación, las leyes forestales que se habían expedido no eran suficientes para la protección y para el aprovechamiento sustentable de los ecosistemas forestales.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 340 1/9/16 12:10

Con el cambio de administración federal en el año 2000, la protección de los bosques y el agua se incluyó en los asuntos de seguridad nacional del Plan Nacional de Desarrollo, promoviéndose cambios institucionales y legales importantes con la creación de la Comisión Nacional Forestal (Conafor) y la expedición, el 25 de febrero de 2003, de la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable, uno de cuyo rasgos principales es la distribución de atribuciones entre los tres órdenes de gobierno en materia forestal.

Con ese esquema el gobierno federal continúa a cargo de la planeación y la política nacionales. Entre los asuntos regulados por esta ley destacan:

- cambios de uso de suelo,
- aprovechamiento de recursos forestales,
- establecimiento de plantaciones forestales comerciales,
- uso de los recursos genéticos forestales,
- la integración del Inventario Nacional Forestal y de Suelos,
- el Registro Nacional Forestal y el Sistema Nacional de Información Forestal,
- la zonificación forestal,
- la coordinación de acciones en incendios forestales,
- el sistema de prevención y alerta temprana de sanidad forestal,
- las acciones de inspección, vigilancia y acreditación de la legal procedencia de las materias primas,
- el funcionamiento de los centros de almacenamiento y transformación de materias primas forestales,
- la regulación del uso de suelo en terrenos forestales,
- la operación del Programa de Desarrollo Forestal, el Programa de Desarrollo y el Programa Nacional de Reforestación.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 341 1/9/16 12:10

- Por su parte, los estados tienen atribuciones exclusivas como:
- la creación de sistemas de planeación a distintas escalas,
- el diseño de la política estatal forestal en congruencia con la nacional, o
- la integración de inventarios estatales forestales y de suelos y sistemas de información.

Además cuentan con atribuciones que se pueden ejercer de manera concurrente con los gobiernos federal y municipales, como promover los bienes y servicios ambientales aportados por los recursos forestales, realizar acciones de fomento a las cadenas productivas, así como formular y aplicar programas en materia de reforestación, incendios y sanidad forestal, entre otros aspectos.

De la misma forma, los municipios participan en la aplicación de los instrumentos de esta ley y se les confieren atribuciones exclusivas como la expedición de licencias para el establecimiento de centros de almacenamiento o transformación de materias primas forestales, o la realización de acciones de combate a incendios forestales en primera instancia.

Uno de los principales avances de la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable para fortalecer la variable ambiental en la gestión forestal, es la instrumentación de un mercado de bienes y servicios ambientales de los ecosistemas forestales e hidrológicos, a partir de programas específicos derivados de la ley que incluyen la provisión de agua en calidad y cantidad, la captura de carbono, la generación y liberación de oxígeno, el amortiguamiento de impactos por desastres naturales, la regulación climática, la protección de la biodiversidad y el material genético de los recursos forestales y la recuperación de suelos.

Como acciones importantes están la creación del Fondo Forestal Mexicano a cargo de la Conafor y la modificación de la Ley Federal de Derechos, que incluyó el destino específico de un porcentaje de la recaudación por el uso, aprovechamiento y explotación de aguas nacionales que, conforme al Programa de Pago por Servicios Ambientales Hidrológicos, se utiliza para compensar a los beneficiarios, dueños o legítimos poseedores de terrenos con recursos forestales que realicen un manejo sustentable e incrementen la calidad y cantidad de esos recursos en terrenos con 80% de cubierta forestal de bosques y selvas, zonas críticas para la recarga de acuíferos catalogadas por la Comisión Nacional del Agua (CNA) como sobreexplotadas o vinculadas al abasteci-

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 342 1/9/16 12:10

miento de agua a centros poblacionales.

c) Agua. La reforma de la Ley de Aguas Nacionales incorpora diversos aspectos de carácter sustantivo en la regulación de la preservación y aprovechamiento sustentable del agua. Se incluyen conceptos como cuenca hidrológica, gestión integrada de los recursos hídricos, uso ambiental del agua y servicios ambientales, como la base de regulación del recurso.

Por otra parte, las cuencas hidrológicas están previstas como eje de la planeación del manejo del agua.

La reforma de 2004 a la ley incorpora disposiciones relacionadas con la participación social en la gestión integrada del recurso, así como de representantes de los tres órdenes de gobierno, fundamentalmente en los denominados consejos de cuenca, y fortalece el acceso a la información relacionada con la preservación y aprovechamiento sustentable del recurso.

Otras modificaciones relevantes que se incorporan a la legislación en la materia son las siguientes:

- Se crean organismos de cuenca con el carácter de unidades especializadas investidas de autonomía, que tendrán a su cargo las tareas de gestión del agua y ejercen atribuciones reservadas a la autoridad del agua.

- En el apartado de prevención y control de la contaminación de las aguas, se incorporan disposiciones relativas a la responsabilidad por daño ambiental, estableciendo que la CNA y los Organismos de Cuenca son competentes en esta materia y que quienes exploten, usen o aprovechen aguas nacionales o sus bienes públicos inherentes, lleven a cabo descargas de aguas residuales, recirculación, reuso o alguna otra actividad que pueda causar perjuicio a la calidad del agua, los ecosistemas asociados a esta o afecten los servicios ambientales vinculados con el agua, deberán asumir la responsabilidad plena derivada de los daños causados.

d) Organismos genéticamente modificados. El objeto de la ley es regular las actividades de utilización confinada, liberación experimental, liberación en programa piloto, liberación comercial, comercialización, importación y exportación de organismos genéticamente modificados, a fin de prevenir, evitar o reducir los posibles riesgos que estas actividades pudieran ocasionar a la salud

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 343 1/9/16 12:10

humana, al medio ambiente, a la diversidad biológica o a la sanidad animal, vegetal o acuícola.

- La ley señala en el artículo 9 una serie de principios que deberán observarse en la política de bioseguridad, destacando los principios preventivo, de acceso a la información, de "paso a paso" y, de manera importante, el precautorio.

- La regulación de actividades con organismos genéticamente modificados mediante permisos

- En materia de confidencialidad de información (que originalmente se protege con leyes de propiedad industrial y derechos de autor), la ley describe aquella que no tiene carácter confidencial y que, por tanto, cualquier persona interesada puede acceder a ella.

- Por lo que hace a la protección de la salud humana, se requiere autorización para los organismos genéticamente modificados que se destinen para uso o consumo humano, incluyendo granos, los que se destinen al procesamiento de alimentos para consumo humano, los que tengan finalidades de salud pública y los que se destinen a la biorremediación.

e) Ecosistemas marinos. En relación con la protección de los ecosistemas marinos es importante señalar que la legislación ambiental mexicana se encuentra fuertemente segmentada. Por medio de ordenamientos en materias como pesca, vida silvestre, áreas naturales protegidas, ordenamiento ecológico del territorio, zona federal marítimo-terrestre, evaluación del impacto ambiental, entre otras, el marco jurídico establece diversas regulaciones que inciden directa o indirectamente en la preservación y aprovechamiento de los ecosistemas costeros.

Sin embargo, esas regulaciones no constituyen un marco integral. La protección del medio marino en la legislación ambiental, se ha ubicado en la Ley Federal del Mar, así como en la LGEEPA y el Código Penal Federal que en 1996 incluyeron disposiciones relacionadas específicamente con la protección de los recursos marinos.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 344 1/9/16 12:10

IV.6. La Agenda Gris

En materia de prevención y control de la contaminación, tanto las políticas públicas –y sus instrumentos– como el marco jurídico en la materia han sido segmentados en grandes rubros, a saber: manejo integral de residuos, prevención y control de la contaminación atmosférica, impacto ambiental de obras y actividades, sustancias altamente riesgosas, entre otros. Como veremos en este apartado, dichos temas son regulados a través de instrumentos comando y control pero también se ha dado un gran impulso a la autorregulación, incorporando principios internacionales como el de responsabilidad compartida y quien contamina paga.

a) La Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos[42] y su Reglamento[43]. Para lograr un manejo integral de residuos en nuestro país, se expidieron la Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos y su Reglamento, éstos regulan la generación, el manejo y la disposición final de todo tipo de residuos, con un enfoque basado en la prevención de su generación, el aprovechamiento de su valor y su gestión integral ambientalmente eficiente, socialmente aceptable y económicamente factible, considerando los principios "responsabilidad compartida", "preventivo", "el que contamina paga" y los de "realidad", "gradualidad" y "flexibilidad", para que responda a las necesidades y contextos que se presentan en el país.

Para lograr dichos objetivos el primer paso fue la definición de residuo, distinguiendo los diferentes tipos de éstos de acuerdo a sus propiedades y tamaño de las fuentes generadoras. Los grandes rubros en los que esta Ley clasifica a los residuos son: sólidos urbanos (generados en las casas habitación o que producidos por otra fuente tengan características domiciliarias), de manejo especial (generados en los procesos productivos, que no reúnen las características de los peligrosos y los sólidos urbanos producidos en una cantidad igual o superior a 10 toneladas anuales), y residuos peligrosos (posean alguna de las características de corrosividad, reactividad, explosividad, toxicidad, inflamabilidad, o que contengan agentes infecciosos que les confieran peligrosidad, así como envases, recipientes, embalajes y suelos que hayan sido contaminados cuando se transfieran a otro sitio).

42 Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 8 de octubre de 2003.

43 Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de noviembre de 2006.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 345 1/9/16 12:10

En función de esta clasificación de residuos fue elaborado el sistema competencial en la materia, a saber: residuos sólidos urbanos para los gobiernos municipales, los de manejo especial son competencia de los Estados, dejando los peligrosos a las autoridades federales.

Entre los instrumentos de la política de prevención y gestión integral que deberán ser desarrollados e instrumentados por los tres niveles de gobierno se encuentran los Programas para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos que, comenzando con un diagnóstico de generación, sientan las estrategias de política pública para el cumplimiento de los objetivos de la Ley.

Por su parte, la elaboración e implementación de planes de manejo se ha constituido como el instrumento más importante para la gestión integral de residuos, éstos tienen como objetivos: (1) promover la prevención de la generación y la valorización de los residuos así como su manejo integral, a través de medidas que reduzcan los costos de su administración, faciliten y hagan más efectivos, desde la perspectiva ambiental, tecnológica, económica y social, los procedimientos para su manejo; (2) establecer modalidades de manejo que respondan a las particularidades de los residuos y de los materiales que los constituyan; (3) atender a las necesidades específicas de ciertos generadores que presentan características peculiares; (4) establecer esquemas de manejo en los que aplique el principio de responsabilidad compartida de los distintos sectores involucrados.

Los planes de manejo aplicables a productos de consumo que al desecharse se convierten en residuos peligrosos, deberán considerar, entre otros, los siguientes aspectos:

1. Los procedimientos para su acopio, almacenamiento, transporte y envío a reciclaje, tratamiento o disposición final, que se prevén utilizar;

2. Las estrategias y medios a través de los cuales se comunicará a los consumidores, las acciones que éstos deben realizar para devolver los productos del listado a los proveedores o a los centros de acopio destinados para tal fin, según corresponda;

3. Los procedimientos mediante los cuales se darán a conocer a los consumidores las precauciones que, en su caso, deban de adoptar en el manejo de los productos que devolverán a los proveedores, a fin de prevenir o reducir riesgos, y

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 346 1/9/16 12:10

4. Los responsables y las partes que intervengan en su formulación y ejecución.

5. En todo caso, al formular los planes de manejo aplicables a productos de consumo, se evitará establecer barreras técnicas innecesarias al comercio o un trato discriminatorio que afecte su comercialización.

Como vemos, el manejo integral de residuos a través de estos planes se cimienta en el principio de responsabilidad compartida, el cual reconoce que los residuos son generados a partir de la realización de actividades que satisfacen necesidades de la sociedad, mediante cadenas de valor tipo producción, proceso, envasado, distribución, consumo de productos, y que, en consecuencia, su manejo integral es una corresponsabilidad social y requiere la participación conjunta, coordinada y diferenciada de productores, distribuidores, consumidores, usuarios de subproductos, y de los tres órdenes de gobierno según corresponda, bajo un esquema de factibilidad de mercado y eficiencia ambiental, tecnológica, económica y social.

A la luz de esta responsabilidad compartida, se traslada la responsabilidad por el manejo de residuos a cada una de las partes que conforman el proceso de gestión, por ejemplo, aunque la responsabilidad original del manejo y disposición final de los residuos peligrosos corresponde a quien los genera, para los casos en que el generador contrata los servicios de manejo y disposición final, la responsabilidad por estas operaciones será de éstos, independientemente de la responsabilidad que tiene el generador.

En cuanto a los sujetos obligados, deberán formular y ejecutar planes de manejo los productores, importadores, exportadores y distribuidores de productos que al terminan su vida útil se convierte en residuo peligrosos enlistados en la NOM respectiva; los generadores de los residuos peligrosos que se incluyan en las normas oficiales mexicanas correspondientes, y los grandes generadores (producción igual o mayor a 10 toneladas anuales) y los productores, importadores, exportadores y distribuidores de los productos que al desecharse se convierten en residuos sólidos urbanos o de manejo especial que se incluyan en los listados de residuos sujetos a planes de manejo de conformidad con las normas oficiales mexicanas correspondientes

Otra aportación importante de esta Ley es la remediación de sitios contaminados, al establecer que las personas responsables de actividades relaciona-

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 347 1/9/16 12:10

das con la generación y manejo de materiales y residuos peligrosos que hayan ocasionado la contaminación de sitios con éstos, están obligadas a llevar a cabo las acciones de remediación conforme a la Ley y demás disposiciones aplicables.

En este tema vemos una vez más reflejada la responsabilidad compartida pues son responsables solidarios de llevar a cabo las acciones de remediación que resulten necesarias –sin perjuicio del derecho a repetir en contra del causante de la contaminación–, los propietarios o poseedores de predios de dominio privado y los titulares de áreas concesionadas, cuyos suelos se encuentren contaminados.

Complementando lo anterior, se incentiva la remediación de los sitios contaminados con residuos al establecer la prohibición de transferir la propiedad de sitios contaminados con residuos peligrosos, salvo autorización expresa de Secretaría.

La LGPGIR y su Reglamento fomentan políticas de transparencia informativa, privilegiando la sensibilización del público y la educación de la sociedad, procurando mecanismos de participación corresponsable de los distintos sectores sociales en el manejo de residuos e instrumentos de regulación directa y autorregulación para lograr los fines que se persiguen de la mejor manera en términos de costo y efectividad, reduciendo y simplificando trámites administrativos, y minimizando la generación de residuos, la valorización de los mismos y su manejo ambientalmente adecuado.

Pese a la idoneidad de su texto, la aplicación de estos instrumentos jurídicos se ha enfrentado a situaciones que entorpecen y obstaculizan su debida implementación en materia de residuos peligrosos, pues señala la LGPGIR que residuo es el material o producto cuyo propietario desecha, en este sentido se entiende que sólo se estará en presencia de un residuo cuando el mismo sea enviado a disposición final. La interpretación (y alcance) que se da a esta redacción impide muchas veces que los materiales o productos que en los hechos tienen la característica o naturaleza de un desecho, sean sujetos a las obligaciones propias de los residuos, pues se arguye que los mismos no son enviados a disposición final sino que serán utilizados en otros procesos o bien, serán valorizados lo que no siempre sucede.

Por otra parte, la multiplicidad de términos y definiciones es igualmente un obstáculo pues al no contar con definiciones homogéneas –entre otras, de: producto, material, subproducto, desecho, residuos– se da lugar a confusiones y controversias de naturaleza jurídica. Es de resaltar el caso de "Residuo Peligroso"

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 348 1/9/16 12:10

y "Residuos Peligrosos" señalados, respectivamente, en la LGEEPA y la LGPGIR pues, no obstante comparten características descriptivas, no son idénticos.

Ahora bien, en cuanto al cumplimiento de obligaciones de los sujetos regulados, éste debe estar supeditado a instrumentos normativos de carácter técnico como las Normas Oficiales Mexicanas, pues aunque la LGPGIR establece como criterio general que un residuo será peligroso cuando posea alguna característica CRETIB o CRETI, empero, cualquier residuo –sin importar que su composición física contenga alguna característica de residuo peligroso– no contemplado en NOM[44] no podrá ser sujeto de las obligaciones exigibles conforme a la legislación y reglamentación de la materia.

Inclusive obligaciones torales como la elaboración e implementación de planes de manejo se encuentran constreñidas a la existencia de normas oficiales mexicanas pese a que la Ley y su Reglamento establecen criterios suficientes para la elaboración de dichos instrumentos. En este sentido, al no existir una NOM específica aplicable a cada caso particular los planes de manejo no son exigibles y en consecuencia, la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente se ve imposibilitada para verificar el cumplimiento de esta obligación legal pues en caso de que se amerite alguna sanción, el particular apelaría a la protección de algún medio de defensa con grandes posibilidades de ganar.

b) Reglamento LGEEPA en materia de Evaluación de Impacto Ambiental[45]. Como uno de los instrumentos de la política ambiental, la LGEEPA establece que la evaluación del impacto ambiental es el procedimiento a través del cual la Semarnat establece las condiciones a que se sujetará la realización de obras y actividades que puedan causar desequilibrio ecológico o rebasar los límites y condiciones establecidos en las disposiciones aplicables para proteger el ambiente y preservar y restaurar los ecosistemas, a fin de evitar o reducir al mínimo sus efectos negativos sobre el medio ambiente. Éste es aplicado por los tres órdenes de gobierno en el ámbito de sus facultades y competencias respectivas.

Los criterios para determinar si un proyecto o actividad requiere de una evaluación de impacto ambiental son: el tipo de obra o actividad a ejecutar,

---

44 El artículo 16 de la Ley señala que la clasificación de un residuo como peligroso, se establecerá en las normas oficiales mexicanas que especifiquen la forma de determinar sus características, que incluyan los listados de los mismos y fijen los límites de concentración de las sustancias contenidas en ellos, con base en los conocimientos científicos y las evidencias acerca de su peligrosidad y riesgo.

45 Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de mayo de 2000.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 349 1/9/16 12:10

su ubicación, el impacto en zonas y especies competencia de la Semarnat. La evaluación de impacto se hace mediante la presentación, ante la Semarnat, de la manifestación de impacto ambiental (MIA) regional o particular o bien la de un informe preventivo; adicionalmente, para aquellos casos en que los proyectos involucren el uso de sustancias o la realización de actividades consideradas como altamente riesgosas[46]. Estos estudios deberán incorporar la siguiente información:

1. La descripción del sistema ambiental y señalamiento de la problemática ambiental detectada en el área de influencia del proyecto.
2. La identificación, descripción y evaluación de los impactos ambientales.
3. Las medidas preventivas y de mitigación de dichos impactos.
4. Los pronósticos ambientales y, en su caso, la evaluación de alternativas.
5. Escenarios y medidas preventivas para los riesgos ambientales relacionados con el proyecto.

Tanto la LGEEPA en su artículo 28 como el Reglamento que nos ocupa establecen que quienes pretendan llevar a cabo alguno de los siguientes obras o actividades, requerirán previamente la autorización de la Semarnat en materia de impacto ambiental: A) Hidráulica; B) Vías generales de comunicación; C) Oleoductos, gasoductos, carboductos y poliductos; D) Industrias petroleras; E) Industrias petroquímicas; F) Industrias químicas; G) Industrias siderúrgica; H) Industria papelera; I) Industria azucarera; J) Industria del cemento; K) Industria eléctrica; L) Exploración, explotación y beneficio de minerales y sustancias reservadas a la federación; M) Instalaciones de tratamiento, confinamiento o eliminación de residuos peligrosos, así como residuos radioactivos; N) Aprovechamiento forestales en selvas tropicales y especies de difícil regeneración; O) Plantación forestales; P) Cambios de uso del suelo de áreas forestales, así como en selvas y zonas áridas; Q) Parques industriales donde se prevea la realización de actividades altamente riesgosas; R) Desarrollos in-

46 Se es actividad altamente riesgosa cuando se maneja alguna de las sustancias contenidas en el Primer Listado de Actividades Altamente Riesgosas publicado por la Semarnat el 28 de marzo de 1990 o en el Segundo Listado de Actividades Altamente Riesgosas publicado el 7 de mayo de 1992.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 350 1/9/16 12:10

mobiliarios que afecten los ecosistemas costeros; S) Obras y actividades en humedales, manglares, lagunas, ríos, lagos y esteros conectados con el mar, así como en sus litorales o zonas federales; T) Obras en áreas naturales protegidas; U) Actividades pesqueras que puedan poner en peligro la preservación de una o más especies o causar daños a los ecosistemas; V) Actividades acuícolas que puedan poner en peligro la preservación de una o más especies o causar daños a los ecosistemas; W) Actividades agropecuarias que puedan poner en peligro la preservación de una o más especies o causar daños a los ecosistemas.

Un elemento sumamente importante de este instrumento, es la participación ciudadana mediante el ejercicio de su derecho de acceso a la información con respecto a las actividades que se lleven a cabo, así como a las obras que puedan incidir en el ambiente, y de las obligaciones de Transparencia de la Secretaría, pues ésta está obligada a publicar un listado de las solicitudes de autorización de impacto ambiental, así como los resultados de los estudios que realiza, ya que es información pública. También en este sentido se establece la posibilidad de que el proyecto a desarrollar sea sometido a una consulta pública la cual podrá ser solicitada por cualquier ciudadano dentro del plazo de diez días contados a partir de la publicación del extracto del proyecto en los términos antes referidos. Adicionalmente, cuando se trate de obras o actividades que puedan generar desequilibrios ecológicos graves o daños a la salud pública o a los ecosistemas, la Semarnat, en coordinación con las autoridades locales, podrá organizar una reunión pública de información en la que el promovente explicará los aspectos técnicos ambientales de la obra o actividad de que se trate.

Como vemos, la evaluación de impacto ambiental, al observar proyectos específicos debería ser un instrumento de apoyo a herramientas de planeación como el ordenamiento ecológico y los planes de desarrollo urbano; no obstante, por la ausencia o falta de definición de los anteriores, la EIA se ha convertido en el instrumento de prevención y mitigación del impacto ambiental por excelencia. Ello ha ocasionado que el desarrollo de proyectos en México se haga sin una visión regional –incluso en el caso de la MIA regional–, dejando de lado los impactos acumulativos, sinérgicos y residuales que el conjunto de actividades autorizadas en un sitio ocasiona.

Adicionalmente, la excesiva relevancia que se ha dado a este instrumento ha generado que se aplique a una gama tan amplia de temas y situaciones que se evalúan aspectos que por sus efectos previsibles deberían

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 351 1/9/16 12:10

quedar sujetos a otro tipo de instrumentos como la autorregulación o las normas oficiales mexicanas.

c) Reglamento LGEEPA en materia de Prevención y Control de la Contaminación Atmosférica. Fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 25 de noviembre de 1988 y regula la emisión de contaminantes atmosféricos provenientes tanto de fuentes fijas como móviles con un enfoque preventivo. Da mayor claridad a la distribución de competencias que sobre la materia hace la LGEEPA y define en quiénes recae la responsabilidad del cumplimiento de dichas disposiciones.

Así, las emisiones de olores, gases, partículas sólidas y líquidas a la atmósfera que se generen por fuentes fijas, no deberán exceder los niveles máximos permisibles de emisión e inmisión, por contaminantes y por fuentes de contaminación que se establezcan en las normas técnicas ecológicas que para tal efecto expida la Semarnat en coordinación con la Secretaría de Salud, con base en la determinación de los valores de concentración máxima permisible para el ser humano de contaminantes en el ambiente que ésta última determina[47]. Asimismo, ambas instancias se coordinarán y, previos estudios correspondientes, determinarán en la norma técnica ecológica respectiva, las zonas que deben considerarse críticas.

Así mismo, señala que las fuentes fijas de jurisdicción federal que emitan o puedan emitir olores, gases o partículas sólidas o líquidas a la atmósfera, requerirán licencia de funcionamiento expedida por la Semarnat, la que tendrá una vigencia indefinida. Para obtener dicha licencia los responsables de las fuentes, deberán presentar a la Secretaría, solicitud por escrito acompañada de la información y documentación descrita en el artículo 19 del instrumento de referencia. Una vez recibida dicha información, la Secretaría otorgará o negará la licencia de funcionamiento correspondiente, dentro de un plazo de 30 días hábiles contados a partir de la fecha en que se cuente con toda la información requerida.

En el caso de otorgarse la licencia, en ésta deberá precisar la periodicidad con que deberá remitirse a la Secretaría el inventario de sus emisiones, la periodicidad con que deberá llevarse a cabo la medición y el monitoreo a que se refieren las fracciones IV y V del artículo 17, entre otros.

47 Sobre este respecto, actualmente se encuentran vigente alrededor de 50 normas técnicas, entre oficiales mexicanas y normas mexicanas.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 352 1/9/16 12:10

En este sentido, los responsables de fuentes fijas de jurisdicción federal que cuenten con licencia otorgada por la Secretaría deberán presentar ante ésta una Cédula de Operación Anual –dentro del primero 1° de enero al 30 de abril de cada año, en ésta deberán informar de las emisiones hechas por el agente en materia de calidad del aire, residuos y contaminación del agua.

En cuanto a fuentes móviles los niveles máximos permisibles por las emisiones de olores, gases, así como de partículas sólidas y líquidas a la atmósfera, pero éstas generadas por fuentes móviles -aquéllas que por su capacidad de traslado no permiten encuadrarlas en una zona específica- por lo que su peligrosidad es constante, progresiva e indeterminable a cada agente contaminador (automóviles, aviones, embarcaciones, autobuses), ya que su medición abarca un gran número de agentes contaminantes en las zonas urbanas. Para regular esta tipo de contaminación, las autoridades federales y estatales han instrumentado programas de verificación vehicular a través de los cuales se hace una revisión periódica de las emisiones hechas por cada vehículo[48]. De estas verificaciones se han derivados programas que restringen la circulación de los mismos o bien, que incentivan el uso de tecnologías menos contaminantes.

Una aportación destacable del reglamento en comento es la obligación de la Semarnat de establecer y mantener un Sistema Nacional de Información de la Calidad del Aire, el cual contendrá datos de monitoreo y de los inventarios de las fuentes de contaminación de jurisdicción federal y local. Asimismo, señala que la Secretaría deberá brindar el apoyo técnico que se requiera para establecer y operar los sistemas de monitoreo de la calidad del aire, los cuales están sujetos a las normas técnicas ecológicas que expide la misma Secretaría.

d) Reglamento LGEEPA en materia de Registro de Emisiones y Transferencia de Contaminantes[49]. La LGEEPA establece en sus artículos 109 Bis al 117 la Secretaría, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios, están obligados a integrar un registro de emisiones y transferencia de contaminantes al aire, agua, suelo y subsuelo, materiales y residuos de su competencia, así como de aquellas sustancias que determine la autoridad correspondiente. La información de dicho registro deberá estar integrada con los datos y documentos contenidos en las autorizaciones, cédulas, informes, reportes, licencias, permi-

48 La verificación vehicular se regula en función del tipo de vehículo, combustible, uso y contaminantes emitidos.

49 Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 3 de junio del 2004.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 353 1/9/16 12:10

sos y concesiones que en materia ambiental se tramiten ante la Secretaría, o autoridad competente del Gobierno del Distrito Federal, de los Estados, y en su caso, de los Municipios.

Dicho Reglamento da a dicho Registro el carácter de es público y obligatorio, y su aplicación corresponde a la Semarnat. Éste se integrará con la información de los establecimientos sujetos a reporte sobre sus emisiones y transferencia de contaminantes al aire, agua, suelo y subsuelo, materiales y residuos, así como de aquellas sustancias que determinen las autoridades competentes, información proporcionada a través de la Cédula de Operación Anual a la que nos hemos referido con anterioridad. Las Cédulas recibidas en el Registro se ordenarán conforme a los datos de identificación del establecimiento, asentando la fecha, nombre, firma o clave de identificación electrónica.

Toda esta información deberá ser organizada y conservada bajo el amparo de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, su reglamento y los lineamientos que en la materia determinen. En este sentido, el Reglamento señala que la información ambiental de carácter público de la Base de datos del Registro, como el nombre de la persona física, denominación o razón social del establecimiento sujeto a reporte; las emisiones y transferencias de sustancias y contaminantes; y su localización geográfica deberá ser integrada al Sistema Nacional de Información Ambiental y de Recursos Naturales, y que, asimismo, la Secretaría publicará un Informe Anual el cual se difundirá por medios electrónicos o impresos y será únicamente con fines de información y consulta.

Entre las principales limitaciones para la adecuada instrumentación del Reglamento que nos ocupa se encuentra la oposición de la industria a participar en él, la cerrazón del gobierno a publicar la información de manera fácilmente accesible y la escasez de recursos para fortalecer el instrumento, asimismo, encontramos la falta de programas educacionales, haciendo énfasis en materia de substancias químicas y su toxicidad[50].

No obstante, el reto será que más ciudadanos participen en la lucha en contra de los índices de opacidad y corrupción y, por parte de las autoridades,

50 Raúl Pacheco Vega, Derecho a saber, balance y perspectivas cívicas, El Registro de Emisiones y Transferencia de Contaminantes (RETC) en México: un balance hacia el futuro, p. 320. Sitio Web: <http://www.fundar.org.mx/mexico/pdf/pdfsderechoasaber/sec6%20raul%20pacheco.pdf>, fecha de consulta: 20 septiembre 2013.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 354 1/9/16 12:10

ejercer mano dura, abatir riesgos de corrupción e implementar acciones de prevención, supervisión y control, así como la aplicación de sanciones más severas y, sobre todo, fortalecer la construcción de capacidades en materia de educación ambiental.

Empero lo anterior, es importante señalar que este Registro podría ser la base para la creación de un mercado de emisiones de contaminantes, el cual otorgaría a los agentes contaminadores la posibilidad de que, para cumplir con los niveles máximos de emisión permitidos para cada uno de los contaminantes, opten por la implementación de tecnologías ambientales más eficientes o bien por la compra de "bonos de emisión". A través de este mercado, los agentes que no puedan o no quieran disminuir sus niveles de emisión de contaminantes puedan optar por comprar a otros "bonos de emisión" con lo cual se incentivaría la reducción de emisiones para después ser vendidas como bonos y, lo más importante, la emisión de contaminantes dentro de los límites máximos permisibles, es decir, un desarrollo económico ambientalmente sustentable.

e) Reglamento de la LGEEPA en materia de Autorregulación y Auditorías Ambientales. Dentro de los instrumentos de fomento previstos en la LGEEPA encontramos la autorregulación y la auditoría ambiental, esquemas diseñados para incentivar la mejora del desempeño ambiental de productores, empresas u organizaciones empresariales, respetando la legislación y normatividad vigente en la materia y comprometiéndose a superar o cumplir mayores niveles, metas o beneficios en materia de protección ambiental.

En términos de lo establecido por el Reglamento en comento, la auditoría ambiental es el examen metodológico de los procesos de una empresa respecto de la contaminación y el riesgo ambiental, el cumplimiento de la normatividad aplicable, de los parámetros internacionales y de buenas prácticas de operación e ingeniería, inclusive de procesos de autorregulación para determinar su desempeño ambiental con base en los requerimientos establecidos en los Términos de Referencia, y en su caso, las medidas preventivas y correctivas necesarias para proteger al ambiente.

El proceso de auditoría ambiental culmina con la certificación por parte de la Semarnat de que los procesos de la organización cumplen los lineamientos establecidos ya sea en NOM's o en regulaciones internacionales o bien, de

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 355 1/9/16 12:10

que son acordes a las buenas prácticas de operación e ingeniería[51] en beneficio del ambiente.

Por su parte, la autorregulación es el proceso voluntario mediante el cual, respetando la legislación y normatividad vigente que le aplique, la empresa se establece un conjunto de actividades y se adoptan normas complementarias o más estrictas, a través de las cuales se mejora el desempeño ambiental y se obtienen mayores logros en materia de protección ambiental, cuya evaluación podrá efectuarse a través de la Auditoría Ambiental.

Los beneficios esperados del proceso de auditoría ambiental se pueden clasificar en tres grandes rubros:

1. Generar beneficios ambientales: Se busca establecer medidas de prevención, reducción y mitigación de riesgos e impactos ambientales, en particular en materia de reducción de emisiones, descargas y residuos.

2. Generar incentivos para que los particulares se adhieran a este instrumento en aras de obtener beneficios económicos tales como uso eficiente de recursos, depreciación inmediata de inversiones y equipos –por incentivos fiscales–, mejores oportunidades comerciales –con la obtención de certificaciones.

3. Mejorar la imagen pública de la empresa ante la sociedad.La auditoría ambiental verificará cada uno de los procesos de la organización en los siguientes rubros: aire y ruido, agua, suelo y subsuelo, residuos, energía, recursos Naturales, vida silvestre, recursos forestales, riesgo ambiental, gestión ambiental, y emergencias ambientales.

Si la empresa demostrara que su desempeño ambiental es conforme a los parámetros establecidos en los términos de referencia[52], la Profepa otorgará el Certificado, que reconoce que al momento de su otorgamiento, la Empresa opera en pleno cumplimiento de la regulación ambiental y que su Desempeño Ambiental es conforme con dichos términos.

---

51 El mismo Reglamento los define como programas, proyectos, políticas o acciones desarrolladas, implantadas y mantenidas por la Empresa y que están orientadas a la prevención de la contaminación y a la administración del riesgo ambiental.

52 Metodología, requisitos y parámetros para la realización de las Auditorías Ambientales y Diagnósticos Ambientales, que se establecen en normas mexicanas (Fracción XXII del artículo 2° del Reglamento).

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 356 1/9/16 12:10

El certificado tiene una vigencia de dos años prorrogables en aquellos casos en que la empresa acredite que sus procesos se mantienen en un estatus equivalente al de momento en que fue certificada.

En la actualidad, el Programa cuenta con una participación de más de 6,000 de las cuales 2,400 se encuentran certificadas. Entre los beneficios ambientales derivados de la implementación del Programa destacan los siguientes[53]:

1. Las empresas certificadas dejan de consumir anualmente 196 millones 665 mil m^3 de agua, necesarios para abastecer a casi dos millones de personas.

2. Se previno la generación de 6 millones 352 mil toneladas anuales que equivale a la generación anual de 17.4 millones de personas.

3. Las empresas certificadas dejaron de consumir 6,910 millones de KWh, energía eléctrica que consumen 2 millones 381 mil hogares.

4. Se dejaron de emitir 19.6 millones de CO_2, equivalente a sacar de la circulación a casi 4millones de automóviles.

IV.7. Los temas transversales

A) La responsabilidad ambiental

En México, la responsabilidad ambiental ha sido un tema muy discutido y estudiado por los especialistas en la materia, ya que hasta antes de la publicación de la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental (LFRA) en junio de 2013, no había un instrumento jurídico específico que regulara, el procedimiento y el alcance de este tipo de responsabilidad; y otros sistemas de responsabilidad existentes como la penal, civil o administrativa han sido utilizados por autoridades o jueces para establecer e imponer sanciones, con carácter correctivo.

53 Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, Programa Nacional de Auditoría Ambiental, Beneficios Ambientales 2012. Disponible en: <http://www.profepa.gob.mx/profepa/recursos/AuditoriaAmbiental/revista_beneficios/book.swf>. Consulta realizada el 15 de septiembre de 2013.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 357 1/9/16 12:10

El concepto de responsabilidad ambiental y daño como fuente de originen de este tipo de responsabilidades, no habían sido definidos en la legislación actual como punto de partida en avanzar para la implementación de mecanismos jurídicos que permitan a los ciudadanos acceder a una justicia ambiental y por ende la generación de una responsabilidad por las acciones u omisiones que afecten o puedan generar desequilibrio en el ambiente y a los recursos naturales, de los cuales todos los seres humanos formamos parte. Actualmente la legislación en el Distrito Federal y la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental, que más adelante se explicará, definen este concepto, hecho que ha sido un avance importante en esta materia. Como principio rector en la legislación ambiental mexicana, se establece la formulación y conducción de política ambiental tendiente a prevenir, minimizar o reparar daños que cause todo aquel que realice obras o actividades que afecten o puedan afectar el ambiente[54], políticas que se ha avanzado en implementar en los últimos años con las reformas presentadas en esta materia.

Hasta ahora la justicia administrativa federal, a través de La Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (LGEEPA) como ley marco, regula y establece sanciones por violaciones a ésta y otras disposiciones que pueden ser desde sanciones económicas, imposición de multa, clausura temporal o definitiva en su modalidad total o parcial que opera cuando el infractor no hubiese cumplido con las medidas correctivas, exista una reincidencia de actuar que genere efectos negativos al ambiente o exista desobediencia al cumplimiento de alguna medida correctiva impuesta por la Secretaría; el arresto administrativo hasta por 36 horas, el decomiso que en su parte genérica comprende los instrumentos relacionados con las infracciones relativas a recursos forestales, especies de flora y fauna silvestre o recursos genéticos y por último la suspensión o revocación de las concesiones, licencias, permisos o autorizaciones; afectaciones que puede ser impugnada mediante recurso administrativo o directamente ante los tribunales[55].

Las diversas actuaciones de la Administración Pública con relación a la regulación de la protección, preservación y conservación del equilibrio ecológi-

54 Fracción IV del artículo 15 de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de enero de 1988

55 Artículo 171 de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de enero de 1988

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 358 1/9/16 12:10

co conllevan regular la responsabilidad administrativa desde dos vertientes: por una parte, se encuentran las acciones del servidor público, reguladas de forma general en el Ley Federal de Responsabilidad Administrativa de los Servidores Públicos y por otra, las actuaciones en las que puede incurrir el particular ante la falta de diligencia sobre sus obligaciones en materia ambiental, es así como las autoridades ambientales tiene bajo su rango de acción las disposiciones de la LGEEPA, el aplicar las sanciones administrativas, previstas en el Capítulo de IV.

En materia civil, la propia LGEEPA refiere en su artículo 203 que sin perjuicio de las sanciones penales o administrativas que procedan, toda persona que contamine o deteriore el ambiente o afecte los recursos naturales o la biodiversidad, será responsable y estará obligado a reparar los daños causados, de conformidad con la legislación civil aplicable, situación que remitiéndola al ámbito civil, la responsabilidad se resuelve desde un punto de vista como bien o patrimonio afectado. En esta materia, para que exista una obligación de reparar es necesario la existencia de un daño, cuestión que, como se ha referido, hasta la publicación de la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental, no se había conceptualizado este término. En este sentido, para que exista responsabilidad se requiere una conducta humana, un elemento material que en este caso considerado como un bien o patrimonio referido como un derecho real y un vínculo causal entre el hecho y el daño.

En materia penal, la responsabilidad se genera como consecuencia de realizar una conducta típica, antijurídica y culpable establecida en los tipos penales establecidos en el Código Penal Federal, tutelando el bien jurídico, denominado medio ambiente.

En diciembre de 1996 se publicó una serie de reformas a la LGEEPA, las cuales se concentraron sobre el Título Sexto, Capítulo VI, al eliminar de la ley, los tipos penales "delitos ambientales", para integrarse en el Código Penal Federal, Título Vigésimo Quinto, estableciéndose además una nueva gama de tipos penales enfocados a la protección del ambiente. Posteriormente, el 6 de febrero de 2002, se publicaron reformas al Código Penal Federal modificando el término de "delitos ambientales" por el de "delitos contra el ambiente y la gestión ambiental", incluyendo conductas dolosas y culposas, además de la responsabilidad por parte de los servidores públicos y de aquellas personas que tiene la calidad de garante respecto de los bienes tutelados.

Además de las penas previstas, se regula, como parte de las sanciones y medidas de seguridad la reparación o compensación del daño ambiental;

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 359 1/9/16 12:10

la suspensión, modificación o demolición de construcciones; reincorporación de elementos naturales, ejemplares o especies de flora y fauna silvestre y la inhabilitación de los servidores públicos.

Como un paso importante en la defensa del derecho al medio ambiente como derecho colectivo y difuso, propiciando una mayor participación del poder judicial en la solución de conflictos ambientales, se publicó el 30 de Agosto de 2011 en el Diario Oficial de la Federación, reformas a la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, el Código Federal de Procedimientos Civiles y demás leyes no vinculadas con el tema ambiental pero sí relacionada con los derechos e intereses difusos, colectivos o individuales de incidencia colectiva. Lo anterior, derivado de la reforma constitucional al artículo 17, publicado en el Diario Oficial el 29 de julio de 2010, donde se integra un tercer párrafo que faculta al Congreso de la Unión expedir leyes sobre acciones colectivas. Con estas reformas, se ciudadaniza el ejercicio de las acciones ante el poder judicial, otorgando una legitimación más amplia a las personas físicas o morales que pretendan hacer valer su derecho, situación que anterior a la reforma, había quedado fuera de los mecanismos de defensa de carácter individual.

Hasta ahora, los instrumentos jurídicos regulados se limitaban a sancionar las violaciones a las disposiciones en materia ambiental, y el interés legítimo sólo contemplaba a aquellos directamente afectados y no se preveía que los daños generados sean evitados o resarcidos y restaurados, si no es posible lo anterior, determinar la compensación ambiental y si no es procedente lo anterior, procedería la indemnización para programas de protección, preservación o restauración ambiental. No obstante, con la reforma al artículo 180 de la LGEEPA el pasado 28 de enero de 2011, fue un paso importante sobre el interés legítimo ya que se consideró a las personas físicas o morales de las comunidades posiblemente afectadas, interponer medios legales de defensa. Además, 7 de junio de 2013, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental (LFRA) y demás reformas a las leyes ambientales aplicables, la cual tiene como finalidad regular la responsabilidad ambiental originada por los daños ocasionados al ambiente, así como la reparación y compensación de esos daños, exigidos a través de medios procesales judiciales federales o a través de mecanismos alternativos de solución de

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 360 1/9/16 12:10

conflictos[56], situación que es independiente de las responsabilidades patrimoniales, administrativas o penales correspondientes.

También es importante referir que, conforme a la legislación ambiental mexicana vigente, tanto en las reformas del 20 de Agosto de 2011 sobre acciones colectivas y las últimas publicadas el 7 de junio del 2013 sobre responsabilidad ambiental, remite a la materia civil, específicamente al Código Federal de Procedimientos Civiles y al Código Civil Federal en aquello que no esté regulado en cuestiones subjetivas y de manera supletoria, no obstante que se pretende ser un régimen de responsabilidad eminentemente ambiental.

La LFRA establece novedosas definiciones como elementos de la carga de la prueba, estado base, daño al ambiente, daño indirecto, criterio de equivalencia, cadena causal, entre otros; este último, relacionado con la secuencia de influencias de causa y efecto de un fenómeno que se representa por eslabones relacionados[57].

Se reconoce, aunque ya se había contemplado en la reforma al artículo 180 de la LGEEPA en enero de 2011, el derecho e interés legítimo para ejercer acción y demandar judicialmente la responsabilidad ambiental, reparación y compensación de los daños ocasionados al ambiente, el pago de sanción económica a personas físicas habitantes de la comunidad adyacente al daño ocasionado al ambiente, personas morales privadas mexicanas, sin fines de lucro, cuyo objeto social sea la protección al ambiente en general, a alguno de sus elementos cuando actúen en representación de algún habitante de las comunidades, además de acreditar que fueron legalmente constituidas por lo menos tres años antes de la presentación de la demanda por daño ocasionado al ambiente, Profepa y las Procuradurías o instituciones que ejerzan funciones de protección ambiental de las entidades federativas y del Distrito Federal conjuntamente con la Profepa[58].

Por su parte, identifica al responsable como toda persona física o moral que con sus acciones u omisiones ocasione directa o indirectamente un daño

56 Artículo 1° de la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental publicado en el Diario Oficial de la Federación el 7 de junio de 2013

57 Fracción V del artículo 2° de la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental en el Diario Oficial de la Federación el 7 de junio de 2013

58 Artículo 28 de la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental publicado en el Diario Oficial de la Federación el 7 de junio de 2013

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 361 1/9/16 12:10

ambiental, y estarán obligadas a la reparación de los daños, o en su defecto, a la compensación en los casos aplicables. Asimismo establece que la carga de la prueba la tienen Semarnat y Profepa, las cuales podrán presentar pruebas periciales, testimoniales, documentales y demás indicios con los que cuenten. Cabe resaltar que las personas morales serán responsables del daño ambiental ocasionado por sus representantes, administradores, gerentes, directores, empleados y quienes ejerzan dominio funcional de sus operaciones, cuando sean omisos o actúen en el ejercicio de sus funciones, en representación o bajo el amparo o beneficio de la persona moral.

Para reparar el daño, la misma LFRA establece que la acción para demandar la responsabilidad ambiental es de 12 años, contados a partir del día en que se produzca el daño ambiental y sus efectos. Las medidas de reparación, así como la compensación ambiental se considerará 1) el criterio de equivalencia es decir, recurso por recurso o servicio por servicio, 2) las acciones que proporcionen recursos naturales o servicios ambientales deberán ser del mismo tipo, calidad y cantidad que los dañados, 3) las mejores tecnologías disponibles, 4) su viabilidad y permanencia en el tiempo, 5) el costo que implica aplicar la medida, 6) el efecto en la salud y la seguridad pública, 7) la probabilidad de éxito de cada medida, 8) el grado en que cada medida servirá para prevenir daños futuros y evitar riesgos como consecuencia de su aplicación, 9) el grado en que cada medida beneficiará al ecosistema dañado, 10) el grado en que cada medida tendrá en cuenta los correspondientes intereses sociales, económicos y culturales de la localidad, 11) el período de tiempo requerido para la recuperación de los ciclos biológicos que fueron afectados por el daño causado al ecosistema, 12) el grado en que cada una de las medidas logra reparar el lugar que ha sufrido el daño ambiental y 13) la vinculación geográfica con el lugar dañado[59].

En la sentencia donde concluye el procedimiento que determina la existencia o no de una responsabilidad ambiental, el juez resolverá sobre la obligación de reparar ambientalmente el daño; la obligación de compensar ambientalmente a través de acciones que procedan total o parcialmente, las medidas y acciones necesarias para evitar que se incremente el daño ocasionado al ambiente; el pago de la sanción económica, y en su caso, si procede, el importe por los gastos realizados para acreditar la responsabilidad.

59 Artículo 39 de la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental publicado en el Diario Oficial de la Federación el 7 de junio de 2013

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 362 1/9/16 12:10

Una vez descrita la situación actual en México sobre la responsabilidad ambiental, se ha hecho un gran esfuerzo en buscar la prevención, inhibir las conductas para no afectar al ambiente y los recursos naturales, prever los daños o riesgos y generar así efectos positivos en el entorno y sus recursos naturales. Ahora, los diferentes ámbitos de la sociedad así como el poder judicial y ejecutivo, no sólo buscan atacar o resolver el cumplimiento de la normatividad, sino también, los alcances y efectos sobre la situación ambiental y valoración que tiene ésta dentro de la sociedad, situación que se ha modificado principalmente a raíz de las reformas constitucionales de junio de 2011, donde se contempla aquellos derechos humanos esenciales que no debe ser violentados, uno de los cuales es el derecho de todo ser humano a un ambiente sano para el desarrollo y bienestar; por ello el Estado está obligado a emitir leyes y disposiciones que den una mayor protección y prevención sobre aquellos actos u omisiones que afecten al ser humano

B) La Ley General de Cambio Climático

En materia de cambio climático, México se ha posicionado como uno de los países más comprometidos así, fue el primer país en desarrollo en presentar la Cuarta Comunicación Nacional, además de tener una participación activa en la COP15 con la propuesta del Fondo Verde el cual sería constituido por la aportación de todos los países que suscriban (a excepción de los menos desarrollados) con la intención de financiar proyectos para reducir la emisión de los gases efecto invernadero en los países que lo requieran y presentó la meta de reducción del 30% respecto de nuestra línea base proyectada para el año 2020, e inclusive fue el país sede de la COP16.

En este orden de ideas, con el ánimo de hacer frente al fenómeno y de trabajar en la armonización de los instrumentos ya existentes en materia de cambio climático, el 06 de junio de 2012 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley General de Cambio Climático la cual sienta las bases generales para regular emisiones de gases y compuestos de efecto invernadero, regular acciones para la mitigación y adaptación al cambio climático, reducir la vulnerabilidad de la población y de los ecosistemas frente a los efectos adversos del cambio climático, conservar usos de suelo forestales y prevenir su

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 363 1/9/16 12:10

degradación y deforestación[60], promover el uso eficiente y sustentable de los recursos energéticos y en general transitar hacia una economía verde.

En este orden de ideas, los objetos materiales de la Ley General de Cambio Climático abarcan todos los temas de política nacional: energéticos, protección y aprovechamiento sustentable de recursos naturales, desarrollo económico, transporte, educación e investigación; todos desde un enfoque de la regulación de las emisiones de gases y compuestos de efecto invernadero, así como la previsión de la vulnerabilidad de la población y de los ecosistemas frente a los efectos adversos del cambio climático. Esto, deriva en un sinnúmero agencias gubernamentales competentes para la aplicación de esta Ley por lo que la clara y correcta delimitación de sus ámbitos competenciales se vuelve un tema toral para la instrumentación exitosa de esta Ley.

La ley en comento crea, para el diseño, instrumentación y evaluación de la política en materia de cambio climático, un Sistema conforme al cual se establecen los mecanismos institucionales para que el Poder Ejecutivo Federal cuente con la capacidad de definir estrategias y políticas que le permitan coordinar las acciones entre los diferentes ámbitos de gobierno; estableciendo también los criterios generales para la participación de la sociedad civil, el sector privado y a la comunidad científica y académica.

El Sistema Nacional de Cambio Climático estará integrado por la Comisión, el Consejo, el INECC, los gobiernos de las Entidades Federativas, un representante de cada una de las asociaciones nacionales, de autoridades municipales legalmente reconocidas y representantes del Congreso de la Unión.

Tras su creación en 2005, la Comisión Intersecretarial de Cambio Climático se ve fortalecida con la entrada en vigor de esta ley, al señalarle obligaciones específicas, entre las que destacan las de formular las políticas, estrategias y metas nacionales; establecer las bases técnicas y jurídicas del Mercado de Emisiones de Carbono; aprobar la Estrategia Nacional de Cambio Climático; determinar el posicionamiento nacional a adoptar ante los foros y organismos internacionales pertinentes sobre el cambio climático, entre otras.

60 Así por ejemplo, el artículo tercero transitorio establece que la Conafor (Organismo Público Descentralizado cuyo objetivo es desarrollar, favorecer e impulsar las actividades productivas, de conservación y restauración en materia forestal) diseñará estrategias, políticas, medidas y acciones para transitar a una tasa de cero por ciento de pérdida de carbono en los ecosistemas originales, para su incorporación en los instrumentos de planeación de la política forestal para el desarrollo sustentable, tomando en consideración el desarrollo sustentable y el manejo forestal comunitario.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 364 1/9/16 12:10

En cuanto al órgano permanente de consulta y evaluación del Sistema, el Consejo de Cambio Climático, está integrado por miembros de la sociedad civil, organismos privados y académicos. Y señala la forma de elección del presidente y el secretario y las atribuciones del mismo; así como recomendaciones de políticas, estrategias y metas para la mitigación y adaptación al cambio climático; la evaluación y seguimiento a las acciones y sus impactos y llevar a cabo las consultas públicas que deriven de los acuerdos de la Comisión.

Por su parte, el Instituto Nacional de Ecología y Cambio Climático (INECC), es el organismo público descentralizado de la administración pública federal, con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía de gestión, sectorizado en la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales. Su objeto es Coordinar y realizar estudios y proyectos de investigación científica o tecnológica con instituciones académicas, de investigación, públicas o privadas, nacionales o extranjeras en materia de cambio climático, protección al ambiente y preservación y restauración del equilibrio ecológico así como brindar apoyo técnico y científico a la secretaría para formular, conducir y evaluar la política nacional en materia de equilibrio ecológico y protección del medio ambiente.

Entre las innovaciones y aportaciones de esta Ley, se encuentra la regulación que hace del comercio de emisiones y la obligación de crear un Registro Nacional de Emisiones de gases y compuestos de efecto invernadero y el Fondo para el Cambio Climático[61].

Como vemos, este instrumento jurídico es sumamente innovador y ambicioso, desde las muchas materias que incluye en sus regulaciones, los diversos actores que involucra así como la novedad de algunos de sus instrumentos representan retos que sólo podrán ser superados con la coordinación efectiva de las agencias gubernamentales y la sociedad civil.

61 Tiene por objeto de captar y canalizar recursos financieros públicos, privados, nacionales e internacionales, para apoyar la implementación de acciones para enfrentar el cambio climático, siendo prioritarias las acciones relacionadas con la adaptación. El patrimonio del Fondo se constituirá por los recursos fiscales federales provenientes del Presupuesto de Egresos de la Federación; las contribuciones, pago de derechos y aprovechamientos previstos en las leyes correspondientes; donaciones de personas físicas o morales, nacionales o internacionales; aportaciones que efectúen gobiernos de otros países y organismos internacionales; el valor de las reducciones certificadas de emisiones de proyectos implementados en los Estados Unidos Mexicanos que de forma voluntaria el fondo adquiera en el mercado, principalmente.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 365 1/9/16 12:10

V. JURISPRUDENCIAS RELEVANTES

En México existen más de 620 volúmenes que contienen las ejecutorias y tesis más relevantes de la actividad jurisdiccional del Poder Judicial de la Federación[62]. Esta compilación, debidamente sistematizada, dio inició a partir de 1871. Desde esa fecha, hasta la actualidad se han establecido diez Épocas jurisprudenciales[63], mismas que no tienen una duración específica, un número de volúmenes predeterminados, ni tampoco una forma única de reportar las tesis de jurisprudencia[64].

La Quinta Época marca la transición de la Constitución de 1857 a la Constitución de 1917, actualmente vigente. Las anteriores épocas se consideran como históricas, lo cual resulta hasta cierto punto sorpresivo, si tomamos en consideración que nuestra actual Constitución, sólo es una reforma de la anterior y que muchas de las instituciones del siglo XIX, siguen siendo vigentes[65]. No obstante lo señalado, para nuestro país, sólo es vigente la jurisprudencia a partir de la Quinta Época[66]. En consecuencia, nuestra búsqueda de jurisprudencia en la materia ambiental abarca desde la Quinta hasta la Décima Épocas.

Lo que se hizo, metodológicamente para este estudio, fue elaborar un listado de temas relacionados con la materia ambiental[67], seleccionar la jurisprudencia obligatoria de la que no lo es; seleccionar los temas más recurrentes y también, los menos analizados. De esta manera, nuestro punto de partida es un total de 498 resoluciones de nuestra Suprema Corte de Justicia, misma que se divide, en cuanto a su obligatoriedad, de la siguiente manera:

---

62 Manuel González Oropeza, La jurisprudencia: su conocimiento y forma de reportarla, 3. ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2011, p. 127.

63 Ibidem, p. 141.

64 Loc. cit.

65 Ibidem, p. 154. Sólo como ejemplo mencionaríamos el juicio de amparo, la Soberanía de los Estados, el Municipio, la elección directa del Presidente de la República, temas que ya estaban contenidos en la Constitución de 1857.

66 Iniciada a partir de junio de 1917.

67 El listado fue meramente arbitrario y sólo fue hecho con la finalidad de obtener alguna muestra representativa de la jurisprudencia de la Suprema Corte, que fuera útil para este estudio. Cabe señalar, que en nuestro país aún no existe un verdadero estudio dogmático sobre la jurisprudencia en materia ambiental. Este sería un primer esfuerzo, por esa razón los resultados no tienen la contundencia que quisiéramos, pero si nos ayudan a darnos un panorama general de la situación en la materia, objetivo, que al final de cuentas, buscamos en esta ocasión.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 366 1/9/16 12:10

V.1 Análisis de algunas tesis obligatorias

La protección, aprovechamiento y regulación de los recursos naturales del país tienen como punto de partida el artículo 27 de la Constitución Política. Por esa razón, algunos de los argumentos contenidos en las resoluciones de la Suprema Corte son representativos de la forma de regular y concebir la materia ambiental.

V.1.1 La propiedad

La Suprema Corte de Justicia ha reiterado que la propiedad originaria es de la nación y que cumple una función social, a fin de garantizar otros bienes o valores constitucionales como el bien común o el respeto al ejercicio de los derechos de los integrantes de la sociedad.

En consecuencia, el Estado puede imponer modalidades a la propiedad privada por causas de interés público o bien, podrá ser objeto de expropiación por causas de utilidad pública y, por tanto, es la Constitución la que delimita el derecho de propiedad en aras del interés colectivo, por lo que no es oponible frente a la colectividad, sino que, por el contrario, en caso de ser necesario, debe privilegiarse a esta última sobre el derecho de propiedad privada[68].

V.1.2 Las modalidades

Para la Suprema Corte por modalidad a la propiedad privada debe entenderse el establecimiento de una norma jurídica de carácter general y permanente que modifique, esencialmente la forma de ese derecho. Pues son elementos necesarios para que se configure la modalidad: primero, el carácter general y permanente de la norma que lo impone y, el segundo, la modificación substancial del derecho de propiedad en su concepción vigente[69].

68 "Propiedad privada. El derecho relativo está limitado por su función social". 9ª época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXIII, Marzo de 2006, p. 1481.

69 "Propiedad privada, modalidad a la. Elementos necesarios para que se configure". Esta tesis apareció publicada con el número 97, en el Apéndice 1917-1985, Primera Parte, p. 189.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 367 1/9/16 12:10

V.1.3 Utilidad pública

La Suprema Corte de Justicia estableció la evolución del concepto de utilidad pública al considerar que ya no sólo se limita a que el Estado debe construir una obra pública o prestar un servicio público, sino que también comprende aquellas necesidades económicas, sociales, sanitarias, e inclusive estéticas, que puedan requerirse en determinada población, tales como empresas para beneficio colectivo, hospitales, escuelas, unidades habitacionales, parques, zonas ecológicas, entre otros, dado que el derecho a la propiedad privada está delimitado en la Constitución en función de su razón social.

El concepto de utilidad pública no debe ser restringido sino amplio, a fin de que el Estado pueda satisfacer las necesidades sociales y económicas, por ello se reitera que genéricamente comprende tres causas: a) la pública, propiamente dicha, o sea cuando el bien expropiado se destina directamente a un servicio u obra públicos; b) la social, que satisface de una manera inmediata y directa a una clase social determinada, y mediatamente a toda la colectividad; y, c) la nacional, que satisface la necesidad que tiene un país de adoptar medidas para hacer frente a situaciones que le afecten como entidad política o internacional[70].

Toda vez que la Constitución Federal no establece un concepto de utilidad pública, la Suprema Corte, ha señalado que por ser abstracto, relativo y mutable es difícil de definir y sólo es determinable por las condiciones políticas, sociales y económicas que imperen en cierta época y lugar[71].

V.1.4 Expropiación

En esta materia, la Suprema Corte de Justicia ha decidido que no rige la garantía de previa audiencia, prevista en el artículo 14 Constitucional[72] y

70 "Expropiación. Concepto de utilidad pública"; 9ª época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXIII, Marzo de 2006, p. 1412.

71 "Expropiación. Es facultad del Congreso de la Unión y de las Legislaturas de los Estados establecer legalmente las causas de utilidad pública que la justifiquen". 9ª época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXIII, marzo de 2006, p. 1414.

72 "Expropiación, la garantía de previa audiencia. No rige en materia de". Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1917-1988, Segunda Parte. Sala y tesis comunes, Tesis 834, p. 1389.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 368 1/9/16 12:10

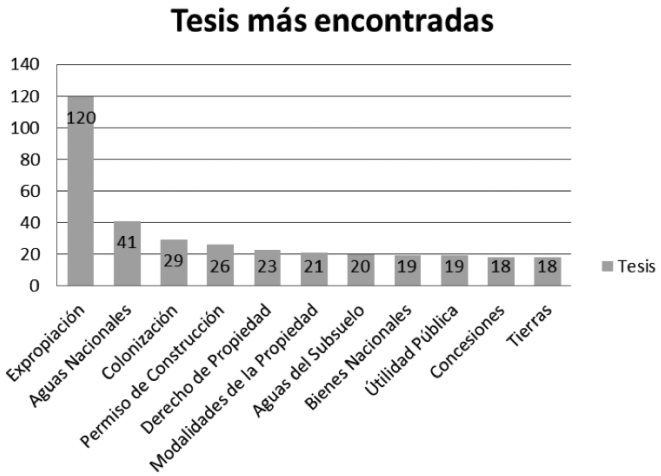
define a esta institución como un acto administrativo por el cual el Estado, unilateralmente y en ejercicio de su Soberanía afecta determinados bienes, por causa de utilidad pública, para satisfacer necesidades que están por encima del interés privado[73].

Así mismo, ha determinado que cuando el Estado expropie para llenar una función social y sus condiciones económicas no permitan el pago inmediato de la indemnización puede ordenar dicho pago dentro de las posibilidades del erario[74].

V.1.5 Época actual

Hasta el momento, no sean establecido criterios jurisprudenciales interesantes en nuestra materia del 2011 a la fecha. La reforma Constitucional y legal a la que ya hemos hecho referencia abre la puerta para que esta situación cambie radicalmente en los próximos años.

Sólo como mera referencia, indicativa de las tendencias en la Suprema Corte de Justicia de nuestro país, a continuación hacemos referencia a las materias más tratadas:

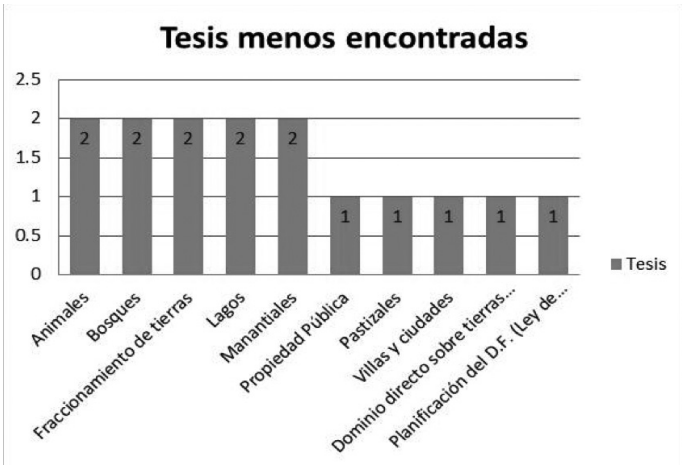


73 "Expropiación. La ocupación de la propiedad no requiere de intervención judicial". 8ª época, Tomo III, Primera Parte, p. 225.

74 "Expropiación, casos en que la indemnización puede no ser pagada inmediatamente". Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1917-1975, Tercera Parte, Segunda Sala, Tesis 387, p. 641.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 369 1/9/16 12:10

En el mismo sentido, a continuación hacemos referencia a las materias menos tratadas:



Como se puede apreciar, el trabajo de nuestra Suprema Corte de Justicia, dedicado específicamente a la materia ambiental y de ordenamiento urbano, aún se encuentra en construcción. Los temas principalmente tratados inciden, directamente, en el tema de propiedad. Que como hemos visto, en nuestro sistema jurídico, es la base regulatoria principal en las materias que hoy nos ocupan.

VI. LA APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN AMBIENTAL MEXICANA PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE

En este apartado ejemplificaremos la forma en que el marco jurídico del que hemos venido hablando se aplica para la protección y el aprovechamiento sustentable de los recursos naturales:

a) CAPITAL NATURAL: Aprovechamiento sustentable de vida silvestre. Con el propósito de contribuir a compatibilizar la conservación de la biodiversidad con las necesidades de producción y desarrollo socioeconómico de México, se estableció, en 1997, el Sistema de Unidades de Manejo para la Conservación de la Vida Silvestre (SUMA). Las UMAs buscan promover

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 370 1/9/16 12:10

esquemas alternativos de producción compatibles con el cuidado del ambiente, através del uso racional, ordenado y planificado de los recursos naturales renovables en ellas contenidos, frenando o revirtiendo los procesos de deterioro ambiental. Los aprovechamientos que con más frecuencia se desarrollan dentro de las UMAS son:

A. Extractivos: cacería deportiva, mascotas, ornato, alimento, insumos para la industria y artesanía, exhibición y colecta.

B. No extractivos: ecoturismo, investigación, educación ambiental, fotografía, video y cine.

Un caso de éxito de estas estrategias para el aprovechamiento sustentable de vida silvestre es el de la cacería del borrego cimarrón que, dado el bajo número de ejemplares fue vedada en 1900. En 1995, se conjuntó el esquema de ANP con el de UMA y comenzó el Programa del Borrego Cimarrón en la Reserva de la Biosfera El Vizcaíno con tres líneas de acción: 1) Monitoreo y vigilancia participativa; 2) Manejo de hábitat y de las poblaciones, y 3) Educación ambiental. En 12 temporadas cinegéticas, extrayendo cuatro ejemplares en promedio por año, el programa generó cerca de dos y medio millones de dólares[75] y, tras 18 años de funcionamiento, la población de borregos pasó de 160 a 500 ejemplares.

b) LA AGENDA GRIS: La evaluación del impacto ambiental del desarrollo residencial turístico denominado "Mandarina" con pretendida ubicación en el municipio de Compostela, en el Estado de Nayarit, comprende el desarrollo de casas habitacionales unifamiliares[76], complejos residenciales[77], construcción de villas[78], complejos hoteleros[79], club de playa[80], áreas de servicios de

75 Castellanos Ramón, "Manejo y conservación del borrego cimarrón", en Patrimonio Natural de México cien casos de éxito, Carabias, Julia et. al, Coordinadores, México, 2010. Disponible en <http://www.biodiversidad.gob.mx/pais/cien_casos/pdf/Cien%20casos.pdf> (Consultado el 15/9/2013).

76 Que serán desarrolladas en una superficie de 40.54ha.

77 Conjuntos Residenciales de Densidad Media, que en su conjunto suman una superficie total de 23.53ha.

78 5 lotes destinados a la construcción de Villas, que en su conjunto suman una superficie total de 11.57ha.

79 Que en su conjunto suman una superficie total de 14.908 ha,

80 Con una superficie total de 2.742 ha, incluirán: restaurante, terraza, cocina, bodega, baño, terraza asoleaderos, alberca, área de camastros y cabaña.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 371 1/9/16 12:10

infraestructura urbana[81], además de vialidades[82], áreas de uso agrícola y áreas verdes. El predio donde se pretende desarrollar el Proyecto tiene una superficie total de 252.39 Ha y contempla la lotificación y urbanización del sitio para la conformación de un Desarrollo Residencial Turístico, el cual será zonificado de la siguiente manera:

Zonificación	Área en hectáreas	Porcentaje
TER-1 **Ecológico Residencial Mínima Densidad**	33.18	13.15
TH-2-EST **Turístico Hotelero Estratégico**	204.45	81.01
Área de Conservación Ecológica/ Act. Silvestre	6.38	2.53
Área de Prevención Ecológica/ Act. Silvestre	8.37	3.32
Total predio "Mandarina"	**252.39**	**100**

De la evaluación de impacto ambiental hecha por la Semarnat, se identificaron los siguientes impactos previsibles:

- Afectación de las características fisicoquímicas del suelo por:

• Eliminación del estrato arbustivo y arbóreo, retiro de material orgánico y eliminación del estrato herbáceo.

• Nivelación, cortes y movimiento en operación de equipo, maquinaria y vehículos.

• Afectación de las características fisicoquímicas del suelo por posibles derrames e inadecuada disposición de residuos.

81 Contará con 4 áreas que alojarán los servicios de infraestructura urbana del Desarrollo Residencial Turístico denominado "Mandarina", dicha infraestructura contempla la instalación de una Planta de Tratamiento de Aguas Residuales, una Subestación Eléctrica, Central de Telefonía y Estacionamiento, que en su conjunto ocuparán una superficie de 1.078ha

82 Con una longitud total de 9.235km y ocupando una superficie de 13.50ha.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 372 1/9/16 12:10

• Modificación de la topografía por las acciones de nivelación, cortes y rellano.

- Agua:

• Alteración de la calidad del agua por la inadecuada disposición de residuos y derrames de sustancias como aceites lubricantes y residuos de obra.

• Modificación del patrón de escurrimiento por la eliminación del estrato arbustivo y arbóreo, retito de material orgánico y eliminación del estrato herbáceo.

• Alteración de la infiltración por la nivelación, construcción de vialidades, banquetas y guarniciones; y construcción de residencias de hoteles y áreas de servicio.

- Flora y fauna:

• Afectación por las actividades de eliminación del estrato arbustivo y arbóreo, y por el retiro del material orgánico y eliminación del estrato herbáceo así como por el movimiento y operación de maquinaria, operación de equipo y vehículos; construcción de vialidades, banquetas y guarniciones.

• Alteración de la cobertura vegetal por la realización de acciones de marcado, rescate y reubicación de ejemplares de flora.

• Disminución de la cobertura vegetal por la eliminación de vegetación durante las actividades de ubicación del trazo, desmonte y despalme.

• Afectación a organismos de especies en NOM por las acciones de marcado, rescate y reubicación de ejemplares de flora.

- Playa y paisaje:

• Afectación a la plata por la construcción de 3 clubes de playa tipo palafitos.

• Afectación de los vestigios arqueológicos por la realización de las actividades y obras de construcción.

A juicio de la Semarnat, estos impactos previsibles pueden ser prevenidos, mitigados y en su caso compensados por lo que tuvo a bien autorizar el proyecto

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 373 1/9/16 12:10

"Mandarina" sujetándolo al cumplimiento de las medidas de mitigación, compensación y condicionantes siguientes:

1. Se evitará desmontar cualquier otra área que no sea estrictamente necesaria.
2. Se implementará un Programa de protección y conservación de suelos,
3. Construcción de obras encaminadas a la protección del suelo; zanjas ciegas, terrazas,
4. Se implementará un Programa de manejo de residuos.
5. Se establecerá un área específica para la recolección de desechos de obra y un sitio para la implementación de un almacén para la maquinaria y equipos de trabajo así como un almacén de residuos,
6. Colocación de recipientes con tapa para la basura, identificados con un color representativos y colocados en sitios estratégicos para facilitar su acopia, separación, manejo, recolección y posterior disposición final
7. Construcción de obras que permitan restablecer el cauce natural de los escurrimientos tales como la construcción de una red de drenaje pluvial que incluye bermas para conducir las aguas pluviales al mar, sitio natural de disposición.
8. Instalación de 5 plantas de tratamiento de aguas residuales.
9. Establecimiento de áreas verdes que permitan el mantenimiento de las áreas de las áreas de infiltración por la permanencia de cobertura vegetal.
10. Programa de reforestación.
11. Construcción de obras para la conservación de suelos: 2,500 zanjas ciegas que podrán almacenar hasta 800m^3 de agua pluvial, construcción de terrazas de miro vivo; de presar de piedra sobre cárcavas y pequeños escurrimientos temporales.
12. Programa de rescate y reubicación de flora y fauna.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 374 1/9/16 12:10

13. En el proceso constructivo de los clubes de playa se utilizará el soporte sobre pilotes a una altura de 2 metros sobre el nivel del terreno para evitar obstrucciones que alteren el proceso de formación de playa. Adicionalmente, toda vez que no se consideran obras dentro del área marina, las corrientes y sus parámetros fisicoquímicos tampoco serán afectados.

14. Se mantendrán delimitadas las áreas donde se ubicaron los vestigios arqueológicos a fin de evitar cualquier afectación a los mismos, hasta en tanto el Instituto Nacional de Antropología e Historia (INAH) emita su dictamen. Adicionalmente se dará aviso al INAH sobre el hallazgo de nuevos vestigios.

15. Todas las actividades relacionadas con el mantenimiento y abastecimiento de aceites y combustibles se realizarán de preferencia en lugares debidamente establecidos ya autorizados fuera del predio.

16. Presentar para su seguimiento, en un plazo de tres meses previo al inicio de obras del proyecto, un "Programa Calendarizado para el cumplimiento de Términos y Condicionantes" de su autorización así como presentar anualmente un reporte de los resultados obtenidos de dichas actividades.

17. Toda vez que en el área de influencia así como en el sitio del proyectos se reporta la presencia de especies incluidas en la NOM-059-Semarnat-2010, la promovente deberá presentar a Semarnat una propuesta de garantía debidamente justificada para su análisis y validación previa al inicio de obras del proyecto. El tipo y monto de la garantía se soportará en el Estudio Técnico Económico (ETE) que respalde los costos para la realización de las estrategias de control, mitigación y compensación ambiental establecidas para el proyecto.

18. Programa de conservación, restauración, manejo y monitoreo de la vegetación de manglar que garantice que la operación de los clubes de playa no alteren los servicios ambientales prestados por dicha zona.

19. Con el fin de garantizar la protección y conservación de la especie de crocodylus acutus, la promovente deberá integrar en el Programa de protección para la zona de playa del proyecto, un Subprograma con-

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 375 1/9/16 12:10

cerniente al monitoreo y protección de dicha especie, estableciendo acciones para el cuidado y conservación del mismo.

20. Acondicionar las instalaciones del proyecto para el nuevo uso que se le pretenda dar al término de su vida útil o, en caso contrario, deberá proceder a su desmantelamiento y darle el uso que prevalezca al momento del abandono.

c) LOS TEMAS TRANSVERSALES: La reparación del daño ambiental. El daño ocasionado por una embarcación pesquera al sistema arrecifal del "Parque Nacional Arrecife Alacranes", derivado del encallamiento en junio de 2007 de la embarcación "El Pesquero" –embarcación dedicada a la pesca de escama–, en la zona núcleo del ANP fue resuelto a través de la vía administrativa, específicamente, a través de los convenios administrativos de reparación del daño ambiental.

El informe técnico presentado por peritos expertos en la evaluación de daños a sistemas arrecifales y sobre el cual se sustentó el Convenio Administrativo señaló "El Arrecife Alacranes se encuentra a 130km de la costa norte de la Península de Yucatán, frente al Puerto de Progreso. El arrecife fue declarado Área Natural Protegida con carácter de Parque Marino Nacional el 6 de junio de 1994, constituyendo la estructura coralina más grande del Golfo de México, así como el único arrecife conocido y descrito del estado de Yucatán. (…) **La suma de la superficie de las tres áreas descritas arroja un total de 1,405 metros cuadrados de arrecife dañados.** (…) En el área revisada pudo observarse un ecosistema de arrecife de coral, siendo evidentes los daños por trituración, fragmentación, desprendimiento y abrasión a diversas colonias de coral dentro de la superficie impactada (sic).

Como vemos, la embarcación encallada generó un importante daño ambiental pues daño una zona muy grande de un importante ecosistema para México –por su valor *per se* y por los servicios ambientales que presta por lo que, derivado de las visitas de inspección previas y del informe técnico que antecede, la Profepa instauró un procedimiento administrativo en contra del propietario del barco encallado, quien decidió allanarse y solicitó la suscripción de un convenio administrativo de reparación del daño a que se refieren el artículo 168 de la LGEEPA en relación con el artículo 57 fracción VI de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo por el cual se obligó a realizar una aportación

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 376 1/9/16 12:10

económica, necesaria para compensar las presuntas irregularidades observadas. Dichos recursos fueron utilizados para mejoras en la misma zona de afectación, dentro del Parque Nacional, distribuyéndose de la siguiente forma:

Actividad	**Costo (Dólares americanos)**
1. Trabajos de rescate de la embarcación encallada.	$ 379,000.00 USD
2. Recolección de la pedacería de coral a efecto de evitar daños al coral vivo.	$ 300,000.00 USD
3. Trabajos de restauración del sistema arrecifal dañado y monitoreo de los mismos.	$ 2, 000,000.00 USD
4. Boyeo.	$ 15,000.00 USD
5. Taller para la elaboración del "Manual de Atención a Contingencias por Encallamiento de Embarcaciones".	$ 16,000.00 USD
6. Indemnización a los prestadores de servicios turísticos por el año que no trabajen.	$100, 000.00
TOTAL	**$ 2,810,000.00 USD**

Así, el uso de esta herramienta jurídica permitió obtener de manera casi inmediata los recursos necesarios para los trabajos de restauración del sistema arrecifal evitando así el largo proceso administrativo con un resultado incierto para la conservación, es así como un instrumento meramente jurídico ha sido utilizado para la protección del medio ambiente.

VII. CONCLUSIONES Y ALGUNOS RETOS POR ENFRENTAR

Derivado del análisis de los instrumentos jurídicos y de política que regulan la protección y aprovechamiento sustentable del medio ambiente y los recursos naturales, se identificó que existen tres importantes áreas de oportunidad en cuanto al marco normativo, son: la complementariedad de los instrumentos y la coordinación de las áreas; segundo, lo relativo a las capacidades institucionales, y tercero, la falta de información disponible para

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 377 1/9/16 12:10

fortalecer cada uno de los procesos referido en los instrumentos jurídicos y, por ende, los resultados obtenido de ellos.

Del primer punto, puede decirse que la aplicación tanto de los instrumentos jurídicos como los de política debe ser complementaria para alcanzar objetivos de mayor impacto al que cada uno persigue en lo particular. Sin embargo, en la práctica, esa cualidad de ser complementarios difícilmente se cumple lo cual no solamente limita el alcance en lo particular, sino en lo general, ocasionando limitaciones y contradicciones entre los diversos instrumentos dificultando el alcance de metas, por ello es urgente promover la coordinación entre las áreas del sector, a efecto de alinear los objetivos de política que cada área promueve al mismo tiempo y se complementen los instrumentos.

Ahora bien, en lo que respecta al segundo punto, existen problemas asociados a la normatividad y a la capacidad institucional de aplicación. En este sentido se identificó la carente claridad de conceptos, vacíos normativos e incluso contraposiciones diversos ordenamientos, lo cual genera incertidumbre por pate de la autoridad como de los particulares. Por lo que a la capacidad institucional se refiere, en repetidas ocasiones las áreas responsables de la ejecución de los instrumentos carecen de los elementos suficientes para mejorarlos o extenderlos, así como para verificar y hacer cumplir su aplicación.

El tercer punto se refiere a la falta de información disponible para facilitar la toma de decisiones, ya sea por su inexistencia, por su falta de sistematización o por su desvinculación con el proceso de toma de decisiones. Por ello, se recomienda crear e implementar estrategias de comunicación efectivas que contemplen la sistematización y difusión de la información, tanto para quienes la generan como para quienes requieran emplearla en el proceso de toma de decisiones de política.

Es así, que a partir de la implementación de mejoras sugeridas relativas a las áreas de oportunidad detectadas se podrían potencializar los efectos de una política ambiental integrada.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 378 1/9/16 12:10

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS MÍNIMAS

Bibliografía

ARBUCKLE, J. Gordon et. al. Environmental Law Handbook. 11. ed. Rockville, Maryland, 1991. 666 p.

AZUELA DE LA CUEVA, Antonio. La ciudad, la propiedad privada y el derecho. México, El Colegio de México, 1989. (Centro de Estudios Demográficos y de Desarrollo Urbano). 280 p.

AZUELA DE LA CUEVA, Antonio; CANCINO AGUILAR, Miguel Ángel; CONTRERAS MORALES, Concepción. El ordenamiento ecológico del territorio en México: génesis y perspectivas. México, Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, 2006. (Colección Investigación). 240 p.

AZUELA DE LA CUEVA, Antonio. Visionarios y pragmáticos. Una aproximación sociológica al derecho ambiental. México, Universidad Nacional Autónoma de México- Fontamara, 2006. (Doctrina Jurídica Contemporánea; Núm 24) 542 p.

BRAÑES BALLESTEROS, Raúl. El acceso a la justicia ambiental en el Distrito Federal y la Procuraduría Ambiental y del Ordenamiento Territorial. México, Procuraduría Ambiental y del Ordenamiento Territorial del Distrito Federal, 2004. 198 p.

_____. Manual de derecho ambiental mexicano. 2. ed. México, Fondo de Cultura Económica – Fundación Mexicana para la Educación Ambiental, 2000. (Sección de Obras de Política y Derecho). 772 p.

CABRERA ACEVEDO, Lucio. El amparo colectivo protector del derecho al ambiente y de otros derechos humanos. México, Editorial Porrúa, 2000. 102 p.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 379 1/9/16 12:10

CAFFERATA, Néstor A. Introducción al Derecho Ambiental. México, SEMARNAT-INE, 2004. 270 p.

CARMONA LARA, María del Carmen. (Compiladora). Derecho Ambiental. México, Editorial Porrúa – Escuela Libre de Derecho, 2012 (Obra jurídica enciclopédica). 270 p.

CARMONA LARA, María del Carmen; HERNÁNDEZ MEZA, María de Lourdes (coordinadoras). Temas selectos de Derecho Ambiental. México, Universidad Nacional Autónoma de México- Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, 2004. 350 p.

CARMONA LARA, María del Carmen; HERNÁNDEZ MEZA, María de Lourdes; ACUÑA HERNÁNDEZ, Ana Laura (coordinadoras). Veinte años de Procuración de Justicia Ambiental en México. Un homenaje a la creación de la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente. México, Universidad Nacional Autónoma de México- Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales – Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, 20012. (Instituto de investigaciones Jurídicas; Serie: Doctrina Jurídica, No. 648). 276 p.

CIFUENTES LÓPEZ, Saúl et.al. Protección jurídica al ambiente. Tópicos de derecho comparado. México, Porrúa, 2002. 270 p.

COMPARATORE, Luis; LORENCES, Valentín; PIERINI, Alicia. Derecho Ambiental. Aportes para una mejor planificación, gestión y control en materia ambiental metropolitana. Buenos Aires, Editorial Universidad, 2007. 382 p.

CORTINA, Sofía; IBÁÑEZ, Mariela; BRACHET, Gaëlle; QUIÑONES Leticia, Océanos y Costas, Análisis del Marco Jurídico e Instrumentos de Política Ambiental en México. Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, México, 2007, 233 p.

DEFENSORÍA PENAL Y AMBIENTAL, A. C. Prospectiva del Sistema de Justicia Ambiental. México, Tribunal Superior de Justicia del D.F., 2009. 132 p.

DE LOS RÍOS, Isabel. Derecho del Ambiente. Especial referencia a las disposiciones penales. Caracas, s/p, 1993. 370 p.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 380 1/9/16 12:10

DE MIGUEL PERALES, Carlos. La responsabilidad civil por daños al medio ambiente. Pról. Ramón Martín Mateo. 2. ed. Madrid, Civitas, 1993. (Monografías Civitas) 390 p.

DE OLIVEIRA BARACHO, José Alfredo. Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente. São Paulo, Livraria del Rey Editora, 1999. 340 p.

DE REINA TERTIÉRE, Gabriel (coord.). Dominio Público. Naturaleza y régimen de los bienes públicos. Buenos Aires, Heliasta, 2009. 524 p.

FERNÁNDEZ, Roberto. Gestión Ambiental de Ciudades. Teoría crítica y aportes metodológicos. México, Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, 2000. (Col. Textos Básicos para la Formación Ambiental, n. 6) 336 p.

GLENDER, Alberto; LICHTINGUER, Víctor (compiladores). La diplomacia ambiental. México y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo. México, Secretaría de Relaciones Exteriores – Fondo de Cultura Económica, 1994. (Sección de Obras de Política y Derecho). 432 p.

GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel. La jurisprudencia: su conocimiento y forma de reportarla. 3. ed. México, Suprema Corta de Justicia de la Nación, 2011. 428 p.

GUTIERREZ GARZA, Esthela; GONZÁLEZ GAUDIANO, Edgar. De las teorías del desarrollo al desarrollo sustentable. México, Universidad Autónoma de Nuevo León – Siglo XXI, 2010. 216 p.

GUTIERREZ NÁJERA, Raquel. Introducción al estudio del Derecho Ambiental. 7. ed. México, Editorial Porrúa, 2011 670 p.

HILDENBRAND SCHEID, Andreas. Política de ordenación del territorio en Europa. Sevilla, España, Universidad de Sevilla, 2002. (Col. Kora; Núm. 8) 542 p.

HUGHES, Elaine; LUAS, Alastair; TILLEMAN II, William. Evironmental Law and Policy. Toronto, Canada, Edmond Montgomery Publications, 1993. 582 p.

KISS, A.; SHELTON, D. Manual of European Environmental Law. Great Britain, Cambridge, 1994. 526 p.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 381 1/9/16 12:10

LORA-TAMAYO VALLVE, Martha. Derecho urbanístico y medio ambiente. Hacia el desarrollo urbano sostenible. Madrid, Dykinson, 2006. 132 p.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoría del Derecho Ambiental. México, Editorial Porrúa, 2008. 196 p.

MARTÍNEZ, Isabel. El acceso a la justicia ambiental en Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México y Venezuela durante la década de 1990. México, Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente – Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, 2000. 102 p.

MOSSET ITURRASPE, Jorge; HUTCHINSON, Tomás; DONNA, Edgardo Alberto. Daño ambiental. Buenos Aires, Rubinzal-Calzoni Editores, 1999. 2 Vól.

ORTEGA ÁLVAREZ, Luis et.al. Tratado de derecho ambiental. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2013. 917 p.

PAREJO ALFONSO, Luciano. Derecho Urbanístico. Instituciones Básicas. Mendoza, Ediciones Ciudad Argentina, 1986. 684 p.

PAREJO ALFONSO, Luciano; KRAMER, Ludwig et. al. Derecho Medio Ambiental de la Unión Europea. Pról. Fernando Mariño Menéndez. Madrid, MacGraw-Hill, 1996. (Monografías) 364 p.

PASTORINO, Leonardo Fabio. El daño al ambiente. Pról. Eduardo A. Pigretti. Buenos Aires, LexisNexis, 2005. 392 p.

PIGRETTI, Eduardo A. Derecho ambiental. Buenos Aires, Depalma, 2000. 286 p.

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE. Derecho Internacional Ambiental Regional. México, Oficina Regional para América Latina y el Caribe del programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, 1993. (Serie de Legislación Ambiental, n. 2) 632 p.

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE y PROCURADURÍA FEDERAL DE PROTECCIÓN AL AMBIENTE. Derecho Ambiental y Desarrollo Sostenible. El acceso a la Justicia Ambiental en América Latina. México, Oficina Regional para América Latina y el Caribe

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 382 1/9/16 12:10

del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, 2000. (Serie Documentos sobre Derecho Ambiental, n. 9) 230 p.

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE. La fundación del Derecho Ambiental en América Latina. México, Oficina Regional del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, 2006. 266 p.

PHILLIPS, Estelle M.; PUGH, Derek S. Cómo obtener un doctorado. Manual para estudiantes y tutores. Trad. Gabriela Ventureira. Barcelona, Editorial Gedisa, 2001. (Biblioteca de Educación; Herramientas Universitarias, Núm. 5) 272 p.

RAMOS MEDRANO, José Antonio; RAMOS DÍEZ, Francisco Javier. Urbanismo, obra pública y medio ambiente. 100 resoluciones judiciales contra la Administración Pública. Madrid, Dykinson, 2012. 308 p.

REIS CONDESO, Fernando dos. Direito do Ambiente. Coimbra, Livraria Almedina, 2001. 1320 p.

ROSSATI, Horacio D. Derecho Ambiental Constitucional. Buenos Aires, Rubinzal-Colzoni, 2004. 156 p.

SEPULVEDA, César. Derecho Internacional. 15. ed. México, Editorial Porrúa, 1988. 715 p.

SERRANO, José Luis. Principios de Derecho Ambiental y Ecología Jurídica. Madrid, Editorial Trotta, 2007. (Col. Estructuras y Procesos; Serie Derecho) 166 p.

SOBERANES F., José Luis; ZENTENO B., Francisco Javier (compiladores). PEMEX: Ambiente y Energía. Los retos del futuro. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1995 (Instituto de Investigaciones Jurídicas (Serie E: Varios, núm. 69). 294 p.

SORENSEN, Max. Manual de Derecho Internacional Público. Dotación Carnagie para la Paz Internacional. México, Fondo de Cultura Económica, 1973. 824 p.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 383 1/9/16 12:10

TERRIDELLOS BASOCO, Juan. Derecho Penal del Medio Ambiente. Madrid. Editorial Trotta, 1997. (Col. Estructuras y Procesos; Serie Derecho) 142 p.

VITALE, Ermanno. Derechos y razones. Lecciones de los clásicos y perspectivas contemporáneas. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2007. (Instituto de Investigaciones Jurídicas; Serie Estudios Jurídicos, Núm. 123) 172 p.

Hemerografía

ROJAS CABALLERO, Ariel Alberto. "El control de convencionalidad *ex officio*. Origen en el ámbito regional americano, obligatoriedad para los jueces mexicanos, precisión de sus alcances y retos para el Poder Judicial de la Federación". En Serie Cuadernos de Jurisprudencia. México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Número 8, Octubre de 2012. 72 p.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 384 1/9/16 12:10

DERECHO AMBIENTAL EN NICARÁGUA

Karlos Navarro[1]

RESUMEN

El presente capítulo, expone el desarrollo normativo y jurisprudencial que ha tenido el Derecho Medio Ambiental en Nicarágua. El reconocimiento constitucional a este derecho y la incidencia que ha tenido los diferentes tratados internacionales en la evolución de esta disciplina en el país Latinoamericano.

Palabras claves: Marco Constitucional. Tratados Internacionales. Problemas Ambientales en Nicaragua.

A- MARCO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO AMBIENTAL

Nicaragua se rige por la Constitución Política de 1987 y sus Reformas. En ella se establece que es un Estado independiente, libre y soberano, de régimen democrático, participativo y representativo, con cuatro Poderes Autónomos: Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, Poder Judicial y Poder Electoral. Todas las leyes están subordinadas a la Constitución Política.

La Constitución Política ha estado influenciada por las corrientes ambientalistas nacionales y extranjeras, particularmente conferencias o cónclaves mundiales tales como la Conferencias de las Naciones Unidas de Ambiente y

1 Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, España. Master en Administración Pública, por la Universidad de Castilla la Mancha. Master en Contrataciones del Estado, por la Universidad de Castilla la Mancha, España. Master en Historia y Ciencias Políticas, y licenciado en Derecho por la Universidad Centroamericana. Managua, Nicaragua. Licenciado en Historia por la Universidad de San Petersburgo. Ha realizado una estancia post doctoral en la Universidad de Castilla-La Mancha, España; igualmente pasantías de investigación en la Universidad de Berkeley, San Francisco, California, y, en la Universidad de Heidelberg, Alemania.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 385 1/9/16 12:10

Desarrollo celebrada en Coyoacan en 1974 y el aporte significativo de la Estrategia Mundial para la Convervación de U.L.C.N.

El principio fundamental para la legislación ambiental y los recursos naturales está contenido en la Constitución Política, a través de su Artículo 60 Cn. consigna el derecho a los nicaragüenses a habitar en un medio ambiente saludable, por ser parte de sus derechos sociales, para lo cual el Estado tiene la obligación de preservar, conservar y rescatar el medio ambiente y los recursos naturales.

Los artículos 60, 89, 102 y 181 de la Constitución Política de Nicaragua establecen como un derecho social el garantizar un medio ambiente sano para todos; el derechos del Estado de proteger, conservar y utilizar racionalmente los recursos naturales, incluyendo el derecho de otorgar concesiones si fuere necesario; el reconocimiento del Estado al goce, uso y disfrute de las aguas y bosques de las tierras de las comunidades de la Costa Atlántica y al derecho de éstas comunidades de aprobar las concesiones y contratos de explotación racional de los recursos naturales otorgados por el Estado.

Asimismo, el artículo 98 Cn. establece que el Estado debe desarrollar materialmente al país, suprimir el atraso y mejorar las condiciones de vida del pueblo y realizar una distribución cada vez más justa de la riqueza.

El artículo 102 Cn**.** establece que la preservación del ambiente, la conservación, desarrollo y explotación racional de los recursos naturales corresponden al Estado; aunque este podrá celebrar contratos de explotación racional de estos recursos, cuando el interés nacional lo requiera.

La Supremacía de la Constitución y de las Leyes Constitucionales quedan expresadas en el Título X, articulo 182, de la Constitución de la República de Nicaragua, que dice: "La Constitución Política es la Carta Fundamental de la República, las demás leyes están subordinadas a ella. No tendrán valor alguno las leyes, tratados, ordenes o disposiciones que se le opongan o alteren sus disposiciones".

En lo que respecta al Artículo 183 Cn. señala que "Ningún Poder del Estado, organismo de Gobierno o funcionario tendrá otra autoridad, facultad o jurisdicción que las que le confiere la Constitución Política y las leyes de la República".

El Artículo 184 Cn. consigna lo siguiente: "Son leyes constitucionales la Ley Electoral, la Ley de Emergencia y la Ley de Amparo, que se dicten bajo la vigencia de la Constitución Política de Nicaragua."

En el Artículo 187 Cn. "Se establece el Recurso de Inconstitucionalidad contra toda ley, decreto o reglamento que se oponga a lo prescrito por la Constitución Política, el cual podrá ser interpuesto por cualquier ciudadano."

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 386 1/9/16 12:10

De todo esto se desprende que la Constitución Política de la República es la Norma fundamental donde descansa toda la estructura jurídica y administrativa del Estado Nicaragüense, estableciéndose en ella los Principios fundamentales que rigen su legislación interna, por tanto, se debe siempre tener presente las siguientes disposiciones:

El derecho de los nicaragüenses de habitar en un ambiente saludable; es obligación del Estado la preservación, conservación y rescate del medio ambiente y de los recursos naturales[2].

La consideración de los recursos naturales con carácter de patrimonio nacional[3]. La preservación del ambiente y la conservación, desarrollo y explotación racional de los recursos naturales corresponden al Estado; éste podrá celebrar contratos de explotación racional de estos recursos, cuando el interés nacional lo requiera[4].

Las diferentes formas de propiedad: pública, privada, asociativa, cooperativa y comunitaria deberán ser garantizadas y estimuladas sin discriminación para producir riquezas, y todas ellas dentro de su libre funcionamiento deberán cumplir una función social[5].

Se garantiza el derecho de propiedad privada de los bienes muebles e inmuebles, de los instrumentos y medios de producción. En virtud de la función social de la propiedad, este derecho está sujeto, por causa de utilidad pública o de interés social, a las limitaciones y obligaciones que en cuanto a su ejercicio le impongan las leyes. Los bienes inmuebles mencionados en el párrafo primero

---

2 Art. 60. Constitución Política.

3 Por Sentencia n. 101 del 6 de Septiembre de 1989, en su Considerando II se expone el alcance de la definición de Patrimonio Nacional, y la naturaleza del dominio que el Estado tiene sobre su territorio y recursos naturales: Según esta sentencia, "Patrimonio Nacional, es el conjunto de bienes y derechos, recursos e inversiones, que como elementos constitutivos de una estructura social o resultados de su actividad normal ha acumulado el Estado y posee a titulo de dueño o propietario para destinarlo o afectarlos en forma permanente, a la prestación directa o indirecta de los servicios públicos a un cuidado o la realización de sus propios objetivos y finalidades de política social y económica, teniendo el Estado un Derecho eminente sobre los recursos naturales". "El dominio nacional o dominio del Estado, es una expresión muy amplia que comprende todos los bienes corporales o incorporales, muebles e inmuebles que pertenecen al Estado y que están sometidos a un régimen de derecho público; teniendo el Estado sobre dichos bienes un verdadero derecho de propiedad, pero siempre proyectándolo hacia un interés general, es pues, una propiedad con un contenido diverso al concepto tradicional de propiedad". Tomado del libro Política, Derecho y Acceso a Recursos Genéticos. Autor: Hernández Munguía Javier G. Grafica Editores 2002. 249 páginas.

4 Art. 102. Constitución Política.

5 Art. 5.Constitucion Política.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 387 1/9/16 12:10

pueden ser objeto de expropiación de acuerdo a la ley, previo pago en efectivo de justa indemnización[6].

El Estado garantiza la coexistencia democrática de las formas de propiedad pública, privada, cooperativa, asociativa y comunitaria; todas ellas forman parte de la economía mixta, están supeditadas a los intereses superiores de la Nación y cumplen una función social[7].

Los ciudadanos tienen derecho de participar en igualdad de condiciones en los asuntos públicos y en la gestión estatal. Por medio de la ley se garantizará, nacional y localmente, la participación efectiva del pueblo[8].

Los ciudadanos tienen derecho de hacer peticiones, denunciar anomalías y hacer críticas constructivas, en forma individual o colectiva, a los Poderes del Estado o cualquier autoridad; de obtener una pronta resolución o respuesta y de que se les comunique lo resuelto en los plazos que la ley establezca[9].

Los municipios gozan de autonomía política, administrativa y financiera. La administración y gobiernos de los mismos corresponden a las autoridades municipales[10].

Los gobiernos municipales tienen competencia en materia que incida en el desarrollo socioeconómico de su circunscripción. En los contratos de explotación racional de los recursos naturales ubicados en el municipio respectivo, el Estado solicitará y tomará en cuenta la opinión de los gobiernos municipales antes de autorizarlos. La Ley de Municipios deberá incluir, entre otros aspectos, las competencias municipales, las relaciones con el gobierno central, con los pueblos indígenas de todo el país y con todos los poderes del Estado, y la coordinación interinstitucional.

El deber del Estado de solicitar y tomar en cuenta la opinión de los gobiernos municipales antes de autorizar un contrato de explotación racional de los recursos naturales, dicha consulta la hace al Municipio respectivo, de acuerdo donde se ubique geográficamente la explotación respectiva.

La obligación de contar con la aprobación del Consejo Regional Autónomo correspondiente de las comunidades de la Costa Atlántica, en caso de

6 Art. 44 Constitución Política.

7 Art. 103 Constitución Política.

8 Art. 50 Constitución Política.

9 Art. 52 Constitución Política.

10 Art. 177 Constitución Política.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 388 1/9/16 12:10

otorgar una concesión y/o contrato de explotación racional de los recursos naturales en dichas regiones.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE NICARAGUA

Art. 60.-	Los nicaragüenses tienen derecho de habitar en un ambiente saludable; es obligación del Estado la preservación, conservación y rescate del medio ambiente y de los recursos naturales.
Art. 98.-	La función principal del Estado en la economía es desarrollar materialmente el país; suprimir el atraso y la dependencia heredados; mejorar las condiciones de vida del pueblo y realizar una distribución cada vez más justa de la riqueza.
Art. 102.-	Los recursos naturales son patrimonio nacional. La preservación del ambiente y la conservación, desarrollo y explotación racional de los recursos naturales corresponden al Estado; éste podrá celebrar contratos de explotación racional de estos recursos, cuando el interés nacional lo requiera.
Art. 177.-	Los Municipios gozan de autonomía política administrativa y financiera. La administración y gobiernos de los mismos corresponden a las autoridades municipales. La autonomía no exime ni inhibe al Poder Ejecutivo ni a los demás Poderes del Estado, de sus obligaciones y responsabilidades con los Municipios. Se establece la obligatoriedad de destinar un porcentaje suficiente del Presupuesto General de la República a los Municipios del país, el que se distribuirá priorizando a los municipios con menos capacidad de ingresos. El porcentaje y su distribución serán fijados por la ley. La autonomía es regulada conforme la Ley de Municipios, que requerirá para su aprobación y reforma de la votación favorable de la mayoría absoluta de Diputados. Los gobiernos municipales tienen competencia en materia que incida en el desarrollo socioeconómico de su circunscripción. En los contratos de explotación racional de los recursos naturales ubicados en el municipio respectivo, el Estado solicitará y tomará en cuenta la opinión de los gobiernos municipales antes de autorizarlos. La Ley de Municipios deberá incluir, entre otros aspectos, las competencias municipales, las relaciones con el Gobierno Central, con los pueblos indígenas de todo el país y con todos los Poderes del Estado, y la coordinación inter-institucional.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 389 1/9/16 12:10

Art. 180.-	Las Comunidades de la Costa Atlántica tienen el derecho de vivir y desarrollarse bajo las formas de organización social que corresponden a sus tradiciones históricas y culturales. El Estado garantiza a estas comunidades el disfrute de sus recursos naturales, la efectividad de sus formas de propiedad comunal y la libre elección de sus autoridades y representantes. Asimismo garantiza la preservación de sus culturas y lenguas, religiones y costumbres.
Art. 181.-	El Estado organizará, por medio de una Ley el régimen de autonomía para los pueblos indígenas y las Comunidades étnicas de la Costa Atlántica, la que deberá contener entre otras normas: las atribuciones de sus órganos de gobierno, su relación con el Poder Ejecutivo y Legislativo y con los municipios y el ejercicio de sus derechos. Dicha Ley, para su aprobación y reforma, requerirá de la mayoría establecida para la reforma a las Leyes constitucionales. Las concesiones y los contratos de explotación racional de los recursos naturales que otorga el Estado en las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica deberán contar con la aprobación del Consejo Regional Autónomo correspondiente. Los miembros de los Consejos Regionales Autónomos de la Costa Atlántica podrán perder su condición por las causas y los procedimientos que establezca la Ley.

B- TRATADOS INTERNACIONALES FIRMADOS POR NICARAGUA EN MATERIA DE MEDIO AMBIENTE

Los Tratados Internacionales son una fuente tradicional del Derecho en prácticamente todos los países de nuestro entorno[11], de creciente importancia durante los últimos años debido a la profunda internacionalización de las relaciones sociales y jurídicas de todo tipo que hemos vivido durante los últimos años[12].

11 PÉREZ ROYO, J. Las fuentes del Derecho. Madrid. Quinta edición, 2007, p. 145.

12 Apunta P. Pérez Tremps que resulta "ya un tópico señalar que durante el presente siglo la actividad política, económica, cultural, social etc… ha intensificado su dimensión internacional superando las

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 390 1/9/16 12:10

Por tales se debe entender los acuerdos celebrados por el Estado de Nicaragua con otros Estados soberanos o con otros sujetos de Derecho Internacional Público. Desde el punto de vista formal se pueden plasmar en instrumentos muy diversos (acuerdos, convenios, protocolos etc.)[13].

El elemento más reseñable de los Tratados Internacionales como fuente del Derecho es que están dotados de una doble dimensión, internacional e interna, que surgen como consecuencia de que no sean mero fruto de la voluntad del Estado, sino de un compromiso de éste con otros sujetos de Derecho internacional. Dicho compromiso vincula al estado en el plano internacional, con independencia de las circunstancias que concurran en el ámbito interno[14].

Esto no impide, obviamente, que en el ámbito interno también sean fuente del Derecho, pues una vez suscritos válidamente los Tratados Internacionales pasan a integrarse en el ordenamiento jurídico de Nicaragua, como cualquier otra norma interna[15].

Corresponde la negociación, celebración y firma de los Tratados Internacionales al Presidente de la República (Art. 150.8 CN)[16]. Mientras que su aprobación corresponde a la Asamblea Nacional (Art. 138.12 CN)[17].

---

barreras estatales. Esta "internacionalización" de la vida pública ha repercutido de manera evidente no sólo en las relaciones entre los Estados, sino, también, en la propia organización interna del poder público y de su ordenamiento jurídico (…).
Una de las consecuencias más importantes de esa "internacionalización" de los distintos ámbitos de la vida pública consiste en la creciente importancia que adquieren las normas convencionales o tratados internacionales como fuente del derecho al regular múltiples aspectos de la realidad". Derecho…, p. 113-114.

13 PARADA VÁZQUEZ, R. Derecho administrativo I. Decimoquinta edición, 2004, p. 51.

14 Apunta Pérez Tremps que "la particularidad de los tratados internacionales en cuanto fuente del Derecho reside en que no son producto de la voluntad exclusiva del Estado, sino consecuencia del acuerdo entre el Estado y otro u otros sujetos de Derecho internacional, generalmente otros Estados. Esa particularidad se refleja en la posición y efectos que los tratados internacionales ocupan en el sistema de fuentes". En GUERRA, López y otros. Derecho…, p. 116.

15 ESCORCIA, Flavio. Derecho Administrativo. León. Nicaragua, 2002, p. 109.

16 El art. 150.8 de la Constitución de Nicaragua recoge entre las atribuciones del Presidente de la República la de negociar, "celebrar y firmar los tratados, convenios o acuerdos y demás instrumentos que establece el inciso 12) del Artículo 138 de la Constitución Política para ser aprobados por la Asamblea Nacional".

17 El art. 138.12 CN establece entre las atribuciones de la Asamblea Nacional la de aprobar "o rechazar los tratados, convenios, pactos, acuerdos y contratos internacionales: de carácter económico; de comercio internacional; de integración regional; de defensa y seguridad; los que aumenten el endeudamiento externo o comprometan el crédito de la nación; y los que vinculan el ordenamiento jurídico del Estado".

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 391 1/9/16 12:10

Dichos instrumentos deberán ser presentados a la Asamblea Nacional en un plazo de quince días a partir de su suscripción; solamente podrán ser dictaminados y debatidos en lo general y deberán ser aprobados o rechazados en un plazo no mayor de sesenta días a partir de su presentación en la Asamblea Nacional. Vencido el plazo, se tendrá por aprobado para todos los efectos legales (Art. 138.12 CN).

La Constitución fija un régimen específico para los Tratados Internacionales dictados para la defensa de los derechos fundamentales en su art. 46, que establece que en "el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas; y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos".

Con ello se está reconociendo implícitamente la superioridad de dichos Tratados respecto a cualquier norma interna, incluida la propia Constitución, cuyos preceptos deberán interpretarse de conformidad con dichos instrumentos internacionales[18].

De aquí se deriva la constitucionalización de estos instrumentos, que alcanzan el valor de norma constitucional, posibilitando ante el Máximo Tribunal de Justicia por inconstitucionalidad de cualquier norma que se oponga a dichos Convenios Internacionales[19].

---

18 Entendemos aplicable a este precepto del ordenamiento jurídico de Nicaragua lo que señala O. Alzaga Villaamil para el precepto que cumple identica funcionalidad en la Constitución Española. Señala este autor que esto "supone reconocer que, llegado el momento de intrerpretar los preceptos de la Constitución Española sobre derechos y libertades, hay que aceptar la lectura que mejor se acomode a los Convenios internacionales que sobre la materia haya ratificado nuestro país. Ello es tanto como acatar la superioridad de las Declaraciones, Tratados y Acuerdos internacionales acerca de derechos fundamentales sobre cualquier norma de nuestro Derecho interno que pretendiese contravenir estos (pues no sólo se estaría incurriendo en un incumplimiento por nuestro Estado de obligaciones internacionales que tiene contraídas, sino que la norma en cuestión sería sin duda inconstitucional). Derecho Político Español I. Editorial Universitaria Ramón Areces. Cuarta edición. Madrid, 2007, p. 645.

19 ESCORCIA, Flavio. Derecho…, p. 110.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 392 1/9/16 12:10

1) Convenios internacionales ambientales suscritos por Nicaragua

Nicaragua ha suscrito los principales Convenios Internacionales en materia ambiental. Existe un amplio número de convenios internacionales en materia ambiental relacionados, entre otros temas, con derecho del mar, contaminación, biodiversidad, cambio climático, vida silvestre y humedales. Para efectos del presente trabajo sólo se mencionan algunos de los que considero de los más relevantes para nuestro país.

- Convenio sobre la Diversidad Biológica (Rio de Janeiro 5/6/92).
- El Protocolo de Cartagena sobre Bioseguridad (Montreal, 29/1/00)
- Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional, Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas (Ramsar, 2/2/71).
- Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre (Washington, 3/3/73).
- Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono (Viena, 22/3/85).
- Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 10/12/82)
- Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (New York, 9/5/92).
- Protocolo de Kyoto a la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático (Kyoto 11/12/97).
- Convención de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes (Estocolmo 22/5/01)

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 393 1/9/16 12:10

2) Convenios centroamericanos en Materia de medio ambiente

Durante los años noventa, con la creación de la Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo (CCAD) y sus esfuerzos por una integración regional en materia ambiental, se suscriben una serie de convenios ambiental regionales que demuestran el interés de la región en avanzar con la agenda ambiental en forma conjunta.

La CCAD no solo ha hecho el esfuerzo de poner en pie estos instrumentos, sino que ha promovido una gran cantidad de reuniones políticas a diferentes niveles para poner en práctica la letra de estos convenios. Uno de los resultados más notorios ha sido la constitución de comités técnicos conformados según la especialidad por personal de los Ministerios de Ambiente de los países de la región.

A la fecha se pueden nombrar cuatro convenios regionales principales en materia de ambiente en Centroamérica:

- Convenio para la Conservación de la Biodiversidad y Protección de Áreas Silvestres. Managua, 5 de junio de 1992;
- Convenio Regional sobre Cambios Climáticos. Guatemala, 29 de octubre de 1993;
- Convenio para el Manejo y la Conservación de los Ecosistemas Naturales, Forestales y el Desarrollo de Plantaciones Forestales. Guatemala, 29 de octubre de 1993;
- Acuerdo Regional sobre el Movimiento Transfronterizo de Desechos Peligrosos. Panamá, 11 de Diciembre de 1992.

3) Convenio para la Conservación de la Biodiversidad y Protección de Áreas Silvestres Prioritarias en América Central

Firmado en la Cumbre de Presidentes celebrada en Nicaragua el 5 de junio de 1992, tiene como objetivo la conservación de la diversidad biológica, terrestre costero-marina. Busca proteger y conservar los recursos naturales con interés estético, histórico o científico, que representen ecosistemas únicos de

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 394 1/9/16 12:10

importancia regional y mundial y que apoyen a los países centroamericanos en su ruta hacia el desarrollo sostenible. Se hace un compromiso de fortalecer con prioridad once áreas protegidas fronterizas. Reafirma que la conservación de la biodiversidad es un asunto de todos. Hace notar que la biodiversidad está siendo reducida y que algunas especies están en peligro de extinción.

Los Estados se comprometen a incorporar en sus respectivos planes y políticas de desarrollo los lineamientos para la conservación de sus recursos biológicos, y a desarrollar sus propias estrategias de conservación y desarrollo, teniendo como prioridad la conservación de la biodiversidad, la creación y el manejo de áreas protegidas.

El Convenio insta a cada Estado a encargar a una institución la conservación de una muestra representativa de los principales ecosistemas de la región y prioritariamente las que contengan bosques productores de agua. Establece el Consejo Centroamericano de Áreas Protegidas (CCAP) para que coordine esfuerzos tendientes a la armonización de políticas relacionadas con las áreas protegidas de la región. Como mecanismo de aplicación se establece la presentación de informes anuales por parte de la CCAD a la Cumbre de Presidentes.

4) Convenio Regional sobre Cambio Climático

El Convenio fue firmado durante la reunión de Ministros de Relaciones Exteriores realizada en Guatemala, el 29 de octubre de 1993. Reconoce que los cambios causados por los seres humanos son una preocupación común, que las concentraciones de los gases de efecto invernadero está aumentando y que los Estados Centroamericanos son muy vulnerables. Reafirma que las respuestas al cambio climático deben tratarse de manera integrada. Este instrumento compromete, de acuerdo con sus capacidades, a los Estados de la Región a tomar medidas para asegurar la conservación del clima y a desarrollar componentes dentro de su legislación y a cooperar en las acciones fronterizas y regionales. Recomienda a cada Estado desarrollar sus propias estrategias de conservación y desarrollo teniendo la conservación del clima como prioritaria.

Crea el Consejo Centroamericano de Cambio Climático (CCCC) como un ente de la CCAD y pide que se fortalezcan los servicios meteorológicos nacionales. Nombra al Comité Regional de Recursos Hidráulicos y de los Servicios Meteorológicos encargado de la elaboración de un plan de acción. So-

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 395 1/9/16 12:10

licita a la comunidad internacional un trato preferencial y concesional para favorecer la transferencia de tecnología, y apoye a los países centroamericanos a sustituir tecnologías contaminantes por tecnologías limpias.

El Convenio en general sigue las pautas del Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático (CMCC), enfocado hacia la agenda centroamericana. Reitera el principio de soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales procurando el no incremento del cambio climático en el ámbito global.

5) Acuerdo Regional sobre el Movimiento Transfronterizo de Desechos Peligrosos

Este acuerdo fue firmado en la Cumbre de Presidentes celebrada en Panamá, el 11 de Diciembre de 1992. Hace una clara mención de la existencia de personas naturales y físicas que tienen interés en importar desechos peligrosos hacia la región y reconoce la necesidad de tomar acciones inmediatas ante el tráfico ilegal de esos desechos. Reconoce la soberanía de los Estados para prohibir la importación y el tránsito de desechos peligrosos y el creciente consenso regional para prohibir el movimiento transfronterizo de desechos peligrosos y su eliminación en países del Istmo.

El Acuerdo señala que los países firmantes tomarán las medidas necesarias para prohibir la importación de desechos peligrosos y promoverán acciones de cooperación para que no ingresen esos desechos. También se prohíbe el vertido en el mar de desechos peligrosos, incluyendo su incineración y su eliminación sobre y bajo el lecho marino. Indica que los Estados adoptarán y aplicarán enfoques preventivos y precautorios para impedir la liberación al ambiente de sustancias que podrían causar daños a la salud y al medio ambiente.

Según este instrumento legal no se permitirá la exportación de desechos peligrosos a Estados que hayan prohibido su importación, y las partes se comprometen a exigir el cumplimiento del Acuerdo a todos los infractores y a imponer requisitos adicionales en sus respectivas legislaciones nacionales que no se contradigan los objetivos del Acuerdo. Solicita designar una autoridad nacional para que dé seguimiento y designa a la CCAD como organismo regional responsable. En los anexos se establecen las categorías de desechos peligrosos, la lista de características peligrosas (códigos según la Organización de Naciones Unidas) y las operaciones de eliminación.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 396 1/9/16 12:10

6) Convenio para el Manejo y la Conservación de los Ecosistemas Naturales, Forestales y el Desarrollo de Plantaciones Forestales

Fue firmado durante la reunión de Ministros de Relaciones Exteriores realizada en Guatemala, el 29 de octubre de 1993. El Convenio resalta la riqueza forestal de Centroamérica, la relación pobreza deforestación y la necesidad de que el recurso forestal ayude a mejorar la calidad de vida, y promueva mecanismos nacionales y regionales para evitar el cambio de uso de las áreas con cobertura forestal ubicadas en terrenos de aptitud forestal y la recuperación de áreas deforestadas. Busca el establecimiento de un sistema homogéneo de clasificación de suelos, el ordenamiento territorial, la aplicación de acciones que desincentiven la destrucción de los bosques y la reorientación de políticas de colonización en tierras con aptitud forestal.

Los Estados firmantes se comprometen a consolidar su sistema nacional de áreas protegidas y a crear un sistema regional; a orientar programas nacionales y regionales agropecuarios donde el bosque y el árbol constituyan un elemento básico de la productividad y los suelos se utilicen de acuerdo con su aptitud; a orientar programas nacionales y regionales de manejo forestal con una visión conservacionista; a crear programas para recuperar tierras degradadas de vocación forestal y a realizar esfuerzos para mantener inventarios de la cobertura forestal.

Los Estados se comprometen a crear fondos forestales y a promover la participación de todos los sectores interesados en la generación de las políticas que se elaboren a la hora de aplicar este Convenio. Se establece que la CCAD es responsable de la conformación y de la activación del Consejo Centroamericano de Bosques, para que le dé seguimiento a este Convenio.

C- LEGISLACIÓN GENERAL

El marco jurídico ambiental es el conjunto de leyes, tratados internacionales, reglamentos, decretos resoluciones ministeriales y ordenanzas que otorgan derechos y responsabilidades al Estado y a los ciudadanos para la protección del Medio Ambiente y el manejo adecuado de los recursos naturales[20].

20 CASANOVA FUERTES, Marcos Antonio. Cuaderno de Derecho Ambiental. Publicaciones ICRA. Primera edición. Managua Nicaragua. 2005, p. 15.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 397 1/9/16 12:10

En los últimos años en Nicaragua, se han aprobados un conjunto de leyes, decretos y ordenanzas municipales que tiene que ver directamente con el medio ambiente.

Sin embargo, considero, que las más importantes, han sido:

-La Ley de Organización, competencia y procedimiento del poder Ejecutivo (Ley n. 290) que crea el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales, y el Ministerio Agropecuario y Forestal, y dentro de este, el Instituto Nacional Forestal.

Entre las competencias del Ministerio Agropecuario y Forestal, están, las de formular políticas, planes y estrategias de desarrollo agropecuario y forestal, formular y proponer la política de distribución, propiedad y uso de las tierras rurales del Estado, dirigir los planes de sanidad animal y vegetal y administrar los sistemas cuarentenarios. Además, administrar y supervisar el Registro Nacional de Plaguicidas, Sustancias Tóxicas, Peligrosas y otras Similares; todo de acuerdo con la Ley No. 274, "Ley Básica para la Regulación y Control de Plaguicidas, Sustancias Tóxicas, Peligrosas y otras Similares". Formular propuestas y coordinar con el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales, los programas de protección del sistema ecológico, con énfasis en la conservación de suelos y aguas.

Al Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales, le competen de acuerdo al artículo 28 de la Ley n. 290, formular, proponer y dirigir las políticas nacionales del ambiente y en coordinación con los Ministerios sectoriales respectivos, el uso sostenible de los recursos naturales. Formular normas de calidad ambiental y supervisar su cumplimiento. Administrar el Sistema de Evaluación de Impactos Ambientales. Garantizar la incorporación del análisis de impacto ambiental en los planes y programas de desarrollo municipal y sectorial. Controlar las actividades contaminantes y supervisar el registro nacional de sustancias físico químicas que afecten o dañen el medio ambiente. Administrar el sistema de áreas protegidas del país, con sus respectivas zonas de amortiguamiento. Formular y proponer estrategias, políticas y normas para su creación y manejo. Ejercer en materia de recursos naturales las siguientes funciones:

1. Formular, proponer y dirigir la normación y regulación del uso sostenible de los recursos naturales y el monitoreo, control de calidad y uso adecuado de los mismos.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 398 1/9/16 12:10

2. Coordinar con el Ministerio Agropecuario y Forestal la planificación sectorial y las políticas de uso sostenible de los suelos agrícolas, ganaderos y forestales en todo el territorio nacional.

3. Coordinar con el Ministerio de Fomento, Industria y Comercio (MIFIC) la planificación sectorial y las políticas de uso sostenible de los recursos naturales del Estado, los que incluyen: minas y canteras; hidrocarburos y geotermia; las tierras estatales y los bosques en ellas; los recursos pesqueros y acuícolas y las aguas.

4. Supervisar el cumplimiento de los convenios y compromisos internacionales del país en el área ambiental. Coordinar con el Ministerio de Relaciones Exteriores los proyectos y programas internacionales de carácter ambiental, en lo referente a los intereses territoriales y fronterizos del Estado.

5. Coordinar apoyo en la prevención y control de desastres, emergencias y contingencias ambientales y en la prevención de faltas y delitos contra el medio ambiente.

6. Formular y proponer contenidos en los programas de educación ambiental.

La Ley General del Medio Ambiente y los recursos naturales (Ley n. 217), de acuerdo al artículo 3, tiene como objetivos particulares:

1. La prevención, regulación y control de cualesquiera de las causas o actividades que originen deterioro del medio ambiente y contaminación de los ecosistemas.

2. Establecer los medios, formas y oportunidades para una explotación racional de los recursos naturales dentro de una Planificación Nacional fundamentada en el desarrollo sostenible, con equidad y justicia social y tomando en cuenta la diversidad cultural del país y respetando los derechos reconocidos a nuestras regiones autónomas de la Costa Atlántica y Gobiernos Municipales.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 399 1/9/16 12:10

3. La utilización correcta del espacio físico a través de un ordenamiento territorial que considere la protección del ambiente y los recursos naturales como base para el desarrollo de las actividades humanas.

4. Fortalecer el Sistema Nacional de Áreas Protegidas, para garantizar la biodiversidad y demás recursos.

5. Garantizar el uso y manejo racional de las cuencas y sistemas hídricos, asegurando de esta manera la sostenibilidad de los mismos.

6. Fomentar y estimular la educación ambiental como medio para promover una sociedad en armonía con la naturaleza.

7. Propiciar un medio ambiente sano que contribuya de la mejor manera a la promoción de la salud y prevención de las enfermedades del pueblo nicaragüense.

8. Impulsar e incentivar actividades y programas que tiendan al desarrollo y cumplimiento de la presente Ley.

9. Las demás contenidas en esta Ley.

Entre los principios que establece el artículo 4 tenemos:

1. El ambiente es patrimonio común de la nación y constituye una base para el desarrollo sostenible del país.

2. Es deber del Estado y de todos los habitantes proteger los recursos naturales y el ambiente, mejorarlos, restaurarlos y procurar eliminar los patrones de producción y consumo no sostenibles.

3. El criterio de prevención prevalecerá sobre cualquier otro en la gestión pública y privada del ambiente. No podrá alegarse la falta de una certeza científica absoluta como razón para no adoptar medidas preventivas en todas las actividades que impacten el ambiente.

4. El Estado debe reconocer y prestar apoyo a los pueblos y comunidades indígenas, sean éstas de las Regiones Autónomas, del Pacífico o Centro del país, en sus actividades para la preservación del ambiente y uso sostenible de los recursos naturales.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 400 1/9/16 12:10

5. El derecho de propiedad tiene una función social-ambiental que limita y condiciona su ejercicio absoluto, abusivo y arbitrario, de conformidad con las disposiciones de la presente Ley y de las leyes ambientales especiales vigentes o que se sancionen en el futuro.

6. La libertad de los habitantes, en el ámbito de las actividades económicas y sociales, está limitada y condicionada por el interés social, de conformidad con las disposiciones de la Constitución Política, la presente Ley y las leyes ambientales especiales vigentes o que se dicten en el futuro.

7. Las condiciones y contratos de explotación racional de los recursos naturales que otorga el Estado en las regiones autónomas de la Costa Atlántica deberán contar con la aprobación del Consejo Autónomo correspondiente. En los contratos de explotación racional de los recursos naturales ubicados en los municipios respectivos, el Estado solicitará y tomará en cuenta la opinión de los gobiernos municipales, antes de autorizarlos.

La ley en su artículo 6, establece la creación de Comisiones Ambientales.

Se crea la Comisión Nacional del Ambiente, como foro de análisis, discusión y concertación de las políticas ambientales. Esta funcionará como instancia de coordinación entre el Estado y la Sociedad Civil para procurar la acción armónica de todos los sectores, así como órgano consultivo y asesor del Poder Ejecutivo en relación a la formulación de políticas, estrategias, diseño y ejecución de programas ambientales.

> Artículo 7. La Comisión estará integrada en forma permanente por los representantes de las siguientes instituciones y organismos:
> 1) Ministerio del Ambiente y Recursos Naturales, quien lo presidirá.
> 2) Ministerio de Economía y Desarrollo.
> 3) Ministerio de Finanzas.
> 4) Ministerio de Construcción y Transporte.
> 5) Ministerio de Salud.
> 6) Ministerio de Relaciones Exteriores.
> 7) Instituto Nicaragüense de Estudios Territoriales.
> 8) Instituto Nicaragüense de Acueductos y Alcantarillados.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 401 1/9/16 12:10

> 9) Un delegado de cada uno de los Consejos Regionales Autónomos del Atlántico Sur y Norte
> 10) Un delegado de la Asociación de municipios de Nicaragua.
> 11) Dos delegados de los Organismos no gubernamentales ambientalistas, uno de ellos en representación del Movimiento Ambientalista Nicaragüenses
> 12) Dos delegados de la Empresa Privada: uno del Sector Industrial y otro del Sector Agropecuario.
> 13) Un delegado del Sector Sindical.
> 14) Un delegado del Consejo Nacional de Universidades.
> 15) Un delegado de la Comisión del Medio Ambiente y Recursos Naturales de la Asamblea Nacional.

De acuerdo a la ley el Ministerio del Ambiente y Recursos Naturales como ente regulador y normador de la política ambiental del país, será el responsable del cumplimiento de la Ley y dará seguimiento a la ejecución de las disposiciones establecidas en la misma.

Asimismo, se crea la Procuraduría para la Defensa del Ambiente y los Recursos Naturales para la Defensa del Ambiente y los Recursos Naturales, como rama especializada de la Procuraduría General de Justicia. Esta ejercerá la representación y defensa de los intereses del Estado y la sociedad en esta materia.

De acuerdo al artículo 10 la Procuraduría del Ambiente tendrá las siguientes atribuciones:

> 1) Ejercer las acciones y representación del interés público, con carácter de parte procesal, en todos aquellos juicios por infracción a las leyes ambientales.
> 2) Ejercer las demás acciones previstas en esta Ley, en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia y en las demás Leyes pertinentes.

El municipio es considerado como la expresión del Estado en el territorio y como tal, por medio de su Gobierno ejerce competencias sobre materias definidas, con el propósito de desarrollarse, preservar el medio ambiente y los recursos naturales y satisfacer las necesidades de sus pobladores. El Art. 7º de la Ley de Municipios, se enumera las competencias del Gobierno Municipal, correspondiendo más de la mitad al tema ambiental. Art. 16 de la Ley n. 40, trata sobre los derechos y obligaciones de los pobladores. El Art. 36, de la misma ley, trata sobre los cabildos Municipales.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 402 1/9/16 12:10

D- JURISPRUDENCIA RELEVANTE

El término jurisprudencia es susceptible de ser interpretado con sentidos y significados muy diversos[21]. Sin embargo, en un sentido técnico preciso, que es con el que lo utilizamos aquí, se refiere a la doctrina emanada de las resoluciones judiciales. Si bien, aún tomado en este sentido técnico, es posible diferenciar dos grandes conceptos de jurisprudencia.

Por un lado, se puede definir a la doctrina como la doctrina que puede extraerse de las resoluciones que dictan todos los órganos judiciales al ejercitar la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Esta línea es la que se ha seguido por una parte de la doctrina nicaragüense para definir la jurisprudencia. En tal sentido se pronuncia Rizo Oyanguren, que la define como las "decisiones de los Tribunales resolviendo cuestiones de derecho"[22].

Algunos autores, sin embargo, ofrecen una definición más estricta, según la cual sólo sería jurisprudencia la doctrina emanada de las resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo del país.

Esta posición la ha defendido dentro de la doctrina nicaragüense Flavio Escorcia, que define la jurisprudencia como

> "*un conjunto de sentencias que determinan un criterio acerca de un problema jurídico omitido u oscuro en los textos positivos o en otras fuentes del Derecho. Es decir, la jurisprudencia es la interpretación que el Tribunal Supremo de un país, establece en los asuntos de que conoce, es la práctica judicial constante.*"[23]

Antes de pronunciarnos a favor de una u otra tesis nos parece que debemos realizar un breve examen de las fragmentarias y escasas referencias

---

21 Como apunta I. Escobar Fornos, el vocablo "jurisprudencia" tiene varios significados o acepciones: Ciencia del Derecho; doctrina sostenida por algunas escuelas o corrientes (jurisprudencia de principios, jurisprudencia de conceptos, jurisprudencia de interés) sobre el funcionamiento, aplicación e interpretación de las normas etc.; las sentencias que dictan los jueces y tribunales como normas individualizadas para el caso concreto, creativas de Derecho o como conjunto de fallos uniformes que dictan los tribunales de justicia en el proceso de solución, interpretación y aplicación de la ley". "Las fuentes del Derecho en Nicaragua", en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario 700 (marzo-abril de 2007), p. 756.

22 RIZO OYANGUREN, A. Manual Elemental de Derecho Administrativo. Editorial Universitaria, León, Nicaragua, 1992, p. 57.

23 ESCORCIA, Flavio. Derecho…, p. 136-137.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 403 1/9/16 12:10

que el Derecho positivo nos ofrece sobre dicha materia que, entendemos, contribuirán a dar luz a este dilema.

La cuestión de si debe considerarse a la jurisprudencia o no fuente del Derecho es una cuestión clásica, que se ha convertido con el tiempo en una polémica de carácter bizantino, en la que se debaten dos posturas de carácter antagónico

No resuelve la Constitución de Nicaragua, Norma Suprema del ordenamiento jurídico nicaragüense, esta clásica discusión doctrinal, limitándose a afirmar su obligatoriedad, indicando en su art. 167 que los "fallos y resoluciones de los tribunales y jueces son de ineludible cumplimiento para las autoridades del Estado, las organizaciones y las personas naturales y jurídicas afectadas"

La doctrina nicaragüense oscila entre las dos concepciones clásicas que antes examinamos. Así, una parte de la misma tiende a considerar que la jurisprudencia no es fuente del Derecho, sino un simple medio para fijar la interpretación de las leyes (Rizo Oyanguren; Flavio Escorcia).

En tal sentido, señala el primero de ellos que en "principio la jurisprudencia no debe considerarse como una fuente, porque la función judicial de donde proviene no tiene por finalidad crear el Derecho, sino aplicarlo en los casos en que haya controversia, de tal manera que, por regla general, la jurisprudencia constituye un medio importante para fijar la interpretación de las leyes"[24].

La postura contraria es defendida, sin embargo, por Escobar Fornos, que considera que

> "decir que la jurisprudencia no es fuente de Derecho significa desconocer aquellas situaciones que la ley no es capaz de resolver y que el juez tiene que llenar la laguna legal; aquellas situaciones en que la ley es oscura, con vaguedades o contradictoria, en cuyo caso el juez tiene discrecionalidad y creatividad jurídica para aclarar, determinar y resolver; el valor normativo que adquiere la jurisprudencia cuando es obligatoria sometiendo a los jueces y tribunales inferiores como si fuera una ley; la función de los jueces y tribunales que actualizan el Derecho a los nuevos tiempos que así lo demandan, o sea, la aplicación del viejo Derecho a casos que quizás jamás pensó el legislador; la creatividad de ciertas sentencias de los tribunales constitucionales; las deficiencias de los argumentos y reglas de hermenéutica que por sí solas en ocasiones no ayudan a los

24 RIZO OYANGUREN, A. Manual Elemental…, p. 57. En sentido similar se pronuncia también ESCORCIA, Flavio. Derecho…, p. 136-137.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 404 1/9/16 12:10

> jueces y tribunales a fallar los casos, y en otras con contradictorias, por lo que el juez debe ser prudente y creativo en la decisión del caso; en fin, a una serie de situaciones en que el juez es creativo.
> En nuestros sistemas no es posible sostener que la jurisprudencia sustituya a la ley en el proceso de creación del Derecho; es más, muchas legislaciones ya autores no la consideran como una fuente formal del Derecho. Creo que es una fuente complementaria de la ley porque si bien es cierto que el Derecho es completo, la ley no lo es"[25].

Si bien, eso no impide que resalte su enorme importancia práctica que le aproxima en cierta medida al papel de una auténtica fuente del Derecho o le convierte en fuente indirecta del Derecho[26].

Se pueden encontrar, sin embargo, en algún texto legal de menor rango tajantes afirmaciones que consideran como tal a la jurisprudencia de la Corte Suprema. Así, el art. 2.5 de la Ley n. 562, Código Tributario de la República de Nicaragua (aprobado el 28 de octubre de 2005 incluye dentro de las fuentes del Derecho la "Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia".

No queremos entrar en una discusión de fondo acerca de si cabe considerar o no a la jurisprudencia en general como fuente del Derecho. Discusión cuya respuesta depende, en último término de lo que entendamos por fuente del Derecho.

En cualquier caso, lo que si nos parece oportuno señalar es que la respuesta que debe darse a esta cuestión es diferente dependiendo del tribunal ante el que nos encontremos.

Con carácter general, la jurisprudencia no genera un efecto vinculante sobre los demás tribunales, ni siquiera respecto al propio órgano judicial que la dictó. De tal forma que un órgano judicial puede apartarse de los precedentes judiciales, propios o ajenos, si bien con determinadas limitaciones, deberá aportar justificación suficiente y objetiva de los motivos de ese apartamiento.

Dicha doctrina luce claramente en el art. 13 LOPJ, que establece que los "Jueces y Magistrados deben resolver de acuerdo a los fallos judiciales

---

25 ESCOBAR FORNOS, Ivá. Las fuentes del… Págs. 757-758.

26 Señala al respecto Rizo Oyanguren que "hay que reconocer que, desde un punto de vista práctico, el conocimiento de la jurisprudencia puede resultar ineludible a la vista de conocer la interpretación que de la ley realicen los Tribunales de Justicia". Manual Elemental…, p. 57.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 405 1/9/16 12:10

precedentes y solo podrán modificarlos explicando detalladamente las razones que motiven el cambio de interpretación".

Esta disposición supone, sin duda, un importante pasó en la búsqueda por unificar la jurisprudencia de los distintos órganos integrantes del Poder Judicial[27].

Esta obligatoriedad de modificar los cambios de doctrina no permite considerar, en nuestra opinión, que la jurisprudencia este dotado de un carácter vinculante propio, como el que tiene, por ejemplo, una norma. A nuestro juicio esta consecuencia es un simple resultado del principio de igualdad, en cuanto constituiría una discriminación vulneradora de esta garantía fundamental dar una respuesta distinta a la que se dio para un caso similar si no median motivos objetivos que lo justifiquen.

Refuerza esta interpretación que niega el carácter vinculante a la jurisprudencia la consideración de que los órganos judiciales actúan sometidos únicamente a la Constitución y a la Ley, no siendo posible que los tribunales superiores dicten instrucciones a los inferiores.

Así lo establece de forma rotunda el art. 8 LOPJ, que establece que los

> "Magistrados y Jueces, en su actividad jurisdiccional, son independientes en todas sus actuaciones y solo deben obediencia a la Constitución Política y la ley. No pueden los magistrados, jueces o tribunales, actuando individual o colectivamente, dictar instrucciones o formular recomendaciones dirigidas a sus inferiores acerca de la aplicación o interpretación del orden jurídico en asuntos sometidos a su conocimiento".

Tan sólo cabe que a "los efectos de asegurar una Administración de Justicia pronta y cumplida, el Superior Jerárquico podrá girar instrucciones generales de carácter procedimental" (Art. 8 LOPJ).

Esta solución debe matizarse, sin embargo, cuando nos referimos a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Ya habíamos visto que en algún precepto de rango de ley se le da a ésta la consideración de auténtica fuente del Derecho. Conviene, a nuestro juicio, antes de enfrentarnos a esta afirmación hacer un breve examen de las características de este órgano judicial.

27 Señala Escobar Fornos que este precepto es "un avance en la uniformidad de la jurisprudencia en manos de todo el poder judicial. No es únicamente una uniformidad general formulada por la Corte Suprema de Justicia, sino una uniformidad exigida para cada juzgado y Tribunal de Apelaciones, y la Corte Suprema de Justicia para evitar que los funcionarios judiciales, irrespetando el principio de legalidad o igualdad, fallen constantemente en forma diferente un mismo caso". Las fuentes del…, p. 762.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 406 1/9/16 12:10

La Corte Suprema es el órgano superior del Poder Judicial de Nicaragua (Art. 159 CN). Esta integrada por dieciséis magistrados elegidos por la Asamblea Nacional por un período de cinco años (Art. 163 CN), que gozan de inmunidad (Art. 162 CN) y que únicamente podrán ser separados de sus cargos por las causas previstas en la Constitución y la ley (Art. 162 CN). Toman posesión de su cargo ante la Asamblea Nacional, previa promesa de ley (Art. 163 CN).

La Asamblea Nacional nombra también por cada magistrado a un Cojuez, que será llamado a integrar la Corte en caso de ausencia, excusa, implicancia o recusación de cualquiera de los magistrados (Art. 163 CN).

Puede funcionar en Pleno o en Salas. La organización e integración de estas últimas se acordará entre los mismos magistrados, conforme lo estipula la Ley de la materia (Art. 163 CN). Corresponde a la Corte Plena conocer y resolver los recursos de inconstitucionalidad de la ley y los conflictos de competencias y constitucionalidad entre los poderes del Estado (Art. 163 CN).

Los Magistrados de la Corte eligen, además, entre ellos a su Presidente y Vicepresicente por mayoría de votos para un período de un año, pudiendo ser reelectos (Art. 163 CN).

Las atribuciones de la Corte aparecen recogida en el art. 164 CN, que enumera las siguientes: a) organizar y dirigir la administración de justicia; b) conocer y resolver los recursos ordinarios y extraordinarios que se presenten contra las resoluciones de los tribunales de justicia de la República, de acuerdo con los procedimientos establecidos por la ley; c) conocer y resolver los recursos de amparo por violación de los derechos establecidos en la Constitución, de acuerdo a la Ley de Amparo; d) conocer y resolver los recursos por inconstitucionalidad de la ley; e) nombrar y destituir con el voto favorable de las tres cuartas partes de sus miembros a los magistrados de los Tribunales de Apelaciones; f) resolver sobre las solicitudes de extradición de ciudadanos de otros países y denegar las de los nacionales; g) nombrar o destituir a los jueces, médicos forenses y registradores públicos de la propiedad inmueble y mercantil de todo el país, de conformidad con la Constitución y la ley; h) extender autorización para el ejercicio de las profesiones de abogado y notario, lo mismo que suspenderlos y rehabilitarlos de conformidad con la ley; i) conceder autorización para la ejecución de sentencias pronunciadas por tribunales extranjeros; j) conocer y resolver los conflictos administrativos surgidos entre los organismos de la administración pública, y entre éstos y los particulares; k)

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 407 1/9/16 12:10

conocer y resolver los conflictos que surjan entre los municipios o entre éstos y los organismos del gobierno central; l) conocer y resolver los conflictos de competencia y constitucionalidad entre los poderes del Estado; m) conocer y resolver los conflictos de constitucionalidad, entre el gobierno central y los gobiernos municipales y de las regiones autónomas de la Costa Atlántica; n) dictar su reglamento interno y nombrar al personal de su dependencia.

A lo que añade el mismo precepto una cláusula de cierre, en virtud de la cual le corresponden también las "demás atribuciones que le confieran la Constitución y las leyes".

Ya vimos que es este órgano que resuelve los conflictos de constitucionalidad, tarea en la que es difícil negarle a su jurisprudencia el carácter de auténtica fuente del Derecho en los términos que vimos en su momento.

Más allá de aquí, es evidente el carácter central que ostenta este órgano dentro del Poder Judicial de Nicaragua. Posición que, entendemos, determina que asuma una tarea clave en orden a dar coherencia y uniformidad a la jurisprudencia nicaragüense[28], que justifica que se defienda para su jurisprudencia un valor especial, que permite calificarla como fuente del Derecho.

Consideramos, que la jurisprudencia más relevante, en materia ambiental, es la siguiente:

E- PRINCIPALES PROBLEMAS AMBIENTALES

El gobierno de Nicaragua reconoce en el Documento denominado: UNA NACIÓN, MUCHAS VOCES, preparado para la Reunión del Grupo Consultivo, celebrada en Washington – 23-24 Mayo del 2000, que:

28 Señala Escobar Fornos que el "Poder Judicial está integrado por jueces, Magistrados de los Tribunales de Apelaciones y la Corte Suprema de Justicia. Existen jueces diseminados en toda la República, nueve Tribunales de Apelaciones y una sola Corte Suprema de Justicia.
Ante esta distribución del Poder Judicial y en virtud de la independencia interna de los jueces y tribunales de fallar de acuerdo a su criterio legal, es posible que se forme un desconcierto jurídico en la aplicación de la ley porque algunos jueces o tribunales pueden aplicar la misma ley en forma diferente en caos idénticos, lo que crea inseguridad y desigualdades jurídicas.
(…)
Solamente le corresponde a la Corte Suprema de Justicia la uniformidad general de la jurisprudencia, la que (…) es obligatoria". Las fuentes del… p. 759-764.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 408 1/9/16 12:10

> "El modelo agroexportador y monocultivista aplicado anteriormente en Nicaragua contribuyó al agotamiento y al deterioro de importantes regiones agrícolas del país. Las ricas tierras de occidente se vieron afectadas por el excesivo uso de agroquímicos, causando cristalización, contaminación y lixiviación de los suelos y afectando los cuerpos de agua. Sus efectos se han manifestado en erosión eólica, hídrica, contaminación de fuentes de agua, y enfermedades humanas. Las zonas norte y central han sido severamente deforestadas, contribuyendo no sólo a los procesos erosivos, sino también a la reducción de la productividad de la tierra y al aumento de la pobreza.
>
> La región del Atlántico del país ha recibido los efectos del agotamiento de los recursos en la zona del Pacífico y Central Norte; el avance de la frontera agrícola, los incendios forestales, la deforestación y el uso inadecuado de los recursos y ambientes del área, de la misma manera, ha reducido sus ofertas productivas de largo plazo".

En este contexto, el cambio hacia el desarrollo sustentable debe estar dirigido por una política ambiental clara y eficiente, que permita integrar aspectos económicos, sociales y ambientales y que asuma como principio básico la responsabilidad y el costo de un aprovechamiento racional de los recursos naturales.

Además, que permita impulsar programas orientados a modificar los métodos y patrones de consumo de la población acorde con el potencial de desarrollo, condiciones de habitabilidad y características ecológicas de cada región del país, y que permita satisfacer las necesidades de la población a la vez de mejorar su nivel y calidad de vida sustentable, por lo tanto se deben promover reformas legislativas y políticas para la elaboración de leyes y normas ambientales que establezcan altos niveles de protección ambiental, y mecanismos eficaces de aplicación y cumplimiento de la legislación ambiental.

Desde 1993 se han aprobado numerosas leyes y reglamentos, sin embargo su aplicación es todavía incipiente. Algunos instrumentos de legislación ambiental, se encuentran en proceso de elaboración u oficialización, básicamente derivados de lo dispuesto en la Ley General del Medio Ambiente y los Recursos Naturales y su Reglamento. Estos instrumentos, servirán para definir la regulación específica que deberá elaborarse en relación con los diferentes temas que enmarca la gestión ambiental.

El ordenamiento territorial, se presenta como un instrumento esencial para lograr la máxima utilización del potencial productivo, respetando las di-

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 409 1/9/16 12:10

ferentes restricciones que presentan nuestros ecosistemas, el hábitat y la distribución armónica de la población en el territorio, con el propósito de garantizar su uso sostenible.

Con los avances de los estudios ambientales en el ordenamiento del territorio se han elaborado metodologías que posibilitan conocer las restricciones y potencialidades del territorio, definir los usos y tecnologías más adecuadas y estudiar la racionalidad histórica y actual de los sujetos sociales que utilizan los recursos naturales, de tal forma que pueda sugerirse la aplicación de políticas tendientes a orientar las practicas productivas en función de las potencialidades del medio ambiente.

Esto implica a su vez, la necesidad de establecer un Sistema de Planeación Municipal participativa donde intervengan las alcaldías, las instituciones del Estado, los pobladores y otras fuerzas sociales y económicas relevantes en los territorios a escala local.

El propósito central sería el de facilitar la coordinación interinstitucional alrededor de la elaboración de programas, planes y proyectos de ordenamiento territorial, ya sea con fines de desarrollo económico global o sectorial, como: agropecuario, forestal o turístico; con fines de conservación de recursos naturales o bien con "múltiple propósito".

Nuestros ecosistemas pueden brindar una oferta de bienes y servicios suficientes para satisfacer las necesidades esenciales de la población. Las posibilidades que brinda la heterogeneidad de nuestros ecosistemas, permiten el desarrollo de diferentes alternativas productivas agropecuarias o industriales, tanto para el consumo interno como para la exportación, o bien constituyen la base material para actividades catalogadas como de servicios, tales como el ecoturismo, la educación, investigación científica etc.

Esto significa que debemos utilizar los recursos naturales de manera que la sociedad nicaragüense consiga la mayor satisfacción posible, sin llegar a la degradación ambiental, lo que implica reconocer tanto su valor económico como otros menos tangibles, es decir, ambientales, culturales, históricos y de entretenimiento, todo lo cual implica tomar en consideración a las generaciones futuras.

Por tanto, es importante que el sistema de cuentas nacionales, que es el instrumento económico a través del cual se determina el aporte de cada sector de actividad económica para la obtención del Producto Interno Bruto, incluya el valor de los Recursos Naturales y los Ecosistemas que son utilizados dentro

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 410 1/9/16 12:10

del proceso productivo como insumos o productos finales o que contribuyen a una mayor y más diversa disponibilidad de recursos.

Nicaragua debe tener un marco contable que contribuya a determinar estrategias de desarrollo sostenible que establezcan un equilibrio entre la satisfacción de las necesidades humanas y el mantenimiento a largo plazo de las funciones ambientales.

Con la introducción del elemento ambiental en el Sistema de Cuentas Nacionales se trata de reconocer que las existencias e inventarios de recursos naturales deben considerarse como elementos del activo, tal como los bienes de capital. De esta manera el agotamiento y la degradación del las existencias de los recursos naturales pueden deducirse del producto nacional modificándolo en función de los indicadores ambientales.

Es imprescindible contar con un sistema integral de información ambiental conformado y compartido por las diferentes instituciones que tienen competencia en este campo. La información ambiental nacional es una variable clave para determinar el estado de la situación ambiental del país y facilitar la toma de decisiones para emprender acciones concertadas y coordinadas, en función del desarrollo sustentable de la nación.

El desarrollo de nuevos aprovechamientos económicos de la flora y fauna silvestre dependerá del avance del conocimiento sobre estos recursos, y para ello es necesario sistematizar la información existente y futura.

Para una utilización sostenible de recursos renovables es necesario definir y respetar normas técnicas que dictan los niveles de extracción sostenible. Esto es resaltado en el Documento: UNA NACIÓN, MUCHAS VOCES, preparado para la Reunión del Grupo Consultivo, celebrada en Washington – 23-24 Mayo del 2000, donde se plantea que:

> "*Para reducir la vulnerabilidad ecológica se necesita hacer investigaciones aplicadas para estimar el nivel óptimo de uso de los múltiples bienes y servicios que brindan los ecosistemas para maximizar los beneficios a la sociedad en una forma sostenible*".

Las políticas y estrategias de los distintos sectores del país deberán estar basados en información económica, social y ambiental. El ordenamiento territorial, la valoración del patrimonio natural en el sistema de cuentas nacionales y el sistema nacional de información ambiental deberán suministrar dicha in-

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 411 1/9/16 12:10

formación de forma complementaria a la propia de cada sector, en especial, del sector productivo (agropecuario, pesca, silvicultura, minero, energía, industria, y turismo), del sector social (educación y salud) y del sector infraestructura (red vial y transporte, agua y saneamiento, electrificación rural, y vivienda)

En el Informe Nacional que Nicaragua presentó en 1992 a la Conferencia de las Naciones Unidas para el Ambiente y Desarrollo (UNCED) se plantea que el Programa de Educación Ambiental constituye la segunda prioridad después del Programa de Desarrollo y Superación de la Pobreza. Estos dos programas están estrechamente relacionados, pues no puede haber Desarrollo Sostenible sin una Educación Ambiental que fomente la toma de conciencia de todos los sectores, que propicie la participación de la población en acciones de mejoramiento, protección y uso sostenible de los recursos naturales y el medio ambiente.

Para consolidar esta importante labor es necesario que la educación ambiental se aplique en función del desarrollo sostenible. Para ello, el Estado garantizará que sea incorporado como un eje transversal el componente de educación ambiental en la promoción de la participación ciudadana en todos los ámbitos de la vida naciona

Por otro lado, es necesario promover la identidad cultural dado que a lo largo de cuatro siglos y medio se ha hecho uso y abuso de los bienes culturales, lícita e ilícitamente incluyendo saqueos, comercio impropio, destrucción maliciosa o desaparición de los bienes patrimoniales y naturales.

Adicionalmente, la existencia en el territorio de Nicaragua de comunidades indígenas con aproximadamente 240 mil habitantes, otorgan al país un carácter multiétnico y multicultural. Estas comunidades ubicadas en su mayoría en las zonas rurales (63 %) se dedican a la agricultura de subsistencia que combinan con prácticas de caza, pesca y recolección. Las comunidades indígenas representan un sujeto histórico relacionado especialmente con el equilibrio con la naturaleza, donde el bosque, el río, la montaña, la laguna, el mar se convierten en sus principales proveedores de bienes de consumo.

Igualmente importante es la búsqueda de procesos participativos que promuevan la igualdad de derechos y oportunidades para mujeres y hombres en el ámbito del desarrollo sostenible.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 412 1/9/16 12:10

F- CONCLUSIONES

A continuación, presentamos, algunas conclusiones, del trabajo que he presentado:

1. La Constitución Política de Nicaragua de 1987, y sus reformas, ha estado influenciada por las corrientes ambientalistas nacionales y extranjeras, particularmente conferencias o cónclaves mundiales tales como la Conferencias de las Naciones Unidas de Ambiente y Desarrollo celebrada en Coyoacan en 1974 y el aporte significativo de la Estrategia Mundial para la Convervación de U.L.C.N.

2. Los artículos 60, 89, 102 y 181 de la Constitución Política de Nicaragua establecen como un derecho social el garantizar un medio ambiente sano para todos; el derechos del Estado de proteger, conservar y utilizar racionalmente los recursos naturales, incluyendo el derecho de otorgar concesiones si fuere necesario; el reconocimiento del Estado al goce, uso y disfrute de las aguas y bosques de las tierras de las comunidades de la Costa Atlántica y al derecho de éstas comunidades de aprobar las concesiones y contratos de explotación racional de los recursos naturales otorgados por el Estado. El artículo 102 Cn. establece que la preservación del ambiente, la conservación, desarrollo y explotación racional de los recursos naturales corresponden al Estado; aunque este podrá celebrar contratos de explotación racional de estos recursos, cuando el interés nacional lo requiera.

3. Nicaragua ha suscrito los principales Convenios Internacionales en materia ambiental. Durante los años noventa, con la creación de la Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo (CCAD) y sus esfuerzos por una integración regional en materia ambiental, se suscriben una serie de convenios ambiental regionales que demuestran el interés de la región en avanzar con la agenda ambiental en forma conjunta. La CCAD no solo ha hecho el esfuerzo de poner en pie estos instrumentos, sino que ha promovido una gran cantidad de reuniones políticas a diferentes niveles para poner en práctica la letra de estos convenios. Uno de los resultados más notorios ha sido la constitución de comités técnicos conformados según la especialidad por personal de los Ministerios de Ambiente de los países de la región.

A la fecha se pueden nombrar cuatro convenios regionales principales en materia de ambiente en Centroamérica:

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 413 1/9/16 12:10

- Convenio para la Conservación de la Biodiversidad y Protección de Áreas Silvestres. Managua, 5 de junio de 1992;

- Convenio Regional sobre Cambios Climáticos. Guatemala, 29 de octubre de 1993;

- Convenio para el Manejo y la Conservación de los Ecosistemas Naturales, Forestales y el Desarrollo de Plantaciones Forestales. Guatemala, 29 de octubre de 1993;

- Acuerdo Regional sobre el Movimiento Transfronterizo de Desechos Peligrosos. Panamá, 11 de Diciembre de 1992.

4. Dentro el sistema legal nicaragüense, hay que destacar, que en los últimos años se han aprobados leyes, decretos y reglamentos de gran importancia, para la protección del medio ambiente, Ley General del Medio Ambiente y los recursos naturales; ley especial sobre explotación de minas, ley de exploración y explotación de recursos geotérmicos, Ley general de aguas nacionales, entre otras.

5. Aunque la jurisprudencia nicaragüense sobre el medio ambiente es escasa, sin embargo, consideramos, que va a tener una evolución favorable ya que cada día la población nicaragüense, toma conciencia que tiene vivir en un medio ambiente saludable.

6. Entre los retos, que tiene el gobierno, está el oficializar la Política y Plan Ambiental de Nicaragua. Crear los una pequeña Secretaría de Seguimiento y aprobar la Estructura Organizacional y Funcional para implementar un proceso de seguimiento y evaluación anual de la Política y Plan Ambiental de Nicaragua. Promover y apoyar la implementación de los Planes Ambientales al nivel de los territorios: Regiones Autónomas, Departamentos y Municipalidades, estableciendo y apoyando que los Planes Ambientales Locales se utilicen como guía para la conceptualización y priorización del desarrollo de proyectos ambientales para el Fondo para Pequeños Proyectos y el Fondo Nacional del Ambiente.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 414 1/9/16 12:10

REFERENCIAS

PÉREZ ROYO, J. Las fuentes del Derecho. Madrid. Quinta edición, 2007.

PARADA VÁZQUEZ, R. Derecho administrativo I. Decimoquinta edición, 2004.

ESCORCIA, Flavio. Derecho Administrativo. León. Nicaragua, 2002.

ALZAGA VILLAAMIL, O. Derecho Político Español I. Editorial Universitaria Ramón Areces. Cuarta edición. Madrid, 2007.

CASANOVA FUERTES, Marcos Antonio. Cuaderno de Derecho Ambiental. Publicaciones ICRA. Primera edición. Managua Nicaragua. 2005.

COMPENDIO REGIONAL DE JURISPRUDENCIA AMBIENTAL. USAID, 2010.

GRETHEL AGUILAR – ALEJANDRO IZA. Manual de Derecho Ambiental en Centroamérica. San José, Costa Rica, 2005.

Compendio Jurídico de Medio Ambiente y Recursos Naturales de Nicaragua. Primera Edición. Managua, Nicaragua. 2012.

FORNOS ESCOBAR, Iván. "Las fuentes del Derecho en Nicaragua", en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario 700 (marzo-abril de 2007).

JUSTE RUIZ, J. Derecho internacional del Medio Ambiente. Madrid, España. 1998.

LOPERENA TORA, D. Los principios del Derecho Ambiental. Madrid, 1998.

ALVAREZ, Luis Ortega (coord.) Lecciones de Derecho Ambiental. Tercera Edicación. Editorial Lex Nova. Valladolid, España. 2002.

MARTIN MATERO, R. Nuevos instrumentos para la tutela ambiental. Madrid, España, 1994.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 415 1/9/16 12:10

DOCUMENTOS

DOCUMENTOS DE REFERENCIA SOBRE POLÍTICAS AMBIENTALES EN OTROS PAISES (PANAMA, MÉXICO y EL SALVADOR) (Documento de trabajo PANic, Abril 2000).

POLÍTICAS AMBIENTALES PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE (Preparado para discusión interna y posterior presentación en 1er Encuentro Nacional de Desarrollo Rural, Octubre de 1999).

LA POLÍTICA FORESTAL DE NICARAGUA (MAGFOR, Borrador para Discusión, Marzo 2000).

POLÍTICAS PARA EL USO SOSTENIBLE DE LOS RECURSOS PESQUEROS Y ACUICOLAS (MARENA-MIFIC, Borrador para Discusión, Marzo 2000).

LINEAMIENTOS MARCOS DE POLÍTICAS PARA EL DESARROLLO RURAL DE NICARAGUA (MAGFOR, Borrador para Discusión, Diciembre 1999).

POLÍTICA NACIONAL DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL (INETER, Propuesta Borrador, Marzo 1999).

ESTRATEGIA INSTITUCIONAL PARA LA PREVENCIÓN Y CONTROL DE LA CONTAMINACIÓN (Marzo 1999).

BIODIVERSIDAD EN NICARAGUA, Un Estudio de País – (PANIF-MARENA, Diciembre 1999).

LINEAMIENTOS DE POLÍTICAS PARA EL DESARROLLO DEL TURISMO EN AREAS PROTEGIDAS (PANIF-DGAP, Agosto 1999).

EL SINAP EN EL CONTEXTO DE UNA INDUSTRIA TURÍSTICA CRECIENTE (DGAP, Marzo 2000).

POLÍTICA Y ESTRATEGIA NACIONAL DE EDUCACIÓN AMBIENTAL (Borrador Final, Enero 1999).

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 416 1/9/16 12:10

POLÍTICA Y GESTIÓN AMBIENTAL MUNICIPAL DE ESTELI (Prog. PANIF/MARENA, Marzo 1999)

INFORME DE GESTIÓN, 1999 – COMISIÓN SECTORIAL PARA LA DESCENTRALIZACIÓN.

DOCUMENTO MEMORIA SOBRE PONENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DE MARENA EN EL FORO-DEBATE SOBRE DESCENTRALIZACIÓN, DE LA COMISION SECTORIAL DE DESCENTRALIZACIÓN (MARENA-DGCT, Enero 2000).

INSTRUMENTOS LEGALES RELEVANTES PARA LA GESTIÓN AMBIENTAL (Nacionales e Internacionales).

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 417 1/9/16 12:10

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 418 1/9/16 12:10

DERECHO AMBIENTAL PANAMEÑO

Anabelle Padilla Lozano[1]
Eduardo José Mitre Guerra[2]

RESUMEN

En este trabajo se hace un repaso general del régimen jurídico del ambiente en Panamá. En primer lugar se examina su marco constitucional, se establecen los antecedentes del actual régimen ecológico introducido en el Capítulo VII de la Constitución Política a partir del Acto Reformatorio de 1983; se examina su evolución normativa y se presenta el criterio jurisprudencial que ha dado lugar a que en la actualidad se reconoza y tutele el derecho a un ambiente adecuado vía amparo. En segundo lugar, se enlistan los distintos intrumentos internacionales de derecho ambiental ratificados por el país. Seguidamente, se aborda la legislación ambiental en concreto, partiendo de la Ley n. 41 de 1998, General del Ambiente y su reciente reforma introducida mediante la Ley n. 8 de 2015, que crea el Ministerio de Ambiente. Se examina el régimen de responsabilidad ambiental y los criterios para el ejercicio de la potestad sancionadora ambiental. Y para finalizar, se presentan algunos extractos de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia en los que se trata la tématica y se dejan ver las soluciones que nuestro ordenamiento jurídico permite. Los planteamientos anteriores, tienen como corolario un breve planteamiento del estado de los recursos naturales en la actualidad y los principales desafios que se presentan en materia ambiental.

---

1 Magistrada del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas de Panamá. Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Panamá. Especialista en Derecho Administrativo por la Universidad Externado de Colombia y magíster en Derecho Procesal por la Universidad Interamericana de Panamá.

2 Asistente de magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Panamá (Sala de lo Contencioso Administrativo) y docente universitario. Abogado. Máster en Derecho de Aguas, de los Recursos Naturales y Medio Ambiente y doctor por la Universidad de Zaragoza.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 419 1/9/16 12:10

Palabras claves: Régimen constittucional del ambiente en Panamá. Legislación ambiental. Infracciones administrativas. Responsabilidad ambiental. Jurisprudencia.

I. BASES CONSTITUCIONALES DEL RÉGIMEN AMBIENTAL DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ

Por tratarse de la norma superior que define el destino de los Estados, la Constitución, es sin lugar a dudas, el máximo instrumento jurídico contentivo de derechos, así como de los principios y valores de una sociedad, con lo que se individualiza, concreta y organiza.

En consecuencia, el medio ambiente encuentra su mayor protección en la Carta Política de los países, si bien en muchos casos, no de manera puntual, al menos como ideal, de aquel bien que pretende proteger por ser de interés general, de ahí la importancia, de conocer las normas superiores relativas al ambiente.

La Constitución de la República de Panamá, acuña en primer orden la noción de ambiente, como factor vinculado estrechamente a la Salud Humana en el Capítulo 6º del Título III sobre "Derechos y Deberes Individuales y Sociales", así es como en los numerales 2 y 4 del artículo 11º del texto constitucional se exhibe una inseparable relación cuyo propósito esencial es velar por la salud de la población.

Dicho artículo establece lo siguiente:

> "Artículo 110. En materia de salud, corresponde primordialmente al Estado el desarrollo de las siguientes actividades, integrando las funciones de prevención, curación y rehabilitación:
> 1.
> 2. Capacitar al individuo y a los grupos sociales, mediante acciones educativas, que difundan el conocimiento de los deberes y derechos individuales y colectivos en materia de salud personal y ambiental.
> 3.
> 4. Combatir las enfermedades transmisibles mediante el saneamiento ambiental, el desarrollo de la disponibilidad del agua potable y adoptar

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 420 1/9/16 12:10

> medidas de inmunización, profilaxis y tratamiento, proporcionadas colectivamente o individualmente, a toda la población.
> 5.
> 6…".

Se procura dotar de información a la población sobre los efectos de aquellos elementos que pueden causar daño en la salud de los habitantes.

Al mismo tiempo el numeral 4 del artículo alude a la lucha contra la propagación de enfermedades endémicas que pudiesen trasmitirse a través de uno de los elementos vitales para los habitantes, como lo es el agua y otros factores que le rodean, tales como los desechos materiales, en otras palabras, se pone de manifiesto el carácter higienista.

Estas normas de rango constitucional vigentes, fueron las que en principio acogió la República de Panamá, al igual que otros muchos países; el concepto que se tenía de ambiente era resguardado principalmente bajo parámetros de la salud humana cuya génesis en particular data de la constitución de 1946.

En los años 60 cuando se incrementa la preocupación y concienciación del medio ambiente, los países buscan involucrarse en el tema haciendo uso de instrumentos normativos, Panamá no escapa de aquella realidad, estableciendo algunas leyes relativas a temas puntuales, pero no será hasta los años 80 cuando incorpore al texto constitucional el concepto de ambiente natural como factor a proteger y conservar, así es reconocido propiamente, a través del acto reformatorio de 1983, con el cual se incorpora al capítulo 7º denominado "Régimen Ecológico" mediante los artículos 118, 119, 120 y 121 que constituyen en el compendio de normas con rango constitucional que obliga al Estado a garantizar un ambiente sano y libre de contaminación.

Aún así Panamá resulta ser uno de los países pioneros en la inserción de la temática especifica dentro del texto constitucional; "*…El texto que presenta mayores avances es el de la Constitución de Panamá (1972 y reformas) que dedica una sección completa denominada 'Del Régimen Ecológico', en donde se establece como deber fundamental del Estado el garantizar un ambiente sano y el equilibrio ecológico. Incluye además el deber de prevenir la contaminación del ambiente y la obligación de reglamento, el aprovechamiento de la fauna, bosques, tierras y aguas*" [3].

3 AGUILAR, Grethel, e IZA, Alejandro. "Derecho Ambiental en Centroamérica". IUCN, Serie de Política y Derecho Ambiental n. 66, Tomo I. Disponible en: http://data.iucn.org/dbtw-wpd/edocs/ELC-017.pdf [en línea]. (Consultado: 5/9/2013).

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 421 1/9/16 12:10

Entonces, respecto a la protección constitucional que la República de Panamá, se detenta de la siguiente manera:

> "CAPÍTULO 7º – RÉGIMEN ECOLÓGICO
> ARTÍCULO 118. Es deber fundamental del Estado garantizar que la población viva en un ambiente sano y libre de contaminación, en donde el aire, el agua y los alimentos satisfagan los requerimientos del desarrollo adecuado de la vida humana.
> ARTÍCULO 119. El Estado y todos los habitantes del territorio nacional tienen el deber de propiciar un desarrollo social y económico que prevenga la contaminación del ambiente, mantenga el equilibrio ecológico y evite la destrucción de los ecosistemas.
> ARTÍCULO 120. El Estado reglamentará, fiscalizará y aplicará oportunamente las medidas necesarias para garantizar que la utilización y el aprovechamiento de la fauna terrestre, fluvial y marina, así como de los bosques, tierras y aguas, se lleven a cabo racionalmente, de manera que se evite su depredación y se asegure su preservación, renovación y permanencia.
> ARTÍCULO 121. La Ley reglamentará el aprovechamiento de los recursos naturales no renovables, a fin de evitar que del mismo se deriven perjuicios sociales, económicos y ambientales."

Entre los artículos mencionados se demanda del Estado y los administrados el deber de propiciar un desarrollo social y económico que prevenga la contaminación del ambiente, con el propósito de mantener el equilibrio ecológico y evitar la destrucción de los ecosistemas, entendiéndose que con el establecimiento de industrias y empresas en la República de Panamá existe la obligación de resguardar la instrucción constitucional, regulada a detalle mediante la Ley.

En cuanto a la fauna terrestre, marina y fluvial, así como los bosques, tierra y agua, deja reserva reglamentaria para garantizar su utilización, aprovechamiento, prevenir la depredación, aseguramiento de la preservación, renovación y permanencia.

En igual sentido, se encuentra el aspecto relacionado a los recursos naturales no renovables para evitar perjuicios sociales, económicos y ambientales.

Vemos en estas normas un alto contenido del concepto *preservación*, más no de una norma que aluda a las consecuencias por el posible daño o lesión,

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 422 1/9/16 12:10

además que se advierte que se constituye en un enunciado de aspiraciones o ideales, pero que en ningún caso es una norma concreta con la que pueda sostenerse con suficiente fuerza el contenido de medio ambiente que no solo tiene afectación individual sino en la colectividad.

Es en el capítulo 7º de la Constitución, que entonces ubicamos el "Régimen Ecológico", se observa que el tema de protección y conservación del ambiente para la ecología y ecosistemas es abordado por el legislador como un conjunto de ideales enunciados, así se vio desde un inicio:

> "*… f) Régimen Ecológico. Sin duda, algún apasionado cultor de la ecología presionó sobre la Comisión Revisora de la Constitución para que enriqueciera el contenido de ella con un nuevo Capítulo denominado Régimen Ecológico. No es que la ecología sea cosa secundaria, ni mucho menos. Pero las disposiciones en torno a ella quedan mejor en una Ley o en un programa de acción concreta. Los cuatro artículos que integran este novedoso Capítulo son de finalidad y redacción impecables. Pero el carácter de ellos es evidentemente programático. (45) Por tanto, su función en la Carta Constitucional es primordialmente decorativa*"[4].

Por lo anterior, somos de la opinión que en materia constitucional han sugerido la necesidad de incorporar normas con rango constitucional para temas de particular importancia en materia ambiental, como sería el caso de los estudios de impacto ambiental, de manera imperativa con fuerza suficiente para no obviarse, tal ha sido el caso de la República Bolivariana de Venezuela cuya Constitución en su Artículo 129º "*Todas las actividades susceptibles de generar daños a los ecosistemas deben ser previamente acompañadas de estudios de impacto ambiental y sociocultural…*"[5]

Ahora bien a nuestro juicio, la medida debe ser analizada individualmente y especificada, ya que podría causar alteraciones generalizadas, que si bien, en unos casos tendrá los efectos esperados, en otros podría complicarlo al hacerlo de tal amplitud, que obligue a su aplicación a la mínima expresión, pues finalmente dependerá de una autoridad que interprete cuales son todas las actividades que generen daños al ecosistema.

---

4 FABREGA, Jorge. "Estudios de Derecho Constitucional Panameño". En XXIV: Regímenes Ecológico. Director Luis Huerta Dávalos. Coordinador Jorge Fábrega. Edit. Jurídica Panameña, San José. 1987.

5 Cfr. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 423 1/9/16 12:10

La Constitución panameña en la actualidad es fuente de deseos en materia de medio ambiente, sin mandamientos concretos que hagan innegable la puesta en práctica de preceptos supremos, que aun cuando pudiesen ser razonados mediante una Ley no guardan el mismo carácter.

En el año 2012 una Comisión Especial creada mediante Decreto Ejecutivo n. 209 de 2011 para deliberar con conocimiento experto y para redactar un Anteproyecto de Acto Constitucional, entregó al Ejecutivo, el paquete de posibles reformas a la Constitución de la República de Panamá y entre las modificaciones e incorporaciones al texto encontramos un capítulo acorde con los rasgos más recientes del concepto ambiente denominado "Ambiente Sano".

Entre los puntos más novedosos y resaltables de la temática, consideramos aquellos que establecen el derecho al ambiente y al agua como derechos fundamentales de todas las personas, igualmente admite el uso de tecnologías ambientalmente limpias y de energías alternativas no contaminantes y de bajo impacto, se prohíbe el desarrollo, producción, tenencia, comercialización, importación, transporte, almacenamiento, uso, e introducción al territorio nacional de: residuos nucleares y desechos tóxicos y peligrosos[6], contaminantes orgánicos persistentes, altamente tóxicos y agroquímicos internacionalmente prohibidos, tecnologías y agentes biológicos experimentales nocivos y organismos genéticamente modificados perjudiciales para la salud humana o que atenten contra la soberanía alimentaria o los ecosistemas y se prohíben igualmente los ensayos nucleares y las armas químicas, biológicas y nucleares, en los términos señalados por los convenios internacionales en los que Panamá sea parte.

Estas innovadoras construcciones jurídicas que se pretenden, son de gran importancia pues:

> "*abordan la protección de los recursos naturales y del medio ambiente en tres momentos claramente diferenciados.*
> *En primer lugar, antes que surjan los procesos de contaminación y deterioro ambiental.*

6 En nuestra opinión este materia debe ser regulada igualmente en el Capítulo del Canal de Panamá, que en 1984 no se estimó de importancia poner un freno de corte constitucional al transporte por el Canal de estos elementos, tal consideración debe ser especial por cuanto dicha zona es elevada importancia considerando la logística del Comercio Mundial, pues de sufrir alteraciones en su servicios, es innegable la afectación para los países que dependen del tránsito por el Canal de Panamá.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 424 1/9/16 12:10

> …
> *En segundo lugar, durante los procesos de contaminación y deterioro ambientales. Estas normas "aceptan" un cierto grado o nivel de contaminación y deterioro ambientales, siendo su finalidad mantenerlos en niveles adecuados y razonables, es decir admisibles.*
> …
> *Finalmente, un tercer grupo normativo tiene por objeto las consecuencias de los procesos de contaminación y deterioro ambiental…*"[7].

Al mismo tiempo, darían mayor protección a los elementos que componen el medio ambiente, considerando que entre ellas, se califica como un derecho fundamental y de interés público; y no como una norma programática, tal cual se consideró en algún momento.

Si bien, el Capítulo 7° de la constitución panameña contiene el régimen ecológico, con lo que generaliza el medio ambiente, encontramos normas dispersas que procuran dar protección y garantizar el buen uso de la tierra, como el caso del artículo 122 que presta especial atención al sector agropecuario para el aprovechamiento óptimo del suelo así como su adecuada utilización y conservación.

El artículo 125 responsabiliza por el correcto uso de la tierra agrícola al propietario, dejando reserva de Ley para la clasificación ecológica con miras a deteriorar su productividad.

En el artículo seguido indica:

> "*Artículo 126. Para el cumplimiento de los fines de la política agraria, el Estado desarrollará las siguientes actividades:*
> Dotar a los campesinos de las tierras de labor necesaria y regular el uso del agua...
> Colonizar nuevas tierras y reglamentar la tenencia y el uso de las minas y de las que integren la economía como resultado de la construcción de nuevas carreteras;
> *Realizar estudios de la tierra a fin de establecer la clasificación agrológica del suelo panameño.*

En cuanto a las minas, las aguas subterráneas y termales, depósitos de hidrocarburos, canteras y yacimiento de cualquier clase, el artículo 257 de

7 SÁNCHEZ FERNÁNDEZ DE GATTA, Dionisio. Sistema Jurídico-Administrativo de Protección del Medio Ambiente. Ratio Legis España. Salamanca. 2012.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 425 1/9/16 12:10

la Carta Política panameña, enfatiza que pertenecen al Estado y no podrán ser de apropiación privada, y guarda reserva de Ley para las distintas formas de explotación, así mismo en el artículo 259 encontramos que en el caso de explotación del suelo, subsuelo, de los bosques y para la utilización del aguas las concesiones que se otorguen deben estar inspiradas en el bienestar social y el interés público, estos últimos términos jurídicamente indeterminados que si bien son reconocidos constitucionalmente pueden ser objeto de interpretaciones cuestionables, que es justamente lo que en muchos casos desequilibra el desarrollo económico frente a la protección de todo lo que envuelve el medio ambiente.

El título X "Economía Nacional" contiene en su artículo 296 reserva legal para la caza, pesca y el aprovechamiento de bosques con el objeto de procurar su renovación y beneficios, a partir de esta norma la República de Panamá legisló lo atinente a las especies protegidas así como su flora, interesante es que se trata de una disposición que busca un equilibrio entre la actividad comercial y protección de los recursos naturales, aludiendo al concepto de desarrollo sostenible.

Finalmente en el título XIV del Canal de Panamá introducido con los actos reformatorios de 1994, la Constitución responsabiliza a la Autoridad del Canal de Panamá en coordinación con los organismos estatales determinadas en la Ley, por la administración, mantenimiento, uso y conservación de los recursos hídricos de la cuenca hidrográfica determinando específicamente que se entiende por ello, indicando que lo constituyen las aguas de los lagos y de sus corrientes tributarias.

En nuestra opinión este artículo tiene un acentuado enfoque económico más que de protección sobre las aguas de las riveras del Canal de Panamá, y es que esta abastece a una parte de la ciudad con lo cual además de la entrada económica propia de su actividad, como lo es el tránsito de naves genera una ganancia adicional al disponer con toda autonomía de dichas aguas.

No obstante, si bien el título procura el tránsito pacífico e ininterrumpido de las naves a través del Canal de Panamá, actividad primordial, nada dice sobre la seguridad ambiental de aquel tránsito, sobre el contenido de sus cargas y las repercusiones en materia de responsabilidad por daño, que a nuestro juicio, por su importancia debe reposar como normas de rango constitucional, pues la relación que mantiene el Canal de Panamá tiene implicaciones de índole internacional, tanto de derecho privado como de derecho público.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 426 1/9/16 12:10

La tutela constitucional del derecho de ambiental, sugiere por el tema, que debe tratarse mediante el control subjetivo de tipo homofiláctico, por cuanto es de derechos fundamentales o humanos, de manera que como en cualquier Estado, será la interposición de una acción de amparo la que en principio deberá defender dicho derecho.

En nuestro país el amparo a nivel constitucional data de 1941, el cual se ubica en su artículo 54[8] y las leyes que lo desarrollan fueron dictadas en 1956[9] y 1987[10] respectivamente; desde esa estructura normativa, podemos decir que el amparo procede contra actos (órdenes de hacer o no hacer, así actos expedidos o ejecutados por servidores públicos).

Tal como se encuentra definido el amparo en Panamá, este opera en contra de un servidor del Estado y no contra particulares como las grandes industrias y corporaciones, que en busca de sus intereses económicos son los que en su gran mayoría causan daño o afectación al medio ambiente.

El Pleno de la Corte Suprema de Justicia, ha reiterado que la aplicación de nuestro amparo es para resguardar el desconocimiento de derechos fundamentales subjetivos del amparista, que no puede hacerse una interpretación constitucional extensiva para tutelar derechos difusos o colectivos por cuanto el agravio debe ser personal o directo.

Al no tener amparo en contra de particulares ni amparo colectivo, la tutela medio ambiental es sumamente restringida o limitada, pero se observa en el caso de la siguiente jurisprudencia, como pretende abrirse el compás para hacer valer los derechos e intereses colectivos o difusos:

> "…
> La Sala aprovecha la oportunidad para reafirmar que el principio de precaución representa una herramienta interpretativa válida y eficaz en nuestro ordenamiento para el ejercicio de la potestad cautelar en su

8 El art. 54 de la Constitución nacional establece: "*Toda persona contra la cual se expida o se ejecute, por cualquier servidor público, una orden de hacer o no hacer, que viole los derechos y garantías que esta Constitución consagra, tendrá derecho a que la orden sea revocada a petición suya o de cualquiera persona.* El recurso de amparo de garantías constitucionales a que este artículo se refiere, se tramitará mediante procedimiento sumario y será de competencia de los tribunales judiciales".

9 Cfr. Ley n. 46 de 1956 art. 43 y s.s.

10 Cfr. Código Judicial de la Republica de Panamá vigente art. 2.615 y s.s.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 427 1/9/16 12:10

> manifestación de protección del ambiente y la salud pública cuando se configuren los siguientes elementos:
> *Exista la razonable amenaza o peligro de la ocurrencia de un daño que implique la contaminación del ambiente, la destrucción de los ecosistemas, o la afectación de la salud de la población.*
> *Que el daño que se pretenda precaver sea irreversible o de una gravedad que aunque reparable resulte dificultosa o prolongada.*
> *Que exista un principio de certeza acerca del peligro que implica el daño que se pretende prevenir, aunque no exista una prueba científica absoluta del mismo."*
> *En ese mismo sentido, el Pleno reconoce como prioritaria y urgente la aplicación del principio de precaución en aquellos casos en los que la salud pública y el ambiente se encuentren amenazados, y estima que, en efecto, los derechos humanos de segunda generación consagrados en el Capítulo VI (Salud, Seguridad Social y Asistencia Social), así como los de tercera generación consagrados en el Capítulo VII (Régimen Ecológico) del Título III (Derechos y Deberes Individuales y Sociales) de la Constitución, son susceptibles de tutela por vía de amparo, en virtud del ya mencionado principio favor libertatis o in dubio pro libertate, consagrado en el párrafo segundo del artículo 17 de la Constitución.*
> *(…)*
> *Concluye el Pleno reiterando que la aplicación del principio de precaución al presente caso está dirigida a asegurar que la población no sea expuesta en forma cercana y prolongada a los campos electromagnéticos que de ellas emanan, con el consecuente peligro de que se produzcan daños graves a la salud humana, hasta tanto no sea posible descartar dicho peligro con un alto grado de certeza científica.*"

Pese a estos rasgos de flexibilidad que ha tenido el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, lo cierto es que existe inefectividad de los mecanismos constitucionales al respecto.

En síntesis, podemos concluir entonces que los amparos de garantías no han prosperado efectivamente como mecanismo de protección al medio ambiente, por lo siguiente:

1. El amparo es de categoría individual no resguarda derechos colectivos o difusos.

2. Esta constreñida a la orden de un hacer o no hacer por un servidor público, esto es vinculado al Estado, no contra particulares; y contra

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 428 1/9/16 12:10

> todo acto que lesione, vulnere o afecte derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política y en los tratados y convenios de derechos humanos vigentes

Ha sido esta, en su gran mayoría por no decir que en todos los casos, la tónica en materia de amparo relacionado con el medio ambiente. En definitiva, Panamá carece de un amparo especializado para proteger los derechos del medio ambiente, somos de la opinión que nuestro país por vía pretoriana o jurisprudencial pudiera, como de hecho así parece su intención, establecer un mecanismo de protección constitucional ejecutiva para la protección del medio ambiente.

La República de Panamá ha suscrito la Convención Americana de Derechos Humanos y con ello ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es por esta razón que una interpretación del Artículo 17 párrafo II[11] de nuestra Constitución en correspondencia con el Artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, permitirían establecer sin necesidad de una reforma constitucional, amparos colectivos y contra particulares, tan necesarios para hacer realidad la tutela judicial efectiva de estos derechos.

Recordemos a manera de ejemplo, que en el caso de la Argentina, no existía a nivel constitucional la figura del amparo y tras los precedentes de los casos *SIRI* y *KOT* se estableció el instrumento constitucional para proteger los derechos fundamentales, "… la Corte Suprema de Justicia de la Nación, elaboró hace medio siglo en los *leadigns case* "Siri, Angel" del 27/12/1957 y "Kot, Samuel", del 5/9/1958, creando la acción de amparo en el sistema jurídico federal argentino. En "Siri" se expone un primer desarrollo sobre el amparo y frente a un acto de autoridad pública, mientras que "Kot", se elabora una completa y definitoria fundamentación del amparo, ampliándolo a actos de particulares. La doctrina de ambos pronunciamientos constituyó la fuente que nutrió la jurisprudencia posterior, la ley reglamentaria 16.986 de 1966 y la incorporación del

11 El art. 17 de la Constitución nacional establece: "*Las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales dondequiera se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción; asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales, y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley. Los derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona*".

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 429 1/9/16 12:10

amparo a la Constitución Nacional en 1994. En el pensamiento de la Corte, la acción de amparo procede: a) contra todo acto u omisión de autoridad pública o de particulares; b) que en forma actual o inminente; c) lesione, restrinja, altere o amenace; d) con clara y manifiesta ilegitimidad o arbitrariedad; e) derechos constitucionales; f) y siempre que no existan otros procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales que pueda remediar la situación"[12].

En Panamá bien pudiesen emerger estos ejemplos del derecho comparado al incorporar en nuestro sistema el amparo especializado para tutelar el derecho del medio ambiente, no obstante, a la fecha no ha llegado por lo menos en materia ambiental.

Tal como mencionáramos en un inicio, en la República de Panamá fue designada una Comisión Revisora de la Carta Magna ante la posibilidad de efectuar cambios sustanciales a la Constitución y respecto al tema del amparo, se concluye ensayar lo siguiente:

> *"Artículo 229. Acción de amparo. Toda persona podrá solicitar ante la Corte Constitucional, en su propio nombre o de otros, la protección inmediata de los derechos consagrados en esta Constitución y en convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por la República de Panamá,* ***incluyendo derechos colectivos y difusos****, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de toda autoridad pública o* ***de particulares*** *y salvo que dichos derechos estén protegidos de forma específica por otra institución de garantías."*[13] (Hemos resaltado)

Se advierte entonces, que de prosperar las reformas, quedaría incorporado explícitamente el mecanismo de garantía constitucional de los derechos colectivos y los particulares, con lo cual se superaría la falencia existente en la actualidad.

---

12 HARO, Ricardo. "A Medio Siglo de la Creación de la Acción de Amparo en la República Argentina. Conmemorando la creación del amparo en los casos 'Siri' y 'Kot' – 1957/58". Disponible en: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/a-medio-siglo-de-la-creacion-de-la-accion-de> [en línea]. (Consultado el 26/8/2013).

13 Comisión Especial de Consulta de las Reformas a la Constitución Política de la República de Panamá. Anteproyecto de Acto Constitucional. Disponible en: <http://www.concertacion.org.pa/pdf_doc/ANTEPPROYECTO_DE_ACTO_CONSTITUCIONAL_VERSION_DEFINITIVA.pdf> [en línea]. (Consultado 26/8/2013).

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 430 1/9/16 12:10

II. TRATADOS Y ACUERDOS INTERNACIONALES RATIFICADOS POR LA REPÚBLICA DE PANAMÁ EN MATERIA MEDIO AMBIENTAL

Lo primero que observamos, en nuestro recuento de número plural de Leyes, Decretos Ejecutivos y hasta Resoluciones que Panamá ha emitido con motivo de Tratados Internacionales en materia de medio ambiente, es que en su gran mayoría se regula aspectos relacionados al Derecho de Mar; recordemos que el Istmo de Panamá se encuentra vinculado histórica y culturalmente al tema, así por ejemplo es innegable que el país mantiene una responsabilidad importante frente al tránsito internacional de cargas a través del Canal de Panamá, por su incidencia directa en el Comercio Mundial.

En este sentido, es de entender la necesidad por parte de Panamá, de prever situaciones que puedan alterar el tránsito normal de buques, la zona canalera es de preeminencia ya que opera ininterrumpidamente bajo cualquier circunstancia, política o bélica e indistintamente del Estado que requiera el servicio.

Por esta razón iniciamos con la lista de aquellos que obedecen específicamente al tema de mar, a efecto de su preservación, desde la posibilidad de una contaminación e incluiremos también aquellos que de una u otra forma se relacionan al bioma marino;

Ley n. 37 de 25 de octubre de 1958

Por la cual se aprueba el Protocolo de la Convención Internacional para la reglamentación de la Pesca de la Ballena, suscrita en Washington, D.C., el 2 de diciembre de 1946.

Ley n. 63 de 4 de febrero de 1963

Por la cual se aprueba la Convención Internacional para prevenir la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos, firmada en Londres, Inglaterra, el 12 de mayo de 1954, y el Acta Final de la Conferencia Internacional para prevenir la Contaminación del Mar por Hidrocarburos, aprobada en Londres, Inglaterra, el 13 de abril de 1962.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 431 1/9/16 12:10

Ley n. 8 de 8 de noviembre de 1973
Por el cual se aprueba el Tratado sobre Prohibición de emplazar Armas Nucleares y otras Armas de Destrucción en masa en los Fondos Marinos y Oceánicos y su Subsuelos.
Ley n. 16 de 23 de octubre de 1975
Por la cual se aprueba el Convenio Internacional Relativo a la Intervención en Alta Mar en Casos de Accidentes que Causen una Contaminación por Hidrocarburos y su Anexo.
Ley n. 17 de 23 de octubre de 1975
Por la cual se aprueba el Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños causados por la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos y su Anexo.
Ley n. 18 de 23 de octubre de 1975
Por la cual se aprueba el convenio sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y otras Materias.
Decreto Ejecutivo n. 53 de 31 de agosto de 1976
Por el cual se reglamenta la Ley 4 de febrero de 1963 que aprueba la Convención y el Acta Final de la Conferencia Internacional para prevenir la Contaminación del Mar por Hidrocarburos, aprobada en Londres, Inglaterra, el 12 de mayo de 1954 y el 13 de abril de 1962, respectivamente.
Ley n. 7 de 27 de octubre de 1977
Por la cual se aprueba el convenio internacional para la seguridad de la vida humana en el mar, 1974, suscrito en Londres el 1 de noviembre de 1974. ***(SOLAS: Safety of Life at Sea)***
Ley n. 17 de 9 de noviembre de 1981
Por la cual se aprueba el Convenio Internacional para prevenir la Contaminación por los Buques, 1973, suscrito en Londres el 2 de noviembre de 1973. ***(MARPOL)***
Ley n. 1 de 25 de octubre de 1983
Por la cual se aprueba el Protocolo de 1978 relativo al Convenio Internacional para prevenir la Contaminación por los Buques, 1973. ***(MARPOL)***
Ley n. 4 de 25 de marzo de 1986
Por la cual se aprueba el Convenio para la Protección del Medio Marino y la Zona Costera del Pacífico Sudeste.
Ley n. 5 de 25 marzo de 1986
Por la cual se aprueba el Protocolo Complementario del Acuerdo sobre la Cooperación Regional para el Combate contra la Contaminación del Pacífico Sudeste por hidrocarburos y otras Sustancias Nocivas.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 432 1/9/16 12:10

Ley n. 6 de 25 de marzo de 1986

Por la cual se aprueba el Acuerdo sobre la Cooperación Regional para el combate contra la Contaminación del Pacífico Sudeste por Hidrocarburos y otra Sustancias Nocivas en Casos de Emergencia.

Ley n. 7 de 4 de abril de 1986

Por la cual se aprueba el Protocolo para la Protección del Pacífico Sudeste contra la Contaminación proveniente de Fuentes Terrestres.

Ley n. 13 de 30 de junio de 1986

Por la cual se aprueba el Convenio para la Protección y el Desarrollo del Medio Marino de la Región del Gran Caribe y el Protocolo relativo a la Cooperación para combatir los Derrames de Hidrocarburos en la Región del Gran Caribe.

Ley n. 6 de 3 de enero de 1989

Por la cual se aprueba la Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional, especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas ("Convención de Ramsar") y Protocolo con vistas a modificarla.

Ley n. 20 de 6 de diciembre de 1990

Por la cual se aprueba el Protocolo para la Protección del Pacífico Sudeste Contra la Contaminación Radiactiva.

Ley n. 4 de 15 de mayo de 1992

Por la cual se aprueba el convenio internacional sobre normas de formación, titulación y guardia, para la gente de mar, 1978.

Ley n. 38 de 4 de junio de 1996

Por la cual se aprueba la convención de las naciones unidas sobre el derecho del mar, hecha en Montego Bay, el 10 de diciembre de 1982.

Ley n. 42 de 5 de julio de 1996

Por la cual se aprueba el Protocolo Relativo a las Áreas y a la Flora y Fauna Silvestres Especialmente Protegidas del Convenio para la Protección y el Desarrollo del Medio Marino en la Región del Gran Caribe, hecho en Kingston, Jamaica el 18 de enero de 1990.

Ley n. 91 de 15 de diciembre de 1998

Por la cual se aprueba el Convenio Internacional de Constitución de un Fondo Internacional de Indemnización de Daños causados por la Contaminación de Hidrocarburos, dado en Bruselas, el 18 de diciembre de 1971 y el Protocolo de 1992 que enmienda el Convenio Internacional sobre la Constitución de un Fondo Internacional de Indemnización de Daños debidos a Contaminación por Hidrocarburos, 1971, hecho en Londres el 27 de noviembre de 1992.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 433 1/9/16 12:10

Ley n. 96 de 15 de diciembre de 1998

Por la cual se aprueba el Protocolo de 1992 que Enmienda el Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil nacida de Daños debidos a Contaminación por Hidrocarburos, 1969, hecho en Londres el 27 de noviembre de 1992.

Resolución n. JD-004-2000 de 28 de marzo de 2000

Fijar la tarifa a cobrar para la expedición del Certificado Anual expedido conforme al Protocolo de 1992 (CLC '92) que enmienda el Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños Causados por la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos hecha en 1979, en la suma de cien balboas ($100.00)". ***(Autoridad Marítima de Panamá).***

Ley n. 26 de 26 de marzo de 2003

Por la cual se aprueba el Protocolo relativo a la Contaminación Procedente de Fuentes y Actividades Terrestre del Convenio para la Protección y el Desarrollo del Medio Marino de la Región del Gran Caribe, hecho en Oranjestad, Aruba, el 6 de octubre de 1999.

Ley n. 28 de 26 de marzo de 2003

Por la cual se aprueba el Convenio de Cooperación para la Protección y el Desarrollo sostenible de las Zonas Marinas y Costera del Pacífico Nordeste, hecho en la Ciudad de Antigua, Guatemala, el 18 de febrero de 2002.

Ley n. 30 de 26 de marzo de 2003

Por la cual se aprueba el Protocolo de 1997 que Enmienda el Convenio Internacional para prevenir la Contaminación por los Buques, 1973, modificado por el Protocolo de 1978, hecho en Londres, el 26 de septiembre de 1997.

Ley n. 32 de 26 de marzo de 2003

Por la cual se aprueba la Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático, hecha en París, el 2 de noviembre de 2001.

Ley n. 33 de 7 de julio de 2004

Por la cual se aprueba el Convenio entre el Gobierno de la República de Panamá y la Oficina de la Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional especialmente como hábitat de Aves Acuáticas para la creación y funcionamiento en Panamá del Centro Regional Ramsar para la capacitación e investigación sobre Humedales en el Hemisferio Occidental, firmado en Cland, Suiza, el día 28 de febrero de 2003.

Resolución n. 106-51-DGMM de 21 de abril de 2005.

Aprobar las directrices para la implementación de las reglas 13f, 13g y 13h del anexo i del Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por los Buques. ***(Dirección General de Marina Mercante).***

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 434 1/9/16 12:10

Ley n. 8 de 4 de enero de 2008

Que aprueba la Convención Interamericana Para La Protección Y Conservación De Las Tortugas Marinas, suscrita en Caracas, Venezuela el 1 de diciembre de 1996.

Resolución n. 106-OMI-79-DGMM de 29 de junio de 2010.

Mediante la cual se adoptan las enmiendas al Código Técnico Relativo al Control de las Emisiones de Óxidos de Nitrógeno de los Motores Diesel Marinos, aprobadas por medio de la Resolución MEPC.177 (58) del 10 de octubre de 2008.

Siendo que, el contenido de esta lista, refleja el total de compromisos internacionales en materia de protección al medio ambiente, referentes de alguna forma con el mar, pasaremos a explicar algunos de ellos.

La Ley n. 63 de 4 de febrero de 1963 por la cual se aprueba la Convención Internacional para prevenir la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos y su Decreto n. 53 de 31 de agosto de 1976 que le reglamenta, establecen las normas internacionales que fueron aprobadas por la República de Panamá, en materia de prevención de la contaminación del mar por hidrocarburos, dicho Decreto contempla el uso del libro de registro que debía contener información sobre el material transportado en los buques y las medidas de seguridad que se deben adoptar, en tanto la Ley n. 16 de 23 de octubre de 1975 por la cual se aprueba el Convenio Internacional Relativo a la Intervención en Alta Mar en Casos de Accidentes que Causen una Contaminación por Hidrocarburos, destaca que las partes del presente Convenio podrán tomar en alta mar las medidas necesarias para prevenir, mitigar o eliminar todo peligro grave e inminente contra su litoral o intereses conexos, debido a la contaminación o amenaza de contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, resultante de un accidente marítimo u otros actos relacionados con ese accidente, a los que sean razonablemente atribuibles consecuencias desastrosas de gran magnitud y que no se tomará sin embargo ninguna medida en virtud del presente Convenio contra barcos de guerra u otros barcos cuya propiedad o explotación corresponda a un Estado y destinados exclusivamente, en el momento considerado, a servicios no comerciales del Gobierno.

Por otra parte, el objetivo de la Ley n. 17 de 23 de octubre de 1975 por la cual se aprueba el Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños causados por la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarbu-

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 435 1/9/16 12:10

ros, es garantizar que se otorgue indemnización adecuada a las víctimas de la contaminación por hidrocarburos persistente resultante de siniestros marítimos que afectan a buques tanques y su carga. Se hace responsable de los daños y perjuicios al propietario del buque haya vertido el hidrocarburo contaminante, a excepciones específicas, la responsabilidad es objetiva; el propietario del buque está obligado a demostrar, en cada caso, que debe aplicarse alguna de las excepciones. No obstante, salvo en la eventualidad de que sea culpable de hecho, el propietario puede limitar su responsabilidad de un suceso a 133 derechos especiales de giro (DEG) (unos 179 dólares de los Estados Unidos a los tipos de cambio actuales) por cada tonelada de arqueo bruto del buque, con una responsabilidad máxima de 14 millones de DEG (UNOS 18,9 millones de dólares) por cada suceso.

El Convenio exige que los buques cuenten con un seguro y otra garantía financiera por sumas equivalentes a la responsabilidad total del propietario en un suceso, tiene aplicación sobre todos los buques de navegación marítima que transporten hidrocarburos a granel, pero sólo los que transporten más de 2.000 toneladas de hidrocarburos deberán mantener un seguro de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, además cubre los daños debidos a contaminación ocasionada por derrames de hidrocarburos persistentes ocurridos en el territorio (incluido el mar territorial) de un Estado Parte en el Convenio. Es de aplicación a buques que transporten hidrocarburos a granel como carga, es decir, por lo general petroleros cargados. No se incluyen los derrames provenientes de buques tanque en lastre o los derrames de los tanques de combustible de buques distintos de los buques tanque, ni tampoco es posible resarcirse de gastos cuando las medidas preventivas sean tan eficaces que no se produzcan derrames. El propietario del buque no puede limitar la responsabilidad si el suceso ocurrió por su culpa.

La Ley n. 18 de 23 de octubre de 1975 por la cual se aprueba el convenio sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y otras Materias es otro de los Tratados que suscribe Panamá previendo la contaminación del Mar, en este, su objetivo será que Las Partes Contratantes promuevan individual y colectivamente el control efectivo de todas las fuentes de contaminación del medio marino, y se comprometen especialmente a adoptar todas las medidas posibles para impedir la contaminación del mar por el vertimiento de desechos y otras materias que puedan constituir un peligro para la salud humana, dañar los recursos biológicos y la vida marina, reducir

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 436 1/9/16 12:10

las posibilidades de esparcimiento o entorpecer otros usos legítimos del mar, en adición, se adoptarán medidas eficaces individualmente, según su capacidad científica, técnica y económica, y colectivamente, para impedir la contaminación del mar causada por vertimiento, y ser comprometen a armonizar sus políticas a este respecto.

La Ley n. 6 de 3 de enero de 1989 por la cual se aprueba la Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional, especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas, acepta cuatro obligaciones principales que devienen de dicho Tratado:

- Incluir por lo menos un humedal de su territorio en la Lista Ramsar de Humedales de Importancia Internacional, y mantener las características ecológicas de los humedales en cuestión;

- Hacer "uso racional" de todos los humedales de su territorio, estén o no incluidos en la Lista;

- Establecer reservas naturales en humedales y dotarlas de personal adecuadamente capacitado para su custodia y manejo;

- Promover la cooperación internacional, especialmente cuando se refiere a humedales transfronterizos y especies acuáticas migratorias

Panamá en la lista de sitios Ramsar ha incluido cinco de sus humedales: Golfo de Montijo, San San-Pond Sak, Punta Patiño, Bahía de Panamá y el humedal Damani-Guariviara, además su conservación está a cargo del Comité Nacional de Humedales de Panamá, integrado por: Autoridad Nacional del Ambiente (ANAM), Autoridad de Recursos Acuáticos de Panamá (ARAP), Centro de Estudios y Acción Social Panameña (Ceaspa), Instituto Smithsonian de Investigaciones Tropicales (STRI), Centro Regional al Ramsar para el Hemisferio Occidental, Asociación Nacional para la Conservación de la Naturaleza (Ancon), Fundación Natura, Sociedad Audubon de Panamá (ONG Punto Focal Ramsar)

La Ley n. 30 de 26 de marzo de 2003 por la cual se aprueba el Protocolo de 1997 que Enmienda el Convenio Internacional para prevenir la Contaminación por los Buques, con sus respectivas modificaciones constituye el instrumento vigente en la lucha contra la contaminación procedente de los buques,

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 437 1/9/16 12:10

tan importante para la Panamá por la gran cantidad de buques de carga y de otro tipo que transita por las aguas del Canal de Panamá[14].

De igual relevancia resulta el resto de categorías que abordan los Tratados Internacionales Mediambientales, suscritos por Panamá, en este sentido pasaremos a enunciarlos;

Decreto de Gabinete n. 10 de 27 de enero de 1972
Por medio del cual se aprueba la Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América.
Ley n. 7 de 8 de noviembre de 1973
Por el cual se aprueba el Convenio sobre la Prohibición del Desarrollo, Producción y Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxicas y sobre su Destrucción.
Ley n. 14 de 28 de octubre de 1977
Por la cual se aprueba la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre.
Ley n. 2 de 3 de enero de 1989
Por la cual se aprueba el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono.
Ley n. 5 de 3 de enero de 1989
Por la cual se aprueba la Convención sobre la Conservación de las Especiales Migratorias de Animales Silvestre.
Ley n. 6 de 3 de enero de 1989
Por la cual se aprueba la Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional, especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas ("Convención de Ramsar") y Protocolo con vistas a modificarla.
Ley n. 7 de 3 de enero de 1989
Por la cual se aprueba el Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono.
Ley n. 8 de 3 de enero de 1989
Por la cual se Aprueba el Convenio Internacional de las Maderas Tropicales, 1983.
Ley n. 21 de 6 de diciembre de 1990
Por la cual se aprueba el Convenio de Basilea sobre el Control de Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación.

14 Cfr. GONZALO, Borras. Convenio para Prevenir la Contaminación por los Buques MARPOL 73/78. Disponible en: <http://www.cetmar.org/documentacion/Convenios.htm> [en línea]. (Consultado 21/8/2013).

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 438 1/9/16 12:10

Ley n. 24 de 4 de octubre de 1991
Por el cual se aprueba el Convenio Constitutivo de la Comisión interparlamentaria Centroamericana de Ambiente y Desarrollo, firmado en Panamá, el 15 de marzo de 1991.

Ley n. 25 de 10 de diciembre de 1993
Por la cual se aprueba la Enmienda del Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que agotan la Capa de Ozono, adoptada el 29 de junio de 1990.

Ley n. 26 de 10 de diciembre de 1993
Por la cual se aprueban los Estatutos de a Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y de los Recursos Naturales, adoptados el 5 de octubre de 1948, revisados el 4 de octubre de 1978 y enmendados el 2 y el 5 de diciembre de 1990.

Ley n. 2 de 12 de enero de 1995
Por la cual se aprueba el Convenio Sobre la Diversidad Biológica, hecho en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992.

Ley n. 9 de 12 de abril de 1995
Por la cual se aprueba el Convenio para la Conservación de la Biodiversidad y Protección de Áreas Silvestres Prioritarias en América Central, firmado en Managua, Nicaragua, el 5 de junio de 1992.

Ley n. 10 de 12 de abril de 1995
Por la cual se aprueba la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, hecha en Nueva York el 9 de mayo de 1992.

Ley n. 11 de 12 de abril de 1995
Por la cual se aprueba el Convenio Regional sobre Cambios Climáticos, firmado en Guatemala, el 29 de octubre de 1993.

Ley n. 13 de 21 de abril de 1995
Por la cual se aprueba el Acuerdo Regional sobre Movimiento Transfronterizo de Desechos Peligrosos, firmado en Panamá el 11 de diciembre de 1992.

Ley n. 14 de 21 de abril de 1995
Por la cual se aprueba el Convenio Regional para el Manejo y Conservación de los Ecosistemas Naturales Forestales y el Desarrollo de Plantaciones Forestales, firmado en Guatemala, el 29 de octubre de 1993.

Ley n. 24 de 7 de junio de 1995*
Por la cual se establece la legislación de vida silvestre en la republica de Panamá y se dictan otras disposiciones ***(Decreto Ejecutivo n. 43 de 7 de julio de 2004, reglamenta la Ley).***

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 439 1/9/16 12:10

Ley n. 9 de 3 de enero de 1996

Por la que se aprueba la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los Países afectados en Sequía Grave o Desertificación, en particular África, hecha en París el 17 de junio de 1994.

Ley n. 22 de 8 de enero de 1996

Por la cual se Aprueba el Convenio Internacional de las Maderas Tropicales, hecho en Ginebra el 26 de enero de 1994.

Ley n. 52 de 12 de julio de 1996

Por la cual se aprueba el Convenio Constitutivo de la Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo ***(CCAD),*** *firmado en San José, Costa Rica, el 12 de diciembre de 1989 y su Protocolo, firmado en San Salvador, el 16 de julio de 1991.*

Decreto de Gabinete n. 29 de 27 de junio de 1997

Por el cual se modifica el Arancel de Importación de las Sustancias Controladas por el Protocolo de Montreal y las Sustancias Sustitutas.

Ley n. 32 de 28 de mayo de 1998

Por la cual se aprueba la Enmienda al Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación, adoptada en la Tercera Reunión de la Conferencia de las Partes en Ginebra, el 22 de septiembre de 1995.

Decreto Ejecutivo n. 225 de 16 de noviembre de 1998

Por el cual se reglamenta la Ley n. 7 del 3 de enero de 1989 relativa a la Protección de la Capa de Ozono. (Ministerio de Salud).

Ley n. 88 de 30 de noviembre de 1998

Por la cual se aprueba el Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, hecho en Kyoto, el 11 de diciembre de 1997.

Resolución n. 13 de 22 de febrero de 2000.

Por la cual se establecen los mecanismos para la regulación y control de las importaciones de Sustancias Agotadoras del Ozono. ***(Ministerio de Salud)***

Ley n. 12 de 14 de junio de 2000

Por la cual se aprueba el Convenio de Rotterdam para la aplicación del procedimiento de consentimiento previo a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional, hecho en Rotterdam, el 10 de septiembre de 1998.

Ley n. 51 de 17 de octubre de 2001

Por la cual se aprueba la Enmienda del Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que agotan la Capa de Ozono, adoptada en Beijing, el 3 de diciembre de 1999.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 440 1/9/16 12:10

Ley n. 72 de 26 de diciembre de 2001
Por la cual se aprueba el protocolo de Cartagena sobre seguridad de la biotecnología del convenio sobre la diversidad biológica, hecho en Montreal el 29 de enero de 2000.
Ley n. 3 de 20 de enero de 2003
Por la cual se aprueba el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes, adoptado en Estocolmo el 22 de mayo de 2001.
Ley n. 35 de 26 de marzo de 2003
Por la cual se aprueba la Convención sobre la Prohibición de utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u otros Fines Hostiles, suscrita en Ginebra, el 18 de mayo de 1977.
Decreto de Gabinete n. 22 de 8 de julio de 2003
Por el cual se autoriza la celebración de los Acuerdos de Conversión de Deuda Externa entre la República de Panamá y los Estados Unidos de América por inversión en Naturaleza a través de la Ley de Conversión de Bosques Tropicales (TFCA) de los Estados Unidos, y con la Organización No Gubernamental The Nature Conservancy (TNC), por un monto de hasta Diez Millones de Dólares de los Estados Unidos de América con 00/100 (US$ 10,000.000.00).
Decreto de Gabinete n. 28 de 4 de agosto de 2004
Por el cual se autoriza la celebración de los Acuerdos de Conversión de Deuda Externa entre la República de Panamá y los Estados Unidos de América por Inversión en Naturaleza a través de la Ley de Conservación de Bosques Tropicales (TFCA) los Estados Unidos de América, en conjunto con la Organización No Gubernamental The Nature Conservancy (TNC), por un monto de hasta Diez Millones novecientos treinta mil trescientos trece Dólares de los Estados Unidos de América (US$10,930,313.00).
Ley n. 57 de 4 de octubre de 2012
Por la cual se aprueba el Protocolo de Nagoya sobre acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se deriven de su utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica, hecho en Nagoya, el 29 de octubre de 2010

Entre una de la leyes que debemos exaltar se encuentra la Ley n. 2 de 3 de enero de 1989 por la cual se aprueba el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, la República de Panamá se compromete a adoptar medidas ambientales que promovieran la conservación y evitara el deterioro de la capa de ozono, elemento vital para la existencia de la vida en nuestro

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 441 1/9/16 12:10

planeta, esta norma se relaciona con la Ley n. 7 de 3 de enero de 1989 por la cual se aprueba el Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono y se destaca la Unidad Nacional de Ozono (UNO) del Ministerio de Salud es la encargada de coordinar la eliminación de estos gases y cuenta con el apoyo de expertos locales e internacionales del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), quienes asesoran en la elaboración y posteriormente en la ejecución de una Estrategia Nacional para la eliminación de las sustancias que agotan la capa de ozono.

Otra norma que creemos importante destacar por la necesidad de colaboración entre países cercanos es la Ley n. 24 de 4 de octubre de 1991 por el cual se aprueba el Convenio Constitutivo de la Comisión Interparlamentaria Centroamericana de Ambiente y Desarrollo denota la labor de armonización legislativa, por medio de la Comisión Interparlamentaria Centroamericana de Ambiente y Desarrollo (CICAD), y de promoción de la cooperación entre instancias judiciales, firmado por las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y Belice. Entre sus principales objetivos están:

- Examinar en forma permanente el estado de la legislación ambiental interna e internacional de los países del Istmo, así como los problemas que presenta su aplicación.

- Contribuir a la formulación de una política legislativa nacional y regional para el perfeccionamiento de los sistemas jurídicos que en la actualidad protegen el ambiente en los Estados Centroamericanos, incluido el derecho internacional, así como a su aplicación.

- Velar porque la legislación ambiental sea un instrumento eficaz y eficiente para resolver la problemática que genera la protección del ambiente, tanto a nivel nacional como internacional.

- Promover la cooperación para el tratamiento de los asuntos ambientales nacionales, subregionales, regionales y mundiales que conciernan al Istmo Centroamericano.

Relacionado encontramos la Ley n. 52 de 12 de julio de 1996 por la cual se aprueba el Convenio Constitutivo de la Comisión Centroamericana de Am-

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 442 1/9/16 12:10

biente y Desarrollo (CCAD), firmado en San José, Costa Rica, el 12 de diciembre de 1989 y su protocolo, firmado en San Salvador, el 16 de julio de 1991.

Entre los objetivos de la Ley n. 2 de 12 de enero de 1995 que aprueba el Convenio Sobre la Diversidad Biológica (CDB), hecho en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992, se encuentra la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, mediante, entre otras cosas, un acceso adecuado a esos recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre esos recursos y a esas tecnologías, así como mediante una financiación apropiada[15].

En este mismo tema, mediante la Ley n. 72 de 26 de diciembre de 2001 se aprueba el protocolo de Cartagena sobre seguridad de la biotecnología del Convenio sobre la Diversidad, cuya intensión es contribuir a garantizar un nivel adecuado de protección en la esfera de la transferencia, manipulación y utilización seguras de los organismos vivos modificados resultantes de la biotecnología moderna que puedan tener efectos adversos para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana y centrándose concretamente en los movimientos transfronterizos.

Relacionado también encontramos la Ley n. 57 de 4 de octubre de 2012 sobre acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se deriven de su utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica, que regula la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, incluso por medio del acceso apropiado a los recursos genéticos y por medio de la transferencia apropiada de tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre dichos recursos y tecnologías y por medio de la financiación apropiada, contribuyendo por ende a la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes.

Otro Convenio aprobado mediante la Ley n. 9 de 12 de abril de 1995 para la Conservación de la Biodiversidad y Protección de Áreas Silvestres Priorita-

15 Cfr. Organización de las Naciones Unidas (ONU). Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm> [en línea]. (Consultado 21/8/2013).

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 443 1/9/16 12:10

rias en América Central, conservar al máximo posible la diversidad biológica, terrestre y costero-marina, de la región centroamericana, para el beneficio de las presentes y futuras generaciones, el mismo ha sido firmado por las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá, estos países en conjunto pretenden ejecutar políticas de desarrollo sostenible, fortalecer las áreas fronterizas que se encuentren protegidas, además busca conservar los recursos naturales con interés estético, histórico o científico con ecosistemas únicos de importancia regional y mundial.

La Ley n. 10 de 12 de abril de 1995 por la cual se aprueba la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, hecha en Nueva York el 9 de mayo de 1992, busca la estabilización de las concentraciones de gases de efecto de invernadero en la atmosfera a un nivel que impida interferencias antropogénicas peligrosas en el sistema climático, su importancia radica en considerarse el producto de uno de los primeros esfuerzos internacionales sobre el tema, en relación, la República de Panamá aprueba la Ley n. 88 de 30 de noviembre de 1998 por la cual se aprueba el Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, Hecho en Kyoto, el 11 de diciembre de 1997, con la que se establecen compromisos concretos.

Introduce mecanismos innovadores con el objeto de lograr que las medidas de mitigación sean eficaces en relación con los costos de las mismas, permitiendo reducir las emisiones o incrementar los sumideros de carbono con menos costos fuera que dentro de sus países, obliga a los países desarrollados a reducir globalmente del 5,2% de las emisiones de seis gases con efecto de invernadero, el Dióxido de carbono o anhídrido carbónico, metano, oxido nitroso, hidroflurocarburos, perflurocarburos y hexafluoruro de azufre.

A través de la Ley n. 12 de 14 de junio de 2000 se aprueba el Convenio de Rotterdam para la aplicación del procedimiento de consentimiento previo a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional, hecho en Rotterdam, el 10 de septiembre de 1998, promueve la responsabilidad compartida y los esfuerzos conjuntos de las Partes en la esfera del comercio internacional de ciertos productos químicos peligrosos a fin de proteger la salud humana y el medio ambiente frente a posibles daños y contribuir a su utilización ambientalmente racional, facilitando el intercambio de información acerca de sus características, estableciendo un proceso nacional de adopción de decisiones sobre su importación y exportación y difundiendo esas decisiones a las Partes.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 444 1/9/16 12:10

El texto del Convenio de Rotterdam para la aplicación del procedimiento de consentimiento fundamentado previo (CFP) a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional fue adoptado el 10 de septiembre de 1998, en una reunión de Plenipotenciarios celebrada en Rotterdam. Las obligaciones que incumben a los países participantes y el funcionamiento del Convenio pueden parecer complejas y difíciles de aplicar a quienes no están familiarizados con los detalles del mismo[16].

Sobre el principio de preocupación reconocido en la jurisprudencia panameña[17], la Ley n. 3 de 20 de enero de 2003 aprueba el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes, adoptado en Estocolmo el 22 de mayo de 2001, cuyo objetivo es proteger la salud humana y el medio ambiente frente a los contaminantes orgánicos persistentes sobre la base del Principio 15 (de precaución) de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo[18].

Resulta importante señalar que el Decreto de Gabinete n. 22 de 8 de julio de 2003 autoriza la celebración de los Acuerdos de Conversión de Deuda Externa entre la República de Panamá y los Estados Unidos de América por inversión en Naturaleza a través de la Ley de Conversión de Bosques Tropicales (TFCA) de los Estados Unidos, y con la Organización No Gubernamental The Nature Conservancy (TNC), por un monto de hasta Diez Millones de Dólares de los Estados Unidos de América con 00/100 (US$ 10,000.000.00)[19].

El acuerdo consiste en inversión en naturaleza a través de la Ley de Conservación de Bosques Tropicales (TFCA) de Estados Unidos, y con la Organización No Gubernamental The Nature Conservancy, para ejecutar el convenio se

16 Cfr. Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO). Guía para las autoridades nacionales designadas sobre el funcionamiento del Convenio Rotterdam. Disponible en: <ftp://ftp.fao.org/docrep/fao/007/y5423s/y5423s00.pdf> [en línea]. (Consultado 30/8/2013).

17 Corte Suprema de Justicia. Pleno. Sentencia de veinticuatro (24) de febrero de dos mil diez (2010) (Luis González c. Dirección General de Salud de Veraguas). M. P. Alejandro Moncada Luna.

18 El art. 15 de la Declaración de Río establece: "*Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente*".

19 Cfr. Oficina del Portavoz Washington DC. (2004, agosto 19). Acuerdo de deuda por naturaleza para conservar los bosques tropicales de Panamá. Disponible en: <http://iipdigital.usembassy.gov/st/spanish/texttrans/2004/08/20040831174156locnaviv0.9832117.html#axzz2cctDxUXr> [en línea]. (Consultado 21/8/2013).

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 445 1/9/16 12:10

autoriza la suscripción y constitución del Acuerdo de Fideicomiso bajo el cual se incorpora un Fondo Especial, receptor de los recursos que generaba el servicio de la deuda externa seleccionada, para promover la preservación de la naturaleza, así como también, se autoriza la creación de un Comité de Supervisión, el cual lo integrarán cinco miembros, entre ellos un representante Permanente del Gobierno de la República de Panamá; un representante Permanente del Gobierno de Estados Unidos; un representante Permanente de la Organización No Gubernamental estadounidense The Nature Conservancy (TNC) y dos representantes Rotativos de Organizaciones No Gubernamentales (ONG´s).

El primer trueque de deuda por naturaleza con Panamá, firmado en 2003, generará $ 10 millones en 14 años para conservar el Parque Nacional Chagres en la cuenca hidrográfica del Canal de Panamá.

III. LEGISLACIÓN AMBIENTAL PANAMEÑA

De acuerdo con lo previsto en el artículo 118 y 119 de la Constitución Política y el artículo 1 de la Ley General de Ambiente, la administración y conservación del ambiente es una obligación del Estado. Para el cumplimiento de esta obligación, la Ley n. 41 de 1998 crea la Autoridad Nacional del Ambiente (antes Instituto Nacional de Recursos Naturales Renovables)[20], ente regulador autónomo, encargado de velar por la protección, conservación y recuperación del ambiente, al igual que de la promoción del uso sostenible de los recursos naturales del país; obligación que conforme a la norma, no se agota con la sola actividad pública, sino que constituye al mismo tiempo responsabilidades que involucran a personas naturales o jurídicas de conformidad con el artículo 106 y 109 de la Ley n. 41 de 1998.

Esta ley, la cual se constituye en "vértice de la legislación ambiental panameña"[21], establece la política ambiental del Estado, los principios y normas

20 Sobre los antecedentes de la Ley n. 41 de 1998, vid. USAID, ANAM, ADE. Aportes para la Administración de Justicia Ambiental. USAID-Panamá, Panamá. 2005; y WING, Félix. "Algunos Parámetros para la Incorporación de los Estándares del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en la Tutela Constitucional, Legal y Judicial del Derecho a un Ambiente Sano en Panamá". En VVAA: Derecho Administrativo Iberoamericano. *Editor Jaime Rodríguez Arana et al.* VIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Panamá, 2009.

21 CHANDECK, Lucía. "La Responsabilidad Administrativa Ambiental en Panamá". En VVAA: Memorias del Segundo Encuentro Internacional de Derecho Ambiental. Director Semarnat, Instituto

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 446 1/9/16 12:10

de gestión y administración ambiental, así como las responsabilidades de los órganos e instituciones instituidas para su aplicación.

En el marco de las facultades atribuidas a la autoridad del ambiente, ésta cumple con un rol operacional e institucional. Por un lado, se instituye a través de una ley de marcado carácter operacional en cuanto a las definiciones, procedimientos y herramientas que crea para la elaboración y adopción de normas primarias y secundarias de calidad ambiental, educación ambiental, y para el planeamiento, aprobación y aplicación de programas de manejo, prevención y recuperación ambiental. Y por el otro lado, se trata de una entidad que desarrolla una actividad meramente institucional por la estructura de gestión que establece.

En el ámbito organizacional, la Ley n. 41 establece la política nacional del ambiente, las estrategias, principios y lineamientos que la orientan (título II); la organización administrativa del Estado para la gestión ambiental (Título III); y crea distintos estamentos consultivos, supervisión y coordinación como son: 1) el Consejo Nacional del Ambiente (Título IV), encargado de velar y aprobar la política nacional del ambiente para el desarrollo sostenible; 2) el Sistema Interinstitucional del Ambiente, el cual está conformado por las instituciones públicas sectoriales con competencia ambiental, cuya función es de coordinación y armonización de las políticas ambientales entre las distintas competencias administrativas; 3) Comisión Consultiva Nacional del Ambiente, órgano consultivo de la ANAM que está facultado para emitir recomendaciones al Consejo Nacional del Ambiente; y 4) las Comisiones Consultivas Provinciales, Comarcales y Distritales del Ambiente, esfera establecida para el análisis de los temas ambientales y facultada para hacer observaciones y propuestas al Administrador Regional del Ambiente, con la Participación de la Sociedad Civil. Por otro lado, la Ley n. 4 de 1998 sirve de marco para el establecimiento de los instrumentos para la gestión ambiental (ordenamiento ambiental del territorio, proceso de estudio de impacto ambiental, normas de calidad ambiental, normas de supervisión, control y fiscalización ambiental, sobre información y educación ambiental, sobre el programa de investigación y tecnología, desastres y emergencias ambientales, y establece una cuenta ambiental nacional).

En medio de las atribuciones de la Autoridad Nacional del Ambiente, se encuentra el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, en los casos que mediante uso y aprovechamiento de un recurso o por el ejercicio de una

Nacional de Ecología, PNUMA, México, 2004, p. 62.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 447 1/9/16 12:10

actividad, se produzca daño al ambiente o a la salud humana (Art. 108). En ese sentido, el art. 114 dispone que la autoridad rectora del ambiente puede imponer multas hasta por un millón de balboas de acuerdo con la gravedad de la infracción o la reincidencia del infractor; así como también puede ordenar, de forma accesoria al infractor, el pago del costo de limpieza y compensación del daño ambiental, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que correspondan. Se entiende, por tanto, que la Ley n. 41 de 1998, es consecuente con los lineamientos establecidos en la Declaración de Río de 1998 y en el Derecho Internacional Ambiental, pues se basa centralmente en el principio precautorio[22] y condiciona la producción del daño ambiental al surgimiento de la obligación de reparación, mitigación y compensación. Esto es, ya que se trata de un régimen que "será siempre preventivo, disuasorio, represivo y compensatorio, obligando al contaminador o degradador a restaurar e indemnizar si fuera el caso el daño causado [...]"[23].

En este sentido, la Ley n. 41 de 1998 prescribe en el artículo 112, 114 y 115 distintos tipos de sanción administrativa asociadas al mismo tiempo a medidas administrativas que puede ejercer la entidad pública en caso de incumplimiento de las normas de calidad ambiental, del estudio de impacto ambiental, del programa de adecuación y Manejo Ambiental, de la ley general y de las leyes y decretos ejecutivos complementarios, y reglamentos de la ley. Estas van desde la sanción administrativa; la amonestación escrita; aplicación de multas; suspensión temporal, parcial o total de la obra, proyecto o actividades; suspensión definitiva, parcial o total de la obra, proyecto o actividades, revocación temporal o definitiva de concesiones, licencias o permisos; hasta la retención o decomiso de elementos y otras mercaderías. Mientras que accesoriamente se prevé la potestad de ordenar al infractor el pago del costo de limpieza, mitigación y compensación del daño ambiental, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que correspondan.

La Ley General de Ambiente, cabe precisar, se complementa a través de una serie de leyes sectoriales que regulan de manera especial las pautas estab-

22 MITCHELL MORÁN, Harley. "El Derecho ante las Nuevas formas de Contaminación". Ponencia presentada al X Congreso Panameño de Derecho Procesal (Panamá) – julio de 2013, Panamá, 2013, p. 186.

23 PEÑA CHACÓN, Mario. Daño, Responsabilidad y Reparación del Medio Ambiente. Centro de Investigaciones Jurídicas. San José, 2006, p. 48.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 448 1/9/16 12:10

lecidas en las disposiciones del Régimen Ecológico de la Constitución Política. Así, la ley sectorial desarrolla aspectos sobre conservación, protección, uso sostenible, recuperación y administración de la biodiversidad, áreas protegidas, los ecosistemas forestales, fluviales, del litoral y marino-costeros, los suelos, el aire y la atmósfera, los recursos hidrobiológicos, energía y minerales.

De acuerdo con el artículo 129 de la Ley General de Ambiente, son complementarias a ésta la Ley n. 1 de 1994, que establece la Legislación Forestal de la República de Panamá, la Ley n. 24 de 1995 que establece la Legislación de Vida Silvestre, la Ley n. 24 de 1992, por la cual se establecen incentivos y se reglamenta la actividad de reforestación (reglamentada por el Decreto Ejecutivo n. 89 de 8 de junio de 1993), la Ley n. 30 de 1994, que reforma el artículo 7 de la Ley n. 1 de 1994, sobre estudios de impacto ambiental, y el Decreto-Ley n. 35 de 1966, por el cual se reglamenta el uso de aguas.

En adición se encuentra otro tanto de ordenaciones: el Decreto Ejecutivo n. 57 de 16 de marzo de 2000, que establece las Comisiones Consultivas del Ambiente, consultas públicas sobre temas o problemas ambientales, y denuncias administrativas; el Decreto Ejecutivo n. 58 de 16 de marzo de 2000, sobre las normas de calidad ambiental; el Decreto Ejecutivo n. 209 de 5 de septiembre de 2006 y modificaciones, que establece el proceso de estudio de impacto ambiental; el Decreto Ejecutivo n. 57 de 10 de agosto de 2004, que establece la auditoría ambiental; y el Decreto Ejecutivo n. 163 de 22 de agosto de 2006, que establece la estructura organizacional y funciones de la Autoridad Nacional del Ambiente.

Retomando lo dicho con relación al régimen sancionador ambiental, cabe señalar que Ley n. 24 de 7 de julio de 1995, por la cual se establece la Legislación de Vida Silvestre en la República de Panamá, también establece sanciones administrativas. En particular, en su Título IV, denominado "De las Contravenciones", contiene en su Capítulo I, cinco disposiciones (Arts. 72 a 76) que contemplan los tipos de contravenciones contra la vida silvestre y consigna las respectivas sanciones a los sujetos que resulten responsables por la comisión de las mismas.

Asimismo, el Decreto Ejecutivo n. 43 de 7 de julio de 2004, que reglamenta la Ley n. 24 de 7 de junio de 1995 y dicta otras disposiciones, establece en su artículo 101, lo que considera contravención administrativa, esto es, según la norma: "todo acto, omisión o cualquier forma de incumplimiento de las normas legales o reglamentarias expedidas por las autoridades competentes y aquellas en que el

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 449 1/9/16 12:10

particular, sea persona natural o jurídica, esté obligado a observar producto de compromisos derivados de autorizaciones, concesiones, contratos, acuerdos o convenios, permisos o licencias otorgadas por la Autoridad Nacional del Ambiente".

Ahora bien, al margen del régimen sancionatorio la ley general de ambiente contempla además distintas vías de responsabilidad y/o reclamación en razón del incumplimiento de las disposiciones ambientales. En este sentido, como ya se dijo la base normativa de la ley ambiental se funda en la premisa de que "quienes (la) infrinjan (...) deberán reparar el daño causado, aplicar las medidas de prevención y mitigación, y asumir los costos correspondientes" (esto es: el principio de quien contamina paga, "the polluter should pay").

Así pues, se tiene que la producción del daño ambiental o a la salud humana no sólo induce el ejercicio del poder sancionatorio, lo cual "no es excluyente de las acciones penales o civiles que pueda generar el hecho sancionado"[24], y, por tanto, pueden concurrir al mismo tiempo (Arts. 107 y 111).

En el caso del poder sancionatorio en materia ambiental se tiene por fuente de la responsabilidad la infracción ambiental, es decir, toda acción u omisión sancionable por violatoria de la ley general de ambiente y demás disposiciones ambientales. Mientras que el resto de responsabilidades, como la civil (extracontractual), poseen una marcada orientación hacia el régimen objetivo de la responsabilidad ambiental, cuya matriz nos remite al "daño ambiental" y a la relación causal entre la conducta y la lesión, como centro medular de la responsabilidad.

Desde esta perspectiva, la responsabilidad del agente cuya actividad causa daños o presupone una amenaza inminente al medio ambiente, conlleva una obligación pecuniaria con el fin de inducir al agente y al resto de operadores a adoptar medidas y desarrollar prácticas dirigidas a minimizar los riesgos de que se produzcan daños al medio ambiente; y así se reduzca o evite otras cargas económicas producto de la declaratoria de responsabilidad ambiental. Esto no es más que la consagración de uno de los pilares de la ley ambiental en cuanto a la responsabilidad objetiva, que es que la contaminación genera el deber de asumir todos los costos de su producción[25].

---

24 Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala Segunda. Sentencia de doce (12) de noviembre de dos mil doce (2012) (Eliseo González y otros c. Petroterminal de Panamá, S.A). M. P. Hernán De León.

25 Pues como señala Peña Chacón: "Todo régimen de responsabilidad ambiental debe estar basado en los principios del derecho ambiental "Contaminador Pagador", "Preventivo", "Precautorio" y "Corrección

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 450 1/9/16 12:10

En particular, como indica el Fallo de 23 de marzo de 2006[26], la responsabilidad por daño ambiental, surge debido a la necesidad de proteger el ambiente de los daños derivados del empleo de cosas o actividades peligrosas, en las cuales se dificulta la demostración de la culpa de quien ejerce la actividad riesgosa y que debe, por lo mismo, tomar las precauciones pertinentes para evitar daños ambientales.

Para tal efecto la norma enuncia que "toda persona natural o jurídica está en la obligación de prevenir el daño y controlar la contaminación ambiental (Art. 106), de lo que se deduce que la responsabilidad por daño ambiental puede recaer sobre persona natural o jurídica.

De acuerdo con la ley general en "la esfera ambiental, la responsabilidad jurídica surge de la acción u omisión causante de daños al ambiente". Daños que la ley singulariza bajo ciertos supuestos generadores de responsabilidad, como son: 1) A causa de la contaminación producida con infracción de los límites permisibles, o de las normas, procesos o mecanismos de prevención, control, seguimiento, evaluación, mitigación y restauración, establecidos en la ley y demás normas legales vigentes (Art. 107); 2) Por el uso o aprovechamiento de un recurso o por el ejercicio de una actividad que produzca daño al ambiente o a la salud humana (Art. 108); y 3) En el evento que se emita, vierta, disponga o descargue sustancias o desechos que afecten o puedan afectar daño a la salud humana, pongan en riesgo o causen daño al ambiente, afecten o puedan afectar los procesos ecológicos esenciales o la calidad de vida de la población, de conformidad con lo que dispongan las leyes especiales de ambiente (Art. 109).

No obstante, los supuestos señalados no agotan las manifestaciones que pueden generar responsabilidad objetiva, pues tanto en las leyes complementarias como reglamentarias de la ley general están consignados otros supuestos que derivan responsabilidad ambiental. Además, siguiendo lo previsto en la ley marco la responsabilidad ambiental comporta la obligación de resarcir el daño causado o los perjuicios ocasionados a consecuencia de actos u omisiones que producen afectación ambiental. Es decir que, toda "acción u omisión es

de la fuente". Vid. PEÑA CHACÓN, Mario, op. cit., p. 47.

26 Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala Tercera. Sentencia de veintitrés (23) de marzo de dos mil seis (2006) (Coca Cola Compañía Embotelladora c. Autoridad Nacional del Ambiente). M. P. Víctor Benavides Pinilla.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 451 1/9/16 12:10

generadora de responsabilidad ambiental en virtud del incumplimiento de la (…) regla general" prevista en el artículo 106 de la ley general de ambiente en correspondencia con el artículo 2 de la misma ley[27]:

> Artículo 106. Toda persona natural o jurídica está en la obligación de prevenir el daño y controlar la contaminación ambiental.
> Artículo 2.
> (…)
> Responsabilidad objetiva. Obligación del que cause daño o contamine, directa o indirectamente, a las personas, al medio natural, o a las cosas, de resarcir el daño y perjuicios causados.

Como puede observarse, la posición anterior es cónsona con la teoría general de la responsabilidad objetiva (civil como administrativa), la cual, la jurisprudencia nacional ha acogido al sentenciar que la responsabilidad directa y objetiva "se refleja sin la necesidad de determinar si el daño fue culpa del agente o de la administración sólo basta con que haya un resultado lesivo para que sea indemnizable, es decir que no importa que el sujeto sea o no culpable o responsable"[28]. Por consiguiente, en materia ambiental la responsabilidad objetiva es la obligación surgida por los daños derivados del ejercicio de una actividad que origina la lesión o genera riesgos a la colectividad; para lo cual "la simple existencia de daño reputa la responsabilidad en el agente de haber sido el causante del mismo", por lo que "no es necesario probar la culpa del causante, sino, sólo el hecho de que la acción u omisión causó el daño"[29].

Así pues, tal y como dispone la Ley n. 41 de 1998, en materia administrativa también es posible la declaratoria de responsabilidad objetiva en similares términos a los previstos ámbito civil y con fundamento, además, de las normas que rigen el derecho administrativo panameño y la jurisdicción contencioso administrativa, de las disposiciones sobre daños y perjuicios del Código Civil.

No obstante lo anterior, lo cierto es que en el ámbito panameño la responsabilidad ambiental objetiva ha tenido mayor encuadre en el plano civil,

27 USAID, ANAM, ADE, op. cit., p. 111.

28 Cfr. Corte Suprema de Justicia. Pleno. Sentencia de doce (12) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994) (Consulta de Inconstitucionalidad sobre el último párr. del artículo 200 CP). M.P. Mirtza Franceshi de Aguilera.

29 PEÑA CHACÓN, Mario, op. cit., p. 91-92.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 452 1/9/16 12:10

mientras que en lo que respecta al ámbito administrativo[30], ha sido vía jurisprudencia de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo que se ha asociado o derivado la responsabilidad objetiva por daño ambiental como consecuencia de la sanción administrativa por infracción a disposiciones ambientales (v. gr. Caso Varela Hermanos[31] y Coca Cola[32]). Esta tendencia, hoy por hoy, no resulta de alguna imposibilidad en la legitimación para accionar judicialmente, pues desde el Fallo de 12 de marzo de 1993 se reconoce la legitimidad colectica para exigir la tutela de intereses difusos ambientales (mediante la acción de plena jurisdicción)[33]; por lo tanto, todo parece indicar que dicha orientación resulta de otra razón. Muy probablemente tenga su origen en las dificultades que se presentan al momento de acreditar la relación causal del daño ambiental[34]. De ahí que, por lo pronto, la jurisprudencia entienda la responsabilidad objetiva como resultado de la determinación y sanción previa de una infracción administrativa de carácter ambiental.

En suma, la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia juega un papel de suprema importancia en la definición del Derecho ambiental panameño, ya no solamente por el hecho que ante esta jurisdicción se ventilan buena parte de los conflictos relacionados con el ambiente, sino también porque a través de una jurisprudencia muy nutrida, sistemática y evolutiva se ha tendido a tutelar una variedad de temas ambientales[35], por encima de los pronunciamientos que hayan podido darse en otras jurisdicciones como la constitucional, civil o penal.

---

30 VÁSQUEZ RAMOS, Eliana. "El Derecho Ambiental en Panamá". En VVAA: El Derecho Ambiental en Latinoamérica y la Actuación del Ministerio Público. Organizadores Annelise Monteiro y Luciano Furtado Loubet. Rede Latino-Americana de Ministério Público Ambiental, Brasil. 2010, p. 167-168; y CHANDECK, Lucía, op. cit., p. 64-65.

31 Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala Tercera. Sentencia de cuatro (4) de mayo de dos mil cuatro (2004). M. P. Adán Arnulfo Arjona.

32 Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala Tercera. Sentencia de veintitrés (23) de marzo de dos mil seis (2006). M. P. Víctor Benavides Pinilla.

33 HOYOS, Arturo. El Derecho Contencioso-Administrativo de Panamá (1903-2005): Un Introducción Histórica de Derecho Comparado y Jurisprudencial. Sistemas Jurídicos. Panamá. 2005, p. 28.

34 VALLS, Mario. Derecho Ambiental. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 2008, p. 227.

35 Así lo explica y desarrolla BENAVIDES PINILLA, Víctor, op. cit., p. 587, 622-642.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 453 1/9/16 12:10

IV. JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA EN MATERIA AMBIENTAL

A continuación, siguiendo un esquema práctico por materia, en el que primero se enuncia la *normativa* vigente relacionada con el título que se aborda, se presenta, seguido de lo anterior, la *jurisprudencia* ambiental panameña a través de algunos extractos de sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia que tratan sobre la cuestión[36], en referencia a las normas contenidas en la Ley n. 41 de 1998 y demás leyes, reglamentos e instrumentos internacionales afines.

1. Biodiversidad:

Normativa:

Ley 41 de 1 de julio 1998, General del Ambiente en Panamá; Ley n. 24 de 1995, sobre la Vida Silvestre en la República de Panamá; Decreto Ejecutivo n. 123 de 14 de agosto de 2009, reglamenta el Proceso de Estudio de Impacto Ambiental, modificado por el Decreto Ejecutivo n. 975 de 23 de agosto de 2012; Ley n. 13 de 1986, que aprueba el Convenio para la Protección y el Desarrollo del Medio Marino de la Región del Gran Caribe; Ley n. 2 de 1995, que aprueba el Convenio sobre Diversidad Biológica; Ley n. 9 de 1995, que aprueba el Convenio para la Conservación de la Biodiversidad y Protección de Áreas Silvestres Prioritarias en América Central; Ley n. 10 del 12 de abril de 1995, que aprueba la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático; Ley n. 88 de 1998 de 31 de diciembre de 1998, que aprueba el Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático; Decreto Ejecutivo n. 35 de 26 de febrero de 2007, que aprueba la Política Nacional de Cambios Climático, sus principios, objetivos y líneas de acción.

36 Se sigue el esquema propuesto en: SORIANO GARCÍA, José; BRUFAO CURIEL, Pedro. Claves de Derecho Ambiental II. Iustel. Madrid. 2011.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 454 1/9/16 12:10

Jurisprudencia:

Corte Suprema de Justicia. Sala Tercera. Sentencia de nueve (9) de febrero de dos mil seis (2006)[37]. M. P. Winston Spadafora:

> "Previo análisis de lo dispuesto en el objeto del contrato n. DINAC-1-119-02 y en los artículos 5 del Decreto n. 40 de 24 de junio de 1976 y 4 de la Resolución de Junta Directiva de INRENARE 021-88, advierte la Sala que la construcción del denominado camino-ecológico resulta compatible con las actividades que se prohíben realizar dentro del Parque Nacional Volcán Barú, toda vez que se requiere no sólo de la tala de árboles para construir dicho camino, si no de excavaciones y alza de edificaciones que al no armonizar con la naturaleza sin lugar a dudas causan un impacto ambiental negativo.
> (…)
> Por otro lado, no escapa a esta Superioridad, que el funcionario demandado al momento de firmar el Contrato n. DINAC-1-119-02, también desconoció la categoría de bosque especial -entiéndase por él, el dedicado a preservar áreas de interés que sólo pueden ser sometidos a actividades de aprovechamiento compatibles con la naturaleza y objetivos de su creación-, del Parque Nacional Volcán Barú (Ver artículo 25 de la Ley n. 1 de 1994).
> Esto es así, porque según se desprende de las Resoluciones y el Contrato impugnado, la construcción del camino ecológico lo que persigue es acrecentar el desarrollo económico en la región de Tierras Altas de la Provincia de Chiriquí y el carácter turístico de la comunidad de Boquete y no preservar la riqueza forestal de dicho Parque.
> (…)
> No obstante, en el proceso in examine, de los actos administrativos impugnados -preparatorios y definitivo, así como de las pruebas allegadas a los autos no se desprende la necesidad urgente de construir una carretera que atreviese el Parque Nacional Volcán Barú. Los considerandos de las Resoluciones de Gabinete impugnadas si bien es cierto destacan que la comunicación vial entre las comunidades de Boquete y Cerro Punta tendrá un impacto positivo y fortalecerá el desarrollo socio económico

37 Cfr. Proceso Contencioso Administrativo de Nulidad interpuesto por el Fiscal Quinto de Circuito c. Res. de Gabinete n. 123 de 4 de diciembre de 2002 y n. 10 de 29 de enero de 2003, y el Contrato Administrativo celebrado entre el Ministerio de Obras Públicas y la Empresa Constructora Urbana, S.A.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 455 1/9/16 12:10

> de toda la región Chiricana, su urgencia queda subsumida al aprovechamiento de la estación seca para llevar a cabo las obras de construcción, más no en la necesidad inminente de la comunicación vial.
> En virtud de lo expresado, esta Superioridad concluye que los actos impugnados vulneran los artículos 5 del Decreto n. 40 de 24 de junio de 1976; 4 de la Resolución de Junta Directiva de INRENARE 021-8 y; 58 (numeral 3) de la Ley n. 56 de 1995, por lo que no es necesario entrar a conocer los restantes cargos de transgresión aducidos por el actor.

2. Campos electromagnéticos:

Normativa:

Ley n. 41 de 1998, General de Ambiente; Ley n. 1 de 3 de febrero de 1994, que establece la Legislación Forestal de 1996; Decreto-Ley n. 10 de 22 de febrero de 2006, que reorganiza y reestructura y atribuciones del Ente Regulador de los Servicios Públicos, hoy Autoridad de los Servicios Públicos; Ley n. 31 de 8 de febrero de 1996, por la cual se dictan normas para la Regulación de las Telecomunicaciones; Decreto Ejecutivo n. 73 de 9 de abril de 1997, que reglamenta el régimen jurídico al que están sujetos los servicios públicos de telecomunicaciones; Decreto Ejecutivo n. 526 de 21 de octubre de 2008, que asigna a la Autoridad de los Servicios Públicos la competencia para reglamentar y divulgar las normas técnicas, sistemas de instalación e inspección de torres para antenas de los servicios públicos de telecomunicaciones, radio y televisión.

Jurisprudencia:

Corte Suprema de Justicia. Sala Tercera. Auto de veintiuno (21) de abril de dos mil nueve (2009)[38]. M.P. Adán Arnulfo Arjona.

> "Luego de un detenido análisis de la solicitud de suspensión provisional sometida a la consideración de la Sala, pensamos que es prudente aplicar

38 Cfr. Proceso Contencioso Administrativo de Nulidad interpuesto por el Consejo Municipal de Panamá c. Res. AN N 2161-TELCO del 28 de octubre de 2008 de la Autoridad de los Servicios Públicos.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 456 1/9/16 12:10

el principio de precaución, mismo que en el presente caso se encuentra dirigido a asegurar que la población no se vea expuesta en forma cercana y prolongad a los campos electromagnéticos que emanan de las antenas telecomunicación, radio y televisión; y mucho menos sin considerar su participación en el proceso de otorgamientos de permisos de instalación para revisar si se cumplen con las medidas de seguridad y los respectivos usos de suelo y zonificación de las áreas en las que se pretenden hacer las construcciones de estas infraestructuras, donde pueden vislumbrar la posible producción de daños graves a la salud humana, por el peligro de contaminación y afectación de radiación, donde no se tiene un alto grado de certeza científica, sobre el tema".

Las consideraciones expuestas ponderadas detenida y responsablemente llevan a esta Corporación a la conclusión preliminar de que los elementos que en este momento constan en el proceso, justifican la adopción de la suspensión de los efectos del acto demandado".

3. Ecosistemas del litoral:

Normativa:

Ley 41 de 1998, General de Ambiente; Ley n. 6 de 3 de enero de 1989, que aprueba la Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional, Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas firmada en 1971 (Convención Ramsar); Ley n. 1 de 3 de febrero de 1994, que establece la Legislación Forestal; Ley n. 24 de 7 de junio de 1995, que establece la Legislación de Vida Silvestre; y Ley n. 44 de 11 de noviembre de 2006, crea la Autoridad de los Recursos Acuáticos de Panamá y unifica las distintas competencias sobre los recursos marino-costeros, la acuicultura, la pesca y las actividades conexas de la administración pública.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 457 1/9/16 12:10

Jurisprudencia:

Corte Suprema de Justicia. Sala Tercera. Auto de quince (15) de mayo de dos mil nueve (2009)[39]. M. P. Winston Spadafora:

> "En el caso que nos ocupa, las entidades públicas fiscalizadoras del cumplimiento de las normas destinadas a la conservación de las áreas marino costeras, advirtieron anticipadamente a la emisión de la resolución impugnada, sobre el deterioro de la zona de la Ensenada de San Carlos causado por la preparación del terreno para la construcción del proyecto CONDOHOTEL NAAKAR. Las constancias en autos permiten establecer que tales advertencias fueron descartadas por la entidad demandada, lo que se traduce en una aparente falta de previsión de la legislación en materia ambiental con la inminente consecuencia de un daño ecológico de difícil reparación.
> También se deduce de la prueba aportada en esta etapa del proceso, que la promotora del proyecto CONDOHOTEL NAAKAR, siendo esta la empresa DESARROLLO TURÍSTICO DE SAN CARLOS, S.A., no ha logrado obtener el visto bueno de la Junta Comunal del corregimiento respectivo para iniciar las obras de construcción, sin embargo, ha adelantado los trabajos de la obra con la desviación de la quebrada La Guardia según se aprecia en el informe técnico constante de fojas 48 a 59 del expediente judicial, con el que si dictamina que se ha puesto en peligro la salud de los moradores de La Ensenada de San Carlos ya que se ha modificado el curso de las aguas servidas, lo que puede originar el aumento de enfermedades infecciosas así como el deterioro de bienes materiales.
> Según el mismo informe técnico, los inicios de obra del proyecto CONDOHOTEL NAAKAR, en contravención al orden legal, ha provocado la eliminación de "la cobertura de mangle del área, afectando con ello el ecosistema que permite la interconexión de hábitat y el intercambio hídrico mar", modificando así una zona estuarina que sirve como refugio de aves y "estadios larvarios" de especies de importancia pesquera.
> Puede verse entonces, como la aprobación del estudio de impacto ambiental mediante Resolución DIERORA IA-611-2008 de 2 de septiembre de 2008, en un aparente desconocimiento de normas sobre conser-

39 Cfr. Proceso Contencioso Administrativo de Nulidad interpuesto por Xiomara de Armijo c. Res. DIERORA IA-611-2008 del 2 de septiembre de 2008, emitida por el Director de Evaluación y Ordenamiento Ambiental de la Autoridad Nacional del Ambiente.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 458 1/9/16 12:10

vación ambiental, deriva en una presunta transgresión al debido proceso toda vez que, entre otros aspectos, ha propiciado el inicio de los trabajos de obra sin que se haya obtenido aún el visto bueno de la Junta Comunal respectiva, siendo este un requisito imprescindible para realizar cualquier construcción en el Distrito de San Carlos, en virtud de lo establecido mediante Acuerdo Municipal No. 32 de 13 de agosto de 2007.
De lo expuesto en los párrafos que preceden, la Sala concluye que la demandante ha logrado cumplir con los presupuestos de procedibilidad de la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto acusado, ya que las opiniones técnicas y demás constancias procesales aportadas por la parte solicitante, se constituyen en suficiente alegación para propugnar la presunta transgresión a normas de carácter público cuya tutela es requerida mediante la presente acción contenciosa de nulidad".
Corte Suprema de Justicia. Sala Tercera. Auto de cuatro (4) de abril de dos mil trece (2013)[40]. M.P. Víctor Benavides Pinilla:
"Observamos así, que los humedales son, desde un punto de vista estrictamente normativo, áreas de especial importancia ecológica. Dicha calidad se deriva del hecho de que Panamá se adhirió a la Convención de Ramsar, relativa a la protección de este tipo de ecosistemas, que ha reconocido la especial importancia de los *humedales*.
Por otra parte, debe tenerse presente que, en la Ciudad de Panamá, los *humedales* existentes dentro del territorio, han sido objeto de medidas de protección especial, tanto en la Resolución n. AG-0072-2009 de 11 de febrero de 2009, emitido por la Autoridad Nacional del Ambiente (ANAM); como por el Decreto n. 2.339 de 14 de junio de 2012, emitido por la Alcaldía Capitalina. Sobre este último mecanismo de protección, ha de tenerse en cuenta que el Decreto n. 2.339 de 2012, prohíbe el uso de los *Humedales Bahía de Panamá*, por lo que los rellenos en las zonas de *humedales*, así como trabajos de construcción estarán prohibidos, hasta ver los resultados de un estudio científico que determine si alguna actividad, se puede o no desarrollar en el área.
(…)
Esta Sala advierte, luego del repaso fáctico jurídico de rigor, que el Humedal Bahía de Panamá, es una zona cubierta de vegetación natural, por lo que se hace necesario promover su conservación, protección y administración para el uso sostenible de las generaciones presentes y

40 Cfr. Proceso Contencioso Administrativo de Nulidad interpuesto por Constantino González Rodríguez c. Res. AG-0072-2009 de 11 de febrero de 2009 de la Autoridad Nacional del Ambiente.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 459 1/9/16 12:10

futuras, pues la conservación y recuperación de los recursos naturales, como la biodiversidad, el agua, el aire y, en general, del ambiente deseable para el hombre, la fauna y la flora, es una política estatal que la misma Resolución n. AG-0072-2009 de 11 de febrero de 2009, y la suscripción al Convenio RAMSAR, propenden para la preservación y restauración ecológica de los elementos constitutivos del sistema hídrico, como principal conector ecológico del territorio urbano y rural. En suma, el Humedal Bahía de Panamá, está definido como elemento central de la Ciudad y decisivo, en conjunto con los restantes elementos ambientales, en la constitución de condiciones de vida dignas para los residentes de la Ciudad. No en vano, se han clasificado a los humedales como áreas protegidas, que integran un sistema que consiste en el conjunto de espacios con valores singulares para el patrimonio natural del Distrito Capital, la Nación o la Región, cuya conservación resulta imprescindible para el funcionamiento de los ecosistemas, la conservación de la biodiversidad y la evolución de la cultura en el Distrito Capital, las cuales, en beneficio de todos los habitantes, se reservan y se declaran dentro de la Resolución objeto de impugnación en vía contencioso administrativa.

(…)

De conformidad con todo lo transcrito y luego de haber realizado un análisis detallado e integral de las solicitudes de levantamiento de medida de suspensión provisional decretada en este proceso, a la luz del contenido del Acto Administrativo demandado y en relación a las normas legales y reglamentarias citadas como infringidas en la demanda que da inicio a este proceso, esta Corporación participa del criterio que en caso *subjudice* se han aportado nuevos argumentos o elementos que conducen a este Tribunal, efectivamente, a levantar la suspensión provisional del acto demandado, dado que no se dan presentes en esta causa, los elementos o requisitos necesarios para proceder en consecuencia, al artículo 73 de la Ley n. 135 de 1943, modificada por la Ley n. 33 de 1946".

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 460 1/9/16 12:10

4. Ecosistemas fluviales:

Normativa:

Decreto Ejecutivo n. 70 de 27 de julio de 1973, que reglamenta el otorgamiento de permisos y concesiones para el uso de aguas y se determina la integración y funcionamiento del consejo consultivo de recursos hidráulicos; Decreto-Ley n. 35 de 22 de septiembre de 1966, que reglamenta el uso de las aguas; Decreto-Ley n. 2 de 7 de enero de 1997; que dicta el marco regulatorio e institucional para la prestación de los servicios de agua potable y alcantarillado sanitario modificada por la Ley n. 77 de 28 de diciembre de 2001, que organiza y moderniza el Instituto de Acueductos y Alcantarillados; Ley n. 41 de 1998, General de Ambiente, Ley n. 66 de 10 de noviembre de 1947, Código Sanitario; Ley n. 44 de 5 de agosto de 2002, que establece el régimen administrativo especial para el manejo, protección y conservación de las cuencas hidrográficas de la República de Panamá, reglamentada por el Decreto Ejecutivo n. 479 de 23 de abril de 2013; Decreto Ejecutivo n. 480 de 23 de abril de 2013, que aprueba la política Nacional de Recursos Hídricos, sus principios, objetivos y líneas de acción; Ley n. 19 de 11 de junio d e 1997, sobre medio ambiente y la Cuenca Hidrográfica del Canal de Panamá; Ley n. 11 de 26 de marzo de 2011, que establece un régimen especial para la protección de los recursos minerales, hídricos y ambientales en la comarca Ngäbe-Buglé.

Jurisprudencia:

Corte Suprema de Justicia. Sala Tercera. Sentencia de once (11) de febrero de dos mil (2000)[41]. M. P. Arturo Hoyos.

> "En cuanto al artículo 41 del Decreto-Ley n. 35 de 1966, que a juicio de la parte actora fue violado de manera directa por omisión, la Sala disiente de los argumentos que sustentan su violación, pues, en el caso bajo examen se presenta una situación de hecho no contemplada en la

41 Cfr. Proceso Contencioso Administrativo de Plena Jurisdicción interpuesto por Sociedad Coclé Agrícolas, S.A. c. Res. N. 001-95 de 12 de enero de 1995 del Instituto Nacional de Recursos Naturales Renovables .

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 461 1/9/16 12:10

norma legal. En efecto, la disposición legal en referencia prevé cómo dirimir, en caso de controversia, las solicitudes de agua presentadas de manera simultánea ante la autoridad que requerirá de la participación de peritos y, en este caso, estamos ante una modificación a una concesión ya otorgada en cuanto al volumen autorizado para emplearse en la actividad agro-industrial de Coclé Agrícola, S. A.. Esa redistribución de las aguas se dio, como quedó demostrado en el expediente, ante la merma en la calidad y el volumen de las aguas del Río Chico y ante solicitudes de otras personas que de igual modo requieren el uso del caudal de ese río para el desempeño de sus actividades. Se desestima este cargo.
A juicio de la parte demandante, el artículo 35 del Decreto-Ley n. 35 de 1966, que define concesión permanente para uso de aguas, se violó de manera directa por omisión, en la medida que el contrato que originó el derecho de usar de manera permanente un determinado caudal de agua del Río Chico, fue unilateralmente modificado por la Dirección General del INRENARE. La Sala no comparte esa posición, dado que el hecho que se le haya garantizado a la empresa COCLE AGRICOLA S.A., el derecho de usar permanentemente las aguas del Río Chico, de ningún modo ello implica que sea de manera absoluta, habida cuenta que el propio contrato de concesión prevé en su normativa, que la concesión otorgada está sujeta a ajustes cuando ello sea conveniente. Ello tiene claro fundamento, como ya fue apuntado, en lo dispuesto en la Constitución Nacional, el Decreto-Ley n. 35 de 1966 y la Ley n. 21 de 1986, que en materia de aguas expresan que son de dominio público, lo que evidentemente se opone a todo reclamo para el uso exclusivo; en otros términos, cuando se trate de asuntos relacionados para el uso de agua fluviales, reitera la Sala, prima el interés general sobre el particular.
Vale señalar que en amparo de garantías constitucionales que fue interpuesto para la consideración del Pleno de esta Corporación de Justicia contra el Director Nacional de Cuencas Hidrográficas del Instituto Nacional de Recursos Naturales Renovables quien dictó la Resolución de 21 de marzo de 1995, en la que se concedió a la Sociedad Hacienda Santa Mónica, S. A. un permiso temporal por un año para utilizar el caudal de cincuenta (50) litros por segundo del Río Chico de Antón, se dejó claramente establecido en Sentencia de 18 de septiembre de 1995, que por mandato constitucional (Art. 255) las aguas fluviales son de aprovechamiento libre y común, por tanto Río Chico de Antón no es susceptible de apropiación privada. Aunado a ello, y adentrándose al plano legal, en aquella oportunidad el Pleno se manifestó en cuanto al

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 462 1/9/16 12:10

> artículo 35 del Decreto-Ley n. 35 de 22 de septiembre de 1966, en el sentido que el mismo es claro cuando sólo alude al "uso" del agua con carácter permanente y no transferible, lo que demuestra que el Río de Antón no es susceptible de propiedad. Siendo ello así, la Sala reitera, que no puede alegarse exclusividad en el uso de aguas, cuando se trate de un bien de dominio público como lo es el agua, razón por la que no prospera este cargo.
> (…)
> (…) La Sala no comparte esos planteamientos, pues, las normas aluden claramente a que en principio el aprovechamiento del agua sea conforme al "interés social" y que la política hidráulica requiere de su integración a la política general de desarrollo del país, para lo cual se deberá considerar el agua como un bien de producción indispensable para el desarrollo económico y social del país, pero igualmente se expresa en el literal e) del artículo 27 del Decreto Ejecutivo n. 70 de julio de 1973, que el plan de aprovechamiento se considerará como de "utilidad pública", y en ello precisamente se sustentó el acto demandando, al manifestar en cuanto a la merma en la calidad y volumen del Río Chico que "no pueda satisfacer todas la necesidades, y en consecuencia ello obliga a esta institución a hacer un ajuste de sus caudales". La Sala acoge lo expuesto por la Procuradora de la Administración que en este sentido manifiesta que la política estatal está enmarcada en la búsqueda de mayores recursos naturales para satisfacer las necesidades de los asociados que están radicados en la República de Panamá, y precisamente el Estado a través de organismos como el entonces INRENARE hoy ANAM ejerce esa función. En atención a ello, la Sala es del criterio que el INRENARE acató las mencionadas disposiciones legales, ya que precisamente con su actuación permite a más particulares beneficiarse de las aguas del Río Chico, que como se dejo anotado en líneas precedentes, es un bien de dominio y utilidad pública".

- Corte Suprema de Justicia. Sala Tercera. Sentencia de veintiuno (21) de diciembre de dos mil once (2011)[42]. M. P. Víctor Benavides Pinilla:

> "Al respecto, considera esta Colegiatura, que es responsabilidad de la empresa, por razón de la actividad que lleva a cabo, la prevención de

42 Cfr. Proceso Contencioso Administrativo de Plena Jurisdicción interpuesto por TWT, Inc. Panamá c. Res. N. ARAPE-APA-041-2008 de 27 de octubre de 2008, del Administrador Regional de Panamá-Este de la Autoridad Nacional del Ambiente.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 463 1/9/16 12:10

> cualquier hecho dañosos que pudiera sobrevenir del manejo de sustancias perjudiciales para el ambiente. Y es que observamos que, a pesar de la reparación de la tubería del pozo ciego y que no es su intención verter efluentes a la quebrada sin nombre aledaña a su propiedad, continúa la contaminación del suelo por las filtraciones de aguas residuales en el pozo ciego, poniendo en riesgo también, la salud de los moradores.
> Carece de fundamento argumentar que el acto administrativo dictado por la Autoridad Nacional del Ambiente, ha infringido las normas transcritas en líneas que preceden, toda vez que queda claro que existe una responsabilidad objetiva por parte de la empresa, quien está causando un riesgo ambiental, situación que ha quedado probada. De hecho, el artículo 2 de la Ley General de Ambiente define la responsabilidad objetiva como la obligación del que cause daño o contamine, directa o indirectamente, a las personas, al medio natural, o a las cosas, de resarcir el daño y perjuicios causados. En concordancia, el artículo 106 de la misma excerta legal, dentro del título de Responsabilidad Ambiental, establece la obligación de las personas naturales y jurídicas de procurar la prevención del daño y el control de la contaminación ambiental.
> Resulta importante destacar que la actuación de la Autoridad de sancionar a la empresa TWT INC. PANAMA, S.A., surge de una evaluación previa realizada por las autoridades ambientales (ANAM y MINSA), lo cual se confirma con los informes confeccionados, luego de las inspecciones oculares llevadas a cabo en el área donde está ubicada la empresa.
> En mérito de lo expuesto, juzga la Sala Tercera que la Resolución n. ARAPE-APA-041-2008 de 27 de octubre de 2008, emitida por el Administrador Regional de Panamá-Este, de la Autoridad Nacional del Ambiente y su acto confirmatorio, en nada vulneran las normas que la parte demandante estima se han infringido".

- Corte Suprema de Justicia. Sala Tercera. Sentencia de catorce (14) de mayo de dos mil cuatro (2004)[43]. M. P. Adán Arnulfo Arjona:

> "Con relación a la violación del artículo 107 de la Ley n. 41 de 1998, es indudable que efectivamente se dio una afectación de las aguas de las comunidades aledañas a la empresa demandante, lo cual se tradujo en un daño ambiental, tal y como lo demuestran los estudios realizados. Por tanto, intentar ampararse, como lo hace el demandante, en el supuesto

43 Ibídem, pie de nota 31.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 464 1/9/16 12:10

de que la resolución impugnada no estableció cuales eran los "límites permisibles" a los que hace mención el artículo referido de la ley ambiental, no habiendo surgido, por tanto, responsabilidad civil, administrativa o penal, carece de todo fundamento ya que en el presente proceso ha quedado evidenciado el surgimiento de una contaminación producida por la infracción de normas, procesos y mecanismos de prevención, control, seguimiento y evaluación; supuestos que contempla la excerta legal para atribuir al infractor responsabilidad.

El artículo 108 de la Ley n. 41 de 1998, es claro al exigir al causante de un daño ambiental o a la salud humana, que surja como consecuencia del aprovechamiento de un recurso o por el ejercicio de una actividad, el resarcimiento del perjuicio o daño, obligándolo, no solo a reparar el daño causado, sino a adoptar las medidas preventivas y de mitigación de los efectos dañosos y a asumir los costos que ello demande.

Dado que ha quedado demostrado que el demandante ha causado con su negligencia, daños que se encuentran debidamente acreditados en el proceso, siéndole aplicable lo establecido en el artículo 108 y consecuencialmente la sanción que trata el artículo 112 de la Ley n. 41 de 1998, carece de fundamento argumentar que la resolución dictada por la Autoridad Nacional del Ambiente ha infringido las precitadas excertas legales.

(…)

En el presente asunto, nos encontramos ante un hecho que originó responsabilidad objetiva por parte de la empresa Varela Hermanos, S.A., misma que de conformidad con la Ley Ambiental, es la "obligación del que cause daño o contamine, directa o indirectamente, a las personas, al medio natural, o a las cosas, de resarcir el daño y perjuicios causados"; resarcimiento que la Entidad Estatal, luego de comprobar la ocurrencia del accidente o suceso y de identificar al sujeto activo del hecho sancionable, determinó en la resolución impugnada, mediante las sanciones que en ella fueron impuestas de conformidad con el artículo 114 de la Ley n. 41 de 1998".

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 465 1/9/16 12:10

5. Ecosistemas forestales:

Normativa:

Ley n. 41 de 1998, General de Ambiente; Ley n. 1 de 3 de febrero de 1994, que establece la Legislación Forestal; Ley n. 72 de 26 de diciembre de 2001, que aprueba el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica, hecho en Montreal, el 29 de enero de 2000; Ley n. 24 de 23 de noviembre de 1992, que establece Incentivos y Reglamenta la Actividad de Reforestación en la República de Panamá y modificaciones; Ley n. 14 de 1995, que aprueba la Convención Regional para el Manejo y Conservación de los Ecosistemas Naturales Forestales y el Desarrollo de Plantaciones Forestales; Resolución JD n. 09-94 de 28 de junio de 1994, que crea el Sistema Nacional de Áreas Protegidas (SINAP); y Resolución AG n. 0704-2012 de 11 de diciembre de 2012, que establece las categorías de Manejo del Sistema Nacional de Áreas Protegidas.

Jurisprudencia:

- Corte Suprema de Justicia. Sala Tercera. Sentencia de veinte (20) de marzo de dos mil dos (2002)[44]. M. P. Adán Arnulfo Arjona:

> "Sobre este punto y con el propósito de determinar si la actuación recurrida es o no ilegal, resulta pertinente destacar que las zonas reservadas para el desarrollo de actividades forestales cuentan con una legislación especial: Ley n. 1 de 3 de febrero de 1994 "Por la cual se establece la legislación forestal en la República de Panamá, y se dictan otras disposiciones" y la Ley n. 41 de 1 de julio de 1998 "General de Ambiente".
> (...)
> Al adecuar la interpretación del texto del artículo 12 de la Ley n. 1 de 1994 con las definiciones anotadas y el artículo primero del acto impugnado, los miembros de la Sala de lo Contencioso Administrativo concluyen que el Acuerdo No. 54 de 27 de junio de 2000, expedido por el

44 Cfr. Proceso Contencioso Administrativo de Nulidad interpuesto por Lino Alberto Rodríguez c. Acuerdo n. 54 de 27 de junio de 2000, del Consejo Municipal de San Miguelito

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 466 1/9/16 12:10

> Consejo Municipal de San Miguelito es ilegal; en virtud de que éste autoriza la realización de un acto jurídico que está expresamente prohibido por la ley, mismo que consiste en otorgar en propiedad tierras forestales, sacándolas del patrimonio estatal.
> No puede perderse de vista, que el principio general de "inalienabilidad de las tierras forestales", instituido en el precitado artículo 12 de la Ley n. 1 de 1994, establece dos excepciones: 1.que se trate de tierras forestales dedicadas a la actividad agropecuaria; y 2. que se trate de predios destinados al bienestar de la población.
> (...)
> En conclusión, la ilegalidad del Acuerdo No. 54 de 27 de junio de 2000, expedido por el Consejo Municipal del Distrito de San Miguelito deviene porque éste hace susceptible de apropiación privada a tierras, que en atención a una condición en especial, el ordenamiento jurídico las sustrae de los actos de comercio, a fin de que las mismas cumplan una misión superior que es la de ser aprovechadas en beneficio de la colectividad".

- Corte Suprema de Justicia. Sala Tercera. Sentencia de nueve (9) de julio de dos mil cuatro (2004)[45]. M. P. Adán Arnulfo Arjona.

> "En primer lugar, debemos iniciar señalando que el Artículo 27 de la Ley n. 1 de 3 de febrero de 1994 señala que "Los bosques pertenecientes al Patrimonio Forestal del Estado, podrán ser aprovechados por una de las siguientes modalidades:
> 1. Mediante permiso especiales de aprovechamiento forestal que otorgará el INRENARE, con carácter doméstico o de subsistencia al solicitante, previa comprobación de carencia de recursos económicos. Estos permisos serán reglamentados por la Junta Directiva del INRENARE, a más tardar un (1) año después de promulgada esta Ley..."
> Además, el Artículo 80 de la misma excerta legal establece claramente que "*Para limpiar, socolar; rozar o talar un bosque natural primario o secundario en ternos bajo derecho de posesión o propiedad privada, se requiere necesariamente, permiso de la autoridad competente, que podrá ser extendida previa inspección obligatoria*".

45 Cfr. Proceso Contencioso Administrativo de Plena Jurisdicción interpuesto por Cayetano Torres Henríquez c. Res. ADMR-PM-017-02-02 de 20 de junio de 2002 de la Administración Regional del Ambiente de Panamá Metropolitana.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 467 1/9/16 12:11

> Queda entonces comprobado que la autorización para socolar debe ser, en efecto, emitida por el INRENARE (hoy Autoridad Nacional del Ambiente) y que, tal como lo afirma el demandante, las autorizaciones verbales de los guardabosques no tienen ningún fundamento legal válido. El hecho de que este sistema haya estado o esté siendo utilizado por los guardaparques del área no exime de culpa al demandante, puesto que el mismo es conocedor del procedimiento establecido por ley, como lo señala su apoderada judicial en los hechos quinto y noveno de la demanda.
> (...)
> Es necesario dejar en claro, en conclusión, que el permiso no es válido sino hasta que la autoridad competente lo emite por escrito y talar o realizar cualquier otra actividad de ese tipo sin contar con la documentación correspondiente no puede ser permitido bajo el argumento de que es la práctica usual del área. Además, no consta en el expediente razón alguna por la cual el señor Torres no pudiera conseguir estos permisos adecuadamente".

6. Ecosistemas marinos:

Normativa:

Decreto-Ley n. 7 de 10 de febrero de 1998; que crea la Autoridad Marítima de Panamá entidad encargada de administrar los recursos marinos y costeros de la República de Panamá; Ley n. 21 de 9 de julio de 1980, que dicta normas sobre la Contaminación del Mar y Aguas Navegables; Ley n. 24 de 7 de junio de 1995, que establece la Legislación de la Vida Silvestre; Ley n. 44 de 27 de noviembre de 2006, que crea la Autoridad de los Recursos Acuáticos y unifica las competencias sobre los recursos marino-costeros, acuicultura, pesca y actividades conexas; Ley n. 4 de 1986, que aprueba el Convenio para la Protección del Medio Marino y la Zona Costera del Pacífico Sudeste y su Protocolo; Ley n. 42 de 5 de julio de 1996, que aprueba el Protocolo relativo a las Áreas y a la Flora y Fauna Silvestres especialmente Protegidas del Convenio para la Protección y el Desarrollo del Medio Marino en la Región del Gran Caribe, de 18 de enero de 1990; Ley n. 26 de 26 de marzo de 2003, que aprueba el Protocolo sobre Contaminación Procedente de Fuentes y Actividades Terrestres del Convenio para la Protección del Desarrollo del Medio Marino; Ley

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 468 1/9/16 12:11

n. 38 de 4 de junio de 1996 que aprueba la Convención de Naciones Unidas sobre El Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1988; Ley n. 13 de 5 de mayo de 2005, que establece el Corredor Marino de Panamá para la Protección y Conservación de Mamíferos Marinos.

Jurisprudencia:

- Corte Suprema de Justicia. Sala Tercera. Sentencia de veintisiete (27) de noviembre de dos mil ocho (2008)[46]. M. P. Winston Spadafora:

> "(…) Parque Nacional Marino Bastimentos (f. 84). Sobre este lugar, advertimos que está compuesto por un conjunto de islas e islotes de 13,226 hectáreas, en la Provincia de Bocas del Toro entre la Bahía de Almirante y la Laguna de Chiriquí. Fue el primer parque marino establecido en la República de Panamá y constituye una de las pocas áreas protegidas de América Latina que preserva en un mismo sitio arrecifes de coral y manglares, ecosistemas de playa, entre otras.
> En adición a lo expuesto, es el único parque que conserva una muestra de los ecosistemas marinos del Caribe de nuestro país. (Ver:). Es reconocido como lugar a través del cual se protege arrecifes de coral, praderas marinas, playas de anidación de tortugas marinas, cayos de manglar y, además, bosques insulares y se conserva la única laguna de agua dulce insular en las islas del archipiélago, la Laguna de Bastimentos.
> (…)
> En el caso del Parque Nacional Marino Isla Bastimentos, nos percatamos que está incluido en el listado de sitios que conforman el Sistema Nacional de Áreas Protegidas y se le dio la categoría de parque nacional mediante Resolución JD n. 022-88 emitida por el Instituto Nacional de Recursos Naturales Renovables. Es oportuno indicar, que a través de este documento legal se prohibió la realización de actividad alguna que ocasionara la destrucción de los recursos naturales renovables existentes en el Parque Nacional Marino Isla Bastimentos, salvo aquellas relacionados con la extracción de material biológico indispensable para realizar investigaciones científicas debidamente autorizadas y supervisadas por la autoridad competente. (Ver:).

46 Cfr. Proceso Contencioso Administrativo de Nulidad interpuesto por Rutilo Milton Vega y otro c. Res. DIEORA IA-218-2007 de 19 de junio de 2007 de la Autoridad Nacional del Ambiente.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 469 1/9/16 12:11

Expuesto lo anterior, nos referimos a la zona de amortiguamiento, afirmando que su afectación la determinan distintos elementos de prueba, y que este concepto se define como aquella "área periférica inmediata a un parque o reserva que tiene restricciones sobre sus usos para proveer una faja adicional de protección a la reserva natural en sí y para compensar a los aldeanos por la pérdida de acceso a las reservas estrictas..." En el caso particular del PNMIB (Parque Nacional Marino Isla Bastimentos), con el conocimiento actual del área circundante al área protegida, se considera que el entorno inmediato del parque, ya sea terrestre o marino, debe formar parte de esta zona (f. 72 del expediente administrativo). Conocida la importancia de conservar no sólo el hábitat del Parque Nacional Isla Bastimentos en Bocas del Toro sino también su área de amortiguamiento, destacamos que el estudio de impacto ambiental –cuya aprobación que se demanda ante esta Sala, tiene como finalidad describir las características de una acción humana y proporcionar los antecedentes fundados para la predicción, identificación e interpretación de los impactos ambientales, y describe, además, las medidas para evitar, reducir, corregir, compensar y controlar los impactos adversos significativos.

La acción humana requerida para la realización del Proyecto Red Frog Beach Club, Fase II en la Isla Bastimentos, según los elementos de prueba incorporados al proceso perjudicarán no sólo la flora y la fauna de la zona de amortiguamiento del Parque Nacional Marino Isla Bastimentos que es parte de la reserva de la biosfera de La Amistad, sino también su suelo y múltiples recursos de dicho parque. Las medidas de mitigación que contempla el proyecto no son suficientes para impedir que en los ecosistemas se produzcan cambios irreversibles ni para que las edificaciones afecten en forma no sustancial la capacidad de carga de la Isla Colón -lugar hasta el cual las personas tienen que llegar para después abordar una lancha la playa Red Beach en la Isla Bastimentos que alberga el Parque Nacional Marino de esta última isla (fs. 466 y 667 del expediente administrativo).

En este sentido, debemos mencionar que al realizarse el Proyecto Red Frog Beach Club, Fase I, la empresa constructora Pillar Panamá, S.A., taló árboles, rellenó áreas próximas al proyecto, fragmentó el hábitat de la rana y provocó erosión en las zonas costeras, por lo que los manglares se llenaron de sedimentos. Así consta en la Resoluciones N°ARBT 009-05, AG 0481/2007 y AG-526-08 de la Autoridad Nacional del Ambiente (ANAM) a través de las cuales se sancionó a Pillar Panamá, S.A., por

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 470 1/9/16 12:11

> ocasionar daño al ambiente e incumplir la normativa ambiental a través de su proyecto Red Frog Beach Club.
> (…)
> Determinado lo anterior, este Tribunal debe indicar que los impactos ambientales negativos e irreversibles de significación cuantitativa y cualitativa que hemos advertido ocasionará el Proyecto Red Frog Beach, Fase II sobre áreas aledañas al Parque Nacional Marino Isla Bastimentos y sobre el mismo parque, en efecto, contrarían las disposiciones legales del ANAM que establecen como una prioridad de este organismo conservar el hábitat original de especies y variedades silvestres, proteger bosques y conservar ecosistemas marinos, entre ellos: arrecifes de coral, estuarios, humedales y zonas de reproducción y cría".

7. Proceso de Estudio de Impacto Ambiental:

Normativa:

Ley n. 41 de 1998, General de Ambiente; Ley n. 30 de 30 de diciembre de 1995, que modifica la Ley n. 1 de 3 de febrero de 1994, sobre la Legislación Forestal; Decreto Ejecutivo n. 33 de 26 de febrero de 2007, que aprueba la Política Nacional de Supervisión, Control y Fiscalización Ambiental, sus principios, objetivos y líneas de acción; Decreto Ejecutivo n. 123 de 14 de agosto de 2009, reglamenta el Proceso de Estudio de Impacto Ambiental, modificado por el Decreto Ejecutivo n. 975 de 23 de agosto de 2012.

Jurisprudencia:

Corte Suprema de Justicia. Sala Tercera. Sentencia de dieciséis (16) de julio de dos mil diez (2010)[47]. M. P. Winston Spadafora:

> "La Ley General de Ambiente adoptada en 1998, establece ciertos instrumentos de gestión ambiental, entre los que podemos mencionar el proceso de evaluación de impacto ambiental que incorpora el Estudio

47 Cfr. Proceso Contencioso Administrativo de Plena Jurisdicción interpuesto por Agregados Nacionales, S.A. c. Res. AG-No.0505-2005 del 23 de septiembre de 2005.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 471 1/9/16 12:11

de Impacto Ambiental (EIA) como requisito previo para el inicio de la ejecución de cualquier obra o actividad realizada. De igual forma, establece responsabilidades civil, administrativa e incluso penal a quienes causen daños al ambiente o a la salud otorgando facultades a la Autoridad Nacional del Ambiente para imponer multas hasta por un millón de balboas, por el incumplimiento de las medidas de conservación ambiental establecidas para garantizar el desarrollo de los bienes ambientales del Estado de una manera sostenible y evitando causar el menor daño posible a las áreas naturales de nuestro país.

Cabe indicar, que el Decreto Ejecutivo n. 209 de 2006 que reglamenta el Estudio de Impacto Ambiental, obliga a que el mismo sea un requisito a cumplirse para toda aquella actividad, obra o proyecto nuevo que por sus efectos o ubicación pueda generar un riesgo ambiental y causar un daño al entorno natural donde se desarrolla o simplemente ponerlo en riesgo ambiental. De ahí que el EIA como instrumento de gestión ambiental, se le haya dado el carácter de requisito previo por cuanto debe ser presentado antes de causar la grave afectación ambiental por ser esta la manera como deben preservarse los bienes ambientales sin menoscabar el desarrollo de actividades de interés social como es la explotación de recursos naturales.

Como bien se conoce, los bienes ambientales del Estado son bienes de dominio público por tanto su explotación requiere la aprobación o autorización previa del Estado quien está obligado a garantizar y a fiscalizar que la misma se desarrolle de forma que afecte en el menor grado posible la sostenibilidad de los recursos ambientales o naturales que forman parte del patrimonio público y cuyo aprovechamiento está sujeto a la reglamentaciones respectivas.

Por otro lado, resulta de importancia aclarar que las Auditorías Ambientales (AA), como la practicada a la empresa demandante AGREGADOS NACIONALES, S.A., son aplicables a toda empresa pública, privada o mixta que en el desarrollo de su actividad comercial de explotación de recursos naturales esté generando un riesgo ambiental, y la misma debe efectuarse con la participación de la Autoridad Nacional del Ambiente, Unidades Sectoriales, las empresas privadas involucradas y los respectivos auditores ambientales, conformándose con ello un equipo interdisciplinario que evaluará las condiciones del entorno ambiental de la actividad y determinará si en efecto se ha sufrido un daño que rebase los rangos legales permitidos, puesto que toda actividad que involucre la explotación de recursos naturales, implica la afectación del ambiente

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 472 1/9/16 12:11

> y lo que debe procurar el Estado es que este sea con el menor impacto posible, de manera que la actividad sea sostenible en beneficio público.
> En efecto se comprueba, que la empresa AGREGADOS NACIONALES, S.A., realizaba actividades de explotación de material pétreo en el Río Pacora en virtud de permisos concedidos por parte del Estado, sin que estos alcanzaran el carácter de contratos de concesión. Tales actividades se realizaban en años previos a la creación de la Ley General de Ambiente por medio de la cual se estableció el Estudio de Impacto Ambiental como requisito previo a la realización de cualquier actividad o proyecto.
> De ahí que, en virtud de denuncias de contaminación y daño ambiental presentadas por un sector de la comunidad del Río Pacora, la Autoridad Nacional del Ambiente como entidad facultada para fiscalizar y sancionar a aquellos que incurran en actividades que dañen bienes naturales o los expongan a un deterioro severo, procedió a advertir sobre el requerimiento del respectivo estudio de impacto ambiental, a establecer sistemas de mitigación de cualquier afectación al medio ambiente y finalmente establece una sanción a la empresa AGREGADOS NACIONALES, S.A.".

8. Riesgo ambiental:

Normativa:

Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de 1992; Ley n. 41 de 1998, general de ambiente; Ley n. 1 de 3 de febrero de 1994, que establece la legislación forestal; Ley n. 24 de 23 de noviembre de 1992, que establece incentivos y reglamenta la actividad de reforestación en la republica de Panamá y modificaciones.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 473 1/9/16 12:11

Jurisprudencia:

Corte Suprema de Justicia. Sala Tercera. Sentencia de catorce (14) de mayo de dos mil cuatro (2004)[48]. M. P. Adán Arnulfo Arjona:

> "Ahora bien, el intento del apoderado judicial de la parte actora de argumentar la violación de las normas legales citadas, en un hecho de la naturaleza que califica como acto fortuito, pretende desconocer la obligación que le compete a la empresa VARELA HERMANOS, S.A., como consecuencia de las actividades relativas a la producción de bebidas alcohólicas, misma que consiste en tomar las medidas necesarias, a fin de prevenir cualquier daño al ambiente. Para hacer efectivo el derecho a un ambiente sano y por su medio a un entorno que permita el desarrollo de los seres humanos con salud y bienestar y la protección de los recursos naturales y públicos, debe procurar el fabricante –quien crea el riesgo de contaminación–, la prevención de cualquier hecho dañoso que pudiera sobrevenir del manejo de sustancias contaminantes.
> Es con respecto a las medidas de prevención de este tipo de contingencias, que la Administración indica que la empresa demandante no cumplió, a tal punto que, incluso no diseñó la capacidad de las tinas de oxidación considerando distintas variables, entre las que se encuentra la intensidad de las lluvias anuales, contraviniendo así las disposiciones legales en materia ambiental. Si bien la empresa demandante, se vio afectada por las intensas lluvias ocurridas en el área donde se mantienen las tinas de oxidación, no podemos obviar el hecho de que debieron tomarse las previsiones necesarias para evitar que ocurriera un derrame de vinaza, a causa del exceso de líquido contenido en las tinas.
> (…)
> Por el contrario, estima esta Sala que los elementos probatorios obrantes en autos, corroboran que la parte demandante fue negligente, ya que antes de suscitarse el incidente tuvo conocimiento sobre las limitaciones de capacidad de almacenamiento de sus tinas de oxidación, lo cual obviamente implicaba un riesgo de derrame que conllevaría a una afectación ambiental. Argumentar que era improcedente dar cumplimiento a las recomendaciones formuladas en un estudio de impacto ambiental que fue presentado ante la Autoridad Nacional del Ambiente para su aprobación, es a nuestro juicio un sustento carente de validez, ya que

48 Ibídem, pie de nota 27.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 474 1/9/16 12:11

a sabiendas de la imperiosa necesidad que existía de tomar las medidas tendientes a evitar un desastre ambiental, la empresa Varela Hermanos, S.A. debió extremar las medidas de seguridad, mediante una adecuación ambiental, que de conformidad con el artículo 2 de la Ley General de Ambiente de la República de Panamá, no es más que la serie de acciones de manejo o corrección destinadas a hacer compatible una actividad, obra o proyecto con el ambiente.

(…)

Con relación a lo expuesto en el párrafo anterior, dichos recortes de periódico no acreditan el extremo decisivo, alegado por la demandante, ya que luego de un análisis valorativo de las pruebas aportadas, concluimos que el accidente ocurrió porque las tinas contentivas de la vinaza no se encontraban en condiciones óptimas para resistir e impedir un derrame como el acaecido, riesgo ambiental que generó daños tales como la muerte de toda la fauna acuática en la Quebrada Pesé y se convirtió en un peligro latente de gran magnitud en contra del ambiente y de la salud poblacional, al punto que conllevó a una paralización del suministro de agua potable.

Como consecuencia de lo expuesto en el párrafo anterior, el IDAAN dejó de recibir en concepto de servicio de agua, la suma de aproximadamente B/.5,200.00 y la comunidad dejó de percibir aproximadamente 6,000.000 de galones de agua potable, ascendiendo a B/.3,223.39 el costo de tratamiento requerido para normalizar el agua y generando acciones de contingencia consistentes en el suministro de agua embotellada a los barrios populares del Distrito de Chitré, por el monto de B/.423.53".

V. PRINCIPALES PROBLEMAS MEDIO AMBIENTALES EN PANAMÁ

La protección del medioambiente y de los recursos naturales es un tema que en las últimas décadas ha ganado importantes espacios en la sociedad occidental. En la actualidad se sabe que los problemas ambientales derivados de los usos indiscriminados y poco razonables de los recursos naturales han dado origen a la denominada "crisis ambiental"; crisis que a su vez, se ha visto acentuada ante la presencia de cambios y fenómenos asociados a nuestros tiempos: climatológicos como también relacionados a "la desigual regulación a escala nacional de las actividades económicas que afectan al medio ambiente

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 475 1/9/16 12:11

por tener consecuencias indeseables sobre el buen funcionamiento de los intercambios en el mercado mundial"[49].

En Panamá, igualmente, se observan graves problemas ambientales que van desde la disminución de los recursos de bosque, la reducción de la diversidad biológica, erosión de las tierras agrícolas, ganaderas y forestales, la contaminación de las aguas internas y litorales, la diminución de los caudales de los ríos de la vertiente del pacífico, y el crecimiento urbano desordenado que impera sobre todo en el área metropolitana. Y esto a su vez, interacciona con circunstancias de deterioro social, expresadas en la pobreza que afecta a cerca de la mitad de la población del país y un crecimiento económico que demanda mayores cotas de recursos naturales[50].

Por su parte el más reciente Informe del Estado del Ambiente GEO 2009[51] da cuenta de elementos preocupantes como lo son el crecimiento desorganizado de las áreas urbanas, producto de la migración de población del campo a la ciudad, la afluencia de extranjeros y la intensificación del crecimiento del parque automotriz; así como establece que en la zonas marino-costeras se registra en los últimos años una importante pérdida de manglares en el Pacífico panameño, la reducción de los volúmenes de pesca comercial, junto a la incidencia de eventos de contaminación de relevancia como derrames petroleros y otro tipo de vertidos contaminantes. También señala la creciente producción de gases de efecto invernadero. En este sentido, advierte que la producción de gases de efecto invernadero (GEI) presentan un crecimiento importante en Panamá de 1990 a 2008. De hecho se estima que Panamá se coloca entre los veinte países con más GEI per cápita del planeta; situación que guarda relación con el crecimiento del parque automotriz, lo cual es considerado la segunda fuente de emisiones del país.

---

49 JUSTE RUIZ, José. Derecho Internacional del Medio Ambiente. McGraw-Hill. Madrid. 1999.

50 Vid. "Indicadores Ambientales de la República de Panamá". En: Autoridad Nacional del Ambiente, Panamá. Disponible en: <http://www.anam.gob.pa/images/stories/indicadores_2011/index.html> [en línea]. (Consultado 11/5/ 2013).

51 Vid. "Informe del Estado del Ambiente 2009". En: Autoridad Nacional del Ambiente. Disponible en: <http://www.pnuma.org/deat1/pdf/GeoPanama2009.pdf> [en línea]. (Consultado 8/9/2013).

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 476 1/9/16 12:11

Por otro lado, en lo que respecta al área forestal, se estima que de 1947 al 2000, la cubierta forestal del país se redujo de un 70 a un 45%[52]. A lo que ha contribuido un inadecuado uso de suelos, combinado con la pluralidad de factores relativos al ordenamiento territorial, inadecuadas prácticas productivas, la deforestación y los incentivos perversos de las políticas públicas –tales como el financiamiento de créditos para la ganadería extensiva, la compra de agroquímicos y las políticas comerciales, entre otras–; que han fomentado el aumento de la superficie de tierras degradadas que posteriormente deben ser abandonadas, destinadas a largos períodos de descanso para que las mismas vuelvan a ser productivas[53].

Dentro de la problemática planteada, la erosión y el deterioro de los suelos es uno de los factores ambientales a tener en cuenta, sobre todo si se observa que el proceso que se observa en Panamá es uno de los más severos de la región. Caracterizado por un proceso de degradación paulatino y creciente en buena parte de las cuencas, suelos y aguas; lo que ha traído de suyo desertificación y la merma en la capacidad productiva, con el consiguiente impacto social en las poblaciones que viven de la actividad agrícola. De hecho de acuerdo con estimaciones del PNUD, el 75% de las tierras del país poseen aptitud forestal y gran parte de las mismas han sido deforestadas, debido fundamentalmente a actividades agropecuarias (más de 2.5 millones de hectáreas).

Las razones anteriores, por mencionar algunas, constituyen la base de la moderna protección y administración medioambiental en Panamá, para la cual se tienen establecidas diversas responsabilidades y diversos niveles de decisión político-administrativa. Es así que como señala la doctrina, la protección del medio ambiente se configura a partir de una ordenación jurídica, generalmente, estratificada, pero fundamentalmente guiada por los instrumentos internacionales y los preceptos constitucionales que la informan mediante la consagración de derechos, principios y garantías de protección[54], lo que en el caso panameño emerge del Régimen Ecológico constitucional, la Ley n. 41 de 1998 y demás regulación complementaria y reglamentaria, así como de la implementación de políticas públicas; las más recientes la Estrategia Nacional

52 Ibídem.

53 Ibídem.

54 YARZA, Simón. Medio Ambiente y Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2011.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 477 1/9/16 12:11

del Ambiente-Gestión Ambiental para el Desarrollo Sostenible 2008-2012; el Plan Estratégico para la Implementación de la Política Nacional de Biodiversidad y el Plan Estratégico Nacional de Gestión Integrada de los Recursos Hídricos hasta el 2030.

VI. CONCLUSIONES

La Constitución de la República de Panamá reconoce puntualmente el derecho a un ambiente sano y una ecología equilibrada, el aprovechamiento de sus recursos renovables y aquellos no renovables a través de la edificación de sus respectivos reglamentos, no obstante, carece de un mecanismo procesal constitucional que garantice el derecho al ambiente de manera especifica, como sería el caso de un amparo ambiental. Sin embargo, preexiste la oportunidad de accionar en contra de las decisiones que tome la Administración respecto de permisos, concesiones entre otras, en donde el Estado deba otorgarlas, lo que con posterioridad permitiría al particular a consecuencia de la vulneración del derecho a un ambiente sano, dilucidarse a través de un amparo de garantías constitucionales, debido a que en Panamá se dirige en contra de servidores públicos y no así en contra de particulares. Finalmente, respecto de los derechos difusos o colectivos se observa, por parte de nuestra máxima Corporación de Justicia un enfoque más amplio al momento definir su admisión.

Por otra parte, en referencia a los tratados internacionales, estos hacen parte de la regulación interna al acogerse como una ley más de la República, con todas las discusiones y aprobaciones de las instancias respectivas; en adición Panamá evidencia su deseo de apoyar el tema ampliamente, no solo desde un punto de vista mundial sino también regional y hace énfasis en la protección del medio marino, lo que resulta obvio al encontrarse en medio de dos mares, considerando además su posición geográfica, que deriva en la elevada y constante afluencia del transito de buques que aumenta las probabilidades de una alteración en sus sistemas, de esta manera Panamá precisa resguardar su posición frente a las posibilidades de daño ambiental específicamente del medio marino, pero sin pasar por alto el resto de la tematica relacionada al medio ambiente.

Tal y como queda visto, pese a los esfuerzos el Derecho Ambiental Panameño no deja de ser una disciplina en formación, que no obstante, en los últimos años se ha visto especialmente reforzada a través de una variada legis-

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 478 1/9/16 12:11

lación que ha venido a complementar a la Ley n. 41 de 1998 así como a definir y/o especificar alguna otra temática relacionada o que incumbe en materia ambiental (v.gr. participación ciudadana etc.). Esta es una disciplina transversal, como así lo deja ver la diversidad de leyes, decretos y reglamentos que se han enunciado. En Panamá está es una disciplina que además tiene origen y se desarrolla como una necesidad y como una reacción del Estado frente a las presiones de la opinión pública, que exigen acciones concretas de prevención, mitigación y adaptación a causa del impacto y deterioro medio ambiente y de los recursos naturales en general.

En ese sentido, en lo últimos años, el desarrollo del Derecho ambiental se ha visto ampliamente favorecido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, sobre todo de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo; jurisdicción que se ha encargado de introducir preceptos y principios del Derecho internacional ambiental y de la doctrina, anticipándose incluso a la normativa legal.

No obstante lo anterior, el principal desafío que se presenta es de carácter institucional. La oportuna y continuada puesta en marcha de políticas públicas de protección ambiental constituye una de las principales falencias en Panamá, que sin embargo, se han intentado suavizar a través de la adopción de la Estrategia Nacional del Ambiente-Gestión Ambiental para el Desarrollo Sostenible y de programas como el Plan Estratégico para la Implementación de la Política Nacional de Biodiversidad y el Plan Estratégico Nacional de Gestión Integrada de los Recursos Hídricos hasta el 2030.

VII. REFERENCIAS:

AGUILAR, Grethel; IZA, Alejandro. "Derecho Ambiental en Centroamérica". IUCN. Serie de Política y Derecho Ambiental n. 66, Tomo I. Disponible en: <http://data.iucn.org/dbtw-wpd/edocs/ELC-017.pdf> [en línea]. (Consultado: 5/9/2013).

BENAVIDES PINILLA, Víctor. Compendio de Derecho Público Panameño. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. Bogotá. 2012.

CHANDECK, Lucía. "La Responsabilidad Administrativa Ambiental en Panamá". En VVAA: Memorias del Segundo Encuentro Internacional de

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 479 1/9/16 12:11

Derecho Ambiental. Director Semarnat, Instituto Nacional de Ecología, PNUMA, México, 2004.

FÁBREGA JORGE. "Estudios de Derecho Constitucional Panameño". En XXIV: Regímenes Ecológicos. Director Luis Huerta Dávalos. Coordinador Jorge Fábrega. Edit. Jurídica Panameña, Impresa por Editorial Texto Ltda., San José. 1987.

GONZALO, Borras. Convenio para Prevenir la Contaminación por los Buques MARPOL 73/78. Disponible en: <http://www.cetmar.org/documentacion/Convenios.htm> [en línea]. (Consultado 21/8/2013).

HARO, Ricardo. "A Medio Siglo de la Creación de la Acción de Amparo en la República Argentina. Conmemorando la creación del amparo en los casos "Siri" y "Kot" – 1957/58". Disponible en: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/a-medio-siglo-de-la-creacion-de-la-accion-de> [en línea]. (Consultado 26/8/2013).

HOYOS, Arturo. El Derecho Contencioso-Administrativo de Panamá (1903-2005): Una Introducción Histórica de Derecho Comparado y Jurisprudencial. Sistemas Jurídicos. Panamá. 2005.

JUSTE RUIZ, José. Derecho Internacional del Medio Ambiente. McGraw-Hill. Madrid. 1999.

MITCHELL MORÁN, Harley. "El Derecho ante las Nuevas formas de Contaminación". Ponencia presentada al X Congreso Panameño de Derecho Procesal (Santiago de Veraguas) – julio de 2013, Panamá, 2013.

PEÑA CHACÓN, Mario. Daño, Responsabilidad y Reparación del Medio Ambiente. Centro de Investigaciones Jurídicas. San José. 2006.

SÁNCHEZ FERNÁNDEZ DE GATTA, Dionisio. Sistema Jurídico-Administrativo de Protección del Medio Ambiente. Ratio Legis España. Salamanca. 2012.

SORIANO GARCÍA, José; BRUFAO CURIEL, Pedro. Claves de Derecho Ambiental II. Iustel. Madrid. 2011.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 480 1/9/16 12:11

USAID, ANAM, ADE. Aportes para la Administración de Justicia Ambiental. USAID-Panamá, Panamá. 2005.

VALLS, Mario. Derecho Ambiental. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 2008.

VÁSQUEZ RAMOS, Eliana. "El Derecho Ambiental en Panamá". En VVAA: El Derecho Ambiental en Latinoamérica y la Actuación del Ministerio Público. Organizadores Annelise Monteiro y Luciano Furtado Loubet. Rede Latino-Americana de Ministério Público Ambiental, Brasil. 2010.

WING, Félix. "Algunos Parámetros para la Incorporación de los Estándares del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en la Tutela Constitucional, Legal y Judicial del Derecho a un Ambiente Sano en Panamá". En VVAA: Derecho Administrativo Iberoamericano. Editor Jaime Rodríguez Arana et al. VIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Panamá, 2009.

YARZA, Simón. Medio Ambiente y Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2011.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 481 1/9/16 12:11

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 482 1/9/16 12:11

DIREITO DO AMBIENTE EM PORTUGAL

Fernando dos Reis Condesso[1]

RESUMO

Este capítulo versa sobre os componentes naturais, territoriais e culturais enquadrados no direito do ambiente em Portugal. Apresenta princípios. Explana orientações doutrinais e jurisprudenciais. Não deixa de se abordar temas concernentes aos princípios constitucionais da *transparência da informação,* da *participação cidadã*, relações entre áreas de direito do ambiente e o *direito de propriedade e de iniciativa empresarial*, relação entre interdições ambientais e *direitos a indemnização*, defesa da *natureza* e defesa de áreas protegidas. Tecem-se comentários sobre acórdãos relacionados com o *ruído*, *silêncio sanitário*, o direito *ao descanso, sossego, repouso, à saúde e a defesa de todas as faculdades psicossomáticas*. Aborda-se o tema do ambiente urbano. Ultrapassa-se o âmbito do direito administrativo especial, entrando-se no campo de matérias de normação horizontal. Descrevem-se os aspetos essenciais das novas leis de bases do ambiente e da lei de política de solos, ordenamento do território e urbanismo.

Palavras-chave: Ambiente. Princípios. Natural. Cultural. Urbano.

1 Catedrático da Universidade de Lisboa, doutor em Direito, doutor em Direito do Estado (Brasil); doutor em Administração Pública e Políticas do Território (planeamento territorial, Espanha); agregado em Ciências Jurídico-Politicas (Portugal); professor de "Direito Administrativo" geral; de "Direito do Ambiente, Ordenamento do Território e Urbanismo" e de "Estratégias Territoriais Comparadas" (Portugal), ex-professor V. de "Políticas Públicas de Desenvolvimento Económico-Social" e "Economia Ambiental" no Instituto Universitário de Ciências Ambientais da Universidade Complutense de Madrid e de "Direito da Arquitetura e do Urbanismo" da Faculdade de Arquitectura de Lisboa. *Site*: <http://condesso2011.no.comunidades.net/>

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 483 1/9/16 12:11

INTRODUÇÃO

Em geral, abordam-se neste texto elementos de componentes naturais, territoriais e culturais, explicitando princípios e orientações doutrinais, resultantes designadamente de jurisdições de direito público e cíveis. Na seleção de arestos constitucionais, destacamos temas fundamentais (tais como os concernentes aos princípios constitucionais da *transparência da informação*, da *participação cidadã*, às relações entre áreas de direito do ambiente e o *direito de propriedade e de iniciativa empresarial*, relação entre interdições ambientais e *direitos a indemnização,* defesa da *natureza* e defesa de áreas protegidas). Mas, também, entre os arestos ambientais da jurisdição administrativa aqueles a que a doutrina portuguesa[2] tem dado relevo e relativamente recentes. Do STJ, realço acórdãos civilistas sobre o direito do *ruído* (sobretudo, designadamente no meu comentário), face à despreocupação que a todos deve merecer a difusão de uma *cultura de relativo silêncio sanitário* e face à constatada *ineficácia social generalizada* (dedicando, em comparação com outros, um espaço mais amplo deste *direito multifacetado com efeitos hiperbólicos*, pluridisciplinares, que é o *direito ao descanso, sossego, repouso, à saúde e a defesa de todas as faculdades psicossomáticas* que não se compadecem com *ruído excessivo ou frequente*, protegido pelo regulamento do ruído).

Importante também é toda a temática do ambiente urbano, que aqui não pode ser tratada[3] [4]. Nos meios urbanos concentram-se agressões muito expressivas ao ambiente e à qualidade de vida. Ora, o tratamento dos problemas do "ambiente urbano exige que se ultrapasse uma abordagem sectorial"[5]. Impõe mesmo uma estratégia política global dos governos e da UE[6].

---

2 Vide, v.g., GOMES, Carla Amado. Direito do ambiente: Anotações Jurisprudenciais Dispersas. Disponível em: <http://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_jurisprudencia_final_comisbn.pdf>. (consultado em 5/11/2013).

3 Vide, CONDESSO, F. Direito do Ambiente. Coimbra: Almedina, 2001, e Direito do Ambiente:Normas, Doutrina, Jurisprudência, Questões Atuais, Almedina, 2014.

4 Sobre a degradação estético-cultural do ambiente urbano por demissão dos poderes administrativo e jurisdicional, remetemos para artigo sobre a estética urbana: CONDESSO, Fernando. "The problem of the aesthetic in modern law of the urbanism: a case of leakage systematic of the right for public administration and courts". Em VVAA: REIB, URJC, Madrid, 2011, e "O problema da estética urbana (…)", in Arte Pública: Novas Leituras da cidade criativa. Lisboa: Caleidoscópio, 2010, p. 68-80.

5 COM sobre o ambiente urbano da CE de 1990, p. 11. Sobre o "direito do ambiente urbano", CONDESSO, Fernando. Direito do Ambiente. Coimbra: Almedina, 2001, p. 1132-1212.

6 COM sobre o ambiente urbano da CE de 1990, p. 48 e ss.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 484 1/9/16 12:11

Os temas prioritários prendem-se com aspetos muito variados, que podem ir desde as zonas industriais abandonadas e as periferias urbanas à qualidade em geral do ambiente urbano, sendo certo que as áreas urbanas como centros de população e de atividade económica apresentam concentrações elevadas de poluentes. Os problemas são muitos, desde a poluição urbana, o ruído, a falta de espaços públicos e zonas verdes, até a falta ou os problemas de adequadas redes de abastecimento, saneamento e esgotos. É necessária uma permanente proteção e beneficiação do próprio ambiente natural das áreas urbanas, o planeamento urbano, a gestão adequada das águas, regras sobre a indústria nas zonas urbanas e uma correta gestão da energia urbana e dos resíduos urbanos[7].

De facto, as áreas urbanas concentram um amplo leque de poluentes, alguns cujos efeitos são prejudiciais à saúde, uns cancerígenos, outros criadores de doenças respiratórias, irritação dos olhos e da pele[8]. Em geral, exercem um efeito erosivo não só sobre o ambiente construído, como destroem o ambiente natural. Estes poluentes atmosféricos derivam, sobretudo, dos veículos a motor, da combustão de combustíveis fósseis para o aquecimento ou a geração de eletricidade e em geral da indústria. Em causa, o controlo das emissões ou a sua dispersão para fora do ambiente urbano[9]. Importa não esquecer que a proteção e a promoção de componentes ambientais depende e faz-se através do direito do ordenamento do território, do urbanismo e do património cultural, merecendo especial destaque a disciplina do ambiente urbano. A enformar por princípios resultantes da imposição constitucional de um Estado de Direito

7 Destacarei seis temas em que a legislação é *deficiente, insuficiente ou incoerente*: o da inconstitucionalidade de várias soluções o âmbito do acesso à informação (princípio da transparência da administração ambiental), o da lógica desviante e em geral da ineficácia teleológica das sanções financeiras, o da inadequação de certas previsões criminais, o da incoerência global da disciplina dos instrumentos de gestão territorial de aplicação plurisubjetiva face ao regime jurídico do direito da água, a problemática do direito humano à água, a da degradação estético-cultural do ambiente urbano por demissão dos poderes administrativo e jurisdicional e o da ineficácia aplicativa do controlo integrado da poluição na indústria.

8 V.g., "O monóxido de carbono proveniente dos escapes dos veículos pode formar-se em túneis ou garagens subterrâneas. Pode estar na origem de doenças do sistema respiratório, impedir a absorção de oxigénio pela hemoglobina e causar acidente vascular cerebral nos indivíduos idosos. Os hidrocarbonetos resultantes da combustão incompleta reagem com outros poluentes na presença da luz solar, do que resultam produtos de reacção que causam irritação dos olhos e doenças do sistema respiratório. Também reagem com o NO_X produzindo ozono, causador de respiração dolorosa, tosse e debilidade do sistema imunológico": p. 23-24 do COM da Comissão Europeia sobre o Ambiente Urbano.

9 A história revela-nos efeitos desvastadores da poluição atmosférica. Basta lembrar que o *smog* derivado de emissões em 1952 de SO_2 em Londres provocou a morte de 5 mil pessoas.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 485 1/9/16 12:11

Ambiental, não deixa de conter normas positivas, não só no domínio dos instrumentos da administração territorial, da planificação territorial, como mesmo no âmbito da legislação urbanística, quer do licenciamento urbanístico, em diplomas do regime geral sobre o loteamento e a edificação-construção, designadamente em diplomas especiais referentes ao urbanismo comercial (Decreto-Lei n. 218/97, de 20 de Agosto), urbanismo industrial (Decreto-Lei n. 109/91, de 15 de Março, alterado pelo Decreto-Lei n. 282/93, de 17 de Agosto, e Decreto Regulamentar n. 25/93, de 17 de Agosto, Regulamento do Exercício da Atividade Industrial), o urbanismo turístico e a defesa do património cultural. Os temas multiplicam-se: poluição atmosférica e favorecimento das energias não fósseis e direito do urbanismo, instalação de painéis solares, geradores eólicos e coletores solares térmicos, certas obras que interferem positivamente na qualidade de vida e no ambiente das zonas residenciais, campos magnéticos, elétricos e eletromagnéticos e direito do urbanismo; poluição dos solos e atmosférica no campo das instalações de combustíveis; defesa do ambiente no sistema de planeamento físico; em geral, a defesa do ambiente no direito da urbanização, da edificação, da reabilitação urbana, da regularização de obras inacabadas ou de construções ilegais e no regime jurídico da reabilitação urbana e no regime jurídico da reconversão das áreas urbanas de génese ilegal[10].

Tivemos que fazer opções. Nesta publicação, nos temas escolhidos e na sua estruturação concreta, orientamo-nos por uma seleção segundo critérios de relativo interesse dos temas na jurisprudência[11] e na doutrina, elegendo assuntos que permitam dar respostas a questões concretas de maior preocupação social. Num âmbito não apenas de direito administrativo especial, mas tendencialmente antropocêntrico e mesmo mais amplo no campo das matérias e da entrada horizontal por outras normações disciplinares, aceitando um conceito de direito ambiental em linha com o articulado da Constituição, da lei de bases do ambiente e da lei de política de solos, ordenamento do território e urbanismo (nova orientação agregadora destas matérias), e, em geral, o tradicional direito do ambiente de fonte unionista europeia. Todos ultrapassando

10 Vide, CONDESSO, Fernando. "Proteção e promoção de componentes ambientais no direito do ordenamento do território, do urbanismo e do património cultural. Direito do ambiente e Ambiente urbano". In: Direito do Ambiente. Coimbra: Almedina, 2015, p. 151-190.

11 A exposição da jurisprudência segue o seguinte método: assunto (matéria factual), referência (identificação da decisão jurisdicional: n. do acórdão, secção, processo, relator e data), normação invocada/aplicável, factualidade, fundamentação doutrinal, decisão e comentário do autor.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 486 1/9/16 12:11

bem uma mero conceito naturalocêntrico do ambiente. Transmite-se aqui uma leitura do direito ambiental construído a nível nacional, não se ultrapassando a enunciação das políticas e dos direitos intergovernamental ou supranacional ou a mera referência a ciências auxiliares, na linha do primeiro tratado sobre Direito do Ambiente, publicado pelo autor em 2001.

1 Direito português do ambiente. Debate sobre o objeto

1.1 Ontologia, ergonologia e nomologia na Constituição ambiental[12]

O direito português do ambiente é enquadrado por várias normas da lei fundamental. A Constituição (CRP) refere-se a esta matéria em variados artigos (Arts. 9.º, 52.º, 65.º, 90.º) e, sobretudo, diretamente, no art. 66.º. O art. 9.º enuncia como *tarefas fundamentais* do Estado, não só a promoção do *bem-estar e qualidade de vida do povo*, como a efetivação *dos direitos ambientais* (mediante a

12 Etimológicamente, *ontologia* deriva de o que é (o ser, o ser das coisas); e *ergonologia*, de função, parece adequada para traduzir a ideia de função que cabe ao Direito. No tema da sua funcionalidade, não precisamos de recorrer à visão instrumental, ínsita ao pensamento marxista clássico, e sua perspetiva conflitualista do Direito que teria sempre origem e finalidade de legitimar essa conflitualidade social, para admtir que há várias perspectivas, que não se excluem, justificativas da existência do direito, afirmando-se a partir da natureza ontológica desta realidade social, com destaque especialmente para as perspectivas conflitualista, plurifuncionalista, conservacionista, prospectiva e reformista, e que todas elas são úteis à compreensão dos ordenamentos ambientais. Tudo, sem prejuízo de a abordagem que parte dos conflitos de interesses nos introduzir no tema das controvérsias económicas e jurídicas, enquanto, portanto, os *conflitos idiotéticos*, presos àquilo que pertence essencialmente a uma pessoa, à personalidade, importa ter presente a noção de "conflitos a promover", essencialmente já não com posicionamentos de abstenção, passivos, neutrais, mas ativos, positivos, que nos levam ao debate sobre os direitos humanos, o que cada vez mais está presente no domínio ambiental. Na primeira postura, apontando meramente para a autodesconflitualização no processo relacional, o direito preverá normas *diagogéticas* e mesmo *diquéticas* (mas não *onomáticas*, de regulação material do problema), se não existir nenhuma exigência social de imposição de uma dada solução substantiva concreta do conflito. Não deixa de se referir que para uma *teoria da fun*ção *integrativa*, a plurifuncionalidade normal do direito é um facto que se afirma a partir de uma *concepção existencial pacífica* da sociedade, sem conflitos, na linha desenvolvida por Durkheim, Max Weber, Parsons e outros sociólogos, em que a sociedade é concebida como um todo equilibrado e não um mundo de tensões extremas em que o direito encobriria ou legitimaria o conflito (como está subjacente numa teoria conflitualista). Na concepção plurifuncional, mitigadora dos elementos funcionais do conflito, o direito aparece com o instrumento atenuador dos potenciais elementos de conflito, facilitando as relações sociais, ao prevenir ou reprimir comportamentos desviados.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 487 1/9/16 12:11

transformação e a modernização das estruturas económicas e sociais, a proteção e a valorização do *património cultural, a defesa da natureza e do ambiente, a preservação dos recursos naturais,* assim como a *prossecução de um correto ordenamento do território*[13] [als. d) e e)]. O art. 65.º, ao tratar da habitação e do urbanismo, atribui ao Estado, regiões político-administrativas (Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira) e poderes administrativos locais ("autarquias") a tarefa de definirem as "regras de ocupação, uso e transformação dos solos urbanos"[14],

13 O *direito do ordenamento do território* disciplina a atuação da Administração para assegurar, num dado território, uma distribuição racional das atividades humanas. É o direito concretizador da política de ordenamento do território, resultante da Carta Europeia de Ordenamento do Território e da Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e Urbanismo. O seu objetivo geral é criar e estimular as condições de ocupação, uso e transformação do solo favoráveis a um desenvolvimento social e económico *coerente, equilibrado e resiliente* das várias áreas do país. Em conexão com ele temos o *direito dos solos*, concretizador da política nacional sobre os solos, a qual, em relação aos solos para aproveitamento urbano, vem dotar a Administração Pública de instrumentos para prosseguir os objetivos urbanísticos fixados nos planos, evitar a especulação imobiliária, propiciando a oferta de terrenos em quantidades e preços razoáveis, e permitir a solução do défice habitacional.

14 Matéria do direito em parte específico, de planeamento físico, em parte do *direito do urbanismo* em sentido estrito. Mas, de facto, cada vez mais o ambiente e o fenómeno urbano aparecem indissociáveis. O ambiente do Homem nos países europeus, como vai ocorrendo noutras partes do mundo, é já o ambiente urbano. Na maioria dos Estados Europeus, a principal condição humana já é a condição urbana. E, em Portugal, embora os níveis de urbanização não sejam tão elevados, como na média europeia, são já bastantes significativos e crescentes. Decorre desta condição que uma preocupação dominante em qualquer cenário de desenvolvimento é viver melhor nas cidades. Mas se o Homem Europeu vive em cidades, para viver melhor terá que ter melhores cidades. A qualidade de vida nas cidades depende da qualidade do Ambiente Urbano. Outra razão, mais ligada às problemáticas do Ambiente em geral, é que é nas cidades que se geram muitos dos *problemas associados à poluição*, porque é aí que o homem produz, ou seja, as cidades são focos e fontes de problemas ambientais, mas, por outro lado, é também nelas que se devem procurar as soluções de muitos dos problemas do Ambiente, até *problemas transfronteiriços*, originados pelas emanações originadas em torno das grandes cidades. Por isso, as políticas ambientais devem integrar a *componente urbana*. Também é importante que a *metodologia do Ambiente* (a visão sistémica das questões ambientais e que constitui, hoje em dia, uma ciência) aborde o tratamento das *questões da cidade*. O *habitat* do homem, o seu espaço cultural, é a cidade, pelo que é necessário procurar aplicar à cidade a metodologia das questões ambientais. Há que trazer a perspetiva dos ambientalistas à solução de alguns problemas urbanos. Outro motivo para o tratamento *dos problemas do ambiente urbano*, a nível comunitário europeu, é a grande semelhança entre as cidades europeias quanto aos problemas ambientais com que se debatem, semelhança que se deve a terem tido quase todas processos muito semelhantes de crescimento, desenvolvimento e envelhecimento. As cidades europeias e a sua vivência são *património cultural europeu* da maior relevância e, portanto, a conclusão que a Comissão Europeia propõe para reflexão é que o problema do ambiente nas cidades europeias oferece uma oportunidade grande à *cooperação* entre Estados. Aliás, o *ambiente urbano*, se é hoje um dos temas de política comunitária, porque, na União Europeia, cerca de 80% da população vive em cidades. As *áreas urbanas* são os locais onde os problemas do ambiente mais afetam a qualidade de vida dos cidadãos. As *tendências demográficas*, incluindo a evolução da população, a *dimensão dos agregados*

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 488 1/9/16 12:11

destacando como seus instrumentos essenciais o *planeamento territorial*[15] no âm-

familiares e a ocupação do espaço, continuaram a levar ao aumento *das pressões nas áreas urbanas*. Embora, de acordo com o *princípio da subsidiariedade*, a responsabilidade pelas *medidas de defesa, de correção e de melhoria da qualidade do ambiente urbano* recaia sobre as autoridades competentes, essencialmente as autoridades locais. Mas a Comunidade também tem preocupações neste âmbito. Parte da sua legislação sobre o ambiente, por exemplo as diretivas relativas à incineração de resíduos urbanos (Diretiva 89/369/CEE e Diretiva 89/429/CEE) e ao tratamento de águas residuais urbanas (Diretiva 91/271/CEE), bem como muitas *atividades desenvolvidas através dos fundos estruturais*, levam-na inevitavelmente a desempenhar um papel importante no desenvolvimento das cidades. Os *transportes, a energia, a indústria e, nalguns casos, o turismo* constituem as principais atividades sectoriais com impacto na qualidade do ambiente urbano e que, ao mesmo tempo, podem se beneficiar significativamente de um ordenamento racional e de uma gestão sustentável das áreas urbanas (CONDESSO, Fernando."Desenvolvimento rural, património e turismo". In: Cuadernos de desarrollo rural, International Journal of Rural Development, n. 8, (66), enero-junio 2011, p. 197-222. Revista indexada en ISI). Já, em 1990, o Livro Verde sobre o Ambiente Urbano (COM (90) 218, de 27/6/1990) apontava ações (*ordenamento do território urbano e rural, otimização da gestão do crescimento industrial e económico do consumo de energia e da produção de resíduos, racionalização do tráfego urbano incluindo a melhoria dos serviços de transportes públicos, proteção e valorização do património histórico das cidades e criação de espaços verdes*).

15 Numa *abordagem macrotipológica do planeamento*, da distinção entre *planos económico-sociais e territoriais-urbanísticos*, importa referir a importância dos *fatores espaço e tempo* na sua programação. Em termos teóricos, um plano visa inserir certos objetivos na evolução temporal das coisas, valorizando simultaneamente a abordagem espacial. O planeamento económico-social liga-se a projeções temporais (plano anual e a médio prazo: art. 92 da CRP) e a âmbitos territoriais [planos nacionais e regionais: arts. 229, n. 1, al. o), 234, n. 1, e 258 da CRP]. Trata-se da procura da realização de situações de estacionamento e de desenvolvimento. Mas, umas vezes, o tempo do fazer orienta tudo o que se passa no território, e daí que a estratégia planificadora se paute pelo fator tempo. Desenvolve-se num dado tempo previsto. E serve *objetivos de transformação*. E, portanto, de desenvolvimento social. Embora sem deixar de realizar situações de ordenamento. Temos uma planificação de desenvolvimento: planos de desenvolvimento económico-social, refere a Constituição. Os *planos de atividades* das pessoas coletivas infraestaduais são também desta natureza, dispondo no tempo (anuais e plurianuais), e no território, desde logo sobre desenvolvimento económico-social, v.g. do município [enquadrados pelos planos municipais de urbanismo] etc. Outras vezes, o tempo passa pelo fazer das coisas, assentes num quadro operativo físico, o território, sendo sobretudo essencial que o tempo das coisas, aí a realizar, não venha antes do tempo de as pensar, de as programar. De as ordenar no espaço. Embora também ao serviço do desenvolvimento social. Temos a planificação de ordenamento. E, por isso, podemos, em termos de macrotipologia, distinguir *dois grandes tipos de planos*, *os económico-sociais e os territoriais*. Os primeiros resultantes de uma *atividade planificadora estratégico-temporal*. Os segundos, de uma *atividade planificadora estratégico-espacial*. Em boa verdade, o *fator tempo e espaço* têm tal importância no *planeamento urbanístico*, que talvez se justificasse uma *subdistinção teórica* entre o *ordenamento territorial geral e o ordenamento urbanístico*, em termos de concretização de um *planeamento estratégico-espacial* e de um *planeamento estratégico-espacial-temporal*. Para acentuar a maior importância do fator tempo no primeiro. Mais do que instrumento de enquadramento, também *instrumento de programação*, *faseamento, escalonamento temporal*. De *temporalizarão da planificação territorial*. O planeamento territorial em geral tem o território como conteúdo, por visar agir diretamente sobre ele. É um *planeamento físico*. O *planeamento económico-social* aparece *subordinante ou subordinado*, como efeito *condicionante ou induzido* do planeamento territorial. Já o planeamento económico é uma *atividade definidora*, dentro de quadros temporais previstos, de *objetivos e de meios* que visam o *desenvolvimento económico-social*.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 489 1/9/16 12:11

bito do direito do ordenamento do território e do urbanismo. E autorizando as *expropriações dos solos* necessárias à satisfação de fins de utilidade pública (n. 4)[16]. Nesta linha, o art. 90.º vem impor que os próprios *planos de desenvolvimento económico e social* tenham por *objetivo* promover a coordenação da política económica com as *políticas de defesa do mundo rural, de preservação do equilíbrio ecológico e da defesa do ambiente e qualidade de vida*. Importantes são ainda, como normas de aplicação geral, os arts. 52.º e 268.º, n. 2. O primeiro veio impor legislação específica que confira "a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa", um *amplo direito de ação popular* (que garanta designadamente a devida indemnização dos lesados), em geral visando promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infrações (não só atentatórias da saúde pública e direitos dos consumidores, como da qualidade de vida), e a preservação do ambiente e do património cultural (al. a, n. 3, art. 52.º). Quanto aos n. 1 e n. 2 do art.268.º, embora com caráter geral, vem consagrar *direitos e garantias dos administrados*, de extrema utilidade para a defesa de valores ambientais, não só no *plano corretivo*, como sobretudo *preventivo* e *precautivo*. Aí se consagra, como direito fundamental, o *direito de se ser informado* pela Administração, não só sobre o andamento dos processos em que se seja diretamente interessado (e o Código de Procedimento Administrativo tal como o Código de Processo nos Tribunais Administrativos vêm consagrar um *conceito amplo de interessado*, integrando todos os titulares de *interesses difusos:* n. 1), assim como também o direito de acesso aos "arquivos e registos admi-

16 Em geral, as *regras fundamentais* do instituto português da *expropriação* são as seguintes: o seu objeto são bens imóveis e direitos a eles inerentes (direito de propriedade, outros direitos reais – usufruto, superfície, uso e habitação e servidões prediais – ou direitos obrigacionais, v.g. o direito de habitação). Os seus *pressupostos de legitimidade* são: o *princípio da legalidade* (só é possível com base na lei); o *princípio da utilidade pública* (por causa de utilidade pública compreendida nas atribuições da entidade beneficiária); o *princípio da interdição de excesso* (necessidade, adequação e proporcionalidade); e o *princípio da garantia patrimonial* (indemnização justa, isto é, compensação total do valor do bem, medido pela quantia que seria recebida na alienação livre no mercado, descontando os fatores especulativos).

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 490 1/9/16 12:11

nistrativos", com exceções muito limitadas[17]. Mas é o art. 66.º da CRP[18], com a significativa *epígrafe "Ambiente e qualidade de vida"*, que consagra o *direito de todos* "a um ambiente de vida *humano, sadio e ecologicamente equilibrado* e o *dever* de o defender", incumbindo-se o Estado de, no quadro de um desenvolvimento sustentável, o garantir "por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos".

A *tipologia das normas ambientais* resulta, em grande parte, de elas nascerem "enformadas" por *orientações axilares, impostas* pela *Constituição* de 1976-1982 e pela *União Europeia*[19] [20]. Aqui *não há Estado liberal mínimo*. O Estado

17 De base também constitucional, expressos ou imanentes a outros valores aí consagrados, todos já densificados na lei. Desde logo, a primeira legislação, a Lei n. 65/93, de 26/8, complementada pela Lei n. 8/95, de 29 de Março (ambas, fruto de propostas de lei do autor), que integraram as expressas (relativas à segurança interna e externa, à investigação criminal e à intimidade das pessoas), e, numa conceção de limite imanente resultante de outros valores constitucionalmente previstos (referentes à vida interna das empresa)s, o que o Tribunal Constitucional viria a coonestar em posterior Acórdão de 1999, o ATC 254/99. A LADA de 1993 foi ainda objeto de alterações introduzidas pela Leis n. 94/99, de 16 de Julho, e n. 19/2006, de 12 de Julho. Atualmente, a matéria foi transferida para dois diplomas e com algum sentido de retrocesso no domínio da transparência, as Leis n. 46/2007, de 24 de Agosto de 2007 (LADA, mas com novo âmbito mais vasto, passado a ter uma parte que trata da comercialização de dados públicos) e a Lei n. 19/2006 de 12 de Junho (acesso à informação ambiental): vide críticas em CONDESSO, Fernando: obras citadas e editadas pela Dykinson, Madrid, Espanha, 2011, e Lambert Academic Publishing GMBH & CO. KG, Saarbrücken, Alemanha, 2012.

18 Art. 66 CRP: "1. Todos têm *direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado* e o *dever de o defender*. 2. Para assegurar o direito ao ambiente, no quadro de um *desenvolvimento sustentável*, incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos: a) Prevenir e controlar a *poluição* e os seus efeitos e as formas prejudiciais de *erosão*; b) Ordenar e promover o *ordenamento do território*, tendo em vista uma correta localização das atividades, um equilibrado desenvolvimento socioeconómico e a *valorização da paisagem*; c) Criar e desenvolver *reservas e parques naturais e de recreio*, bem como *classificar e proteger paisagens e sítios*, de modo a garantir a *conservação da natureza* e a preservação de *valores culturais de interesse histórico ou artístico*; d) Promover o aproveitamento racional dos *recursos naturais*, salvaguardando a sua capacidade de *renovação e a estabilidade ecológica*, com respeito pelo *princípio da solidariedade entre gerações*; e) Promover, em colaboração com as autarquias locais, a *qualidade ambiental das povoações e da vida urbana*, designadamente no *plano arquitetónico* e da proteção das *zonas históricas*; f) Promover a *integração de objetivos ambientais nas várias políticas de âmbito sectorial*; g) Promover a *educação ambiental* e o respeito pelos valores do ambiente; h) Assegurar que a *política fiscal* compatibilize desenvolvimento com proteção do ambiente e qualidade de vida".

19 A revisão geral do texto constitucional, em 1982, foi efetivada por proposta da respetiva comissão parlamentar, de que o autor foi primeiro vice-presidente e coordenador por parte do partido maioritário, três anos antes de ter terminado o processo de adesão à CEE e em 1 de Janeiro ter integrado o primeiro elenco de deputados portugueses ao Parlamento Europeu.

20 A UE, aliás, é fortemente influenciadora do direito internacional e, pela via deste, da mais ou menos intensa normação a nível mundial.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 491 1/9/16 12:11

está sujeito a respeitar o *direito ao ambiente* (com o *controlo do tribunal constitucional* sobre o poder normativo, que contrarie os valores consagrados na nossa *Grundnorm*), além de comprometido a *prestações* cujo cumprimento traduz regulações que, logo que possam e de facto comecem a ser aplicadas[21], se posteriormente omitidas ou questionadas normativamente, implicam "omissão específica", a qual, face ao *princípio da não regressão dos direitos fundamentais sociais*, viabilizam diretamente o desencadeamento do mecanismo de controlo da inconstitucionalidade[22]. A defesa do ambiente legitima *restrições ao direito*

21 Característica de um direito assente em *vertentes múltiplas e complementares* e igualmente importantes, cuja *concretização prestativa*, defensiva ou corretiva exige disciplinas legais próprias, não ficando cumprido o imperativo regulador da Constituição com uma normação genérica. No entanto, a água (matéria de *regulação ambiental vertical*), uma vez declarada já pela ONU como um *direito do homem*, componente de um específico direito fundamental, dentro do próprio direito do ambiente, assumido na ordem jurídica pela via aberta no art. 16, 2 da CRP, mais exigente e de aplicabilidade direta (regime dos DLG, tal como o direito fundamental de natureza análoga aos DLG de acesso à informação: art. 268, 2), tal exige hoje legislação que garanta o *mínimo de consumo* (nos termos apontados pela OMS) mesmo às pessoas com rendimentos deficientes que a não possam pagar (vide: CONDESSO, Fernando. "El marco orgánico y de gestión y el modelo jurídico fijado para la Administración del agua en Portugal". Em VVAA: Planificación y Gestión del Agua ante el Cambio Climático: Experiencias Comparadas y el Caso de Madrid. Ángel Menéndez Rexach (Dir.). La Ley. Madrid, 2012, p. 341-384.

22 Em termos de características atuais do direito do ambiente, é um direito recente, novo, também ainda não sedimentado, mesmo dogmática e conceptualmente, nem fechado em termos de objeto. Em grande parte, integrando e vivendo da diversificada tipologia da intervenção administrativa, embora com especificidades na sua construção científico-jurídica. E é ainda um direito disperso por um número extenso de diplomas normativos e normas avulsas. Portanto, não codificado. O livro da Editora Almedina de 2001 (Fernando dos Reis Condesso, Direito do Ambiente) traduz uma tentativa, a primeira em Portugal, de, através de uma seleção e sucessão ordenada de áreas normativas da matéria tender a abrir caminho à reflexão para a estruturação de uma visão unificadora da mesma, no que tange pelo menos a normas de direito público, questionável como todas as propostas codificadoras, mas que não teve seguimento, nem pela doutrina nem pelo legislador. Mesmo as suas regulamentações verticais constam de normas dispersas de acordo com as diferentes matérias. E devido à sua também horizontalidade, amplia-se bastante em muitas normas avulsas, extravagantes, isoladas em diplomas, que visam regular diversos aspetos da vida em sociedade, das atividades humanas, designadamente, no campo económico, sanitário, ordenamental, urbanístico e do patrimonial cultural. Além disso, é um direito de base e terminologia científica, o que força a sua nota de direito experimental e revisível por natureza (dado o aprofundamento contínuo dos conhecimentos sobre ecologia e das tecnologias para responder aos vários problemas) e pelas limitações da sua concretização (confiscada pela génese negocial das suas normas de "mínimos", os normalmente tolerados pelas organizações económicas, mas com permissões acima do que, em cada momento normativo, já se devia considerar necessário em face das exigências ecológicas). Em Portugal, só a partir de 1971 se começou a tratar autonomamente os problemas relacionados com a defesa do ambiente, sendo criada uma Comissão Nacional do Ambiente, que ficou integrada na Junta Nacional de Investigação Científica e Tecnológica. E a partir de 1973, Portugal começa claramente a demonstrar interesse pelos problemas do ambiente como se constata designadamente pela elaboração de um projecto de lei – quadro do ambiente. Em geral, é essencialmente um

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 492 1/9/16 12:11

de propriedade[23] *e a direitos de iniciativa e expressão empresarial*[24]. Os deveres do Estado especificamente constitucionalizados e enfatizados com a inclusão da defesa do ambiente como tarefa fundamental deste, consistem essencialmente em quatro importantes incumbências (Art. 9º): a defesa dos espaços naturais de maior valor[25]; o ordenamento do espaço territorial; a gestão da utilização dos recursos naturais[26] e a intervenção nos espaços ambientalmente degradados[27]. Não pode, ainda, deixar de se destacar que o *direito de impedir ou corrigir, preventiva ou sucessivamente, a degradação do ambiente* está reconhecido a todos os cidadãos e organizações, em conformidade com a natureza do bem ambiental, justificando mesmo o exercício do *direito de resistência* em face da Administração ou de concessionários de bens (como é o caso da água) ou de servi-

direito administrativo vertical (de fontes nacionais, intergovernamental – e, portanto, direito internacional – e unionista europeia), além de se expandir para áreas do direito administrativo com interesse ou com nomas avulsas de defesa de interesses ambientais: direito da saúde, direito do consumo, direito do ordenamento do território, direito do urbanismo (posições interditadoras ou condicionadoras em planos e obras particulares, com exigências de licenças ou de comunicações pré-operativas à administração urbanística, para efetivar urbanizações, loteamentos e edificações); direito do património cultural, direito dos bens do domínio público (designadamente, hídrico); direito administrativo da economia (especialmente o direito agrário, o direito industrial e também o direito público do comércio (CONDESSO, Fernando, em "O Comércio Retalhista e o seu Regime Jurídico". (Estudo monográfico sobre o direito público do comércio), na Revista Meridionália, Beja, 2001, n. 3, 2001, p. 9-54), v.g., condicionantes à implantação de hipermercados ou centros comerciais, eventualmente com exigências de estudos de impacto ambiental etc.). Mas não dispensa o recurso a normas de outros ramos, como as civilistas e criminais. Não pode negar-se a sua vocação pluridisciplinar, de natureza eclética. Cruza, na sua defesa ou na defesa dos cidadãos perante as agressões sofridas, mesmo pelas entidades públicas, não só o direito público como o privado (direito civil ambiental, se estão afetados interesses de ordem particular, onde historicamente apareceram colocadas as primeiras normas ambientais, sobre fumos e cheiros agredindo as relações de vizinhança; institutos de ressarcimento dos danos, responsabilidade civil e direito "internacional privado": normas constantes do código civil).

23 Estamos perante verdadeiras "restrições ambientais", isto é, restrições e servidões ambientais, interdições e condicionamentos de direito administrativo, por razão de interesse público ambiental.

24 Designadamente, às possibilidades de construção, configuradas apenas como faculdades dependentes do conteúdo de normas interditadoras e circunscritivas para o exercício do *ius aedificandi*, como são as normas de proteção do ambiente e outras exigências, tais como "aprovações" administrativas expressas no planeamento territorial em geral e no planeamento ambiental, que integra regulamentos que densificam as diferentes faculdades construtivas na propriedade urbana e, em Estado Social, criam outras imposições na propriedade em geral.

25 Territórios naturais, rios, lagos e mar, orlas costeiras etc.

26 Ordenamento da implantação urbana e industrial e da exploração agrícola e florestal

27 Regeneração de rios poluídos, replantação de florestas incendiadas e interdição de nelas construir, recuperação de áreas urbanas degradadas, reconversão de áreas urbanas de génese ilegal etc.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 493 1/9/16 12:11

ços públicos. Cabe à lei definir os termos do seu exercício, que integra vários domínios de atuação, desde ações de manifestação e ações de representação individuais ou coletivas (ao abrigo dos *direitos gerais de manifestação e petição*), *acesso à informação ambiental, meios impugnatórios administrativos* (reclamações e recursos hierárquicos ou tutelares), *meios jurisdicionais* (desde a impugnação contenciosa dos atos administrativos, o acionamento dos meios de *proteção penal* e a *ação popular*[28], pública ou cível, para defesa do ambiente e execução do princípio poluidor-pagador)[29]. Este, de qualquer modo, porque já não evita o mal, não pode dispensar outras técnicas jurídicas com maiores virtualidades no domínio da prevenção de lesões ambientais[30-31].

A *constituição ambiental formal e material* e as normas que ela implica traduzem uma normação muito ampla. Em geral, na sua linha de orientação, se quisermos defender um *conceito material integral*[32], teremos uma *tríade dos elementos* implicados, *naturais, sociais e territoriais* (ordenamento do território, meio urbano[33] e infraestruturas, transportes, património cultural[34] etc.). Sem

28 Art. 52 (*Direito de petição e direito de acção popular*).

29 CANOTILHO, José Joaquim Gomes (coord. científica); SANTOS, Cláudia Maria Cruz; DIAS, José Eduardo de Oliveira Figueiredo; ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. Introdução ao Direito do Ambiente. Universidade Aberta. Lisboa, 1998, p.146.

30 Matéria a que nos referimos em Direito do Ambiente, Coimbra: Almedina, 2001: o procedimento de avaliação de impactos ambientais, a colaboração dos consumidores através da ecoetiqueta, a ecoauditoria, a ecogestão e ecocontabilidade, além das técnicas fiscais etc.

31 Vide mais abaixo a problemática da comutação de coimas e multas por medidas alternativas voluntárias. Com efeito, mesmo com determinação do *poluidor*, a este (v.g., se for industrial) pode ser financeiramente preferível indemnizar a inovar tecnologicamente. Nestas situações, as *indemnizações* são configuradas em termos relativos, como custos menores, em termos de *montante e de momento* de desembolso (aliás, alongado desde logo pela morosidade dos tribunais), mesmo que se se tivesse como certa a condenação no seu pagamento (o que a dificuldade de prova e a impossível democratização do acesso à justiça em termos de condições de igualdade no mérito do exercício da procuradoria, não assegura).

32 Na linha da Lei de Bases do Ambiente (texto já da década de oitenta, fundamentalmente da autoria do arquiteto Ribeiro Teles e em cuja elaboração o autor participou) e não só.

33 Em geral, CONDESSO, Fernando; CONDESSO, Catarina. "Urbanismo sustentável". Em Direito do urbanismo. Quid Juris. Lisboa, 1999, p. 141-209; "The problem of the aesthetic in modern law of the urbanism: a case of leakage systematic of the right for public administration and courts". Em VVAA: Revista Electrónica Iberoamericana, Centro de Estudios Iberoamericanos, URJC, Madrid, Vol. 4, n. 1, 2011 <http://www.urjc.es/ceib>, p. 38-57.

34 CONDESSO, Fernando (dos Reis). "Desenvolvimento rural, património e turismo". Em VVAA: Cuadernos de desarrollo rural, International Journal of Rural Development, 8, (66), enero-junio 2011, p. 197-222, Facultad de Estudios Ambientales y Rurales, Instituto de Estudios Rurales, Departamento

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 494 1/9/16 12:11

o que[35] o direito não cobriria o espectro das exigências atuais de regulação jurídica, como se o mundo pudesse ser visto sem a intervenção reconformadora do homem, ele mesmo destinatário do direito[36] e o objeto central dos efeitos das condutas humanas face aos elementos naturais da vida e à sua *retroação imediata* ou *a posteriori* sobre a natureza e os próprios homens. Face ao *texto constitucional*, legislação nacional básica, e ao direito unionista europeu que se lhe sobrepõe, temos um *conceito bastante amplo.* Ou seja, não só um *direito vertical do ambiente*, mas também planos de *interferência horizontal*, integradores de preocupações ambientais em todas as *políticas sectoriais* (*limitações à localização* da vivência e das atividades humanas em geral: "ambiente de vida" humano, sadio e ecologicamente "equilibrado"). Ele poderá ainda ser devidamente operativo, sobretudo se se reduzir a sua apetência hiperbólica a *três grandes objetivos essenciais*: a proteção da *natureza e recursos*, o combate à *poluição e disfunções ambientais* e a *melhoria da qualidade de vida*[37]*?* Então, quais deveriam ser os *critérios fundamentais* em que deveria assentar em geral o *objeto do direito do ambiente*, face aos *problemas do meio ambiente,* a tratar, numa guerra aberta ao *desenvolvimento meramente quantitativo*, para a preservação da *biodiversidade biológica* e a promoção do tal *desenvolvimento económico-social resiliente?* O *direito do ambiente* coloca especial relevância nestes *fins,* que ele visa alcançar, para além de se justificar nas ténues *noções-barreira de resiliência* ou de defesa da *continuidade intergeracional*[38]. Ele tem uma *matriz ecológica*, tendencialmente

---

de Desarrollo Rural y Regional, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá (Revista indexada en ISI, SCopus, Publindex A1, Redalyc, Scielo; Código SICI: 0122-1450 (201106)8:66<195:drpt>2.0.TX;2-U. ISSN: 2215-7727).

35 Embora, a "autonomia" de tratamento científico e de segmentação pedagógica tenha vindo a acentuar-se com o tempo e o aprofundamento dos estudos sobre estas matérias, exigindo uma "catarse" apuradora de conceitos mais operativos.

36 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. "Procedimento Administrativo e Defesa do Ambiente". Em VVAA: Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 123, n. 3.799, p. 290. No mesmo sentido, referidos pelo autor na nota 3 e 4: MESSERSCHMIDT. Umweltabgaben als Rechtsproblem. Berlim, 1986, p. 32 ; KLOEPFER, M. Umweltrecht. München, 1989, p. 13, e "Umweltschutz, II: Juristisch". Em VVAA: Evangelisches Staatslexikon, 1975, p. 2651; HOPPE, Beckmann. Umweltrecht. München, 1989, p. 4.

37 E aqui não deixam de confluir valores ligados simultaneamente ao direito do ambiente e aos direitos de personalidade (v.g., proteção contra o ruído de vizinhança, protegido também pelo direito civil). *Vide,* mais abaixo, a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça.

38 Da "solidariedade intergeracional, prenhe de simbolismo e intenção ética, mas destutuída (no estado actual) de condições de operacionalização real" fala Carla Amado Gomes ("Direito administrativo

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 495 1/9/16 12:11

panatural. Não tem fins apenas *antropocêntricos* e do presente. Na perspetiva fundante de um *conceito de desenvolvimento ambientalmente compatível*, tal implica regular não só as relações dos homens entre si, como também "as relações do homem com a natureza[39]. Esta é uma sua finalidade e o *critério heurístico-base* do direito do ambiente[40] [41]. Estruturalmente de base *ecológica*, sem prejuízo de implicar, pela sua *teleologia*, elementos económicos, sociais e culturais. De abordagem sempre *paraecológica*, mesmo que transnatural. Direito *estratégico* (objetivos, *intervenções planificadoras e programadoras*)[42]. Um *direito* fazendo ponte com uma *componente territorial e urbana*. A temática relacional dos *solos, a urbanização e a edificação,* exige uma *arquitetura verde ou ecológica*. *Direito de intervenção pública hiperbólica,* mas carente de uma *jurisdição universal compulsória*, enquanto direito de interesse global e ligado à "vida" atual e futura. *Direito de conformação da intervenção antropotópica,* pois é o homem no território que modifica os *ecossistemas* (contaminando-os, e a partir deles os outros componentes naturais do ambiente), impondo o *controlo da degradação e erosão dos solos e face a preocupações localizadas* (situadas no ambiente urbano, v.g., sobre os *resíduos, a conservação dos habitats* para a proteção da vida selvagem e das áreas territoriais sensíveis, como as águas, *costas marítimas* e *praias*). Como

do ambiente". Em VVAA: Direito administrativo especial. Vol. I. Otero, P. e Gonçalves, P. (coords.). Almedina. Coimbra, 2013, p. 159-279. *Vide,* também, da autora: Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de proteção do ambiente. Coimbra, 2007, p. 155 e ss.).

39 AMARAL, Diogo Freitas do. "Apresentação". Em VVAA: Direito do Ambiente. INA. Lisboa, 1994, p. 17.

40 Mário Torres refere-se ao direito do ambiente "genericamente como o direito da pessoa a crescer e a viver num ambiente que lhe consinta o pleno desenvolvimento e expressão das suas potencialidades, manter um estado físico e mental são e realizar as desejáveis e necessárias relações sociais" (TORRES, Mário José de Araújo. "A Protecção do Ambiente no Ordenamento Jurídico Português". Em VVAA: Textos. (Coordenação do Centro de Estudos Ambientais e de defesa do consumidor). Vol. II, Centro de Estudos Judiciários. Lisboa, 1996, p. 7 e ss.).

41 CONDESSO, Fernando. Direito do Ambiente. Almedina. Coimbra, 2001, 1319 p.; La defensa del medio ambiente y el derecho a la información en las Instituciones de la Unión Europea y en la Península Ibérica. Biblioteca da URJC. Madrid, 2003, p. 995; "Direito do Ambiente". Em VVAA: acto-um, arte, ciência, cultura, n. 1. Universidade Moderna. Setúbal, Junho 2001, p. 66-85.

42 CONDESSO, Fernando. "Recapitulação sobre o conceito de ordenamento do Território, a nova política territorial europeia e o futuro modelo territorial peninsular". Em: O Ordenamento do Território: Administração e Políticas Públicas, Direito Administrativo e Desenvolvimento Regional. Lisboa: ISCSP, 2005, p. 737-800.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 496 1/9/16 12:11

direito de proteção de um *bem de natureza complexa*[43] implicou um direito sancionatório e desde logo *criminal* ambiental (sendo atualmente patente na UE um movimento sancionador, pressionador de ultracriminalização, em vez da admissão ponderada de medidas alternativas a favor do ambiente). É um direito que não dispensa, no que se reporta ao grosso das suas normas, verticais e mesmo horizontais, que sejam de direito administrativo, a *teoria geral deste e os seus princípios constitucionais*[44]. É um *direito de transcrição da normação unionista*

43 Sobre o tema, com grande clareza, profundidade e síntese, o desenvolvimento de José Joaquim Gomes Canotilho, em "Procedimento Administrativo e Defesa do Ambiente". Em Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 123, n. 3799, p. 291 e ss.

44 Ou seja, não vive apenas das *normas especiais*, mas também de *normas gerais jusadministrativas*. V.g., neste momento, após a finalização do processo de participação pública no debate, espera-se para breve a aprovação e a publicação do *CPA revisto*, instrumento importante também para a *ciência do direito administrativo ambiental*. Uma revisão com adaptações necessárias, face à evolução do direito administrativo e da processualidade jurisdicional que lhe está ligada, embora sem modificações da sua sistematização. Não deixaria de destacar, como *aspeto positivo*, a evolução do pensamento legislativo no sentido de uma *conceção realista do direito* e, portanto, do "papel decisivo do juiz na aplicação do direito ao caso concreto" (CABRAL DE MONCADA, Luís. "O acto administrativo no Projecto de Revisão do CPA". Em VVAA: JURISMAT, n. 3, UL. Lisboa, novembro 2013, p. 215-225. Em geral, há uma alteração subjacente do "pensamento metodológico" e há não um mero repetir de princípios gerais, agora fixando-se o seu alcance, indo para além dos"efeitos das invalidades do ato e da revogação" (o.c.), o que, na essencial tarefa de aplicação do direito, afastados esquematismo e logicismos formais, vem colocar o juiz "na obrigação de fazer juízos complexos de ponderação". Aliás, não só aos juízes, como aos próprios titulares dos órgãos da Administração. Esperemos que uns e outros não voltem a velhos costumes de seguir por anteriores práticas doutrinais conservadoras, meramente positivistas, confundindo direito e justiça com lei, ou então doutrinalmente já perdidas como se as alterações à Constituição ou às leis não fossem de aplicação a partir da sua vigência, desconhecendo a sua responsabilidade a um tempo primaz na própria *vigência social desse direito*, mas partindo da vontade da representação popular. Infelizmente, vivemos um tempo em que os exemplos são maus, mesmo ao nível da aplicação da normação que devia ser assumida como da consensualidade, pois a aplicação do próprio *direito constitucional* vai aparecendo como volátil, com apelos irresponsáveis do poder político ou mesmo de antigos presidentes do tribunal constitucional, para a sua negação, pela defesa da sua não aplicação segundo as metodologias jurídicas, mas segundo os interesses de uma contabilidade pública que se pretende livre de amarras, destruidora do Estado constitucional e mesmo em geral do Estado de Direito. Queremos juízes construtores da Justiça do caso concreto, mas que não deixem de ser construtores de… justiça, não pondo em causa as *regras científicas da hermenêutica jurídica* ao serviço de *interesses extrajurídicos* (mesmo que dos definidores ordinários da lei ou governantes do momento), que cabem a outros resolver e não ao poder de julgar, que tem de garantir o *quadro modelar das claúsulas fundamentais do Estado*. Neste âmbito, assiste-se mesmo pela mão do próprio guardião da CRP à sua destruição patente. Veja-se o seu recente Acórdão n. 353/2012 referente à normação suspensiva de duas componentes da remuneração dos servidores públicos e pensionistas, o subsídio de férias e o subsídio de Natal, inserida no OE ainda em vigor, que nos reporta à problemática da transfiguração constitucional, que, no dizer de Carlos Morais Blanco é já um acórdão de "sentença aditiva de revisão constitucional" ("As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um Acórdão controverso". Em: JURISMAT, op. cit., p. 55-90). Ou seja, já estamos face a autêntica e ilegítima revisão constitucional, em clara usurpação de poderes soberanos (no sentido de poderes de revisão

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 497 1/9/16 12:11

europeia, especialmente de *diretivas e decisões pretorianas*. E, assim, dependente deste na sua interpretação concreta, e mesmo na *aplicabilidade direta*[45] [46].

constitucional democrática), ao ultrapassar-se todos os limites de um mero desenvolvimento interpretativo da Constituição. Apesar da inconstitucionalidade e portanto da consequente eliminação da norma da ordem jurídica existente, salvaguarda-se dessa norma, não só os efeitos inconstitucionais passados (ou seja, enquanto ela atuou (13º mês, o que o TC podia fazer), como os futuros efeitos (14º mês, transgredindo-se duplamente a CRP: não podia o tribunal, à base do seu poder modelador dos efeitos no tempo, salvaguardar para o futuro a aplicação de uma norma que eliminou de imediato ao declará-la inválida (tal como aliás nem sequer podia efetivar essa pronúncia, mesmo fosse que possível, sem o assentar em razões concretas muito justificadas, o que também não fez). De facto, quando, muito depois da eliminação do acórdão, no final do ano, foi retirado o 14º mês, não havia, então, bem ou mal, nenhuma norma em que se fundasse, e um Estado que age sem norma não é Estado de Direito, mas um Estado de ditadura, mesmo que ela resulte, não poder político, mas do ditado do TC. Aliás, não deixo de referir que esta questão foi debatida na 1ª Revisão Constitucional de 1982. E, se se aceitou que o regime regra, da eliminação de efeitos *ex tunc*, pela normal exigência da constatada nulidade da norma, em repor tudo na situação original fosse suavizado, não obrigando pontualmente a tal, era porque podiam existir razões excecionais e justificadas em relação a efeitos já produzidos, e, por isso, ligados a eventual complicação-dificuldade de refazer certas situações. De qualquer modo, apenas com base em argumentos de grande excepcionalidade e apenas com assento normativo quanto ao passado. Mas, já a hipótese modeladora de efeitos ainda não produzidos ou seja, atribuição de tal poder em relação a efeitos futuros, questão debatida pelo grupo informal de redação da parte da fiscalização, deputados Margarida Salema, Costa Andrade e eu próprio, foi aí afastada da proposta depois apresentada por mim à Comissão. Isso mesmo o comprovam os trabalhos preparatórios resultantes da respetiva Comissão (de que eu fui aliás vice-presidente e coordenador principal). Um poder expressamente afastado pelo legislador reconstituinte foi agora exercido pela primeira vez, *a latere* do texto constitucional aprovado, sem cabimento quanto aos efeitos futuros, até ao final do ano de 2012. (Criou-se a figura da força "vinculante" de normas-espelho ou sentença-fotografia. Algo normativo que inexiste no ordenamento jurídico e portanto não existe no mundo real, mas, espelhada na realidade de um momento, continua a vigorar pela mera vivência na memória do executante interessado e seu fotógrafo, que se permite divinamente destruir a realidade, mas permitir revivê-la pela magia de um *dictat* sobre a realidade putativa). Mas, de facto, sem razão equiparável à da razão da modelação dos efeitos produzidos no passado. Face a efeitos que ainda se podem evitar que ocorressem e, aliás, sem nenhuma norma, pois a anterior fica expulsa do ordenamento jurídico, como poderia o poder de revisão constitucional de 1982 e como pôde o TC fazer produzir efeitos a algo nulo, e já inexistente no ordenamento jurídico? Tal monstruosidade jurídica não a quis o Parlamento. Trinta anos depois qui-la o TC.

45 Teoria pretoriana do efeito direto de normas que não tenham sido transcritas nacionalmente no prazo imposto, desde que precisas, claras, incondicionais e não carentes de medidas complementares de génese nacional ou europeia. Jurisprudência do Tribunal de Justiça da CE, no Acórdão *Van Gend en Loosde,* 5 de Fevereiro de 1963. CONDESSO, Fernando. Lições sobre Introdução ao Estudo do Direito e Princípios Gerais de Direito. Lições Policopiadas.Ano 2009/2010. Lisboa: ISCSP, 2010-2011; Em: Direito Internacional Público. Lições policopiadas. UML.Lisboa, 1992.

46 Estas normas aplicam-se-lhe em tudo o que envolve, orgânica, funcional e relacionalmente, a atuação da Administração (ou de entidades particulares de regime jurídico misto, desempenhando tarefas da função administrativa do Estado-Comunidade), quer em gestão pública, quer em gestão privada (que é sempre administrativizada, pois os princípios gerais da atividade têm que estar sempre presentes, mesmo que recorra ao direito privado (n. 2, art. 266; n. 5, art. 2, Código do Procedimento Administrativo).O n. 2 do art. 266 dispõe que "Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade,

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 498 1/9/16 12:11

1.2. Direito constitucional do ambiente em Portugal

Em termos de apreciação geral sobre o *direito ambiental constitucional*, claramente posicionando Portugal como um Estado de Direito Ambiental, refiro que o normativo-chave para o enquadramento constitucional do direito do ambiente em Portugal é fruto do espírito já bastante evoluído da consciência ambientalista presente nesse ano em que foi elaborada, 1975, embora ainda abordado em termos antropocênctricos. Não se aposta, aqui, propriamente, numa conceção do ambiente como tal, mas em preocupações jurídicas com a defesa da vida humana, designadamente em termos de obrigações-atribuições constitucionalizadas do Estado. Estas abarcam um elenco material exemplificativo, que é bastante amplo, desde prevenir e controlar a poluição, os seus efeitos e as formas prejudiciais de erosão; criar e desenvolver reservas e parques naturais e de recreio; classificar, proteger e promover sítios paisagens e sua valorização, de modo a garantir a conservação da natureza; promover o aproveitamento racional dos recursos naturais, salvaguardando a sua capacidade de renovação e a estabilidade ecológica, com respeito pelo princípio da solidariedade entre gerações; promover a integração de objetivos ambientais nas várias políticas de âmbito sectorial; promover a educação ambiental e o respeito pelos valores do ambiente; assegurar que a política fiscal compatibilize desenvolvimento com proteção do ambiente e qualidade de vida; até ordenar e promover o ordenamento do território, tendo em vista uma correta localização das atividades, um equilibrado desenvolvimento socioeconómico; garantir a preservação de valores culturais de interesse histórico ou artístico; e promover, em colaboração com as autarquias locais, a qualidade ambiental das povoações e da vida urbana, designadamente no plano arquitetónico e da proteção das zonas históricas.

Em termos de considerações gerais acerca deste conceito constitucional de ambiente, constata-se que a Constituição portuguesa *não define nem distingue* os conceitos de ambiente e qualidade de vida, usados de modo interligado. No entanto, a junção das duas expressões, com a referência autónoma à

da justiça, da imparcialidade e da boa-fé". E o n. 5 do art. 2º do Código de Procedimento Administrativo, concretizando a orientação constitucional, no seguimento da teoria do direito privado administrativo, refere que "Os princípios gerais da actividade administrativa constantes do presente código e as normas que concretizem preceitos constitucionais são aplicáveis a toda e qualquer actuação da Administração Pública, ainda que meramente técnica ou de gestão privada".

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 499 1/9/16 12:11

qualidade de vida, e tendo presente o amplíssimo espectro de matérias elencadas, revela que este conceito não só não se identifica com o de ambiente num sentido estrito, como é marcado pelo espírito da época, profundamente antropocêntrico, desde logo ao aparecer em geral a ligar o ambiente à vida do homem, o que de certo modo tem o interesse de apontar, com grande antecipação histórica, para algo então ainda não defendido, que é o do direito ambiental como um novo *direito do homem*. É sabido que só muito recentemente a ONU veio declarar uma sua componente, o direito à agua, como direito humano, apesar da Cimeira de Istambul não se atrever a tanto, refugiando-se na declaração final a recorrer à fórmula de "necessidade humana"[47]. Este "ambiente de vida" é assim o ambiente que permita uma qualidade de vida[48]. Com esta *teleologia antropocêntrica*, procura-se pois realçar preocupações escatológicas, apontando-se para o conceito do bem ambiental composto apenas pelo que importa à existência dos seres humanos e à subsistência da espécie humana[49]. Ora, importa dizer que hoje, quanto ao conceito de ambiente, objeto de proteção jurídica, aparece, na melhor doutrina, configurado de modo unitário, integrando uma vertente ecológica, como modo de ser global da realidade natural, em termos de equilíbrio, mesmo que naturalmente instável, dos seus diferentes elementos, sem prejuízo de abarcar ainda áreas territoriais particularmente importantes pela sua beleza, valor paisagístico, científico ou

47 Sobre o tema, desenvolvidamente, CONDESSO, Fernando. "Principios de Gestión y Objetivos Medioambientales. El Agua: ¿Necesidad básica o Derecho Humano?"; "Experiencias Comparadas: El Marco Orgánico y de Gestión del Modelo Jurídico para la Administración del Agua en Portugal". Em VVAA: REXACH, Ángel Menéndez (dir.). Planificación y Gestión del Agua ante el Cambio climático: Experiencias Comparadas y el Caso de Madrid. La Ley. Madrid, 2011, respectivamente, p. 49-78 e p. 341-384; "Derecho nacional, europeo e internacional de las aguas peninsulares: Marco orgânico y de gestión. Tratado de Albufeira". Revista Monfragüe, Espanha, n. 1, 2013, p. 22-49, <http://monfragueresiliente.com/numero1/inv2.html>; Face à legislação anterior, CONDESSO, F. "O Direito das Águas". In Direito do Ambiente, op. cit., p. 814-942.

48 Sobre a matéria, ver CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição da República Portuguesa Anotada. 3. ed. revista, 1993, p. 279-284 e p. 347-350; MIRANDA, Jorge. "A Constituição e o Direito do Ambiente". Em VVAA: Direito do Ambiente, INA, Lisboa,1994, p. 353-365; "Direito do Ambiente na Constituição". Em VVAA: Revista de Direito do Ambiente e do ordenamento do Território, n. 1, Setembro de 1995, p. 111-116; ANTUNES, Luís Filipe Colaço. "Para uma Noção Jurídica de Ambiente". Em VVAA: Scientia Iurídica, Tomo XLI, n. 235-237, Jan-Jun 1992, p. 77-94; MEDEIROS, Rui. "O Ambiente na Constituição". In Revista de Direito e de Estudos Sociais, Ano XXXV (VIII da 2ª Série), n. 1 a 4, Jan-Dez 1993, p. 377-400.

49 CONDESSO, Fernando. "O âmbito material e as características do direito do ambiente". Em: Direito do Ambiente. Almedina. Coimbra, 2001, p. 469 e ss.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 500 1/9/16 12:11

histórico e os suportes territoriais[50] de referência relativamente a empreendimentos agrícolas, industriais e comerciais, que possam ter implicações no ambiente[51]. E como entender a configuração estrutural-funcional do conceito constitucional português?

No quadro da Constituição e na linha de grande abrangência temática, colhida dos diplomas internacionais e unionistas europeus, cabem não só todo o conjunto dos sistemas físico-químicos e biológicos (ambiente natural), como também os fatores económicos, sociais e culturais (a que os cultores da geografia humana vêm apelidando de *ambiente social e ambiente urbano*). E, até, atenta a sua redação integral, abarca mesmo, neste direito a um ambiente de vida humano e a um direito a um ambiente sadio, elementos territoriais-urbanos, o próprio ambiente construído e elementos sanitários. Assim, aparece, também claramente, a configuração estrutural-funcional do conceito constitucional[52]. Quanto ao seu *conceito de qualidade de vida*, ele é uma consequência derivada da interação de múltiplos fatores no mecanismo e funcionamento das sociedades humanas, implicando desde logo a situação de bem-estar físico, mental, social e cultural, no plano individual, e relações de interdependência-solida-

50 CONDESSO, Fernando. "Planeamento e qualidade de vida: uma visão de administração territorial. Pela reforma global da organização do Estado". Em Conferência apesentada à II Conferência nacional de qualidade de vida. Organização do Centro de Administração e Políticas Públicas do ISCSP (CAPP) e Instituto de Tecnologia Comportamental (INTEC), ISCSP. Lisboa (Portugal), 29/11/2010; "O ordenamento do território e o seu enquadramento legal em Portugal". Conferência apresentada ao 5º Congresso de ATINA. Arequipa (Perú). Sobre A efetividade do direito ambiental e a gestão do meio ambiente na américa ibérica: Balanço de Resultados das Quatro décadas da Conferência de Estocolmo. Unisantos. Santos (Brasil), 2012, p. 157-170; Ordenamento do Território: Administração e Políticas Públicas, Direito Administrativo e Desenvolvimento Regional. ISCSP. Lisboa, 2005; Desarrollo y cohesión en la Península Ibérica: El problema de la ordenación territorial. Erasmus Ediciones. Barcelona, 2011; MORA ALISEDA, J.; CONDESSO, Fernando (dirs.). Políticas urbanas y territoriales en la Península Ibérica. Tomo I e II, Serie Estudios Portugueses, n. 28. Edição do Gabinete de Iniciativas Transfronterizas, Mérida, 2005; CONDESSO, Fernando; MORA ALISEDA, J. e SÃO PEDRO, B. (dir.). Planeamiento y Pespectivas del Territorio. Ministerio de Educación y Ciencia, Mérida, 2005; CONDESSO, Fernando; MORA ALISEDA, J.; SÃO PEDRO, B. (dirs.). Infraestructuras, Competitividad y Cooperación Territorial. Madrid. Ministerio de Educación y Ciência, Mérida, 2005; CONDESSO, F. et alteri. "Vivienda y Territorio". Em VVAA: Revista Electrónica de Madioambiente M+A., Instituto Universitario de Ciencias Ambientales, 2001. Disponível em: <http://www.urjc.es/ceib> [Em linha]. (Consultado em 1/12/2013).

51 Como referem CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada, 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, p. 347.

52 "Os sistemas físicos, químicos e biológicos e os factores económicos sociais e culturais, além de serem interativos entre si, produzem efeitos, direta ou indiretamente, sobre unidades existenciais vivas e sobre a qualidade de vida do homem."

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 501 1/9/16 12:11

riedade no plano coletivo. O direito constitucional ao ambiente, na sua leitura de direito negativo, é não só diretamente vinculativo dos particulares, como também obriga à abstenção do Estado de práticas ambientalmente nocivas. Aplica-se-lhe, aliás, nas áreas do direito à água, recentemente declarado no âmbito da ONU como direito do homem (dada a cláusula aberta na CRP do art. 16.º, 2) e do direito de acesso à informação (direito fundamental análogo, art. 268.º, n. 2), como direitos fundamentais regidos pela disciplina do grupo dos "direitos, liberdades e garantias", o regime constitucional específico e muito rigoroso destes; e, em geral, como direto ao ambiente, o regime geral dos direitos fundamentais sociais, de aplicação progressiva mas sem retroação, embora com áreas destacáveis deste, como é o caso do direito humano à água. Na sua leitura de direito positivo, de dever de defesa do ambiente, ele tem duas *vertentes operativas*, impondo a todos que não poluam e que impeçam que outros poluem. E, desde logo, obriga o Estado a atuar para defender esse direito ao ambiente. Isto é, para prevenir e controlar as *ações poluidoras* e para corrigir as *situações-efeito da poluição e a erosão dos solos*; planear a correta localização das atividades económico-sociais; conservar a natureza e o património cultural, natural e construído[53] [54], com recurso a medidas legislativas, administrativas e penais, desde logo com recurso a medidas de política ambiental[55].

53 Defendendo ordenamentalmente as paisagens e áreas naturais, através de delimitações territoriais e medidas circunscritivas protetivas.

54 Os valores de "interesse histórico e artístico".

55 Em geral, CONDESSO, Fernando. Direito do ambiente. Almedina. Coimbra, 2001; "Direito ambiental em Portugal. Fundamentos concetuais, caracterização e princípios gerais". REIB, URJC, Madrid, jun. 2013; RIDARN, IJ-LXVIII-618, n. 9. Disponível em: <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=65618&print=2>. [Em linha]. (Consultado em 1/12/2013).

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 502 1/9/16 12:11

2 DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS

2.1 Direito enquadrador das políticas ambientais. Lei de Bases do Ambiente. Plano Nacional da Política do Ambiente

A Lei de Bases do Ambiente[56] enuncia os princípios e objetivos da política do ambiente, obrigando o governo a elaborar e apresentar ao Parlamento um Livro Branco, trianualmente, e um relatório anual sobre o estado do ambiente e do ordenamento do território. Os grandes objetivos a segurar a todos os cidadãos o direito ao ambiente e "otimizar e garantir a continuidade de utilização dos *recursos naturais*, qualitativa e quantitativamente, como pressuposto básico de um desenvolvimento autossustentado" e princípios básicos do ambiente[57], a existência de um ambiente propício à saúde e bem-estar das pessoas e ao desenvolvimento social e cultural das comunidades e à melhoria da qualidade de vida (desenvolvimento económico e social autossustentado, correta expansão dos aglomerados urbanos, através do ordenamento do território, procura de um designado "equilíbrio biológico", da ma-

56 Lei n. 11/87, de 7/4.

57 O legislador vem impor a observância dos princípios de prevenção, equilíbrio, unidade de gestão e ação, procura do nível mais adequado de intervenção, recuperação, participação, responsabilização e cooperação internacional. Destaco apenas as noções de certos destes princípios menos conhecidos. O princípio do equilíbrio exige que se criem os "meios adequados para assegurar a integração das políticas de crescimento económico e social e de conservação da Natureza", em ordem a se prosseguir um modelo desenvolvimento integrado, harmónico e sustentável. O princípio da unidade de gestão e ação implica a existência de um órgão nacional responsável pela política de ambiente e do ordenamento do território, em ordem a viabilizar a normalização e a informação sobre "a atividade dos agentes públicos ou privados interventores, como forma de garantir a integração da problemática do ambiente, do ordenamento do território e do planeamento económico, quer ao nível global, quer sectorial", e a intervir para "atingir esses objetivos na falta ou em substituição de entidades já existentes". O princípio de recuperação impõe que sejam tomadas "medidas urgentes para limitar os processos degradativos nas áreas", onde eles ocorrem e a promoção da recuperação dessas áreas, "tendo em conta os equilíbrios a estabelecer com as áreas limítrofes". O princípio da responsabilização impõe aos agentes poluidores a assunção, em relação a terceiros, da obrigação ressarcitória dos efeitos derivados dela, quer eles tenham origem em ação direta, quer indireta, sobre os recursos naturais. CONDESSO, Fernando. "Direito ambiental em Portugal: Fundamentos concetuais, caracterização e princípios gerais". Em VVAA: Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales. Buenos Aires, 28/8/2013. <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=65618&print=2> [Em linha]. (Consultado em 4/12/2013).

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 503 1/9/16 12:11

nutenção dos ecossistemas, utilização racional dos recursos vivos e preservação do património genético e da diversidade, conservação da Natureza, estabilidade dos diferentes *habitats*, nomeadamente através da compartimentação e diversificação das paisagens, da constituição de parques e reservas naturais e outras áreas protegidas, corredores ecológicos e espaços verdes urbanos e suburbanos, de modo a estabelecer um *continuum naturale* e a estabilidade geológica e um "mínimo impacto ambiental" (correta instalação das atividades produtivas), defesa da vida selvagem e *habitats* e a recuperação das áreas degradadas do território nacional.

A LBA enquadra os *componentes ambientais naturais* (ar, luz, água, solo vivo, subsolo, flora e fauna, apontando as orientações básicas das políticas a aplicar) e aos *componentes ambientais humanos* (paisagem, património natural e construído, poluição, ruído, compostos químicos, resíduos, efluentes, substâncias radioativas).

Destaque-se que já aqui aparece o comando de o *ordenamento do território* e a *gestão urbanística* respeitarem objetivos ambientais[58]. O *património natural e construído* do país e o património histórico e cultural são objeto de medidas especiais, tendo sido remetida para legislação especial a definição das políticas de "recuperação de centros históricos de áreas urbanas e rurais, de paisagens primitivas e naturais notáveis e de edifícios e conjuntos monumentais (Art. 20.º).

O PNPA sistematiza as iniciativas públicas ambientais, numa visão estratégica e global, consagrando os *principais eixos de atuação política e princípios subjacentes,* orientações estratégicas, ações programáticas intersectoriais e sistema de avaliação e de controlo da sua execução. Não se trata de um mero plano de atividades do Ministério do Ambiente, pois envolve todos os setores da Administração. É um documento programático integrando o ambiente como uma vertente essencial na formulação de todas as políticas setoriais. Assim, o *planeamento aparece a constituir um exercício permanente e flexível* por parte das entidades com responsabilidades não só na gestão ambiental como noutras com incidência ambiental.

Este Plano foi concebido como sendo a primeira iteração de um *processo continuado*, sem prejuízo de abordagens regionais mais pormenorizadas. Aponta

58 CONDESSO, Fernando; MORA ALISEDA, J. e SÃO PEDRO, B. (dirs.). Planeamiento y Pespectivas del Territorio. Madrid. Ministerio de Educación y Ciencia; Infraestructuras, Competitividad y Cooperación Territorial. Madrid. Ministerio de Educación y Ciência; CONDESSO, F. "O ordenamento do território e o seu enquadramento legal em Portugal". In A efetividade do direito ambiental e a gestão do meio ambiente na américa ibérica: Balanço de Resultados das Quatro décadas da Conferência de Estocolmo. Santos: Unisantos, 2012, p. 157-170.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 504 1/9/16 12:11

para que os municípios formulem também *planos de proteção e valorização ambiental*, com um *processo anual de avaliação e controlo de execução*[59].

2.2 Fundamentos da política territorial. Ambiente e instrumentos de gestão territorial. Planos especiais de ordenamento do território (ambientais de aplicação direta)

A característica fundamental da Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e de Urbanismo[60], da Lei de Bases do Ambiente, do Programa Nacional da Política do Ambiente, da Política de Proteção da Orla Costeira (linhas de orientação estatal relativamente à estratégia para a Orla Costeira), do Plano Mar Limpo, do Programa Nacional de Turismo de Natureza, pode sintetizar-se no conceito por todas invocado como orientador e motivador de *desenvolvimento territorial "sustentável"*[61] [62] [63].

59 Os temas mais importantes são a caracterização do estado do ambiente e da ocupação e organização do território, os instrumentos de ordenamento relevantes para a questão ambiental, critérios globais de avaliação de projetos ambientais e indicadores para planeamento e gestão ambiental.

60 Lei n. 48/98, de 11/8.

61 O *princípio da ambientalização* do ordenamento do território consta já dos princípios gerais de uma política do ambiente, saídos da Conferência de Bona dos Ministros dos Estados-membros com responsabilidades ambientais, de 31/10/1972, que se seguiu à Comunicação da Comissão ao Conselho de 24/3/1972 e à Declaração de Paris dos Chefes de Estado e de Governo, de 20/10/1972, e, consequentemente, dos objetivos do primeiro Programa de Ação das Comunidades Europeias em matéria do ambiente, de 22/11/1973 (alínea 5ª do § 2 do título I). A política territorial ou do ordenamento do território é enformada pelo conjunto de normas jurídicas, planos, programas e actuações desenvolvidas pela administração pública, reguladoras do uso do solo, com uma visão global e integrada, de modo que as acções das entidades, públicas e privadas, com incidência no espaço físico sejam prosseguidas com objectivos sociais, orientados pela defesa do ambiente e da qualidade de vida e bem-estar das comunidades residentes.

62 Os princípios e objetivos desta política já foram, em grande parte, concretizados em legislação complementar. Sobretudo, o DL n. 380/99, de 22 de Setembro (RJIGT), Define os regimes jurídicos do programa nacional da política de ordenamento do território, dos planos regionais, especiais, intermunicipais e municipais de ordenamento do território, dos instrumentos de política de solos (para proporcionar as condições adequadas à elaboração, desenvolvimento e execução dos instrumentos de planeamento territorial) e o regime dos instrumentos de transformação da estrutura fundiária, da iniciativa da Administração Pública (também necessários à execução dos instrumentos de planeamento territorial).

63 CONDESSO, Fernando; CONDESSO, Ricardo. "Las asimetrías de desarrollo económico-social en Portugal y la urgente reforma de las estructuras de gobernación territorial". Em VVAA: Revista

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 505 1/9/16 12:11

2.3 Direito de proteção dos solos

Tem estado em debate a aprovação de uma nova lei específica e geral dos solos[64], *Lei de Bases da Política dos Solos*, visando substituir o atual DL n. 794/76, de 5/11, em muitos aspetos já derrogado, designadamente por normas referentes aos instrumentos de gestão territorial (DL n. 380/99, de 22.9), urbanização e edificação (DL n. 555/99, de 16/12) e reabilitação urbana (DL n. 307/2009, de 23/10). De qualquer modo, importa referir o regime de defesa ambiental da legislação sobre a Reserva Ecológica Nacional, que consta do DL n. 93/90, de 19/3 (republicado pelo DL n. 180/2006, de 6/9)[65].

A futura Lei de Bases da Política dos Solos, de Ordenamento do Território e de Urbanismo, não traz nenhuma novidade especial, atualizando o diploma anterior face a normas legais impositivas que há muito o tinham ultrapassado. Ela visa adaptar a "lei dos solos" à legislação de urbanização e de edificação já em vigor, designadamente, como já vinha sendo trilhado, manter a substituição do licenciamento pela comunicação prévia à câmara municipal, em situações de predefinição suficientemente densa pelo planeamento físico [loteamentos e planos de pormenor detalhados: al. c), d) e f), n. 1, art. 91, 380/99, de 22/9], sendo certo que o planeamento municipal tal como os planos ambientais especiais de aplicabilidade direta aos proprietários já defendem, a montante, os espaços de valor ambiental, assim como concretizam as áreas urbanas e não urbanas, sem prejuízo do exercício de poderes de fiscalização da legalidade e de aplicação de medidas de tutela da mesma (embargo, demolição,

---

Monfragüe, Espanha, n. 3, 2013. Disponível em <http://monfragueresiliente.com/numero1/indice1.html> [Em linha]. (Consultado em 30/11/2013).

64 Decreto Regulamentar n. 11/2009, de 29 de Maio: a definição dos critérios de classificação e de reclassificação do solo, bem como os critérios e as categorias de qualificação do solo rural e do solo urbano, para decreto regulamentar posterior: <http://novaleidosolo.dgotdu.pt/Paginas/default.aspx>. Acerca do regime dos solos, está em debate a futura lei dos solos: "Relatório acerca do andamento os Trabalhos da Comissão Jurídica na elaboração do projeto da Lei do Solo", "Relatório de Progresso" e "Painel de Orientação Técnica: Nota Técnica 3", todos de 26/9/2011. OLIVEIRA, Fernanda Paula. "Documento Técnico DGOTDU 3/2011: Estudo da Articulação da Lei dos Solos com o Sistema de Gestão Territorial, Estudo de enquadramento para a preparação da Nova Lei do Solo", 2011, in <http://novaleidosolo.dgotdu.pt/DocsRef/Lists/Estudos%20e%20pareceres/Attachments/5/Lds_estudos_FPOliveira.pdf> (consultado em 20/10/2013).

65 Uma das principais críticas à proposta governamental, efetuada estes dias no Parlamento, prende-se com a falta de "detalhes sobre aspectos importantes, como as mais-valias urbanísticas": CONDESSO, Fernando. "Direito da Proteção Ambiental do Território"; "O Direito do Ambiente Urbano"; "O Direito dos Solos". In Direito do Ambiente, o.c., p. 986-1089; p. 1132-1212; p. 1213-1272, resp.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 506 1/9/16 12:11

cessação de utilização, sua legalização e reposição de terrenos) as operações de edificação-construção, reconstrução, recuperação e modificação de construções. Avançam-se com soluções de venda e arrendamento forçados de propriedades (embora certas situações tenham precedente no velho Regulamento Geral de Edificação e Urbanização, que os municípios quase nunca utilizaram) e flexibilização dos planos diretores municipais, com a nova lei a apontar para se colocar, em futura legislação, um peso maior nos planos diretores municipais. Tal como já resultava do regime jurídico do planeamento territorial (DL n. 380/99, de 22/9), o que está definido em planos de ordenamento ambientais referentes às áreas naturais protegidas, orla costeira, albufeiras de águas públicas, estuários e planos de águas assim como reservas ecológicas e agrícolas, ou outros de incidência territorial, continua a dever ser concentrado no Plano Diretor Municipal. Mantém-se a estatuição de terminar com solos urbanizáveis, e a já consagrada divisão entre solos rurais e urbanos, com a já imposta eliminação da categoria de solos urbanizáveis. Os solos sobre os quais incidam títulos válidos de transformação dos solos para fins de operações urbanísticas deverão poder manter-se como solos urbanos, mas, caso os respetivos alvarás já estejam caducados e os titulares os não renovarem no prazo de três anos, passam à categoria de solos rústicos, incapazes de futura sujeição a operações urbanísticas. Os PDM passam a poder ser revistos e alterados por planos de pormenor e planos de urbanização (terminando assim a sanção de nulidade de normas destes não conformes, a menos que objeto de aprovação por resolução em conselho de ministros), e neste procedimento admitindo-se a transformação de solos rústicos em urbanos. Quanto à hipótese da "venda e arrendamento forçados", está prevista em *programas de reabilitação urbana* (proprietários que não cumprem com as estipulações impostas) e em parte no Regulamento Geral das Edificações Urbanas. Solução que deveria, face ao valor social e limitações constitucionalmente admitidos por tal, seria de os terrenos rústicos não cultivados mas com aptidão agrícola. A ideia de "viabilidade económica" e financeira traduz-se em o uso do solo só poder ser alterado uma vez comprovada essa viabilidade na função que se lhe pretende atribuir, incluindo os custos associados com as infraestruturas. No que se refere à distribuição de encargos e benefícios, prevê-se uma *repartição,* quer dos custos de salvaguarda de valores naturais ou culturais, quer das mais-valias obtidas devido a decisões e atuações administrativas valorizadoras dos terrenos, se não atribuindo-se a componente resultante dessas intervenções públicas ao Estado ou municípios,

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 507 1/9/16 12:11

pelo menos tributando-se, em termos significativos, essas mais-valias como já acontece noutros países. Muitas destas orientações dependerão de diplomas de concretização-complementares ou de revisão de certas disciplinas, desde logo os que irão alterar o regime jurídico dos instrumentos de gestão territorial (planeamento territorial), o regime da urbanização e de edificação. Como lei de orientação de medidas futuras, sem normas precisas, imperativas, depende totalmente dos diplomas que a venham pôr em execução

2.4 Política de proteção do litoral português e do mar

Quanto à proteção específica do *litoral português*, importa destacar, na linha das orientações comunitárias, o Programa de Gestão Integrada das Zonas Costeiras[66]. As preocupações ambientais estendem-se também às *zonas marítimas*, ligadas à defesa dos recursos naturais. Portugal ratificou recentemente a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, de 10/12/1982, que entrara formalmente em vigor em 1994 e, quanto a Portugal, em 21/5/1999 (utilização pacífica dos oceanos, gestão racional dos recursos e proteção do meio marinho, cooperação de todos os Estados).

A *política portuguesa de atuação marítima* está contida na Resolução do Conselho de Ministros n. 83/98, de 10/7./1998. A Resolução do Conselho de Ministros n. 25/93, de 15 de Abril de 1993, aprovou o Plano Mar Limpo. Aqui definem-se as normas gerais de atuação, perante as diversas circunstâncias, em matéria de combate às consequências dos acidentes, que produzem ou criam o perigo iminente de poluição, verificados nas águas marinhas, nos portos, nos estuários e nos trechos navegáveis dos rios. Importa ainda destacar o Programa Estratégico de Apoio ao Plano Mar Limpo.

66 Resolução do Conselho de Ministros n. 86/98, de 10/7/1998; linhas de orientação relativas à estratégia para a orla costeira portuguesa.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 508 1/9/16 12:11

3 DIREITO AMBIENTAL VERTICAL. PRINCIPAIS NORMAS

3.1 Regimes jurídicos de fonte nacional

A) Direito da qualidade da água

A principal legislação vigente desdobra-se na Lei n. 58/2005, de 29/12, que aprova a Lei da Água[67], estabelecendo as *bases e o quadro institucional*; DL n. 152/97, de 19/6 (alterado pelo DL n. 149/2004, de 22/6), sobre o *tratamento de águas residuais urbanas*[68]; DL n. 379/93, de 5/11 (complementado com o DL n. 103/2003, de 23/5, que adita o art. 4º-A) com o regime de *exploração e gestão dos sistemas multimunicipais e municipais de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, de recolha, tratamento e rejeição de efluentes e de recolha e tratamento de resíduos sólidos*; DL n. 112/2002, de 17/4, que aprova o *Plano Nacional da Água*; DL n. 243/2001 de 5/9, que aprova normas relativas à qualidade da água destinada ao consumo humano, sobre a *qualidade da água destinada ao consumo humano*[69]; DL n. 235/97, de 3/9 (alterado pelo DL n. 68/99, de 11/3), relativo à proteção das águas contra a *poluição causada por nitratos de origem agrícola*[70]; DL n. 236/98, de 1/8, que contém normas, critérios e objetivos de qualidade com a finalidade de proteger o *meio aquático e melhorar a qualidade das águas em função dos seus principais usos*[71] e DL n. 90/2009, de 9/4, sobre o regime de

67 Transpondo a Diretiva n. 2000/60/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23/10.

68 Diretiva n. 91/271/CEE, do Conselho, de 21/5.

69 Transpondo a Diretiva n. 98/83/CE, do Conselho, de 3/11.

70 Transpondo a Diretiva n. 91/676/CEE, do Conselho, de 12/12.

71 CONDESSO, Fernando. "Principios de Gestión y Objetivos Medioambientales: El Agua: ¿Necesidad Básica o Derecho Humano?"; "Experiencias Comparadas: El Marco Orgánico y de Gestión del Modelo Jurídico para la Administraión del Agua en Portugal". In REXACH, Ángel Menéndez (dir.). Planificación y gestión del Agua ante el Cambio Climático: Experiencias Comparadas y el Caso de Madrid. Madrid: La Ley, 2012, p. 49-78 e p. 341-384; "Derecho nacional, europeo e internacional de las aguas peninsulares: Marco orgânico y de gestión. Tratado de Albufeira". Revista Monfragüe, Espanha,

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 509 1/9/16 12:11

exploração e gestão dos sistemas multimunicipais e municipais.

Quanto à problemática da *planificação e gestão da água*, começo por referir a questão da atribuição dos recursos hídricos e do valor jurídico dos planos no setor e o seu procedimento de elaboração. No que se refere à noção e à titularidade originária dos recursos hídricos e aos fundamentos concetuais, patrimoniais, orgânicos prévios à compreensão do modelo português de planificação e gestão da água, importa afirmar que, hoje, a água (*recursos hídricos*, compreendendo não só as águas assim como os leitos e margens, zonas adjacentes, zonas de infiltração máxima e zonas protegidas: n. 1 da Lei n. 54/2005, de 15/11), estão na titularidade das várias entidades territoriais (seja domínio marítimo, lacustre, fluvial, seja de quaisquer outras águas): Estado, Regiões Autónomas e municípios, podendo a gestão caber legalmente a entidades de direito público, sem prejuízo das competências da Autoridade Nacional da Água (n. 1, art. 9º), ou a entidades de direito privado, mediante licenciamento e títulos de utilização (n. 2, art. 9º).

A *gestão, a exploração, a execução de infraestruturas dos sistemas* ligados ao sector da água são tradicionalmente tarefas da competência municipal (com duas exceções há muito extintas, em Lisboa e Porto), que as desempenham diretamente através de serviços, com ou sem autonomia administrativa. Quanto à *organiza*ção *e competências* das Administrações, cabe ao Estado, seu titular, promover a gestão sustentada das águas (Art. 5º, Lei n. 58/2005, LA). E a Lei orgânica do Ministério em cada momento com esta atribuição ("Lei" Orgânica do Governo) dá-lhe tarefas e poderes em relação com a água e a planificação física em geral, o que facilita a interação. Assim, compete-lhe "definir, executar e coordenar" as políticas dos recursos hídricos, planeando e gerindo-os de maneira integrada, e assegurar a proteção do domínio público hídrico, garantir a existência e a qualidade dos serviços de abastecimento de água em níveis adequados, inclusive para consumo humano, a drenagem de águas residuais e o controlo da sua contaminação. E também "definir a política de ordenamento do território e urbanismo e garantir a sua execução e avaliação, com destaque para o Programa Nacional da Política de Ordenamento do Território, e assegurar a articulação com as políticas setoriais com incidência na organização do território"[72].

n. 1, 2013, p. 22-49, <http://monfragueresiliente.com/numero1/inv2.html>; Face à legislação anterior, CONDESSO, F. "O Direito das Águas". In Direito do Ambiente, op. cit., p. 814-942.

72 *Site* do MAOTDR.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 510 1/9/16 12:11

O Estado exerce funções de Administração Pública nesta matéria a nível nacional, por meio do Instituto da Água (INAG), em nome do Estado e a nível da região hidrográfica, das Administrações Regionais Hidrográficas (ARH), que têm atribuições de gestão das águas, incluindo planificação, licenciamento e fiscalização do sistema (Art. 7º, LA). A intervenção dos utilizadores dos recursos hídricos e representantes de setores de atividade, durante a elaboração dos planos processa-se livremente e obrigatoriamente em consultas públicas, e na sua execução e a gestão quotidiana em órgãos consultivos (Art. 7º, LA): o Conselho Nacional da Água, consultivo do governo, e os Conselhos de Região Hidrográfica, consultivos das ARH, para as cinco bacias hidrográficas. E às Comissões de Coordenação e Desenvolvimento Regional (CCDR), órgãos subalternos do governo, cabe a articulação entre IGT com normas da Lei das Águas e os Planos de Águas e a integração política de água nas políticas transversais do ambiente (n. 3, art. 7º, LA).

Ao INAG cabe o papel mais importante, de autoridade da administração nacional, podendo decompor-se as suas tarefas do seguinte modo: a) Sistema de planificação integrada das águas: Plano Nacional da Água; Planos Específicos de Gestão das Águas; Planos de Gestão das Bacias Hidrográficas; b) Ordenamento adequado de usos das águas através de planos especiais de Ordenamento do Território, só podendo delegar tal tarefa na ARH se as águas não se destinam a consumo humano ou a fins múltiplos que o incluam: Planos de Ordenamento das Barragens de *Águas Públicas;* Planos de Ordenamento de Estuários e Planos de Ordenamento da Orla Marítima. Portanto, todos os Planos espaciais tipificados no ordenamento português, com exceção naturalmente dos Planos Espaciais de Áreas Protegidas, que são competência técnica do Instituto de Conservação da Natureza (ICN); c) Declaração de situação de alerta em caso de seca e iniciação das atuações recomendadas; d) Promoção do uso eficiente da água, desde logo com *Programas de Medidas preventivas* em situações normais e *imperativas* em situações de seca real.

Às ARH (n. 6, art. 9º, LA) cabe ao nível de Bacia a responsabilidade seguinte: a) Elaboração de planos de gestão de bacias hidrográficas; b) Elaboração de planos específicos de gestão das águas; c) Decisão de utilizações de recursos hídricos; d) Fiscalização da sua utilização; e) Identificação de zonas captação para consumo humano. Algumas destas tarefas podem ser delegadas: a) A tarefa de planificação, ou seja de elaboração dos planos específicos de gestão da água e programas de medidas podem ser delegados no estadual ICN

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 511 1/9/16 12:11

ou associação de utilizadores ou concessionários de utilização dos recursos hídricos; b) O poder licenciador e de controlo da utilização da água pode ser objeto de *delegação nos órgãos do município.*

Há *planos de ordenamento dos recursos hídricos* (Art. 141, Lei da Água), sendo as suas normas *vinculativas*, com objetivos de utilização sustentável, proteção e valoração. Os Instrumentos de Intervenção Hídrica (Art. 16, LA) de ordenamento e planificação destes Recursos vinculam as autoridades em geral. São os Planos Especiais de Ordenamento do Território, da autoria estatal, mas cuja aplicação, além de dever ser transcrita para os outros planos de qualquer entidade pública, tal como os planos municipais de ordenamento do território, é operativa em relação aos particulares. Ou seja, é de vinculação direta mesmo para decisões concretas e individuais no âmbito urbanístico; e há ainda não só os diretamente tipificados como Planes Setoriais dos Recursos Hídricos, que vinculam todas as Administrações Públicas (DL n. 380/99, de 22/9, diplomas genérico sobre os Instrumentos de Gestão Territorial, e o n. 2, art. 17, e art. 24 LA) como também variadas Medidas de Proteção e Valorização (conservação e reabilitação da rede hidrográfica, estuários; proteção especial dos recursos hídricos, secas, captação de águas, zonas de infiltração; regularização e prevenção). E podem ser impostos condicionamentos ou restrições para a proteção e gestão das águas, sujeitas à aprovação por Regulamento do Governo.

Quanto às medidas de proteção contra a seca (Art. 41, LA etc.), o seu procedimento passa por "Programas de Intervenção em Situação de Seca" para as áreas sujeitas a escassez de água. Neles definem-se sanções financeiras administrativas, medidas e mecanismos de execução para setores afetados, que tocam com a prevenção, alteração ou a limitação de procedimentos ou usos; redução de pressões no sistema e uso de tarifas teleologicamente orientadas à sua racionalização; priorização de disponibilidades para o abastecimento público e depois para atividades e setores económicos vitais.

Quanto à planificação de los recursos hidráulicos e planificação territorial e urbanística, há *conexão entre la planificação de los recursos hidráulicos e la planificação territorial e urbanística*. Quanto ao ordenamento do território e planificação (Art. 17 LA), há que articular e compatibilizar o Programa Nacional da Política de Ordenamento do Território com o Plano Nacional da Água. E os *planos ou programas setoriais* com impactos significativos nas águas devem integrar objetivos e medidas dos instrumentos de planificação das águas.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 512 1/9/16 12:11

E quanto à disponibilidade de **á**gua face aos projetos de novos desenvolvimentos urbanos? A questão da infraestruturação e distribuição da água no domínio das grandes decisões macrourbanísticas é algo previamente enquadrado**,** em termos de planeamento territorial, à extensão urbana e é-o também, dado haver sempre conjuntamente com a apreciação dos projetos de urbanização ou de edificação, antes do licenciamento final de tais pedidos sempre dependentes em geral da Administração urbanística do município e Estado, desde logo pelas regionalmente desconcentradas Comissões de Coordenação e Desenvolvimento Regional (CCDR), entidades subordinadas periféricas da Administração estatal, que se pronunciam vinculadamente em relação ao cumprimento do quadro normativo vigente, sejam planos do ordenamento e ambiente, sejam regras próprias de urbanismo, criadas a nível local. Há uma obrigação legal de disponibilizar água em solo urbanizado, com algumas limitações, que não são excludentes mas exigem colaboração financeira para impedir aprovações de operações de grande impacto com encargos municipais não programados e desproporcionados para a Administração.

Os *desenvolvimentos urbanos* (n. 4 e n. 5, art. 24, Lei n. 555/99, 16/12) estão submetidos a legislação de planeamento físico e urbanística que enquadram a questão do de problemas quanto à insuficiência de infraestruturas na distribuição da água. Com efeito, isso é um fator relativo e ultrapassável (Art. 25) de recusa do licenciamento de urbanizações e edificações, dado que o pedido para tal é recusado não só quando está desconforme com una norma de um plano municipal ou plano especial de ordenamento do território e outros planos em áreas municipais legalmente tipificados, medidas preventivas, administrativas, restrições administrativas de utilidade pública ou quaisquer outras normas legais e regulamentares aplicáveis, como quando em causa está a realização das operações urbanísticas que constituam, "comprovadamente, uma sobrecarga incomportável para as infraestruturas ou serviços gerais existentes ou implicar, para o município, a construção ou a manutenção de equipamentos, a realização de trabalhos ou a prestação de serviços por este não previstos, tais como a criação de novas ruas e *redes de abastecimento de água*, de energia elétrica ou de *saneamento*" ou se estamos perante "obras de construção, alteração e ampliação em área não abrangida por operação de divisão de um terreno em lotes", na ausência de "*infraestruturas de abastecimento de água e saneamento* ou se a obra projetada constituir, comprovadamente, uma sobrecarga incomportável para as infraestruturas existentes". Mas isso nunca obsta a que, nestas situações, o parti-

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 513 1/9/16 12:11

cular possa impor o seu projeto desde que "se comprometa a realizar os trabalhos necessários ou a assumir os encargos inerentes à sua execução, assim como os encargos de funcionamento das infraestruturas por um período mínimo de dez anos", através da celebração prévia com o município de um contrato relativo ao cumprimento das obrigações acordadas e prestar caução adequada para o efeito", com o que se beneficia aliás da redução proporcional ou mesmo de isenção das taxas por realização de infraestruturas urbanísticas, de acordo com a regulamentação municipal do local", sendo certo que, em sua proteção, a lei estipula que os encargos a suportar pelo solicitante do projeto e a constar do contrato nunca podem deixar de ser "proporcionais à sobrecarga para as infraestruturas existentes resultante da sua operação urbanística". E sendo assim, podemos dizer que ao nível microterritorial quem decide em última instancia neste caso é o promotor, o particular interessado no projeto. No entanto, se há discrepância e embora o particular intente propor uma solução legal e siga havendo recusa, aí entram em campo os tribunais da jurisdição administrativa, que aliás já não são meros tribunais de recurso anulatório mas têm hoje plena jurisdição perante as administrações, substituindo-se às suas decisões em caso de poder vinculado (e se for discricionário, dando orientações para a decisão final por elas)[73].

3.2 Direito dos resíduos

Destaco os diplomas fundamentais na matéria. O regime geral de *gestão dos resíduos* consta dos DLs n. 178 (alterado antes pelos alterado pela Lei n. 64-A/2008, de 31 de Dezembro, e pelo Decreto-Lei n. 183/2009, de 10 de

73 *Vide*, ainda, DL n. 372/93, DL n. 101/97 e programas, avaliações e correções, iniciados em 2000, quando se publica o PEAASAR 2000-2006; os poderes de regulação do Instituto Regulador das Águas e dos Resíduos (IRAR); PEAASAR 2007-2013, atual documento fundamental de orientação da política nacional até 2013 ou mesmo mais. Hoje, o DL n. 90/2009, de 9 de Abril, veio prever modificações no *modelo de gestão dos sistemas hídricos*, que passa a estar baseado em contratos de parceria Estado-municípios e na integração dos sistemas em baixa nos sistemas em alta, e procede à exploração e gestão partilhada dos sistemas: Ministério do ambiente, "Tratamento de Águas Residuais Urbanas em Portugal Continental", Junho de 1996, e "É Necessário Cuidar das Águas. Programa Nacional de Tratamento de Águas Residuais Urbanas. Contratualização com as Autarquias", Dezembro de 1996; Ministério do ambiente e Instituto da água, "Recursos Hídricos de Portugal Continental e sua Utilização", Dezembro de 1995; Ministério do ambiente e recursos naturais, "Livro Branco sobre o Estado do Ambiente em Portugal", Abril 1991; Ministério do ambiente e recursos naturais, "Plano Nacional da Política de Ambiente", 1995; Ministério do ambiente e recursos naturais, Direcção-geral do ambiente, "Investimentos em Ambiente no Âmbito do PDR. Período 1994/1999", Julho 1995.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 514 1/9/16 12:11

Agosto e, mais recentemente, pelo DL n. 73/2011, de 17 de Junho, que o republica: aplicável à prevenção, produção e gestão de resíduos, transpondo para a ordem jurídica interna a Diretiva n. 2.008/98/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Novembro), n. 1.023, n. 1.407 e n. 1.408, todos de 2006, respetivamente de 5, 20 e 18 de Setembro e 18 de Dezembro. O DL n. 85/2005, de 28/4, alterado pelo DL n. 178/2006, de 5/9, rege o regime de incineração e coincineração. O regime dos *aterros* está no DL n. 152/2002, de 23/5, também alterado pelo diploma anterior. A Lista Europeia de Resíduos e os regimes de transporte de resíduos em território nacional, assim como dos Movimentos transfronteiriços de resíduos, constam respetivamente das portarias n. 209/2004, de 3/3, n. 335/97, de 16/5, e n. 830/2005, de 16/9[74].

3.3 Direito da qualidade do ar

Nesta matéria sobre a proteção e o controlo da qualidade do ar ambiente, prevendo valores-limites e valores-guias, avaliação e gestão da sua qualidade, limite e tetos de emissão de poluentes, prevenção e controlo de emissões e comércio de licenças de emissão, destaco o DL n. 102/2010, de 23/9[75], que fixa os atuais *objetivos de qualidade do ar*, tendo em conta as normas, as orientações e os programas da Organização Mundial de Saúde, destinados a preservar e melhorar a qualidade do ar ambiente. Sempre que os objetivos de qualidade do ar não forem atingidos, são tomadas medidas da responsabilidade de diversos agentes em função das suas competências, as quais podem estar integradas em planos de ação de curto prazo ou planos de qualidade do ar, concretizados através de programas de execução. Atendendo aos objetivos da estratégia temática sobre poluição atmosférica, no que respeita à redução da mortalidade e morbilidade devido aos poluentes, foram adotados objetivos de melhoria contínua quanto à concentração no ar ambiente de partículas finas (PM2,5)[76].

---

74 CONDESSO, Fernando. "O Direito dos Resíduos". In Direito do Ambiente, o.c., p. 986-1089.

75 Transcrevendo a Diretiva 2008/50/CE, de 21 de Maio, que agregou num único diploma as normas da Diretiva 96/62/CE, de 27/9, e das Diretivas 1999/30/CE, de 22/4, 2000/69/CE, de 16/11, e 2002/3/CE, de 12/2, relativas aos poluentes SO2, NO2, NOx, PM10, Pb, C6H6, CO e O3, e ainda a Decisão 97/101/CE, do Conselho, de 27/1/1997.

76 CONDESSO, F. "O Direito de Combate às Poluições no Meio atmosférico: O Direito de combate à Poluiço Gasosa". In Direito do Ambiente, o. c., p. 94-967.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 515 1/9/16 12:11

3.4 Direito do ruído

O regulamento geral do ruído, na designação tradicional em Portugal, consta do DL n. 9/2007, de 17/1. Ele define os mecanismos de prevenção e controlo da poluição ao estabelecer valores limites de exposição ao ruído ambiente exterior, os procedimentos de controlo prévio das operações urbanísticas, a regulação da instalação e do exercício das atividades ruidosas permanentes e temporárias; o regime a que ficam sujeitas as infraestruturas de transporte e o regime de outras fontes de ruído. A avaliação e a gestão do ruído ambiente consta do DL n. 146/2006, de 31/7[77]. Destaco que o art. 8º do Regulamento do Ruído prevê planos municipais de redução de ruído para as zonas sensíveis ou mistas com ocupação expostas a ruído ambiente exterior que exceda os valores-limite legalmente fixados e considera estes planos vinculativos também para os particulares.

3.5 Direito da conservação da natureza e da biodiversidade

Neste âmbito, destaco os seguintes diplomas: sobre a rede nacional das áreas protegidas, o DL n. 19/93, com alterações em 1995, 1997, 1998, 2000 e em 2005 (DL n. 117, de 18/7), e sobre a Rede Natura 2000, os DL n. 93/90, de 19/3, e n. 196/89, de 14/6[78].

4 Áreas de normação ambiental supranacional e intergovernamental. Principais tratados ambientais vinculando Portugal

1. *Direito à informação*: Convenção sobre Acesso à Informação, Participação do Público no Processo de Tomada de Decisão e Acesso à Justiça em Matéria de Ambiente (Convenção de Aärhus sob a égide da ONU para

77 Diretiva n. 2.002/49/CE, de 25/6. Sobre a normação anterior às alterações normativas da última década, CONDESSO, Fernando. "O Direito de Combate ao Ruído". In Direito do Ambiente, o. c., p. 968-985.

78 CONDESSO, Fernando. "O Direito da Conservação da Natureza". In Direito do Ambiente, o. c., p. 689-813.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 516 1/9/16 12:11

a Europa) de 25/6/1998; Emenda à convenção sobre acesso à informação, participação do público no processo de tomada de decisão e acesso à justiça em matéria de ambiente de 27/5/2005; Convenção Europeia da Paisagem, de 20/10/2000.

2. *Impacto ambiental*: Convenção sobre a Avaliação dos Impactos Ambientais Num Contexto Transfronteiras, de 25/2/1991; Convenção sobre os Efeitos Transfronteiriços de Acidentes Industriais (ETAI), de 17/3/1992; Emenda à Convenção sobre a Avaliação dos Impactos Ambientais Num Contexto Transfronteiras, de 27/2/2001; Protocolo relativo à avaliação ambiental estratégica à convenção sobre a avaliação dos impactos ambientais num contexto transfronteiras, de 21/5/2003; Emenda à convenção sobre a avaliação dos impactos ambientais num contexto transfronteiras, adotada pela decisão III/7, na terceira conferência das partes, de 4/6/2004.

3. *Proteção da atmosfera/clima/saúde:* Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Alterações Climáticas, de 9/5/1992; Protocolo de Quioto à Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Alterações Climáticas, de 11/12/1997; Emendas de 1997 ao Protocolo de Montreal Relativo às Substâncias Que Empobrecem a Camada de Ozono, de 17/9/1997; Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozono, de 22/3/1985; Protocolo à Convenção de 1979 sobre Poluição Atmosférica Transfronteiras a Longa Distância Relativo ao Financiamento a Longo Prazo do Programa Comum de Vigilância Contínua e de Avaliação do Transporte a Longa Distância dos Poluentes Atmosféricos na Europa (EMEP), de 28/9/1984; Convenção sobre Poluição Atmosférica Transfronteiras a Longa Distância, de 13/11/1979; Protocolo à Convenção de 1979 sobre a Poluição Atmosférica Transfronteiriça a Longa Distância Relativo à Redução da Acidificação, Eutrofização e Ozono Troposférico, de 1/12/1999; Protocolo de Montreal sobre as Substâncias que Empobrecem a Camada de Ozono, de 16/9/1987; Emendas introduzidas ao Protocolo de Montreal sobre as Substâncias Que Empobrecem a Camada de Ozono, de 29/6/1990; Emendas de Copenhaga ao Protocolo de Montreal Relativo às Substâncias Que Deterioram a Camada de Ozono, de 25/11/1992; Emenda ao Protocolo de Montreal Relativo às Substâncias Que Empobrecem a Camada de Ozono, de 3/12/1999

4. *Proteção da fauna e da flora:* Convenção sobre a Diversidade Biológica, de 5/6/1992; Convenção sobre o Comércio Internacional de Espécies da Fauna e Flora Selvagens Ameaçadas de Extinção, de 3/3/1973; Convenção Relativa à Proteção da Vida Selvagem e do Ambiente Natural na Europa, de

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 517 1/9/16 12:11

19/9/1979; Convenção sobre a Conservação das Espécies Migradoras Pertencentes à Fauna Selvagem, de 24/6/1979; Protocolo de Cartagena sobre Segurança Biológica à Convenção sobre a Diversidade Biológica, de 29/1/2000; Acordo para a Conservação das Aves Aquáticas Migradoras Afro-Euroasiáticas, de 15/8/1996; Emenda à Convenção sobre o Comércio Internacional das Espécies da Fauna e da Flora Selvagens Ameaçadas de Extinção, de 30/4/1983; Alterações aos anexos I e II da Convenção sobre a Conservação das Espécies Migradoras Pertencentes à Fauna Selvagem, de 16/11/1999; Convenção Internacional para a Regulação da Atividade Baleeira, assinada em Washington em 2 de Dezembro de 1946; Protocolo da Convenção Internacional para a Regulação da Atividade Baleeira, assinado em Washington em 9 de Fevereiro de 1956, de 2/12/1956; Acordo sobre a Conservação dos Morcegos na Europa, de 10/8/1991; Acordo de Cooperação entre a República Portuguesa e o Reino de Espanha Relativo ao Programa de Reprodução em Cativeiro do Lince Ibérico, de 31/8/2007.

5. Proteção das águas e zonas húmidas: Convenção sobre a Proteção e a Utilização dos Cursos de Água Transfronteiriços e dos Lagos Internacionais, de 17/3/1992; Protocolo sobre Água e Saúde à Convenção de 1992 Relativa à Proteção e Utilização dos Cursos de Água Transfronteiriços e dos Lagos Internacionais, de 17/6/1999; Emendas aos arts. 25 e 26 da convenção sobre a proteção e a utilização de cursos de água transfronteiriços e dos lagos internacionais, de 28/11/2003; Convenção sobre o Direito Relativo à Utilização dos Cursos de Água Internacionais para Fins Diversos dos de Navegação, de 21/5/1997; Convenção Internacional de Combate à Desertificação nos Países Afetados pela Seca Grave e ou Desertificação, particularmente em África, de 17/6/1994; Convenção para a Proteção do Meio Marinho do Atlântico Nordeste, de 22/9/1992; Convenção para a Prevenção da Poluição Marinha por Operações de Imersão de Detritos e Outros Produtos, de 13/11/1972; Protocolo Adicional Relativo ao Acordo de Cooperação para a Proteção das Costas e Águas do Atlântico Nordeste contra a Poluição, de 20/5/2008; Acordo de Cooperação para a Proteção das Costas e das Águas do Atlântico Nordeste contra a Poluição, de 17/10/1990; Convenção sobre Cooperação para a Proteção e o Aproveitamento Sustentável das Águas das Bacias Hidrográficas Luso-Espanholas e o Protocolo Adicional, de 30/11/1998; Acordo de Cooperação entre a República Portuguesa e o Reino de Espanha relativo à constituição do Parque Internacional Tejo-Tajo, de 9/5/2012; Emendas à Convenção para a Preven-

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 518 1/9/16 12:11

ção da Poluição Marinha Causada por Operações de Imersão de Detritos e Outros Produtos, de 12/10/1978; Protocolo de 1978 relativo à Convenção Internacional para a Prevenção da Poluição por Navios de 1973, de 17/2/1978; Protocolo de 1973 Relativo à Intervenção em Alto Mar em Casos de Poluição por Substâncias Diferentes dos Hidrocarbonetos, de 2/11/1973; Protocolo de 1992 relativo à Convenção Internacional sobre a Responsabilidade Civil pelos Prejuízos Devidos à Poluição por Hidrocarbonetos, de 1969, passando a constituir a Convenção Internacional sobre a Responsabilidade Civil pelos Prejuízos Devidos à Poluição por Hidrocarbonetos (CLC 92), de 27/11/1992; Protocolo de 1992 à Convenção Internacional para a Constituição de Um Fundo Internacional para a Compensação pelos Prejuízos Devidos à Poluição por Hidrocarbonetos, de 1971, passando a constituir a Convenção Internacional para a Constituição de Um Fundo Internacional para Compensação pelos Prejuízos Devidos à Poluição por Hidrocarbonetos, de 27/11/1992; Emendas aos limites de compensação previstos no Protocolo de 1992 à Convenção Internacional para a Constituição de Um Fundo Internacional para Compensação pelos Prejuízos Devidos à Poluição por Hidrocarbonetos, de 27/11/1992; Emendas à Convenção para a Proteção do Meio Marinho do Atlântico Nordeste (Convenção OSPAR), de 23/7/1998; Emendas aos limites de responsabilidade previstos no Protocolo de 1992 à Convenção Internacional sobre a Responsabilidade Civil pelos Prejuízos Devidos à Poluição por Hidrocarbonetos, de 18/10/2000; Convenção Internacional sobre a Intervenção no Alto Mar em Caso de Acidente Que Provoque ou Possa Vir a Provocar a Poluição por Hidrocarbonetos, de 29/11/1969; Protocolo de 2003 à Convenção Internacional para a Constituição de Um Fundo Internacional para Compensação pelos Prejuízos Devidos à Poluição por Hidrocarbonetos, de 1992, de 16/5/2003; Emendas ao anexo IV do protocolo de 1978 da convenção internacional para a prevenção da poluição por navios, 1973 (marpol 73/78), de 1/4/2004; Convenção sobre Zonas Húmidas de Importância Internacional, especialmente como *Habitat* de Aves Aquáticas, de 2/2/1971; Protocolo de Emenda da Convenção das Zonas Húmidas de Importância Internacional especialmente como *Habitat* de Aves Aquáticas, de 3/12/1982; Emendas à Convenção Relativa às Zonas Húmidas de Importância Internacional Especialmente como *Habitat* de Aves Aquáticas, de 28/5/1987

6. *Substâncias contaminantes*: Convenção sobre Poluentes Orgânicos Persistentes, de 22/5/2001; Protocolo sobre a Prevenção, Atuação e Cooperação

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 519 1/9/16 12:11

no Combate à Poluição por Substâncias Nocivas e potencialmente Perigosas, de 15/3/2000; Protocolo sobre registos de emissões e transferências de poluentes, de 21/5/2003; Convenção de Roterdão Relativa ao Procedimento de Prévia Informação e Consentimento para Determinados Produtos Químicos e Pesticidas Perigosos no Comércio Internacional, de 11/9/1998; Convenção sobre o Controlo de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e Sua Eliminação, de 22/3/1989; Acordo entre o Governo da República Portuguesa e o Governo da Confederação Suíça Respeitante à Reexportação e Tratamento das Escórias de Alumínio, de 18/5/1995; Convenção Internacional sobre a Prevenção, Atuação e Cooperação no Combate à Poluição por Hidrocarbonetos (OPRC 90), de 30/11/1990.

7. Direito do ambiente em geral: Geral Acordo de Cooperação no Domínio do Ambiente e dos Recursos Naturais entre a República Portuguesa e a República Democrática de São Tomé e Príncipe, de 8/11/1988; Protocolo Adicional ao Acordo de Cooperação Científica e Técnica nos Domínios do Ambiente e Recursos Naturais entre a República Portuguesa e a República da Guiné-Bissau, de 5/3/1989; Acordo de Cooperação no Domínio do Ambiente e do Ordenamento do Território entre a República Portuguesa e o Reino de Marrocos, de 17/4/2007.

*

Comentário genérico: Portugal está sujeito não só (no plano da génese de nomas ambientais de fonte não nacional), à normação intergovernamental[79] a que adira diretamente. E isso seja por ratificação do parlamento, seja por aprovação governamental e assinatura por delegação do primeiro-ministro; mas nunca se pode responsabilizar por mera assinatura dos negociadores em que terminada a redação dos textos, estes se considerem fixados e os Estados vinculados, devendo no caso de acordos em forma simplificada declarar-se reserva de aprovação posterior, pois, mesmo nestes acordos, a Constituição exige a aprovação do parlamento ou, pelo menos, do governo, neste caso apenas em matérias que não sejam de reserva absoluta ou relativa de lei formal parlamentar. Portanto, sempre que adira diretamente, o que lhe é permitido fora das áreas de atribuição material unionista europeia, em que qualquer acordo

79 Lista de tratados multilaterais sobre temas ambientais: <http://www.gddc.pt/siii/pesquisa-resultados.asp?capitulotema-im-pesq=2,&natureza=IM&go=Pesquisar&orig=temas>; Lista de Tratados bilaterais.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 520 1/9/16 12:11

extra-UE não pode pôr em causa o direito europeu, ou, independentemente disso, as normas internacionais se imponham constitucionalmente enquanto direitos humanos, *ius cogens,* universal ou europeu. Para além disso, sendo, por força da integração na UE e da obrigação de observância do direito da União Europeia, está obrigado a aplicar, não só os tratados celebrados por Ela (mesmo que não os tenha assinado e ratificado diretamente, em termos conjuntos, situações de exercício de poderes comungados (como acontece com os tratados UE-ACP) se as matérias estiverem contidas nas atribuições supranacionais (como é o caso do ambiente), assim como está sujeito a respeitar os atos normativos desta, quer se trate de direito constante dos tratados da UE (direito originário), quer de normas e decisões dos órgãos da União (direito derivado), e sentenças proferidas nesta instância supranacional (v.g., sobre fauna e flora, o Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, de 10 de Maio de 2007, quer os Tratados celebrados diretamente e só em nome da UE, que passam a vincular sem mais todos os seus Estados-membros[80].

5 NORMAÇÃO DE APLICAÇÃO EM MATÉRIA AMBIENTAL EM GERAL

5.1 Direito de Participação procedimental e de Ação Popular

A Lei n. 83/95, de 31 de Agosto, define os casos e termos em que é conferido e pode ser exercido quer o direito de participação popular em procedimentos administrativos quer o direito de ação popular, concebidos em geral para a prevenção, cessação e perseguição judicial de infrações a quaisquer normas de defesa de interesses difusos, entre os quais está o ambiente[81]. Assim, a titularidade dos direitos de participação procedimental e do direito de ação popular na defesa do ambiente pertence a qualquer cidadão (e ONGA), quer tenham

80 Sobre o tema, *vide*, v.g., GOMES, Carla Amado. "A protecção do ambiente na jurisprudência comunitária: Uma amostragem". Disponível em <www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/cg_MA_8354.doc> (consultado em 18/10/2013); "Direito administrativo do ambiente". In Tratado de Direito Administrativo Especial. OTERO, P.; GONÇALVES, P. (coord.). Vol. I. Coimbra: Almedina, 2013, p. 159-279.

81 N. 3, art. 52. CRP: ambiente, qualidade de vida, saúde pública, proteção do consumo de bens e serviços, património cultural e, também, do domínio público.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 521 1/9/16 12:11

ou não um interesse direto na matéria e às autarquias locais (em relação aos interesses de que sejam titulares residentes na área da respetiva circunscrição).

Quanto à *ação popular*, reporta-se a meios jurisdicionais administrativos e civis (Art. 12). Refere-se à ação procedimental administrativa e à ação popular civil. A *ação procedimental administrativa* compreende a ação para defesa dos interesses ambientais. E a ação administrativa pode ter como fundamento a ilegalidade de quaisquer atos administrativos lesivos do ambiente. A acção popular civil pode revestir qualquer das formas previstas no Código de Processo Civil. Há um regime especial de indeferimento da petição inicial: sempre que o tribunal entender que é manifestamente improvável a procedência do pedido[82]. No que diz respeito ao regime de *intervenção no exercício da ação penal*, por parte dos cidadãos e ONGA, a lei reconhece aos titulares do direito de ação popular o *direito de denúncia, queixa ou participação* ao Ministério Público, por violação dos interesses ambientais, que revistam natureza penal e o de se constituírem assistentes no respetivo processo (Arts. 68 a 70, Código de Processo Penal).

5.2 Direito de acesso à informação ambiental

Hoje, a matéria é regulada por lei específica (LAIA)[83] e, supletivamente, pela Lei de Acesso à Informação e Documentação em Geral (LADA)[84]. A LAIA visa, especificamente, não só garantir o direito de acesso à informação sobre ambiente na posse pelas entidades públicas e privadas concessionárias

82 Ouvido o Ministério Público e feitas preliminarmente as averiguações tidas por justificadas ou que o autor ou o Ministério Público requeiram.

83 Lei n. 19/2006, de 12.6: LAIA; Diretiva UE n. 2003/4/CE, de 28/1.

84 Lei n. 19/2006, de 12/6. *Vide* CONDESSO, Fernando. Derecho de acceso de los ciudadanos a la documentación e información. Cuestiones y fundamentos politológicos, económico-financieros, comunicacionales y ambientales. O. c., 2012; Derecho de acceso de los ciudadanos a la a la documentación e información. Regímenes jurídicos en Unión Europea y Península Ibérica. O. c., 2012, 676 p.; Derecho a la información: Crisis del sistema político. Transparência de los poderes públicos. Madrid: Dykinson, 2011, p. 256; Direito à informação administrativa. Tese doutoral, inserida em provas globais de PLD em Direito do Estado. Biblioteca da UGF do Rio de Janeiro, 1994 e Lisboa: Pedro Ferreira, 1995; "Os Meios Informativos". Direito do Ambiente. Coimbra: Almedina, 2001, p. 645-688; "Democracia e transparência: análise do regime unionista europeu de acesso à informação possuída pelas entidades europeias". Em VVAA: Livro de homenagem ao prof. doutor Joao Mota Campos, 2013, p. 361-379.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 522 1/9/16 12:11

de atividades públicas com implicações na área do ambiente ou detida em seu nome, como ainda assegurar que a informação sobre ambiente seja divulgada e disponibilizada ao público e promover o acesso à informação, através da utilização de tecnologias telemáticas ou eletrónicas. (Arts. 1º e 2º). Atribui-se o direito de acesso à informação ambiental com a máxima amplitude subjetiva ativa. O requerente não tem de justificar o seu interesse (n. 1, art. 6º). Enuncia-se quem são as entidades sujeitas à aplicação da lei com a máxima amplitude, independentemente de serem entidades de direito público ou não. Prevê-se expressamente restrições ao acesso (fundamentos para o indeferimento do pedido de acesso). Os *sujeitos passivos* implicados pela obrigação de fornecer informação são todas as autoridades públicas, quer se trate de órgãos de administração ativa[85], quer de órgãos consultivos, integrando quaisquer outros órgãos da administração pública direta, indireta, autónoma, independente e ainda órgãos de entidades de "direito privado e regime jurídico misto"[86], quer tenham fins lucrativos[87] ou não[88].

No plano dos *conceitos* que definem a densificação do conteúdo da massa informativa a que deve facultar-se o acesso, deve considerar-se como informação sobre ambiente quaisquer informações (sob forma escrita, visual, sonora, eletrónica ou qualquer outra forma material de suporte), que se refiram ao *estado dos elementos do ambiente* (ar, atmosfera, água, solo, terra, paisagem e áreas de interesse natural[89], diversidade biológica e seus componentes[90]); aos fatores que afetem ou possam afetar esses elementos do ambiente[91]; as medidas

85 Na administração direta do Estado, temos o Governo, a Administração geral do país e Administrações desconcentradas do Estado territorialmente circunscritas. Aplica-se igualmente à Administração infra-estadual (regional e local), que abarca os órgãos de governo próprio das Regiões Autónomas e das autarquias. Quando às Administrações indiretas destas entidades (institutos públicos, associações públicas, empresas públicas: entidades públicas empresariais, empresas participadas e empresas concessionárias), a lei abrange qualquer entidade e seus órgãos, que tenham atribuições e competências para o exercício de funções administrativas ou a prestação de serviços públicos relacionados com o ambiente.

86 Entidades particulares de interesse coletivo.

87 Empresas de interesse público.

88 Associações e fundações, quer estas assumam a natureza de pessoas coletivas de mera utilidade pública, pessoas coletivas de utilidade pública administrativa ou instituições particulares de solidariedade social.

89 Incluindo as zonas húmidas, as zonas litorais e as zonas marinhas.

90 Incluindo os organismos geneticamente modificados e a interação entre esses elementos.

91 Como substâncias, energia, ruído, radiações, resíduos (incluindo os resíduos radioativos), emissões, descargas e outras libertações para o ambiente.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 523 1/9/16 12:11

políticas, legislativas e administrativas[92] e as medidas ou ações destinadas a protegê-los; relatórios sobre a implementação da legislação ambiental; análises custo-benefício e outras análises e cenários económicos utilizados no âmbito das medidas referidas e atividades destinadas à sua proteção; o estado da saúde e a segurança das pessoas, incluindo a contaminação da cadeia alimentar (quando tal seja relevante), as condições de vida, os locais de interesse cultural e construções, na medida em que sejam ou possam ser afetados pelo estado dos elementos do ambiente, ou, através desses elementos, por qualquer dos fatores ou medidas também antes referidos.

A informação *detida por* uma autoridade pública é aquela que esteja na posse de uma autoridade pública[93] (*elaborada ou recebida* por ela), enquanto a informação *detida em nome* de uma autoridade pública é a materialmente mantida por uma pessoa singular ou coletiva por conta de uma autoridade pública. Este direito é assegurado pelas próprias autoridades públicas, que estão obrigadas a facultar informação sobre o direito de acesso, a prestar apoio no seu exercício e a adotar "procedimentos que garantam a uniformização da informação sobre ambiente, de forma a assegurar informação exata, atualizada e comparável". E, ainda, à disponibilização ao público de "listas com a designação das autoridades públicas" e "listas ou registos de informação de ambiente na posse das autoridades públicas ou detidas em nome delas ou a indicação de onde a informação está acessível, medidas que devem ser adotadas com recurso a meios eletrónicos (Art. 4)[94].

Quanto à informação a divulgar (n. 3, art. 5), sempre atualizada, integra as normas ambientais nacionais, supranacionais e de fonte internacional; de políti-

92 Designadamente planos, programas, acordos ambientais e ações que afetem ou possam afetar esses elementos ou fatores.

93 O vocábulo público, referente a um dado ente, integra "uma ou mais pessoas, singulares ou coletivas, associações, grupos e organizações representativas, designadamente organizações não governamentais de ambiente (ONGA)".

94 Também estão obrigadas a ter uma organização específica do acesso à informação. Isso implica a designação, "em cada autoridade pública", de um responsável pela informação, com divulgação da sua identidade e criação e manutenção de "instalações para consulta da informação. Impõe-se, pois, no plano orgânico, a existência de uma Administração do acesso, embora não obrigue a criar serviços autónomos nas várias Administrações, como na Suécia. E, em ordem a garantir a futura disponibilização de toda a informação ambiental, obriga-se as autoridades a assegurar a manutenção da informação sobre ambiente, na sua posse ou detida em seu nome, sob formas ou formatos facilmente reproduzíveis e acessíveis, através de redes de telecomunicações de dados ou outros meios eletrónicos.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 524 1/9/16 12:11

cas, planos e programas relativos ao ambiente; de relatórios sobre a execução dos instrumentos legalmente referidos, o relatório nacional anual sobre o estado do ambiente, os dados ou resumos dos dados resultantes do controlo das atividades que afetam ou podem afetar o ambiente; as licenças e autorizações com impacto significativo sobre o ambiente e acordos sobre ambiente, estudos de impacto ambiental e avaliações de risco relativas ao estado dos elementos ambientais ou ao local onde tais informações podem ser solicitadas ou obtidas.

Há obrigação de divulgação imediata de informação em caso de *ameaça iminente para a saúde humana ou o ambiente*, causada por ação humana ou por fenómenos naturais, para permitir às populações em risco tomar medidas para evitar ou reduzir os danos decorrentes dessa ameaça (n. 5). Tal implica, em geral, que as autoridades, no âmbito das suas atribuições, tenham de recolher e organizar a informação sobre ambiente na sua posse ou detida por outrem em seu nome. E deve assegurar-se a sua divulgação ao público, de forma ativa e sistemática, através, nomeadamente, de tecnologias telemáticas ou eletrónicas. E esta informação deve ser disponibilizada progressivamente em bases de dados eletrónicas, facilmente acessíveis ao público, através de redes públicas de telecomunicações (ligações a sítios da internet).

O direito de acesso exerce-se (Art. 6º) com a apresentação de pedido por escrito, do qual constem os elementos essenciais à identificação da matéria e do requerente[95]. O pedido de acesso à informação pode ser *recusado* se a sua divulgação prejudicar outros valores constitucionais (n. 6, art. 11): a confidencialidade prevista na lei do processo ou a da informação que esteja na posse ou seja detida em nome das autoridades, as relações internacionais, a segurança pública, a defesa nacional, o segredo de justiça[96], a confidencialidade das informações comerciais ou industriais, mas só nas situações em que essa confidencialidade esteja prevista na legislação nacional ou comunitária para

95 Pode ser efetuado, designadamente através de consulta junto da autoridade pública ou por reprodução, certificada ou não (simples fotocópia). O acesso pode efetivar-se na forma ou no formato solicitados pelo requerente, exceto se a informação já se encontrar publicamente disponível sob outra forma ou formato facilmente acessível ao requerente, nomeadamente na internet (art. 5º), ou a autoridade pública considerar razoável disponibilizar a informação sob outra forma ou formato, devendo, nesse caso, comunicar as razões por que o faz (n. 1, art. 10). Se o pedido for formulado em termos genéricos, no prazo máximo de 10 dias úteis, a autoridade pública convida e apoia o requerente para o formular de forma precisa, fornecendo designadamente informações sobre a utilização dos registos (art. 8º).

96 Sobre o segredo de justiça, *vide* "Sistema penal, prisao preventiva e segredo de juistiça". Em VVAA: Política Social e Sociologia. Óscar Soares Barata (coord.). ISCSP. Lisboa, 2010, p. 381-410.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 525 1/9/16 12:11

proteger um interesse económico legítimo, e o interesse público em manter a confidencialidade estatística ou o sigilo fiscal; os direitos de propriedade intelectual; a confidencialidade de dados pessoais ou ficheiros relativos a uma pessoa singular de acordo com o disposto na Lei de Proteção de Dados Pessoais.

No entanto, há *fundamentos de indeferimento* de acesso ambiental (que só não podem ser invocados quando o pedido de informação incida sobre *emissões para o ambiente*): confidencialidade do processo ou da informação na posse ou detida em nome das autoridades públicas, quando tal confidencialidade esteja prevista na lei; confidencialidade das informações comerciais ou industriais, sempre que essa confidencialidade esteja prevista na legislação nacional ou comunitária para proteger um interesse económico legítimo e o interesse público em manter a confidencialidade estatística ou o sigilo fiscal; confidencialidade de dados pessoais ou ficheiros relativos a uma pessoa singular nos termos da legislação aplicável; interesses ou a proteção de quem tenha fornecido voluntariamente a informação, sem que esteja ou venha a estar legalmente obrigado a fazê-lo, exceto se essa pessoa tiver autorizado a divulgação dessa informação; proteção do ambiente a que a informação se refere, designadamente a localização de espécies protegidas.

O pedido pode, em geral, ser recusado, se a informação solicitada *não está nem tinha que estar na posse* da autoridade pública ou não for detida em nome da autoridade pública a quem o pedido for dirigido (n. 1, art. 11). Ou se se tratar de pedido de documentos e dados incompletos ou a comunicações internas, em que o acesso é diferido até à tomada de decisão ou ao arquivamento do processo. Os números 2 a 8 do art. 11 impedem, logo, o acesso na fase endoprocedimental. O prazo para a comunicação (Art. 9º) deve processar-se o mais tardar, em princípio, em 10 dias úteis, mas pode ir até 30 ou 60 dias. No caso de recusa de acesso, total ou parcial, às informações, sob a forma ou formato pedidos, devem os respetivos fundamentos ser comunicados no referido prazo máximo de 10 dias úteis, contados da data de receção do pedido (n. 2, art. 10). As autoridades públicas devem indicar, quando tal estiver disponível, onde se pode obter informação sobre os procedimentos de medição, designadamente sobre os métodos de análise, de amostragem e de tratamento prévio das amostras utilizados para a recolha da informação, ou a referência ao procedimento normalizado utilizado na recolha (Art. 7º). O indeferimento tem de ser notificado no prazo de 10 dias úteis, contados da receção do pedido. O requerente é notificado por escrito do indeferimento total ou parcial do pedido de infor-

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 526 1/9/16 12:11

mação, expondo os motivos do indeferimento bem como a informação relativa aos mecanismos de impugnação previstos na presente lei (Art. 13). Quanto à *taxa a pagar*, o acesso a registos ou listas públicas, tal como a simples consulta é gratuito[97]. O requerente de informação que considere que o seu pedido foi *ignorado, indevidamente indeferido, total ou parcialmente*, que obteve uma *resposta inadequada* ou que *não foi dado cumprimento à lei*, tal como qualquer *terceiro lesado pela divulgação* de informação podem impugnar a legalidade da decisão, ato ou omissão, nos termos da legislação judiciária e processual administrativa (CPTA), sem prejuízo de poderem igualmente apresentar queixa à Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos, no prazo de ida para tribunal. Portanto, a queixa à CADA contra falta de resposta, indeferimento ou outra decisão limitadora do acesso faz-se no prazo de 20 dias. A queixa para esta entidade administrativa independente interrompe o prazo para introdução em juí*zo de petição de intimação para a prestação de informações, consulta de processos* ou passagem de certidões. Se não for caso de indeferimento liminar, a CADA deve convidar a entidade requerida a responder à queixa no prazo de 10 dias. A CADA tem o prazo de 40 dias para elaborar o relatório de apreciação da situação, enviando-o, com as devidas conclusões, a todos os interessados. Recebido o relatório, a entidade requerida comunica ao requerente a sua decisão final fundamentada, no prazo de 10 dias, sem o que se considera haver falta de decisão. Tanto a decisão como a falta de decisão podem ser impugnadas pelo interessado junto dos tribunais administrativos, aplicando-se as regras do processo de intimação (CPTA).

5.3 Direito sancionatório ambiental

Os diplomas sobre matérias ambientais contêm normas de tipificação de infrações e de sancionamento, a aplicar tendo presente o regime geral das contraor-

97 Mas pelos outros meios de acesso, cobra-se uma taxa nos termos da LADA, que, embora ilegalmente, tem incluído uma componente lucrativa face ao estrito critério do "preço do papel, tinta e amortização da aparelhagem de reprografia", apenas gozando as ONGA e equiparadas de uma redução de 50% das taxas devidas.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 527 1/9/16 12:11

denações ambientais[98] e, supletivamente, o regime geral das contraordenações[99].

Em Portugal, a *punição criminal* vem expressa no Código Penal. Esta criminalização, iniciada com as alterações de 1995 ao Código penal, vem proteger o ambiente de forma direta, em si mesmo, embora com limitações subjetivas. As suas normas restringem-se à *proteção dos elementos componentes do ambiente natural* e não aos elementos referentes ao ambiente humano (aspetos culturais, históricos ou artísticos, ligados ao conceito amplo de ambiente, ao ambiente construído)[100]. Mas o *direito do urbanismo*, comporta componentes

98 Lei n. 50/2006, de 29/8.

99 DL n. 433/82, de 27/10. *Vide* CONDESSO, Fernando. "As Técnicas Sancionatórias". Em: Direito do Ambiente. Almedina. Coimbra, 2001, p. 592-613.

100 *Vide* o artigo de Selma Santana e Rafael Cruz Bandeira (Brasil). "A Justiça Restaurativa como via de legitimação da punição estatal e redução de seus paradoxos sob ótica de teoria da argumentação". Em VVAA: JURISMAT, Portimão, n. 3, 2013, p. 133-166. Aqui discorre-se (e, pessoalmente, entendo que com interesse para a temática ambiental) sobre a Justiça Restaurativa, analisando questões tais como a Busca da congruência no discurso punitivo estatal, a Efetivação dos Direitos Fundamentais pela via da Justiça Restaurativa e o caráter argumentativo do Direito, o Discurso jurídico e Justiça Restaurativa. A legitimidade do Acordo Argumentado e Justiça Restaurativa: o exemplo a ser seguido do acordo através do discurso jurídico e da argumentação. Portanto, uma análise orientada pela procura da legitimação da punição estatal e da redução de seus paradoxos sob ótica de teoria da argumentação. Como ela resume o seu pensamento, "Um dos principais problemas do Direito Penal, decorrente de seus efeitos práticos e criminológicos", a crise de legitimidade, encontra na teoria da argumentação um caminho legitimador do Direito, "quer seja no campo das normas quer no da decisão; "pela via discursiva, argumenta-se racionalmente para chegar a uma solução igualmente racional, com pretensão de verdade", visando "solucionar conflitos e minimizar essa crise de legitimidade do Direito Penal com a tentativa de obtenção de um acordo pela via argumentativa entre as partes", assim fazendo com que a Justiça Restaurativa venha "angariando relevância doutrinária e prática como solução tópica de atuação do Estado em seara penal, com pretensão de ser sistematicamente incorporada por uma política criminal", que ela conclui ser "ainda incipiente no Brasil". Segundo ela, "Tal forma de solução dos conflitos" utiliza a tentativa de acordo, por via argumentativo-discursiva, para influenciar a "controvérsia tipicamente penal", de modo que, no Direito Penal, se adaptam e se complementam o discurso punitivo estatal com o uso da Justiça Restaurativa e soluções consensuais argumentadas. Este artigo permite contactar com uma vertente da evolução da reflexão filosófica nesta área jurídica, em que a minha intuição, sensibilizada por contactos com especialistas ao nível do Conselho da Europa, me despertara quando docente de criminologia. Sobre a *criminalização das condutas*, entendo que a *ideia de justiça* não implica realmente apenas a elaboração de lei justa pelo legislador ou a afirmação da aplicação da lei existente pelo julgador, porque a "lei real", a aplicada, não é a feita pelo legislador, mas a dita pelo aplicador, e por isso a questão geral da sua aplicação ou da reorientação para condutas não desviantes e não apenas o controlo da sua aplicação, é algo de fundamental, mais fundamental até do que o controlo da sua produção. E, em democracia, mesmo na defesa da lei aplicanda e aplicada, não pode descansar-se no sistema de duplicação do julgador das instâncias oficiais, sistemas de recurso nem descansar-se apenas no sistema de processos e tribunais, roubando de todo este controlo e superação aos cidadãos e aos próprios implicados. Quantas vezes, mesmo após o processo histórico de contestação da hipercriminalização e consequente descriminalização legal de muitas condutas, eu

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 528 1/9/16 12:11

decisórias de proteção ambiental, embora, só recentemente, tenha recebido já tipificações criminais específicas, para além da tradicional desobediência à autoridade quando se desrespeitavam ordens de paragem de obras ilegais. No plano das sanções ambientais, o Direito Penal Português contém "figuras" de *crime* repartidas por várias normas. Respeita a condutas que preencham previsões aí referidas por remissão para normativos de conduta ambiental (Capítulo "Dos crimes de perigo comum": art. 272 a 286[101]). O legislador procede ainda à *regulamentação da responsabilidade civil por danos causados ao ambiente*.

5.4 Direito da prevenção e controlo integrado da poluição. Resíduos, águas, ar e solos

Neste âmbito, começando o legislador por dar corpo à LBA de 1984 e à Diretiva europeia n. 96/61/CE, de 24/9, passou recentemente à publicação do DL n. 127/2013, de 30 de Agosto, com entrada em vigor a 1/9/2013, dando também tradução à Diretiva da UE n. 2010/75/UE, de 24/11/2010, que estabelece o regime de *emissões industriais* aplicável à prevenção e ao controlo

continuei a interrogar-me sobre o porquê desta centralidade e tantas vezes ineficácia das instâncias sociais de controlo. Para que tanta criminalização e tantos processos? O tradicional operador primário da seleção e controlo da delinquência é o legislador, a lei, mas importa estar atento nesta matéria ao movimento crescente de defesa da comutação de sanções por medidas alternativas, tema sobre o qual para uma editora brasileira estou a escrever numa obra coletiva internacional no âmbito do direito do ambiente. Precisamos de uma *atitude cultural de eliminação da crença de que os medos coletivos, quando não apenas os interesses das classes dominantes, se combatem pelas figuras do crime e do cárcere. Sobre isto muito nos ensinou* Hulsman, o maior pensador penal do século XX, aceitem-se ou não as suas teses, tais como a da substituição do conceito de crime pelo de *situação-problema* (no seu manifesto Peines Perdus, de 1982) e o fim da prisão por controlo social, alheio à *ideia tradicional de sanção criminal e do dialeto penal*, pois o sistema penal em si não é necessário nem bom, produzindo sofrimentos, ampliando desigualdades, *roubando os conflitos aos implicados*. A questão mais moderada embora, será: Não será preferível uma solução intermédia contra o dialeto criminalizador e o repousante discurso descriminalizador, pela *abolição significativa do sistema hiperbolizador da penalização dos desvios sociais*? Tanto crime, tanto criminoso, tanta ameaça de sanção detentiva e tanto facto penalmente sujeito, a tanta *cifra negra*, resultante do efeito de funil e da *mortalidade dos casos ao longo do sistema formal de controlo*. Quanta ineficácia de um sistema que, por ter mais olhos que barriga, depois nem para o essencial funciona. Quanta delegitimação da lei, dos agentes de investigação e do sistema!

101 Artigo 278 (danos contra a natureza), artigo 278-A (violação de regras urbanísticas; aditado apenas pela Lei n. 32/2010, de 2/9), artigo 278-B (dispensa ou atenuação da pena), Artigo 279 (poluição), artigo 279-A (atividades perigosas para o ambiente), artigo 280 (Poluição com perigo comum), artigo 281 (perigo relativo a animais ou vegetais) [Em linha]. Consultado em 15/11/2013).

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 529 1/9/16 12:11

integrados da poluição e as regras destinadas a *evitar e ou reduzir as emissões para o ar, a água e o solo e a produção de resíduos*, a fim de alcançar um elevado nível de proteção do ambiente no seu todo[102].

No quadro da política do ambiente da União Europeia, e no sentido de cumprir as conclusões das comunicações relativas à estratégia temática sobre a poluição atmosférica, a proteção do solo e a prevenção e reciclagem de resíduos, aprovadas na sequência do sexto programa comunitário de ação em matéria de ambiente[103], aparece a Diretiva sobre a prevenção e o controlo integrados da poluição[104] [105]. É estabelecida a obrigação de apresentar, com o pedido de licenciamento ou autorização, um relatório de base que inclua informações que permitam determinar o estado de contaminação do solo e das águas subterrâneas, para permitir estabelecer uma comparação quantitativa com o estado do local após a cessação definitiva das atividades. Incorporam-se as orientações em matéria de *egovernment*[106]. Passa a ser emitida uma única licença que incorpora

---

102 DR n. 167, 1ª Série, 30/8/2013, p. 5324 e ss. Em: <http://dre.pt/pdf1sdip/2013/08/16700/0532405389.pdf> [Em linha]. (Consultado em 30/8/2013)

103 Decisão n. 1.600/2002/CE, de 22/6. 2002. Em: <http://europa.eu/legislation_summaries/agriculture/environment/l28027_pt.htm>.

104 Diretiva n. 2.010/75/EU. Em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:334:0017:0119:pt:PDF>. [Em linha]. (Consultado em 15/11/.2013).

105 Face ao facto de a existência de abordagens diferentes no controlo das emissões para o ar, para a água e para os solos refletidas em diversos diplomas legais específicos poder favorecer a transferência dos problemas de poluição entre os vários meios físicos, em vez de favorecer a proteção do ambiente no seu todo, conduziu a uma abordagem integrada do controlo das emissões através de um novo quadro jurídico agregador num único diploma legal de todas as matérias sobre o tema. Sobre prevenção e controlo integrado geral da poluição proveniente de certas atividades (Diretiva n. 96/61/CE, 24/9/1996, Diretiva n. 2.003/35/CE, de 26/5/2003, Diretiva de codificação n. 2.008/1/CE, de 15/1/2008; emissões para o ar de certos poluentes provenientes das grandes instalações de combustão (Diretiva n. 2.001/80/CE, de 23/10/2001); incineração e coincineração de resíduos (Diretiva n. 2.000/76/CE, de 4/12/2000; emissão de compostos orgânicos voláteis resultantes da utilização de solventes orgânicos em certas atividades e instalações (Diretiva n. 1.999/13/CE, de 11/3/1999; condições de licenciamento para a descarga, armazenagem, deposição ou injeção no solo de águas residuais ou de resíduos da indústria de dióxido de titânio (Diretivas n. 78/176/CEE, de 20/2/1978, n. 82/883/CEE, 3/12/1982 e n. 92/112/CEE, de 15/12/1992)

106 Em geral, visa-se contribuir para as boas práticas de relacionamento entre os operadores económicos e a Administração Pública. O novo quadro jurídico facilita a captação de novos investimentos e a geração de novos projetos para as empresas, baseado num modelo com procedimentos mais céleres e transparentes, facilita o licenciamento ou a autorização no domínio do ambiente e, por outro lado, promove uma maior responsabilização dos operadores económicos e das demais entidades intervenientes no processo. Um único diploma legal dos cinco regimes sobre a matéria facilita a harmonização e a articulação sistémica dos respetivos regimes jurídicos e a adoção de condições técnicas padronizadas

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 530 1/9/16 12:11

as condições de exploração das instalações nos vários domínios ambientais. Este regime de licenciamento articula-se com outros regimes legais, designadamente o Sistema da Indústria Responsável (SIR: DL n. 169/2012, de 1/8.), o novo regime do exercício da atividade pecuária (NREAP: DL n. 81/2013, de 14/6), pelo que vem salvaguardar-se a harmonização dos procedimentos de forma a facilitar a sua execução e cumprimento por parte dos operadores.

5.5 Regime de avaliação de impacto ambiental

Esta matéria é regida pelo DL n. 69/2000, de 3/5[107]. Em causa a avaliação de projetos públicos e privados suscetíveis de produzir efeitos significativos no ambiente, face à sua dimensão, natureza ou localização, indicados na lei ou face a decisão governamental, implicando por isso uma prévia decisão à autorização ou licenciamento desses projetos[108].

6 ANÁLISE DE SENTENÇAS SELECIONADAS DOS TRIBUNAIS PORTUGUESES

6.1 Análises de jurisprudência constitucional

A) **Assunto**: *poluição atmosférica*. **Referência**: ATC n. 274/2012, 2ª Secção, Proc. n. 766/11, Relator João Cura Mariano. Data: 23/1/2012.

Normativa aplicável: n. 1, art. 66, CRP (*direito ao ambiente e qualidade de vida*) e diploma que define os valores dos seus limiares mássicos máximos e mínimos (VLE). **Factualidade**: falta de monitorização em contínuo das emissões poluentes (dióxido de carbono, dióxido de enxofre) resultantes da utilização de coque de petróleo como combustível na respetiva indústria e consequente

e a intervenção de entidades acreditadas na garantia da boa instrução dos processos de licenciamento ou autorização, permitindo uma redução significativa dos prazos.

107 Alterado pelo DL n. 197/2005, de 8/11 (transpondo parcialmente a Diretiva n. 2003/35/CE, de 26/5), DL n. 183/2007, de 9/5 e portaria n. 330/2001, de 2 de abril.

108 CONDESSO, Fernando . "O Estudo de Avaliação Ambiental"; "A redução do impacto ambiental das atividades produtivas". In Direito do Ambiente. Almedina. Coimbra, 2001, p. 619-629 e p. 390-392.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 531 1/9/16 12:11

sanção pela Inspeção-Geral do Ambiente e do Ordenamento do Território (IGAOT). **Fundamentação doutrinal**: a proteção do interesse geral, ligada ao direito também constitucionalmente tutelado a um *ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado*, prevalece face à liberdade de iniciativa privada. **Sentido da Decisão**: não é de considerar inconstitucional uma norma que estabelece a obrigatoriedade de monitorização em contínuo de emissões poluentes, independentemente do caudal mássico, por parte de instalações de combustão que consomem coque de petróleo como combustível.

Comentário: trata-se de saber se o legislador ofende ou não o princípio da liberdade de empresa e, portanto, goza ou não de ampla liberdade de conformação ao obrigar à monitorização em contínuo de emissões poluentes resultantes de processos de fabrico. Corretamente, o TC não considerou *arbitrário* ou destituído de fundamento material bastante uma intervenção normativa do Estado que fixe essa obrigatoriedade com o fundamento de isso implicar um *acréscimo de custos de produção*, não valorizando no caso a eventual consideração de que tal possa agir como um *desincentivo ilegítimo ou prejudicial* em termos de concorrência.

B) **Assunto**: poluição sonora, *sistemas sonoros de alarme*. **Referência**: ATC n. 221/89, Plenário, Proc. n. 91/86, Relator Mário de Brito. Data: 22/2/1989.

Normação apreciada: art. 66 CRP (direito ao ambiente e qualidade de vida) e art. 190 (interdição de *violação de domicílio* (direito fundamental de primeira geração: categoria de "direitos, liberdades e garantias"), ambos da CRP. **Factualidade**: oposição a norma legal implicando entrada forçada de agentes policiais por razões de *prevenção e controlo* das diferentes formas e efeitos da poluição. **Fundamentação doutrinal**: considera-se que que o direito ao ambiente é um *direito social e não um direito do homem*, cedendo face a um direito fundamental individual da primeira geração. **Decisão**: norma declarada inconstitucional face à primazia do direito fundamental interditador de *violação de domicílio*, dado que a referida norma impõe que, para ser permitido, por razões ligadas à *segurança de prédios* instalar um *sistema sonoro de alarme*, o seu proprietário ou o possuidor tem de ficar obrigado a autorizar a entrada no edifício ou instalação onde o aparelho se encontra montado, servindo de domicílio, a agentes da autoridade, caso o sistema não seja desligado em certo prazo, causando poluição sonora.

Comentário: 1. O direito ao ambiente, na medida em que seja apenas um direito social, cede face a um direito da categoria dos "direitos, liberdades

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 532 1/9/16 12:11

e garantias", que tem protecção constitucional máxima, designadamente no que respeita às fortes limitações a restrições ao seu exercício. 2. Acontece que a obrigação imposta ao proprietário ou possuidor do sistema sonoro de alarme de autorizar expressamente a entrada no edifício, onde se encontra montado o aparelho, a agentes da autoridade, traduz-se numa "renúncia forçada" ao *direito à inviolabilidade do domicílio*. 3. E, nos termos da norma apreciada, implica também a responsabilização do proprietário ou possuidor pelas despesas, o que foi considerado como tendo uma *extensão incompatível* com a natureza e alcance do direito fundamental em causa. 4. No conflito entre um direito fundamental de carácter pessoal à inviolabilidade do domicílio e o direito social ao ambiente revelam-se *desproporcionadas* normas que reduzam o *conteúdo essencial do direito pessoal*. 5. O objetivo de defesa do ambiente urbano deve passar por outras soluções eficazes que não ónus excessivo e eliminador do direito à inviolabilidade do domicílio. 6. Importa ainda notar que estamos face a uma norma inconstitucional, porque de fonte governamental numa matéria de reserva de lei parlamentar em Portugal, o governo tem *poder legislativo concorrente* com o Parlamento[109], exceto em situações de reserva absoluta ou relativa de lei (a primeira admitindo normalmente propostas de lei ao parlamento e esta admitindo ainda uma lei de autorização e "balizamento" do governo para legislar em concreto). Ora, qualquer matéria de direitos fundamentais está sujeita à reserva de lei, aqui na *vertente negativa* desse direito, no aspeto do seu conteúdo, que visa impedir a perturbação do meio ambiente (n. 3, art. 66). Tudo, visto a normação em causa, é materialmente e organicamente inconstitucional.

C) **Assunto**: *limite máximo de alojamento turístico* na ilha da Madeira constante de Plano de Ordenamento Turístico da Região Autónoma da Madeira. **Referência**: ATC n. 387/12 Plenário, Proc. n. 500/2012, Relator Vítor Gomes. Data: 25/7/2012.

109 Em singular solução num regime democrático, com um sistema de *dualidade de poder legislativo*, em que o governo, na esmagadora maioria das matérias, legisla o que ele próprio quer executar, à maneira do antigo "Estado Novo" e da sua plebiscitada Constituição de 1933, levando a que, apesar da proclamada supremacia dos deputados do povo, a supremacia legislativa e fiscalizadora do legislativo formal, segundo a teoria da "separação" dos poderes, deixe de funcionar, dado que a direcção partidária presente no Executivo comanda os deputados-militantes não só por processos de disciplina partidária como pelo facto de os ter escolhido e os poder eliminar nas eleições seguintes.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 533 1/9/16 12:11

Normativa invocada: n. 5, art. 65 CRP (*habitação e urbanismo*). **Factualidade**: um decreto regional de suspensão do Plano setorial de turismo, elaborado sem se proceder à *audição dos cidadãos*, inexistindo razões de urgência que a pudesse dispensar. **Fundamentação doutrinal**: a garantia de participação dos cidadãos no *procedimento planificador físico* não se reduz apenas à fase de elaboração dos planos territoriais; nestas condições, não basta promover apenas a consulta a entidades administrativas externas, faltando a abertura de uma *fase de audição pública*. **Decisão:** declaração de inconstitucionalidade por desrespeito da garantia de participação dos interessados na elaboração de instrumentos de planeamento físico do território.

Comentário: os planos setoriais são instrumentos de planeamento que programam ou concretizam as políticas de desenvolvimento económico e social com incidência espacial, ponderando e acautelando o seu impacto territorial (DL n. 380/99, 22.9). Embora disposições deste tipo de planos não tenham aplicabilidade direta aos proprietários, a sua execução e portanto a suspensão de disposições de um plano setorial deve ser analisada à luz dos valores e direitos constitucionalmente protegidos do *ambiente e do ordenamento do território*, pressupondo o direito de participação dos cidadãos, além de outras garantias de tutela, para a realização do princípio da justa ponderação dos interesses públicos e privados relevantes. A CRP consagra o ambiente simultaneamente como um valor em si (direito fundamental) e como um dever geral de proteção a cargo dos cidadãos. Ora, o fundamental do direito ao ambiente, na sua dupla dimensão de direito negativo (impondo a abstenção por parte do Estado e de terceiros de ações ambientalmente danosas), e de direito positivo (exigindo ações dos poderes públicos para a sua defesa e preservação), funda incumbências interligadas com um correto ordenamento do território, visando designadamente a correta localização das atividades, um equilibrado desenvolvimento socioeconómico, a valorização da paisagem e o princípio da horizontalidade na defesa do ambiente (integração de objetivos ambientais nas várias políticas de âmbito setorial), sem o que o sistema de planeamento territorial e de defesa do ambiente perderia coerência global e este último seria sistematicamente sacrificado. Por isso, a montante de todo o processo, ligado no direito do ordenamento do território e do urbanismo (Art. 65), temos entre as tarefas fundamentais do Estado e Regiões Autónomas (al. e, art. 9º), em geral interligadas entre si, não só as de proteger e valorizar o património cultural construído e natural, como de defender a natureza e o ambiente, de preservar os recursos

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 534 1/9/16 12:11

naturais, assegurando um correto ordenamento do território, implicadas também no planeamento turístico.

D) **Assunto:** reposição como medida retroativa, da classificação como área protegida já caducada *ex lege* (Parque Natural da Arrábida); *participação pública* (prévia audição dos cidadãos). **Referência:** ATC n. 436/04, 1ª Secção, Proc. n. 829/03, Relatora Maria Helena Brito. Data: 22/6/2004.

Normativa invocada: art. 66 CRP. **Factualidade**: o governo publicou o DL n. 204/2002, de 1/10, que prolonga validamente os prazos para a elaboração dos planos de ordenamento e seus regulamentos das áreas protegidas; e repõe a classificação como área protegida já caducada *ex lege*, do Parque Natural da Arrábida (PNA); a classificação das áreas protegidas está sujeita a tramitação legal não respeitada (Art. 13 e ss., DL n. 19/93, de 23/1). **Fundamentação doutrinal**: 1. A retroatividade estabelecida em norma que veio manter em vigor a classificação de uma área protegida, enquanto não terminasse a elaboração do plano de ordenamento físico, não fere o regime constitucional das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias (carácter geral e abstrato, não efeito retroativo, não diminuição da extensão e do alcance do conteúdo essencial dos respetivos direitos: art. 18, n. 3), porque não ocorreu qualquer restrição aos direitos, liberdades e garantias com efeito retroativo. Trata-se apenas de fazer retroagir o alargamento do prazo de aprovação dos planos de ordenamento dessas áreas, com a manutenção em vigor das anteriores classificações (*vide* Acórdãos n. 517/99, n. 329/99 e n. 95/92). Segundo o TC, "não existe uma proibição geral de leis retroativas e estas só são inadmissíveis quando *afetarem, de forma injustificada, arbitrária e intolerável, a certeza e a confiança dos cidadãos* na ordem jurídica vigente"[110]. 2. A participação dos interessados está constitucionalmente prevista em todos os instrumentos de planeamento físico (Art. 65, n. 5 CRP), mas apenas na sua elaboração; e só a criação e desenvolvimento de parques naturais (reservas e parques de recreio) obriga à participação dos cidadãos (Art. 66, n. 2, al. c). 3. A prorrogação do regime pré-existente não exige obrigatoriamente a participação dos cidadãos. 4. As razões favoráveis à criação de Parques Naturais implicam a sua natureza permanente, salvo circunstâncias excecionais, e sem prejuízo da alteração do regime que lhes é aplicável (para o flexibilizar ou tornar mais exigente), justificando-se, de novo, a participação dos cidadãos ("criação e desenvolvimento

110 In <http://w3.tribunalconstitucional.pt/AcordaosV22/pesquisaacordao.mvc>

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 535 1/9/16 12:11

de parques naturais")[111]. **Decisão**: as normas dos n. 1 e n. 3 do art. único do DL n. 204/2002, de 1/10, de reposição de uma classificação como área protegida já caducada *ex lege,* não violam a CRP.

Comentário: trata-se de normação para aplicação, em defesa do ambiente, a todas as áreas sujeitas a um estatuto especial de proteção, integradas na Rede Nacional de Áreas Protegidas, com plano de ordenamento em elaboração. O direito do ambiente condiciona necessariamente o direito de propriedade, na medida em que este não pode ser considerado um *direito absoluto* (na linha da ancestral conceção do direito romano, apesar de tal ainda transparecer, pese alguma ressalva final, do art. 1.344 do Código Civil. A retroatividade aqui estabelecida não fere o art. 18, n. 3 da CRP, na medida em que há nenhuma com efeito retroativo. Quanto à manutenção quer da classificação da área como Parque Natural, quer das competências da sua Comissão Diretiva, para emitir pareceres, nunca tendo os diplomas que os regulavam deixado de produzir efeitos, também não se trata de repor invalidamente qualquer classificação ou de a criar ex novo, mas de a manter.

E) **Assunto**: *veículos em fim de vida*. **Referência**: ATC n. 75/2013 2ª Secção, Proc. n. 550/11, Relatora Conselheira Ana Maria Guerra Martins. Data: 31/1/2013.

Normativa invocada: n. 1, art. 61 (*Iniciativa privada, cooperativa e autogestionária*); n. 1 e 66, n. 1 CRP; art. 20, n. 4 e n. 5, DL n. 64/2008, de 8/4. **Factualidade**: uma empresa invoca a violação do direito fundamental de livre iniciativa privada, por entender estar face à imposição de prazos curtos e de um peso sancionatório excessivo (inconstitucionalidade material), porque a fixação de prazos reduzidos para prática de "*operações de despoluição*", no caso de necessidade de retirada célere de componentes particularmente nocivos ao ambiente e à saúde pública (prazo de 8 dias: art. 20, n. 4), e de "*operações de reutilização e de reciclagem*" (prazo mais amplo: 45 dias), para a remoção de componentes que, antes da destruição integral dos mesmos, fossem passíveis de reutilização ou de reciclagem (Art. 20, n. 5), com sanções que configurariam uma *restrição desproporcionada* ao *direito à iniciativa privada*. **Fundamentação doutrinal:** 1. A CRP impõe ao Estado deveres de proteção do ambiente e da saúde pública, que implicam regimes de controlo administrativo prévio de certas atividades económicas. 2. O "*direito à livre iniciativa privada*" pressupõe

111 Ver ATC 369/2004 e 394/2004 de 2/6.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 536 1/9/16 12:11

que essas tarefas públicas sejam devidamente acauteladas, não se verificando nenhuma violação desse *direito fundamental* invocado, na medida em que está sujeito a limitações resultantes do confronto com outros direitos fundamentais (direito ao ambiente e à saúde). 3. A proteção do ambiente impõe e justifica a imposição de sanções contraordenacionais pela violação de normas de conduta destinadas à recolha e tratamento de veículos em fins de vida. 4. Em causa está o princípio da justa medida (proporcionalidade em sentido estrito) no aferimento o limite mínimo de coima aplicável a quem pratique uma infração qualificada como "muito grave". Ora, são prazos razoáveis os fixados, tal como são adequadas as sanções impostas para estas infrações contra atuações que infringem regras destinadas a proteger bens jurídicos ambientais. **Decisão**: a previsão de prazos razoáveis impostos em nome de valores ambientais, para proceder a operações de despoluição e revalorização ou reutilização e sanções por incumprimento não põem em causa o núcleo essencial da liberdade de iniciativa económica privada.

Comentário: 1. O diploma transpõe a Diretiva da UE n. 2.000/53/CE, que, ao fixar prazos concretos, determina que as operações de tratamento de despoluição dos veículos em fim de vida sejam *"efetuadas com a maior brevidade possível"* (ponto 3 do anexo I e art. 6º, n. 3, *in fine)*. Ou seja, o legislador está supranacionalmente vinculado ao cumprimento da exigência de "máxima brevidade no tratamento de tais resíduos". 2. A matéria ambiental embora em geral se integre na categoria de *direitos fundamentais* "*sociais, económicos e culturais*", cuja concretização pelo legislador no tempo e em conteúdo depende de condições que o permitam, no caso, de facto, deixou de ter a margem de discricionariedade legislativa permitida pela CRP, para passar a ter apenas aquela com que deva conformar-se ou não contrarie o disposto pela Diretiva. 3. O TC apenas pode verificar se as normas sobre a matéria configuram uma violação manifesta do princípio da proporcionalidade; constata-se que a medida legislativa é adequada, pois os prazos reduzidos de tratamento dos veículos em fim de vida visam diminuir os riscos de contaminação do ambiente pelos seus resíduos nocivos, assegurando-se os valores ligados ao direito ao ambiente e à saúde. E os prazos para as operações concretas que são muito curtos, mas em causa está apenas o tratamento dos componentes que se afiguram mais nocivos. O *núcleo essencial* da liberdade de *iniciativa privada* (direito a não ser impedido, de modo absoluto, desrazoável e injustificado, de exercer uma atividade económica) não fica em causa com a obrigação imposta, pois ela não

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 537 1/9/16 12:11

impossibilita de, integral e definitivamente, se exercer a atividade económica. O condicionamento a aspetos organizacionais e de exercício da atividade apenas ode eventualmente diminuir as margens lucrativas do negócio, a não haver a sua repercussão no preço final, mas não impede a iniciativa empresarial. Tal condicionamento orientado para a proteção de valores também constitucionalizados (direito ao ambiente) não mexe no *núcleo essencial* do direito fundamental em análise, mesmo que equiparado à *dimensão negativa* típica de um direito de liberdade. E não deixa de se referir que, de qualquer maneira, qualquer real formulação restritiva caberia na reserva de lei parlamentar, sob pena de inconstitucionalidade orgânica.

F) **Assunto**: sancionamento por *atividades interditadas por razões ambientais*, sem previsão "casuística" de indemnização; *classificação do Monumento Natural* (das Pegadas de Dinossáurios de Ourém/Torres Novas, administrado diretamente pelo Instituto da Conservação da Natureza). **Referência**: ATC n. 57/2001, 1ª secção, Processo 775/99, Relator Vitor Nunes de Almeida. Data: 13/2/2001.

Normativa invocável: art. 62 CRP (*direito de propriedade*). **Factualidade**: o infrator invoca a não previsão no diploma de uma indemnização pela imposição de obrigações, que diminuem drasticamente o direito de propriedade, impedindo "alterações à morfologia do solo" (coberto vegetal, escavações, aterros, depósitos de sucata, areias e outros resíduos sólidos) que causem um "impacto visual negativo ou que poluam o solo ou o ar". Com efeito, o diploma interdita expressamente, na área abrangida pelo Monumento Natural, toda a disponibilidade empresarial em relação ao terreno em causa sem prever aí uma indemnização. O ICN aplicou uma sanção financeira (coima) por por alteração da morfologia do solo e do coberto vegetal no perímetro de Monumento Natural (das Pegadas de Dinossáurios de Ourém), em contravenção de interdições impostas (DL n. 169/2001, de 25/5, alterado pelo DL n. 155/2004, de 30/6). **Fundamentação doutrinal**: a imposição de interdições de intervenção em terreno integrante de plano especial (ambiental) de ordenamento do território é lícita tal como o seu sancionamento contraordenacional, pelo que não pode o proprietário furtar-se ao cumprimento dessas imposições apesar de diminuidoras do seu direito de propriedade, com o fundamento na falta de previsão de indemnização específica no diploma interditador[112]. **Decisão:**

112 Acórdão n. 329/99, publicado in DR, II Série, de 20/7/1999 etc.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 538 1/9/16 12:11

não se declara a inconstitucionalidade pela imposição de *limitações graves* ao direito de propriedade e consequentes sanções pelo incumprimento dessas interdições, face a medidas de efeitos semelhante a expropriação, mesmo sem uma concomitante previsão direta a indemnizações por tal facto concreto, pois deve entender-se que, a haver justificação indemnizatória, há legislação geral sobre o tema, que é aplicável.

Comentário: 1. A classificação regulamentar fez-se ao abrigo de normação habilitadora (Art. 13, DL n. 19/93, sobre planos relativos à Rede Nacional de Áreas Protegidas, alterado pelo DL n. 213/97, de 16/8 e DL n. 151/95, de 24/6), que integra as áreas protegidas na categoria de planos especiais de ordenamento do território, os quais são diretamente aplicáveis aos titulares e possuidores dos terrenos em causa (hoje, disciplinados pelo DL n. 380/99, de 22/9[113], regime dos instrumentos de gestão territorial). 2. O facto de não ter sido arbitrada ou pelo menos prevista diretamente indemnização a um proprietário ou arrendatário dos terrenos incluídos no monumento natural, como compensação da diminuição de utilidades a auferir do imóvel não o lhe permite incumprir nos deveres impostos para proteção dos interesses ambientais e culturais ligados à área protegida. 3. O art. 62 só estaria a ser violado se as proibições e interdições de ampla extensão não fossem indemnizáveis, dado que correspondiam a uma "expropriação informal e não indemnizada dos estabelecimentos industriais pré-existentes e uma violação de direitos adquiridos". 3. As proibições impostas são adequadas ao fim visado de preservar a área do Monumento Natural, mas são realmente "expropriativas" para o proprietário, porque impedem a atividade de exploração de uma pedreira (alteração da morfologia do solo e do coberto vegetal mediante escavações e remoção de terras). 4. Acontece que a questão das indemnizações, que deveriam ser enquadradas no diploma especial de natureza expropriativa, sem prejuízo da aplicação adaptada do código das expropriações, tem merecido uma *jurisprudência flexível*, com apelo justificativo, para evitar a sua inconstitucionalidade, à existência daquele código geral. 5. Parece-nos discutível esta doutrina, ao deixar aos tribunais decidir se certas medidas normativas obrigam ou não a indemnização, face a um diploma que nada diz e consequente prática administrativa de fugir sem conflitualidade ao seu cálculo e pagamento. Mas tal teve a sua origem na década de noventa anterior, quando um diploma de aplicação geral veio pôr em causa direitos urbanizadores e

113 <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1188&tabela=leis>.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 539 1/9/16 12:11

edificadores face a um regulamento de um plano físico com efeitos retroativos (Acórdão n. 329/99, D.R., II Série, 20/7/1999).

G) **Assunto:** acesso a *informação ambiental*. **Referência:** ATC n. 136/2005 2ª secção, Proc. n. 470/02, Relator Paulo Mota Pinto. Data: 15/3/2005.

Normativa invocada: art. 286, n. 2 CRP (direito fundamental à informação; direito de propriedade intelectual e industrial). **Factualidades:** uma ONGA requereu a intimação do primeiro-ministro a facultar certidões referentes à totalidade do contrato outorgado entre o Estado Português e as empresas do grupo B, incluindo os Anexos e estudos técnicos, de modo a permitir avaliar a *incidência ambiental e concorrencial* do projeto de implantação de uma unidade industrial. **Fundamentação doutrinal e Decisão**: a negação de informação económica-empresarial não é inconstitucional (normas protetoras de segredo industrial, de propriedade privada, de liberdade de iniciativa e da propriedade privada dos meios de produção).

Comentário: a doutrina do TC foi fixada pela primeira vez pelo Acórdão n. 254/99, em que o autor[114] foi invocado em argumentos quer dos defensores da tese dos *limites imanentes* quer dos seus opositores, sendo certo que o artigo da CRP não prevê, entre as exceções apontadas expressamente, os interesses económicos, mas apenas o segredo de Estado, de Justiça e da vida íntima das pessoas. A norma que permite à administração "recusar o acesso a documentos cuja comunicação ponha em causa segredos comerciais, industriais ou sobre a vida interna das empresas" (Art. 10º da Lei n. 65/93, de 26/8, na redação da

114 Sobre o tema em geral, CONDESSO, Fernando. Derecho de acceso de los ciudadanos a la documentación e información. Cuestiones y fundamentos politológicos, económico-financieros, comunicacionales y ambientales. Tomo I, EUA, RU, Tubinguen: Lambert Academic Publishing GMBH & CO. KG, março de 2012, 646 p.; Derecho de acceso de los ciudadanos a la a la documentación e información. Regímenes jurídicos en Unión Europea y Península Ibérica. Tomo II, EUA, RU, Tubinguen: Lambert Academic Publishing GMBH & CO. KG, abril de 2012, 676 p.; Derecho a la información: Crisis del sistema político. Transparencia de los poderes públicos. Madrid: Dykinson, 2011, p. 256; "Direito ambiental em Portugal. Fundamentos concetuais, caracterização e princípios gerais". Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales, IJ-LXVIII-618,28-08-2013, <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=65618&print=2, http://www.ijeditores.com.ar/abm_news_publicacion.php?idpublicacion=19&idedicion=244> "Democracia e transparência: análise do regime unionista europeu de acesso à informação possuída pelas entidades europeias". Livro de homenagem ao prof. doutor Joao Mota Campos, 2013, p. 361-379; Revista Íberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales; "Administración pública y desarrollo económico-social, ordenación territorial y medio ambiente". Revista Monfragüe del Medio Ambiente, n. 3, 2013; "Direito ambiental em Portugal. Fundamentos concetuais, caracterização e princípios gerais. REIB, URJC, Madrid, jun 2013; RIDARN, IJ-LXVIII-618, n. 9, <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=65618&print=2>.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 540 1/9/16 12:11

Lei n. 8/95, de 29/3, ambas da nossa autoria), não se baseia pois em previsão permissiva expressa na CRP, mas na teoria dos limites imanentes. De qualquer modo, discordamos do modo extensivo como tem sido aplicada, designadamente após o desenvolvimento tao permissivo na lei atual, tratando-se de um tema onde mais se impõe a transparência da Administração no combate à corrupção, imparcialidade e em geral desvios no cumprimento da legalidade, dado estar em causa um direito fundamental, tal como discordamos da norma segundo a qual "As informações relacionadas com *operações de investimento estrangeiro* não podem ser divulgadas sem autorização escrita dos seus intervenientes, exceto quando suscetíveis de conhecimento público" (n. 1, art. 13, DL n. 321/95, de 28/11). Esta exceção exige especial preocupação pela medição de razões muito especiais ligadas à estrita necessidade de relativo ocultamento e também da necessidade da aplicação do princípio da proporcionalidade nas aplicação de restrições, a ponderar casuisticamente em situações de conflito, sem dar prevalência por princípio em matéria de segredo económico (comercial ou industrial), direitos de autor ou direitos de propriedade industrial e concorrência desleal; ponderação a que têm de ser chamadas, em última instância, as jurisdições, sobretudo a administrativa, sob pena de as Administrações, sempre tendencialmente opacitantes, usarem o vocábulo "pode", de exercício excecional face ao princípio constitucional regra da transparência, em termos sistematicamente denegatórios de informação, o que tem acontecido com a "conivência" dos tribunais e nem sempre com a interpretação que era esperável da Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos, encarregada de zelar pela boa aplicação da lei de acesso[115] [116].

H) **Assunto***: proteção dos Animais*. **Referência***:* ATC n. 229/2007, 2ª Secção, Proc. n. 1065/2006, Relatora Maria Fernanda Palma. Data: 28/3/2007.

Normação envolvida*:* DL n. 314/2003, de 17/12; art. 3º, n. 6 e art. 10º, n. 4, do DL n. 317/85. **Factualidade***:* remoção de animais em número superior ao legal. **Fundamentação doutrinal**: a salvaguarda do ambiente e salubridade nos agregados populacionais são uma atribuição dos municípios (Art. 14, n.

115 Criticamente, MATEUS, Tiago. "O direito à Informação Ambiental em Portugal". Disponível em: <http://jurisprudenciadireitodoambiente.blogspot.pt/2008/04/o-direito-informao-ambiental-em.html>. (Consultado em 25/10/2013).

116 Que ponderação?: <http://jurisprudenciadireitodoambiente.blogspot.pt/2008/04/acrdo-n-1362005-do-tribunal.html> (consultado em 1/12/2012).

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 541 1/9/16 12:11

1, alínea h) da Lei n. 159/99, de 14/9), realizada em prol do interesse público. Logo, os actos a realizar pelo ente público competente serão necessariamente atos de gestão pública, por se compreenderem no exercício de um Poder Público, integrando a realização de uma função pública da pessoa colectiva, independentemente de envolverem ou não, eles mesmos, o exercício de meios de coerção. **Decisão***:* o Tribunal Constitucional decide confirmar o juízo de inconstitucionalidade do art. 10º, n. 4, do Decreto-Lei n 317/85, organicamente inconstitucional. *Comentário:* o Decreto-Lei n. 317/85 regula matérias integradas no âmbito da reserva relativa de lei, pelo que sem lei de autorização nesta matéria, há inconstitucionalidade do normativo. Ao atribuir-se legalmente competência ao tribunal judicial de comarca para julgar o recurso da decisão camarária de remoção de canídeos, vem definir a competência geral dos tribunais na matéria, alterando a repartição de competências entre os tribunais, que deriva do sistema geral vigente no ordenamento jurídico. Ora, é entendimento pacífico que a reserva de lei integra a competência material dos tribunais[117].

I) **Assunto***: reserva ecológica nacional* (REN), dever de indemnizar, *ius aedificandi*. **Referência***:* ATC, 1ª Secção, n. 544/01 (REN), Proc. n. 194/01, Relatora Maria Helena Brito. Data: 5/12/2001.

Normação invocada*:* art. 62 da CRP. **Factualidade:** resolução sobre um parecer da Comissão de Coordenação da Região de Lisboa e Vale do Tejo, desfavorável a projeto de *loteamento industrial* de uma parcela de terreno. **Fundamentação doutrinal***:* a sujeição a aprovação das operações urbanísticas em certas áreas sujeitas ao regime da Reserva Ecológica Nacional, mesmo traduzindo uma restrição do direito de propriedade, é justificado pela hipoteca social que onera a propriedade privada do solo e, como tal, conforme com a tutela constitucional da propriedade privada e com os princípios da igualdade, justiça, proporcionalidade e prossecução do interesse público e boa administração. As proibições de construção decorrentes dos planos urbanísticos (tal como as impostas pela REN, pela RAN ou pelo facto de determinada área ser

117 Acórdãos n. 230/86, 32/87, 25/88, 66/88, 101/88 e 126/88, DR, I série, de 12/9/1986, e II série, de 7/4/1987, e 7/5. Maio, 20/8, 31/8 e 5/9/1988, respetivamente. Esta decisão vai pois no sentido da decisão do tribunal judicial e também da jurisprudência civilista, v.g., dos Acórdao da Relação de Coimbra, de 20/1/87, em: Boletim do Ministério da Justiça, n. 363, p. 609; AR Lisboa de 6/10/87, em: Boletim do Ministério do Justiça n. 370, p. 602; ARL de 8/4/1992, em: Boletim do Ministério da Justiça n. 416, p. 693, e ARÉvóra, de 7/6/1990, em: Colectânea de Jurisprudência, Tomo III, p. 280; além de ATC n. 158/95, ATC n. 579/95, de 20/11 etc. (*Vide* CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada, 3. ed., 1993, p. 670 e ss.)

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 542 1/9/16 12:11

qualificada como protegida; e, naturalmente, as limitações e condicionamentos impostos ao direito de edificar por esses instrumentos de gestão dos solos), resultam da necessidade de resolver as situações de conflito entre o direito de propriedade e as exigências de ordenamento do território. E os conflitos de direitos ou bens jurídicos resolvem-se, harmonizando esses direitos ou bens jurídicos em toda a medida em que tal seja possível ou, não o sendo, fazendo prevalecer uns sobre os outros em parte sacrificados. **Decisão**: as normas *sub iudicio* não violam o art. 18, n. 3, conjugado com o art. 62, n. 1, da CRP.

Comentário: em princípio, a situação de uma propriedade que seja sujeita a limites de uso, ocupação ou transformação meramente resultantes da sua natureza situacional (*natureza intrínseca da propriedade ou da sua especial situação*), para proteção da natureza e do equilíbrio ecológico, traduz o reconhecimento e não a criação de uma vinculação especial, manifestação de limitações sociais que oneram a propriedade privada do solo, pelo que a proibição de lotear, urbanizar ou edificar, decorrente dessa natureza intrínseca à propriedade ou à sua especial situação, não dá, em princípio, direito a uma indemnização, a menos que essa interdição implique uma gravidade e intensidade de dano para o proprietário que torne injusta a sua não equiparação a uma expropriação legal, para o efeito de dever ser-lhe paga uma indemnização[118].

118 A proibição de lotear, urbanizar e construir, decorrente dessa natureza ou especial situação não dá, em princípio, direito a indemnização, a não ser quando a proibição implicar um dano de gravidade e intensidade tais que torne injusta a sua não equiparação à expropriação, para o efeito de dever ser paga uma indemnização. Isso não dispensa o legislador de criar instrumentos ou mecanismos de perequação das mais-valias, de modo a garantir o respeito da justiça material, fazendo com que os proprietários ou titulares de outros direitos reais dos terrenos sujeitos a planos urbanísticos sejam tratados com igualdade. Criando instrumentos ou mecanismos para corrigir os efeitos desigualitários. No domínio de restrições por efeito de instrumentos de planeamento territorial, rege o artigo 143 (Dever de indemnização) do DL n. 380/99, de 22/9, segundo o qual as restrições determinadas pelos planos territoriais vinculativos dos particulares (certos planos ambientais –orla costeira, áreas protegidas, albufeiras de águas públicas e estuários de rios– e os planos municipais de ordenamento do território, além dos planos de água previstos na lei da água) geram um dever de indemnizar não só quando a compensação nos termos dos mecanismos de perequação não for possível (n. 1), como quando as *restrições singulares às possibilidades objetivas de aproveitamento do solo, preexistentes e juridicamente consolidadas* comportem uma *restrição significativa, na sua utilização, de efeitos equivalentes a uma expropriação* (n. 2) ou as restrições singulares resultem de uma revisão de planos territoriais vinculativos dos particulares se a *revisão ocorrer dentro do período de cinco anos* após a sua entrada em vigor, determinando a *caducidade ou a alteração das condições de um licenciamento prévio válido* (n. 3), situação em que são igualmente indemnizáveis as *despesas* efetuadas na concretização de qualquer modalidade de utilização ali prevista, se essa utilização for posteriormente alterada ou suprimida por efeitos de revisão ou suspensão daquele instrumento e

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 543 1/9/16 12:11

6.2 Análises de jurisprudência administrativa

A) **Assunto:** Intimação para *prestação de informações ambientais*[119], EDP. **Referência**: ASTA 0848/08, relator Edmundo Moscovo. Data: 7/1/2009.

Decisão: uma entidade exercendo a atividade de *produção de energia elétrica* face a contrato de concessão de uso privativo de *recursos hídricos* do domínio público é obrigada a prestar a informação pretendida pela ONGA QUERCUS, nos termos da Lei n. 19/2006 de 12 de Junho (acesso à informação sobre ambiente na posse de autoridades publicas ou detidos em seu nome), facultando o acesso à documentação atualizada relativa ao processo de construção e exploração da Barragem do Baixo Sabor, nomeadamente relativa a Relatórios sobre a implementação da legislação ambiental no que diz respeito ao projeto do Baixo Sabor, designadamente a análise custo-benefício e outras análises e cenários económicos. **Fundamentação doutrinal**: é considerada também como "autoridade pública" toda e qualquer "empresa participada" e toda e qualquer "empresa concessionária" que prestem serviços relacionados com o ambiente ou suscetíveis de incidência ambiental, independentemente de pertencerem ou não à Administração pública e independentemente de exercerem (ou não) poderes de autoridade ou funções administrativas públicas (Art. 3º, alínea a)/ ii, da Lei n. 19/2006, de 12/6). Este âmbito de entidades sujeitas à aplicação do , não é desconforme à Diretiva 2003/4/CE, onde, além do mais, expressamente se prevê que as disposições nela contidas "não prejudicam o direito de um Estado-membro manter ou introduzir medidas que assegurem um acesso à informação mais amplo".

Comentário: a lei, para efeitos da subjetividade passiva no direito de acesso à informação, equipara a autoridade pública uma empresa concessionária que usufrui de bens ou interesses pertencentes ao domínio público, sendo equiparada a autoridade pública e por isso *obrigada ao dever de prestar informação sobre ambiente* a quem quer que a pretenda (Lei n. 19/2006, de 12/6, por imposição de fontes externas, Convenção de Aärhus e Diretiva 2003/4/

essas despesas tiverem perdido utilidade (n. 5). O direito à indemnização caduca no prazo de três anos a contar da entrada em vigor do instrumento de gestão territorial ou da sua revisão (n. 7).

119 Sobre o tema, além de textos do autor especificamente sobre o tema ou sobre o direito do ambiente, o direito do urbanismo ou o direito do ordenamento do território, em editoras espanholas, alemãs e portuguesas, ver Relatórios-Parecer da sua autoria ou posições expressas em atas da CADA na década de noventa passada (coletâneas anuais em <www.cada.pt>).

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 544 1/9/16 12:11

CE). A mesma doutrina já resultaria da Lei geral de livre acesso à informação, aplicável em todas as matérias e a todos os poderes públicos ou entidades particulares exercendo tarefas da Administração pública (Art. 268, n. 2 CRP e Lei n. 46/2007, de 24/8/2007).

B) **Assunto**: *dano ambiental*, zona económica exclusiva, responsabilidade civil do Estado, lei de participação procedimental popular e a ação popular. **Referência**: ATCA-Sul sobre o "dano ecológico" na ZEE, proc. 05849/10, CA- 2º Juízo, Relator Paulo Pereira Gouveia. Data: 7/2/2013.

Normativa apreciada: art. 9º, e), CRP[120]; 2º, 2 e 34 da Lei de Defesa Nacional; 56 da CNUD-Mar. **Factualidade**: por sentença de 17-9-2009, o tribunal administrativo do círculo dos Açores condena o Ministério da Defesa Nacional a pagar aos autores o montante dos prejuízos sofridos por estes, decorrentes da *omissão ilícita e culposa do dever de fiscalização por parte da marinha e da força aérea portuguesas*, durante certo período, das pescas efetuadas por embarcações estrangeiras na zona económica e exclusiva adjacente aos Açores, entre as 100 e as 200 milhas[121]. No recurso, considera-se provado que, após a publicação do Regulamento do Conselho n. 1954/2003, de 7/11/2003, sobre "gestão do esforço de pesca no que respeita a determinadas zonas e recursos de pesca comunitários", a Marinha e a Força Aérea portuguesas deixaram de efetuar fiscalizações nos mares dos Açores para além das 100 milhas; desde novembro de 2003 em diante aumentou muito o número de barcos de pesca espanhóis naquelas águas; esses barcos têm uma capacidade piscatória muito superior à dos barcos açorianos e põem em perigo a manutenção da quantidade normal de peixe na zona. O regulamento da UE só produziu efeitos a partir de 1/8/2004 e mantém a decisão do TAC**. Fundamentação doutrinal**: sobre o *dano ecológico* e o *dano ambiental*, diz o aresto em apreço que o *dano ecológico* corresponde a lesões intensas causadas ao sistema ecológico natural sem violação dos direitos individuais. Há lesão causada a um recurso natural se ocorrer uma afetação significativa do equilíbrio do bem jurídico ambiente ou no património natural e na sua interação. Só releva o dano causado no

120 São tarefas fundamentais do Estado: "e) Proteger e valorizar o património cultural do povo português, defender a natureza e o ambiente, preservar os recursos naturais e assegurar um correcto ordenamento do território".

121 A Zona Económica Exclusiva é a seguinte: Total: 1.656.181km^2; Portugal Continental: 287.715km^2; Madeira: 442.316km^2 e Açores: 926.149km^2.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 545 1/9/16 12:11

elemento natural. O dano ecológico tem um certo grau de incerteza quanto ao seu alcance (nomeadamente, por falta de conhecimentos científicos). De acordo com o *princípio da prevenção* (Art. 66, 2, CRP), a indeterminabilidade não obsta à obrigação de reparação, mesmo que a danosidade efetiva fique por demonstrar. A reparação pode revestir duas modalidades (em parte, arts. 5º, 6º e 11 etc., DL n. 147/2008): reparação *in natura* (restauração ecológica e compensação ecológica) e compensação pecuniária (indemnização em dinheiro). O dano ecológico não abarca a ofensa de *interesses difusos, interesses coletivos e interesses individuais*, por se aproximarem, no seu tratamento jurídico, dos *direitos subjetivos* e não se justificar o seu tratamento conjunto com lesões aos elementos naturais. Já o *dano ambiental* é aquele dano no meio ambiente que tem repercussões na esfera patrimonial de um particular (danos provocados a bens jurídicos concretos, através de emissões particulares ou através de um conjunto de emissões emanadas de várias fontes emissoras), refletindo uma lesão de direitos e interesses legalmente protegidos na sequência da afetação de um determinado componente ambiental (em parte, os arts. 7º a 10 do DL n. 147/2008). A *responsabilidade civil extracontratual do Estado e de outros entes públicos* por factos ilícitos praticados pelos seus órgãos ou agentes assenta na existência de dano no património jurídico de uma pessoa, a lesada (prejuízo que o lesado sofre nos seus interesses materiais ou morais, que o direito violado ou a norma infringida visam tutelar); existência de uma ação ou omissão humana, de pessoa diferente da lesada; ilicitude (objetiva) dessa ação ou omissão humana; nexo de causalidade adequada entre ação ou omissão ilícita e o dano e imputação da ação ou omissão ilícita ao lesante a título de dolo (vontade no sentido do facto) ou de negligência (violação de deveres de cuidado contra o facto), sem exclusão do juízo de censura indiciado (ilicitude subjetiva e culpa). **Decisão**: a conduta do Estado é ilícita se este, fora do quadro legislativo da UE, deixa de fiscalizar a sua zona económica exclusiva, pois desse modo contraria os interesses morais do país, os interesses unionistas europeus, comuns interesses de defesa económica e ambiental dos mares nacionais e os interesses protegidos pela nossa soberania (Arts. 1º a 5º CRP) e também desrespeita o cumprimento de tarefas a cargo do Estado (CRP e lei de defesa nacional).

Comentário: na situação colocada, além dos danos patrimoniais sofridos pelos pescadores, temos também um *dano especial,* que é o *dano ecológico*, dano potencial consistente na diminuição provável e não precavida das populações de peixes da ZEE integrada nos Açores; o que atinge um interesse comum da

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 546 1/9/16 12:11

comunidade nacional. O *dano ecológico* provém do facto de um *bem jurídico ecológico ser agredido ou perturbado ou da alteração negativa* de um determinado estado-dever de um componente ambiental. No atual regime de responsabilidade ambiental[122], a demonstração do *nexo de causalidade adequada* orienta-se para a preponderância de *critérios de verosimilhança e de probabilidade* de o facto danoso ser apto a produzir a lesão verificada. Além disso, há *responsabilidade civil subjetiva e objetiva* (os operadores-poluidores ficam obrigados a indemnizar os indivíduos lesados pelos danos sofridos por via de um componente ambiental). O regime de *responsabilidade administrativa* destina-se a reparar os danos causados ao ambiente perante toda a *coletividade*[123]. Com a Administração a assumir a *garantia da tutela dos bens ambientais afetados*, face a um grande número de lesados. Consagra-se um regime de *responsabilidade solidária* entre comparticipantes, pessoas coletivas e seus dirigentes. Obriga-se à constituição de *garantias financeiras* a certos operadores a partir de 1 de Janeiro de 2010 (garantindo as indemnizações face à sua atividade). O atual regime jurídico específico, visando resolver as dificuldades com que tem convivido a responsabilidade civil ambiental, vem tentar enquadrar a superação de vários problemas, designadamente os que resultam da "dispersão dos danos ambientais (o lesado, numa *análise custo-benefício*, fica desincentivado a agir contra o poluidor), o da "concausalidade na produção de danos" (carácter técnico e científico, suscetível de impedir a efetivação da responsabilidade), o do "período de latência das causas dos danos ambientais" (um dano só se manifeste muito depois da produção da factualidade que o originou), o da "dificuldade técnica de provar que uma causa é apta a produzir o dano" (imputá-lo ao autor real) e o de ter a garantia de que o "poluidor tem a capacidade financeira suficiente para suportar os custos de reparação e a internalização do custo social gerado"[124]. Este regime aplica-se a *danos ambientais* (al. e), n. 1, art. 11) e *ameaças iminentes desses danos* (al. b) do n. 1, art. 11), causados em

122 DL n. 147/2008, de 29/7.

123 Diretiva europeia de 2004: prevenção e reparação dos danos ambientais; gestão de resíduos da indústria extrativa.

124 Este regime jurídico da responsabilidade por danos ambientais vem transpor a Diretiva da UE n. 2.004/35/CE, de 21/4/2004, que aprovou, com base no princípio do poluidor-pagador, o regime relativo à responsabilidade ambiental aplicável à prevenção e reparação dos danos ambientais, alterada pelas Diretivas n. 2.006/21/CE, relativa à gestão de resíduos da indústria extrativa e n. 2.009/31/CE, de 23/4, relativa ao armazenamento geológico de dióxido de carbono.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 547 1/9/16 12:11

resultado do exercício de uma dada atividade desenvolvida no âmbito de uma atividade económica, independentemente do seu carácter público ou privado, lucrativo ou não, abreviadamente designada por "atividade ocupacional". Há princípios presentes, v.g., na Lei de Bases do Ambiente (Arts. 41 e 48) e na Lei da Participação Procedimental e da Ação Popular (Arts. 22 e 23), que agora se tronam operacionais, processando-se uma evolução que complementa o princípio da prevenção com outro fundamental, o princípio da responsabilização (al. h), art. 3, LBA, de 1984). Como refere o seu preâmbulo, da inicial responsabilidade ambiental assente meramente nos *danos causados às pessoas e às coisas,* sofridos nos *bens jurídicos da personalidade ou nos bens patrimoniais* face à poluição ambiental, levando à obrigação de reparação dos danos subsequentes a essas *perturbações ambientais* passa-se, com a consolidação do Estado de direito ambiental, para a criação de um *conceito* autónomo, paralelo, independente daquele, *de danos causados à natureza em si, ao património natural e aos fundamentos naturais da vida*" (dano ecológico ou "dano ecológico puro", "dano ecológico propriamente dito", "dano causado ao ambiente" ou "dano no ambiente"). Sobre ele também veio dispor a Diretiva n. 2004/35/CE, da UE, de 21 de Abril. Há também, fruto do estudo dos instrumentos de tutela ambiental a partir da análise económica do direito, a evolução para um regime de responsabilização atributivo de direitos aos particulares, que se espera "economicamente mais eficiente e ambientalmente mais eficaz do que a tradicional abordagem de mera regulação ambiental, comummente designada de comando e controlo". O *cidadão com direitos a indemnização* e dotado de informação relativamente ao estado de conservação ambiental ou quanto ao risco próprio das atividades económicas torna-se mais facilmente "zelador do ambiente", procurando obter uma alocação economicamente mais racional dos recursos. No entanto, é questionável que se possa defender um conceito de dano ecológico "coletivo", para efeito de ressarcimento por invocados danos morais (não patrimoniais) a uma *dada área geográfica* (para além do ressarcimento de indemnizações por danos patrimoniais a grupos de pessoais, como pescadores face a eventos no mar, designadamente marés negras), e cujas indemnizações seriam para aplicar na *regeneração, reposição e correção* resultantes de atividade danosas (v.g., as marés negras derivadas de petroleiros, incêndios florestais criminosos, obras públicas fragilizadoras da consistência dos solos ou desvios lícitos de correntes de água etc.). Portanto, a atribuir a grupos de pessoas em função de um conceito de danos não patrimoniais "coletivos" assentes

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 548 1/9/16 12:11

no mero *critério residencial* (os habitantes de um local, devido a privação de praias, cheiros, água de rega ou potável, ambiente despoluído agredido em caso de incêndios criminosos, atuações administrativas atentatórias e outras situações de dano ecológico com repercussões na qualidade de vida, independentemente de prejuízos patrimoniais concretos), o que nesta sentença é tido como inadmissível.

C) **Assunto**: destruição dos *habitats naturais; plataformas das torres eólicas*. **Referência***:* ATCA-Sul sobre o parque eólico de Algar de Água, proc. 06793/10. Data: 31/3/2011.

Factualidade: trata-se de um projeto de parque eólico, com Declaração de Impacto Ambiental favorável condicionadamente. Há o receio da produção de prejuízos de difícil reparação para os interesses ambientais (espécies de morcegos, duas delas criticamente em perigo, uma espécie em perigo e oito com o estatuto de vulnerável). O Parque enquadra-se na Política Energética Nacional[125], e visa contribuir para o aumento de fontes de energia renováveis. Existem condicionantes ambientais que não são compatíveis com o projecto, designadamente no que se refere à afectação de património cultural e de *habitats* prioritários etc. **Fundamentação doutrinal:** as providências decretadas são suscetíveis de, na medida possível, preservar os quirópteros, eventualmente em risco, por via da implantação dos aerogeradores, mas não é menos relevante o aumento da produção da energia não poluente. **Decisão**: nega a *medida radical da suspensão de eficácia* dos atos questionados. Mas manda não descurar a proteção dos quirópteros, através dessas medidas condicionantes da construção e exploração de aerogeradores. Proíbe qualquer atividade de construção ou montagem de qualquer parte ou componente de um dos aerogeradores, no período compreendido entre trinta minutos antes do pôr do Sol e o nascer do Sol, nos meses de Outubro, Novembro e Dezembro e ainda Março e Abril. E, relativamente ao período da sua exploração, condiciona o início de rotação da turbina de rotação eólica ou arranque e seu funcionamento à velocidade do vento, no período compreendido entre trinta minutos antes do pôr do Sol e o nascer do Sol, nos meses de Outubro, Novembro e Dezembro e ainda Março e Abril.

Comentário: o *critério da ponderação de interesses* é uma novidade do contencioso administrativo resultante do Código de Processo nos Tribunais

125 Resolução de Conselho de Ministros n. 63/2003, de 28/4.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 549 1/9/16 12:11

Administrativos (Lei n. 15/2002, de 22/.2 alterada pela Lei n. 4-A/2003, de 19.2)[126]. Com efeito, o juiz das providências cautelares tem amplos poderes de conformação, que lhe permitem adotar, em cumulação ou substituição das medidas requeridas, as *providências que entender adequadas*, para evitar a lesão dos interesses globalmente envolvidos, e que sejam menos gravosas para os outros interesses, públicos e privados.

D) **Assunto**: *avaliação de impacto ambiental* (AIA), *periculum in mora*, prova pericial. **Referência**: ATCAS, proc. 04948/09, 2ª secção, sobre a barragem do rio Sabor, Relatora Cristina dos Santos. Data: 23/9/2010. **Normativa apreciada:** arts. 114, n. 3, al. g), in fine, CPTA; 384, n. 1, Código de Processo Civil**. Fundamentação doutrinal**: a declaração de impacto ambiental, tal como ocorre com todas as "decisões administrativas em *zonas de incerteza*", com o fim de dar concretização à prevenção do risco em matéria ambiental, assume a natureza de *ato administrativo de "conteúdo passível de sofrer alterações em virtude da superveniência de circunstâncias concretas"*. A Administração detém o poder de controlar e adequar os pressupostos do quadro regulativo configurado na declaração de impacto ambiental em função da realidade de facto e de *juízos técnicos de avaliação do risco*. A valoração ou qualificação jurídica de factualidade que reporta directamente a conceitos e noções próprias de outros ramos da ciência e da técnica, que não a ciência jurídica, extravasam o âmbito de aplicação do juízo jurídico de probabilidade aplicável na valoração jurídica do *periculum in mora*, em qualquer das vertentes do fundado receio de produção de danos ecológicos irreversíveis ou de difícil reparação. **Decisão**: a apreciação através do processo simplificado e rápido da prova sumária próprio dos procedimentos cautelares não é adequada às hipóteses em que a aplicação da lei passa por *juízos técnicos de existência* e *juízos técnicos de valoração* (qualificação técnica de situações reais que constituem pressupostos da hipótese ou previsão normativas aplicáveis ao caso concreto) e em que, por isso, não é possível cindir os dois juízos, o juízo técnico próprio da *lex artis* e o juízo técnico-jurídico. Nestas hipóteses a situação jurídica do caso concreto apenas é compatível com o *processo de cognição profunda* próprio do regime adjectivo de cognição em processo principal, instaurado pela parte e dirigido ao julgamento em que a instância tem por fim uma decisão de existência do direito e não de mera probabilidade.

126 Em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=439&tabela=leis>. [Em linha]. Consultado em novembro de 2013.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 550 1/9/16 12:11

Comentário: está em causa a aplicação do regime avaliação de impacto ambiental, na linha da Lei n. 11/87, de 7/4, consta hoje do DL n. 151-B/2013, de 31/10, e Portarias n 1067/2009, de 18/9, n. 1102/2007, de 7/9, n. 330/2001 de 2/4 e Decreto n. 59/99, de 17/12).

E) **Assunto**: ambiente, saúde pública-qualidade de vida, avaliação de impacto ambiental, *coincineração de resíduos industriais perigosos*, pedido cautelar de intimação, *periculum in mora*. **Referências***:* ASTA proc.0438/09, Relator Freitas de Carvalho. Data: 2.12.2009; Proc. n. º0004752, proc. 0675/07, 1.ª secção, processo urgente: providência cautelar, Relator Madeira dos Santos, de 10.1.2008[127]. **Normativa apreciada**: *princípio da precaução*. **Factualidade**: pedido de *suspensão da eficácia* de decisão ministerial que dispensou o procedimento de avaliação de impacto ambiental incidental de um procedimento de licenciamento de uma atividade de coincineração de resíduos industriais perigosos. **Fundamentação doutrinal**: o ato incidental é um ato intercalar de um procedimento relativamente ao licenciamento. A sua função é eliminar um iter normal do procedimento licenciador, simplificando e acelerando os seus trâmites e esgotando nele a sua eficácia. Licenciada a atividade de coincineração, findo este procedimento-objetivo, mostrando-se integralmente executado o ato incidental, é já impossível suspender a eficácia do ato de dispensa de estudo de avaliação ambiental, por já não produz fora e ulteriormente quaisquer efeitos. O *pedido cautelar de intimação* de alguém para que provisoriamente se abstenha de um certo comportamento, alegadamente violador de normas de direito administrativo, supõe que haja um *vazio decisório* (que não exista ou subsista qualquer decisão legalmente justificativa desse comportamento). Portanto, não pode ser judicialmente intimada a abster-se de coincinerar resíduos a sociedade que está admitida a fazê-lo através de atos administrativos de licenciamento que persistem e operam eficazmente na ordem jurídica. Não se verifica um dos requisitos da adoção de providências cautelares conservatórias, que é a existência de *periculum in mora*, em qualquer das suas modalidades. Não se comprova um *fundado receio da constituição de uma situação de facto consumado ou da produção de prejuízos de difícil reparação* "para os interesses a assegurar no processo principal". Não pode ser decretada a suspen-

127 Em:<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/5581a6918d7d153f-802573d0005b364b?OpenDocument> [Em linha].(Consultado em novembro de 2013).<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/5581a6918d7d153f802573d0005b364b?OpenDocument&ExpandSection=1>.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 551 1/9/16 12:11

são de eficácia dos atos suspendendos. Uma decisão que, a culminar um meio administrativo incidental, *dispensa o procedimento de avaliação* de impacto ambiental, que deveria normalmente fazer-se num outro procedimento mais vasto, tendente a licenciar a atividade de coincineração de resíduos industriais perigosos, constitui um *ato intercalar relativamente ao futuro licenciamento,* que serve para eliminar um dos passos normais do procedimento principal, simplificando e acelerando os seus trâmites (e esgotando aí a sua eficácia). Licenciada a atividade de coincineração e findo o procedimento mais vasto, mostra-se integralmente executado o despacho de dispensa de AIA, deixando de ser possível suspender a eficácia dele, por ser de negar-lhe a produção ulterior de quaisquer efeitos. O pedido cautelar de intimação de alguém para que provisoriamente se abstenha de um certo comportamento, alegadamente violador de normas de direito administrativo, supõe que não exista ou subsista uma qualquer pronúncia justificativa de tal comportamento. Não pode ser judicialmente intimada a abster-se de coincinerar resíduos industriais perigosos uma empresa que fora admitida a fazê-lo através de atos administrativos de licenciamento, que subsistem eficazmente na ordem jurídica". **Decisão**: improcede o pedido de suspensão de eficácia dos atos de viabilização da coincineração (que era a decisão do tribunal *a quo*, o tribunal administrativo central norte, em acórdão que considerava que resultava do mini-teste de queima de resíduos industriais perigosos realizado no teste 2 da cimenteira que "não há emissões acrescidas de dioxinas/furanos pela combustão de RIP até ao máximo permitido para a percentagem de substituição de combustível normal"). **Decisão**: indeferimento dos pedidos de suspensão de eficácia e de intimação das entidades públicas implicadas e da fábrica de cimentos, recetiva à coincineração, para se absterem-se de licenciar, autorizar ou realizar os testes e demais operações de coincineração de resíduos industriais perigosos na referida fábrica. O acórdão recorrido é revogado, na parte em que, concedendo provimento ao recurso jurisdicional interposto da sentença do Tribunal Administrativo e Fiscal de Coimbra, julgou procedente o pedido de suspensão de eficácia dos atos aqui em causa"; "Sendo improcedente o pedido de suspenso de eficácia dos atos suspendendos, fica prejudicado, por ser inútil, o conhecimento das outras questões colocadas nos recursos, designadamente a de saber se podiam ser requeridas providências dependendo de duas causas principais e a de saber se a suspensão só se poderia justificar em relação ao ato que concedeu licença de exploração e não também em relação aos atos que concederam licenças de instalação e ambiental.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 552 1/9/16 12:11

Comentário: 1.A intimação para a *suspensão de uma decisão administrativa ambiental válida* (por si ou *ope legis* pelo decurso de tempo na hipótese de ter ocorrido um vício passível de anulabilidade não impugnada), interferindo para o futuro com um ato tido como "caso definido" e plenamente eficaz, ofende o princípio da separação dos poderes, a menos que se conclua que tal ato é nulo ou inexistente (uma vez que, não sendo assim, já não se pode pôr a hipótese de um pedido de suspensão de ato em conexão com ação visando a anulação de ato anulável: art. º112.º, n.º2, al.a) CPTA; e o ato intercalar já não produz agora e ulteriormente quaisquer efeitos, não tendo sido impugnado na altura nem posteriormente impugnada a decisão licenciadora final. 2.Vários arestos foram proferidos nesta matéria relacionada com a *coincineração*, discorrendo designadamente sobre a sua *relevância social*, que não existiria se não fossem indicadas questões concretas que, pela sua "relevância jurídica ou social", revistam importância ou por existir 'complexidade das operações lógicas implicadas pela questão a resolver e a probabilidade de esta se renovar em litígios futuros'"[128], ou por se considerar que, face à sua *relevância social,* seria de admitir revista quando as questões jurídicas a dirimir se relacionam com uma "*matéria particularmente sensível em termos do seu impacto comunitário*"[129]). 3.Este aresto do STA, de 10/1/2008, vem na linha dos recursos de revista n. 471/07, de 31.10.2007 (revogou o ATCAN, que suspendia o despacho do Ministro do Ambiente que dispensara a realização de novo Estudo de Impacto Ambiental) e do recurso n. 675/07 (coincineração nas instalações industriais no Outão), ou do ASTA no Proc. 0438/09[130]. Aqui afirma-se que "nem foi feita prova no sentido de demonstrar que a execução dos despachos pudesse provocar danos na saúde e no ambiente, nem que a eventual ocorrência desses mesmos danos (a existirem) criaria uma situação de facto consumado que não pudesse ser revertida no final da 'ação principal'"). 4.Não se verifica "um dos requisitos da adoção de providências cautelares conservatórias (existência de *periculum in mora*, em qualquer das suas modalidades: 'fundado receio da criação de uma situação de facto consumado ou da produção de prejuízos de difícil reparação para os interesses in-

128 Vide ASTA de 22/3/2007, Proc. 223/07. Em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e-680256f8e003ea931/11148f3eb40301c7802576a400393872?OpenDocument&ExpandSection=1>.

129 Vide ASTA de 26.06.2008 proferido no proc. 535/08. Em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e-1bb1e680256f8e003ea931/8ddf2f580c867f4d8025748100306711?OpenDocumen>.

130 1ª Subsecção do CA, de 2.12.2009, JSTA000P11186, Relator Freitas Carvalho.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 553 1/9/16 12:11

vocados. 5.O *princípio da precaução*[131], autonomizado do princípio da prevenção com o objetivos do reforço operacional daquela sua componente, é uma norma de *direito ambiental da UE*, que se impõe como fonte que vincula o Estado português. Não é pois admissível certa argumentação, laxista e ilegal, que o considera uma "mera orientação política dos Estados", a "ter em conta nas suas *opções políticas e legislativas",* posição errada que perpassa, expressa ou implicitamente, nesta apreciação. Nem pode aceitar-se que se afirme que este princípio geral do DUE, como se fosse uma norma-regra, não está consagrado expressamente na lei portuguesa, designadamente na CRP (Art. 66, n. 2), a qual prescreve, genericamente, que incumbe ao Estado "prevenir e controlar a poluição e os seus efeitos e as formas prejudiciais de erosão", ou que, porque, no Tratado da União Europeia (Art. 174) se define *princípios gerais de preservação e proteção ambiental, sem o citar e portanto sem lhe dar "suporte legal* para o afirmar como *princípio jurídico vigente na nossa ordem jurídica*", desconhecendo o princípio do primado do DUE, a vinculatividade direta do direito derivado unionista europeu (EU) e a obrigação de respeito pelas sentenças do Tribunal da UE (todo o acevo de direito que não apenas alguns princípios expressos). E isto com o argumento de que este princípio não tem a "potencialidade, nem de se sobrepor ao critério jurídico do CPTA no que respeita à verificação dos requisitos do deferimento das providências cautelares, máxime do art.°120, n.°1, al. b), nem de inverter a *regra do ónus da prova* consignada no art.º342.° do Código Civil". Não pode aceitar-se o argumento de que, "À face do nosso ordenamento jurídico, o princípio da precaução não foi adotado como "*critério de decisão da prova*", pois a sua invocação, devidamente demonstrados os elementos factuais relacionais que o justifiquem, ele legitima a dispensa de um critério de decisão assente em provas científicas (aliás, como é sabido e bem refere KARL POPPER, elas próprias sempre revisíveis ou não seriam cientificamente afirmadas). Questão a não confundir é que se pretenda que, com base na *mera falta de certeza da não produção de danos ambientais* ou *para a saúde pública,* o julgador conclua pela *existência de receio de produção* (probabilidade séria) *de danos* ambientais e para a saúde pública, ou que eles são de *difícil reparação ou irreversíveis*, sem a devida demonstra-

131 O *princípio da precaução* não resulta só da Declaração de princípios saída da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro de 1992 (15). Ele existe para proteger o meio ambiente. O *princípio da precaução* ou de cautela, inibidora ou ativa, impoen que, quando houver *ameaça de danos sérios ou irreversíveis*, não é pelo facto de não existir absoluta certeza científica qjue se pode postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a eventual degradação ambiental ou em geral a agressão a um bem ambiental.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 554 1/9/16 12:11

ção (positiva), mesmo que de forma sumária. 6.Uma coisa é o *princípio da prevenção*, relação entre fator e consequência cientificamente estabelecida, e outra, o de *precaução*, com a relação entre fator e as consequências tidos como, embora ainda sem prova cabal de uma relação de causalidade adequada, mas que importa precaver, enquanto não haja conclusivamente razoes para afirmar (e frequentemente, tal acontece, embora com exigências temporais dilatadas – e daí a necessidade da cautela transitória –, precisamente partindo de relações tidas como ainda inexplicáveis) ou afastar cientificamente essa relação entre eles. Ambos os princípios estão há muito consagrados no direito do ambiente aplicável em Portugal, face ao princípio da primazia do direito da União Europeia. Tal como é inaceitável que se pretenda justificar a não aplicação normativa do princípio da precaução "pela ponderação da necessidade de prossecução de outros interesses públicos", que o legislador tenha entendido não deverem ser obstaculizados "por *meros receios de danos eventuais ou hipotéticos*, se demonstra um grau de probabilidade séria que invocar o princípio da cautela, aliás em geral bem conhecido de muitas áreas do direito. Entendo que acertadamente agiu o TCAN, ao proceder à sua aplicação jurisprudencial e com *inversão do ónus da prova*. Quanto à questão da coincineração de resíduos industriais perigosos, dela resultam substâncias muito mais perigosas do que aquelas que são submetidas àquele processo de queima. Aliás, para além da invocação do *risco cientificamente comprovado* para a saúde humana, para a fauna e para a flora, resultante dos Poluentes Orgânicos Persistentes, que se formam durante a *combustão dos resíduos* industriais perigosos, existe a certeza consagrada pela Convenção de Estocolmo, subscrita por Portugal, da *grande perigosidade* inerente à disseminação das *dioxinas e furanos*. O art.º5.º da Convenção de Estocolmo[132] consagra medidas para reduzir ou eliminar as libertações derivadas da produção não intencional de *Poluentes Orgânicos Persistentes*, visando a sua contínua minimização e eliminação, com a Parte II do seu Anexo C, integrando substâncias com implicação neste debate ("Fornos de cimento que queimem resíduos perigosos").

F) **Assunto:** *avaliação de impacto ambiental* (AIA), *providência antecipatória*, *fumus boni iuris* qualificado. **Referências**: ASTA, 1 Subsecção do Contencioso Administrativo, sobre o Túnel do Marquês de Pombal, proc.

132 Aprovada pelo Decreto n. 15/2004, D. R. I Série, de 3/6/2004; entrada em vigor em 13/10/2004. *Vide*, também, as Guidelines da Convenção de Estocolmo, aprovadas no Uruguai de 2 a 6 de Maio de 2005.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 555 1/9/16 12:11

1011/04-11[133], Relator Santos Botelho. Data: 24/11/2004; ATCAS, Secção Contencioso Administrativo, 2º Juízo, Proc. n. 00251/04, Relatora Cristina dos Santos. Data: 14/9/2004.

Normativa aplicável: art. 1º, n. 3 do DL n. 69/2000 (atualmente alterado pelo DL n. 197/2005), sobre AIA e art. 120, n. 2 e n. 3 CPTA. **Factualidade**: A Câmara Municipal de Lisboa deliberou construir o Túnel do Marquês, no centro de Lisboa, sem estudo de avaliação de impacto ambiental. **Fundamentação doutrinal**: o STA considera que, para haver ampliação da matéria que constitui extensão da revista, nos termos do art.° 684-A do CPC, é necessário que a parte a suscite de modo claro e expresso, não bastando a referência à questão nas conclusões da contra-alegação. A providência é conservatória quando se pretende manter ou conservar um " direito". Ou seja, o que se almeja é manter o *statu quo*. A providência é antecipatória quando se vise alterar o *status quo*, mediante a antecipação de uma situação que não existia anteriormente. A alínea b), do n.° 1 do art.º120.° do CPTA consagra aquilo que se pode denominar como sendo um *fumus non malis iuris*. Tudo se passa aqui pela indagação sobre se existe ou não um mínimo de verosimilhança dos fundamentos invocados, em termos de se não evidenciar o carácter manifesto da falta de fundamento da pretensão formulada ou a formular no processo principal. Em suma, trata-se de um juízo negativo, em que se não procura aferir da probabilidade do êxito da pretensão, mas tão-só da avaliação do carácter não manifesto da falta de fundamento. apesar da situação da construção do túnel do Marquês em Lisboa não cair numa das tipificadas, ela implicará a necessidade de AIA se, face aos pressupostos do exercício do poder discricionário atribuído em cláusula geral na lei, se entender que uma concreta obra urbana assume características que implicam oo solução correta o estudo e declaração integrantes da AIA. *Decisão*: suspensão das obras municipais nos trabalhos de construção do túnel do Marquês, no centro de Lisboa.

Comentário: 1.o tribunal, na aplicação do regime sobre avaliação de impacto ambiental, distingue entre *vias de circulação rodoviária interurbanas* (autoestradas e estradas), que considera sujeitas a avaliação, e *vias intraurbanas* (avenidas e ruas), não sujeitas. 2.Isto, porque a lei prevê uma "*espécie de lista*" e, portanto, invoca-se o *princípio da tipicidade*. E entende-se que, em princípio, tal exigência não deve ser alargada a casos não previstos. 3.Mas também existe

133 <http://www.dgsi.ptjstnsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/34bc1f-21de766d7680256f6a0059ac7f?OpenDocument&Highlight=0,t%C3%BAnel,do,marqu%C3%AAs>.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 556 1/9/16 12:11

uma cláusula aberta (por oposição ao *sistema de lista fechada ou taxativa*). E tal, de facto, poderá permitir que se considere que o *projeto de túnel urbano* também fique sujeito à AIA. 4.Embora se trate de uma cláusula aberta não reconduzível a uma analogia de situações com os casos expressos nas listas enunciadas na lei, pois as normas são autónomas. Uma serve-se do princípio da tipicidade, a outra exige a análise casuística de cada projeto concreto, a qual implica cero grau de vinculação aos pressupostos do exercício de um poder discricionário, enunciados além do mais nesta lei específica, que refere uma *ponderação* em função das suas "especiais características, dimensão e natureza". 5.No caso, pode colocar-se a questão do recurso ou não à *cláusula geral*. A usar apenas se fundamentada só nos pressupostos especificamente enunciados e não no recurso a qualquer analogia com os casos previstos nas listas.

6.3 Análises de jurisprudência cível

A) **Assunto***:* emissão de *fumo*, fuligem, vapores, *cheiros*, calor, *ruídos*, trepidações e factos semelhantes; doutrina da *causalidade adequada, ónus da prova*. **Referência:** Acórdão Tribunal da Relação de Guimarães, processo 709/07-1, Relator Carvalho Martins. Data: 3/5/2007

Normativa aplicável*:* art. 1.346 e art. 70 do Código Civil (*direitos de personalidade*). **Factualidade**: pedido de indemnização a título de danos patrimoniais e não patrimoniais por ofensa ao direito ao repouso, ao descanso e à saúde, causado por uma autoestrada, entretanto construída. **Fundamentação doutrinal**: o *direito ao repouso, ao descanso e à saúde* são corolários do direito da personalidade (Art. 70 do Código Civil). Havendo conflito entre tais direitos e o da *atividade viária*, preferem aqueles (Art. 335 do Código Civil). Nem afasta o *carácter ilícito da ofensa* o facto de a emissão de ruído estar contida nos limites legalmente fixados e de tal atividade viária ter sido autorizada administrativamente. Isto porque o *direito à integridade física, à saúde, ao repouso e ao sono* prevalece (Art. 335 n. 2 CC.), sobre o "direito" à existência e utilização de autoestrada, mas que impõe a consideração de *disfunções, exterioridades ou externalidades de carácter negativo.* Estas têm de ser minoradas ou compensadas, garantindo-se a efetividade de direitos. A causa juridicamente relevante de um dano é (*doutrina da causalidade adequada*; art. 563 do CC), a que, em abstrato, se revele adequada ou apropriada à produção desse dano, segundo *regras da experiência comum ou*

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 557 1/9/16 12:11

conhecidas do lesante. O ónus da prova traduz-se, para a parte a quem compete, no dever de fornecer a prova do facto visado, sob pena de sofrer as desvantajosas consequências da sua falta. **Decisão**: desatende-se qualquer indemnização por danos patrimoniais, por ausência de prova, concedendo-a, em termos de equidade, para ressarcimento de danos não patrimoniais.

Comentário: 1. A emissão de fumo, fuligem, vapores, cheiros, calor ou ruídos, tal como trepidações e factos semelhantes podem, ser objeto de *impedimento por pessoa vizinha*, no pressuposto de que um daqueles fatores (sem necessidade da sua conjunção), face ao art. 1346 do CC. O facto de se habitar na vizinhança de autoestrada é relevante e confere direito à oposição a quem provoque *prejuízo substancial*. Face ao *direito da personalidade* (Art. 70, art. 335 CC), deve cessar tudo o que o agrida, designadamente prejudicando o descanso, repouso e saúde das pessoas. 2. Isto sem excluir que, por exemplo, a atividade viária possa ser prosseguida se puder ser realizada sem prejudicar o direito de personalidade.

B) **Assunto**: direitos de personalidade, contraordenação, direito ao *descanso, direito à saúde, direito a um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado*. **Referência**: ASTJ n.º8TBVIS.C1.S1, proc. 3920/07, 2ª Secção, Relator Álvaro Rodrigues, Data: 19/4/2012.

Normativa aplicável: arts. 66 CRP e 335 CC. **Factualidade**: ruído de vizinhança por parte de bares e discotecas. **Fundamentação doutrinal**: 1. A atividade de *bar com aparelhos de som e música*, junto a residências privadas, especialmente com carácter habitual, nas horas consagradas ao descanso reparador da generalidade das pessoas, é, ainda que potencialmente, gravemente lesiva do sono dos habitantes de tais residências e, consequentemente, do seu indeclinável direito ao descanso e à saúde, como integrantes do direito à vida e à integridade física, além de outros, como o direito a um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, portanto, como direitos de personalidade, legal, constitucional e supranacionalmente tutelados. **Decisões**: estabelecimento aberto ao público, independentemente de licenciamento administrativo para funcionar até altas horas, não fica dispensado de tudo fazer para evitar ruídos prejudiciais aos vizinhos, designadamente em termos do direito do ambiente.

Comentário: I. 1. A *poluição sonora (ruídos prejudiciais)*, sobretudo nas horas noturnas normais ao descanso reparador da generalidade das pessoas, é um atentado ao *direito a um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado*. Importa distinguir dois âmbitos de análise jurídica, o da possível *ilegalidade administrativa* no exercício das atividades que geram a *poluição ambiental,* decorrente do desrespei-

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 558 1/9/16 12:11

to das normas regulamentares ou atinentes ao licenciamento e à polícia administrativa, e o da *autónoma ilicitude* derivada da poluição gerada, independentemente da existência ou não da legalidade administrativa do exercício da atividade. 2. O *direito ao repouso* é ofendido mesmo que a atividade de exploração de discoteca tenha sido autorizada administrativamente[134]. A legislação administrativa sobre ruído não visa resolver conflitos que possam surgir entre o direito de propriedade ou de arrendamento de prédios onde se desenvolvam atividades que produzam ruídos e os direitos à integridade física e moral das pessoas[135], embora também implique, com interesse para os direitos de personalidade, os direitos ao ambiente, qualidade de vida e saúde. 3. Os *direitos da personalidade* são protegidos contra qualquer ofensa ilícita, *não sendo precisa a culpa* para se verificar uma ofensa, nem sendo necessária a intenção de prejudicar o ofendido. Decisivo é a ofensa em si. O que conta é o facto objetivo da violação do direito de personalidade, pretendendo a lei a sua proteção o mais ampla possível. 4. No entanto, há que reconhecer que o *direito ao repouso* se integra não só no direito à integridade física como no direito a um ambiente de vida humana sadio e ecologicamente equilibrado e, através destes, direito à saúde e qualidade de vida. O Regulamento Geral do Ruído pode não obstar a que a AP evite a prática do tiro aos pratos (atenta a tese da cindibilidade da ordem jurídica para efeitos de exercício de poderes orgânicos da AP, face à tese da sua unicidade ainda preponderante, no silêncio da lei administrativa), mas não permite que, uma vez este, administrativamente autorizado, se possa depois violar os direitos de personalidade dos vizinhos que habitam junto a um campo de tiro; ou seja a ruídos oriundos de explorações económicas ou recreativas não passíveis de insonorização ou não devidamente insonorizadas[136]. 5. Os tribunais cíveis não podem deixar de atuar, apesar da regularidade da atividade no plano regulamentar ou de polícia da Administração (questão que não lhe cabe apreciar), na *tutela prioritária do direito de personalidade* lesado, pela invocação da mera circunstância de ter ocorrido um válido licenciamento administrativo da atividade lesiva ou por *os níveis de ruído pericialmente verificados não ultrapassarem os padrões técnicos regulamentarmente definidos,* designadamente em legislação ambiental. 6. Há uma última linha de defesa da pessoa, que é o direito fundamental de personalidade, que também

134 ASTJ de 6/5/1998, Revista n. 338/98, 1ª Secção, Relator Conselheiro Fernandes Magalhães.

135 Algo imprecisamente, *vide* ASTA de 13/3/1997, Proc. n. 557/96, 2ª Secção, Relator Conselheiro Miranda Gusmão.

136 ASTJ de 22/10/1998, Revista n. 1.024/97, 2ª Secção, Relator Conselheiro Noronha Nascimento.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 559 1/9/16 12:11

serve à defesa cível do direito ambiental. Ou seja, mesmo que seja produzido ruído inferior ao máximo permitido pelo Regulamento sobre Ruído, isso "não quer dizer seja permitido afetar os direitos ao repouso e à saúde"[137], pelo que o dono de uma *discoteca* ou outro estabelecimento que provoque ruído exterior, deve proceder às obras indispensáveis ao seu *isolamento.* Apesar de ter procedido a *obras de insonorização*, se continuam a ouvir-se, com origem no interior do prédio, emissões sonoras causadoras, de *reclamações e de prejuízos* para terceiros, uma vez que a prestação devida só se considera cumprida se for obtido o isolamento acústico de modo que as emissões não sejam audíveis nos apartamentos próximos (*obrigação de resultado*), tal situação traduz, objetivamente, um incumprimento[138]. Esta é a jurisprudência em geral do STJ na matéria[139], o qual tem reafirmado que a produção ou emissão de ruídos geradoras de poluição sonora, se for lesiva de direitos individuais ou coletivos, sendo estes carecidos de proteção e de tutela, deve ser enquadrada por *três óticas distintas* (em geral, conexionadas e interligadas): além da dos direitos fundamentais de personalidade[140] e da referente à tutela do direito de propriedade[141], a do *direito do ambiente* (causa de

137 ASTJ de 28/10/1999, Revista n. 427/99, 2ª Secção, Relator Roger Lopes.

138 Cumprimento defeituoso: ASTJ de 22.1.1997, Processo n. 338/96, 1ª Secção, Relator Conselheiro. Ramiro Vidigal.

139 V.g., Acórdãos de 17/3/1994, in BMJ, 435, 816; de 15/3/2007, proc. n. 07B585; de 13/9/2007, proc. n. 07B2198; de 8/4/2010, proc. n. 1.715/03.7TBEPS.G1.S1; de 7/4/2011, n. 419/06.3TCFUN.L1.S1). Nas relações, v.g., Ac. do Tribunal da Relação do Porto, de 27/4/1995 (CJ, XX, 2, 213).

140 A da problemática dos direitos fundamentais de personalidade vem consagrada quer na CRP quer no Código Civil (CCV). O texto constitucional refere-se ao *direito à integridade moral e física e ao livre desenwolvimento da personalidade* (art. 25 e 26, n. 1) . No CCV, o art. 70 trata da *tutela geral da personalidade dos indivíduos* contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral. Ora os direitos ao repouso, ao sono e à tranquilidade de vida na sua própria casa configuram-se manifestamente como requisitos indispensáveis à realização do direito à saúde e à qualidade de vida, constituindo uma emanação deste direito fundamental de personalidade [em que se integram, além de outros, os *direitos à vida, à integridade física, à honra, à saúde, ao bom nome, à intimidade, à inviolabilidade do domicílio e da correspondência e ao repouso essencial à existência humana.* Por isso, em regra, e sem prejuízo de uma *concreta e casuística ponderação judicial*, a realizar em função do *princípio da proporcionalidade* acerca da intensidade e da relevância da invocada lesão da personalidade, em caso de conflito efetivo e relevante entre o direito de personalidade e o direito ao lazer ou à exploração económica de indústrias de diversão, devam preservar-se os direitos básicos de personalidade, por serem de hierarquia superior à dos segundos, nos termos do art. 335 do CCV.

141 Nesta visão clássica da tutela do direito de propriedade referentes às *relações jurídicas reais de vizinhança*, o proprietário de um prédio pode opor-se às emissões provenientes de prédios vizinhos que causem um *prejuízo substancial* para o uso do imóvel ou que não resultem da *utilização normal* do prédio de que emanam (art. 1.346, CCV). Ora, uma *actividade de diversão nocturna* não pode acarretar

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 560 1/9/16 12:11

evidente poluição ambiental, com assento primacial no próprio texto constitucional, no plano dos direitos e deveres sociais); este, por vezes tido como sujeito ao regime dos direitos de natureza análoga aos direitos fundamentais, em que se insere o *direito a um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado* (Art. 66, CRP), complementado e densificado pelas normas constantes da Lei de Bases do Ambiente, fundamentalmente orientada, imediatamente e em primeira linha, para a proteção de *interesses coletivos ou difusos*. Há a obrigação de especial contenção quanto aos níveis de poluição sonora que se provoca e o dever de se optar por soluções técnicas adequadas, no que respeita ao isolamento acústico das instalações, de modo a eliminar ou reduzir em termos eficazes os incómodos causados pelo ruído aos outros residentes, para não degradar a sua qualidade de vida. II. Caso semelhante[142] é o que tem como *factualidade* a invocação de *sono e sossego* perturbado pelo ruído proveniente de um prédio vizinho, causado pelo funcionamento de um *aparelho de ar condicionado*, de *dia e noite*, ofendendo o direito a um *ambiente de vida humano e sadio*, segundo um *critério de tolerabilidade normal*. III. Ou concernente a *ruído de vizinhança e convivência condominial*[143], com sentença de condenação em indemnização por *danos morais*, com o *fundamento doutrinal* de que quem, habitando o andar de um prédio, produz ruído, propositadamente, a partir das 22 horas, batendo com um objeto ruidoso (tipo martelo) ou atuando como tal, no soalho da sua habitação, ao longo das divisões, atirando com objetos pesados, que produzem estrondo no chão e pondo o volume da aparelhagem sonora e da televisão em registo audível no rés do chão do prédio, fazendo com que tal ruído, pela sua *intensidade, duração e repetição*, obrigue os habitantes do prédio a, por vezes, ter de pernoitar fora de casa, em hotéis e pensões, viola o direito ao descanso e ao sono, à tranquilidade e ao sossego destes, aspetos do direito à integridade pessoal. Aqui, em causa podem estar, ainda, *comportamentos ruidosos*, que causam aos vizinhos *sofrimento, angústia, ansiedade, dor, agitação,*

uma lesão grave e continuada do direito de personalidade de outrem, ocasionando *dano substancial ao gozo e* à *fruição de um mínimo de tranquilidade* na sua própria casa, independentemente da maior ou menor concretização da proveniência dos ruídos inerentes à exploração de um estabelecimento (*espaço interior* do edifício onde se encontra implantado, pois os ruídos e perturbações originadas pela actividade desenvolvida raramente se circunscrevem por si mesmos ao interior do estabelecimento; *esplanada* que lhe está afecta ou movimento de clientes e respectivos meios de transporte etc.).

142 Acórdão n. 96A492 de 4/2/1997, Relator César Marques. *Vide* STJ. "O direito ao descanso e ao sossego na jurisprudência das Secções Cíveis do Supremo Tribunal de Justiça". Sumários de Acórdãos de 1997 a Setembro de 2012. Em: <http://www.stj.pt/ficheiros/jurisp-tematica/direitodescansososSego.pdf>.

143 Referência: ASTJ proc. 3920/07.8TBVIS.CI. 2ª Secção, Relator Álvaro Rodrigues, de 7/7/2009.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 561 1/9/16 12:11

terror, crises compulsivas de choro, depressão, extremo cansaço, impossibilidade de dormir, o que implica naturalmente efeitos que, se se revestirem de certa *gravidade*, justificam a intervenção reparadora do direito por *danos não patrimoniais*. E a ilicitude, para efeito de reparação, não tem que ver com qualquer *aferição do nível de ruído pelos padrões normativos estabelecidos*, dado que, se a conduta ruidosa prejudicar o *repouso, a tranquilidade e o sono de terceiros*, em *termos injustificados e para além dos limites do que possa considerar-se socialmente tolerável*, tal lesa um dos direitos integráveis na categoria fundamental dos Direitos, Liberdades e Garantias pessoais. É que, quando está em causa a violação dos direitos de personalidade, tal envolve uma *apreciação concreta da conduta* do lesante e da situação do lesado, no sentido de verificar se o ruído emitido no exercício de uma atividade, "mantendo-se embora dentro dos limites impostos legalmente" pelo direito administrativo, pode configurar uma infração àqueles direitos[144]. IV. A passagem de *veículos automóveis* provoca ruído ao exceder o *nível normal de tolerância*, pela frequência ou pela intensidade, em termos que provoca um *resultado traumatizante ou "intoleravelmente insuportável*", há o *direito à reconstituição natural*, por meio da colocação de *barreiras acústicas* que eliminem ou, pelo menos, que baixem o nível de poluição sonora para "parâmetros toleráveis"[145]. Por isso, em *processo de expropriação*, não constitui condenação num qualquer pagamento em espécie, nem é parcela da indemnização justa, a condenação da entidade expropriante no prolongamento e alteamento de uma barreira acústica, de forma a minorar o impacto ambiental negativo que adveio para a zona habitacional da propriedade dos expropriados em consequência do ruído proveniente de *autoestrada* construída em área expropriada[146]. V. Importa analisar se a passagem em concreto dos veículos atinge a própria substância do direito a defender e é ou não proporcional ao interesse público a prosseguir, sendo certo que a própria Administração pública deve condicionar a implantação de *infraestruturas viárias*,

144 ASTJ de 15/12/1998, Revista n. 839/98, 2ª Secção, Relator Cons. Noronha Nascimento. No entanto, não deixa, neste aresto, de se referir que, face à realidade da vivência dos homens em sociedade, a proteção dos direitos de personalidade física das pessoas, designadamente ao sossego e ao descanso, e do ambiente sadio e ecologicamente equilibrado nas suas vertentes de não poluição por via de ruídos e gases não é absoluta, sendo suscetível de afetação em termos que não ultrapassem o razoável. Com efeito, por exemplo, o direito ao repouso não exige o silêncio completo, dado que o ruído é de inerente à vida na sociedade atual, e por isso o que deve é "domar-se", torná-lo suportável. A ilicitude não resulta da produção de qualquer ruído, mas apenas se este for caracterizado por uma frequência ou intensidade que o tornem insuportável.

145 ASTJ de 10/12/1998, Revista n. 1.044/98, 2ª Secção, Relator Pereira da Graça.

146 ASTJ de 1/3/2001, Revista n. 58/01, 1ª Secção, Relator Lemos Triunfante.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 562 1/9/16 12:11

se elas causam *impacto violento sobre a paisagem* (princípio geral aplicável em matéria de ambiente, no sentido da tolerabilidade razoável da sua afetação). A *responsabilidade civil por danos causados a terceiros* no âmbito da construção de autoestradas por uma concessionária de obras públicas rege-se pelo direito civil em geral. A indemnização pelo *dano ambiental* no quadro da *responsabilidade civil objetiva* depende de ocorrer *afetação significativa,* derivada de alguma *atividade perigosa*. Ora, o facto de ocorrer uma ação da Administração pública ou omissão ilícita e culposa na edificação de *viaduto* da autoestrada, não pode deixar de se colocar à AP a questão do direito a indemnização aos proprietários de moradias a quem aquela construção diminuiu a *paisagem de que desfrutavam*, lhe projetou sombra sobre ela antes do pôr do Sol, lhe provocou a audição do vento e do ruído parcial dos veículos automóveis e lhe implicou a perceção do *cheiro dos combustíveis* neles queimados, com incómodos e desvalorização das moradias. *Vide,* ainda, ASTJ de 22/10/1998, Revista1024/97, 2ª Secção (ilicitude, reconstituição natural)[147]; de 13/3/1997, 557/96; de 17.1.2, 4140/2001).

C). **Assunto**: Proteção dos animais (concurso de *tiro aos pombos* ou outro com a utilização de *alvos vivos*). **Referência**: ASTJ[148] n. JSTJ000, Processo: 04B3354, Relator Salvador da Costa. Data: 19/10/ 2004.

Normativa invocada*:* Lei n. 92/95, de 12 de Setembro. **Factualidade**: uma associação zoófila, com estatuto de utilidade pública, cujos fins, entre outros, são os de impedir e reprimir tudo quanto represente crueldade contra os animais e assegurar o respeito pelos seus direitos, pretende impedir a organização de um concurso de tiro com chumbo, com utilização de pombos, prova integrada no calendário oficial de 1999 de tiro com alvos vivos. **Fundamentação doutrinal**: a prática desportiva de tiro com chumbo aos pombos em voo, embora lhes implique prévio arrancamento de penas da cauda, a morte e a lesão física desta instrumental, tal não envolve sofrimento cruel nem prolongado. A modalidade desportiva de "tiro aos pombos" vivos tem longa tradição cultural em Portugal. Está disciplinada por uma federação com o estatuto de utilidade pública desportiva. Segundo o tribunal, é legalmente justificada ou não desnecessária no confronto com o Homem e o seu desenvolvimento equilibrado, pelo que não é proibida por nenhuma disposição legal. **Decisão**: a prática desportiva de tiro ao voo de pombos não se enquadra na proibição a que se

147 <www.stj.pt/ficheiros/jurisp-tematica/direitodescansososSego.pdf>.

148 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 563 1/9/16 12:11

reporta o proémio e o n. 1 do art. 1º nem no seu n. 3, alínea e), da Lei n. 92/95, de 12 de Setembro, pelo que não é proibida no nosso ordenamento jurídico.

Comentário: o objetivo da lei de *proteção dos animais* não assenta numa conceção de titularidade de "direitos" por parte dos animais, mas na de os proteger contra *violências cruéis, desumanas ou gratuitas*, para as quais não exista *justificação ou tradição cultural* bastante. Com isso pode considerar-se ser de ressalvar o tiro aos pombos e situações como as de "touros de morte" de Barrancos (estas, hoje, legalmente previstas, mas já antes, pela prática secular contra a lei, a constituir direito consuetudinário contra legam). Isto é, tudo depende do confronto de meios e de fins ao "serviço do Homem" (ainda aqui a jurisprudência, por vezes, fazendo transparecer a conceção antropocêntrica, comungada do texto constitucional) com num quadro de razoabilidade e de proporcionalidade. A lei refere os conceitos de *violência injustificada, morte, lesão grave, sofrimento cruel e prolongado e necessidade* (Art. 1º, n. 1, da Lei n. 92/95, de 12/9). Mas tal significa essencialmente *ato* "*gratuito de força, brutalidade, eliminação da estrutura vital, golpe profundo ou extenso ou dor intensa, dor física 'assaz' intensa e por tempo considerável*". E isso sem a *justificabilidade razoável ou utilidade* no confronto com as necessidades vitais do Homem e o seu desenvolvimento físico e cultural equilibrado.

7 ALGUMAS QUESTÕES TRANVERSAIS COM IMPLICAÇÕES AMBIENTAIS

a) Há *inconstitucionalidade de soluções referentes ao direito à informação*, para além de soluções ineficazes e distantes da ideia de transparência[149] [150], com a LAIA a admitir restrições ao acesso que vão para além das previstas expressa-

149 CONDESSO, Fernando. "Democracia e transparência: análise do regime unionista europeu de acesso à informação possuída pelas entidades europeias". Em VVAA: Liber Amicorum em Homenagem o Prof. Doutor João Mota Campos. António Pinto Pereira e outros (coord.). Coimbra Editora, 2013, p. 335-354; Derecho de acceso de los ciudadanos a la a la documentación e información. Regímenes jurídicos en Unión Europea y Península Ibérica. Tomo II, EUA, RU, Tubinguen: Lambert Academic Publishing GMBH & CO. KG, abril de 2012; Derecho de acceso de los ciudadanos a la documentación e información. Cuestiones y fundamentos politológicos, económico-financieros, comunicacionales y ambientales. Tomo I, EUA, RU, Tubinguen: Lambert Academic Publishing GMBH & CO. KG, março de 2012.

150 Não necessariamente de forma precisa, a menos que a Administração em causa tenha publicitado elementos que facilitem tal identificação, designadamente fornecendo informações prévia sobre a utilização dos registos.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 564 1/9/16 12:11

mente na Constituição e na Lei geral de Acesso aos Documentos Administrativos. O regime da informação ambiental, embora lei especial, deve, não só receber nas suas omissões as soluções da LADA, como ser interpretada de acordo com ela, na medida em que é a lei geral concretizadora da Constituição, o que deve relevar sobremaneira no âmbito das exceções. O prazo da CADA para se pronunciar sobre as queixas, recentemente alongado para 40 dias, face ao escopo de eficaz defesa do ambiente, é excessivo. Aliás, nada justifica, contrariamente à solução francesa, a existência de duas comissões, uma independente de acesso aos documento em geral e outra político-partidária de acesso a documentos em segredo de justiça. As *taxas a pagar* pelo acesso *ut cives* à informação merecem em geral fortes críticas[151]. No caso de matéria ambiental, devia haver isenção de taxa pelo fornecimento de informação até um certo número de fotocópias simples.

b) Há *inadequação de certas previsões criminais*. A criminalização prevista no Código Penal assenta em parte em situações sujeitas a coimas nos diplomas ambientais. A proteção penal do ambiente tem-se imposto ultimamente, em face do alarme implicado com o conhecimento do número crescente de informações referentes aos desvios ecológicos, mas não deixa de merecer reparo, entre outros aspetos, os pressupostos de certas sanções penais, que remetem a tipificação criminal para outras normas ambientais, quando estas já preveem sanções contraordenacionais.

c) Há *ineficácia e atuações omissivas dos Estados* na aplicação da legislação de controlo integrado da poluição (conceito introduzido pela Diretiva n. 96/61/CE, do Conselho, de 24 de Setembro, transposta para o Direito Português através do DL n. 194/2000, de 21 de Agosto, com o objetivo de promover a adoção de uma abordagem comum ao controlo da poluição industrial no ar, águas e solo que impedisse a transferência de problemas de poluição entre os meios físicos,

d) Há *ineficácia teleológica das sanções financeiras*, impondo-se a admissibilidade de comutação das multas e coimas, aceitando a doutrina das medidas alternativas voluntárias[152]. O *sistema de sancionamento ambiental* exige a possibilidade da comutação de coimas e multas, o que pode funcionar como uma real e útil "alternativa" na própria defesa do ambiente, tendo aliás em geral presente o papel que podem desempenhar os acordos endoprocedimentais de restauração e (ou)

151 Despacho n. 8617/2002, do Ministro das Finanças, D. R., II Série, n. 99, de 2002/04/29, p. 7782.

152 CONDESSO, F. "La conmutación de penas en derecho del ambiente". In Congreso de LIMAA, 2013, Perú.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 565 1/9/16 12:11

de compensação de danos ambientais[153]. A proteção consequente e efetiva do ambiente consegue-se através da procura de todos os meios que tenham como finalidade a preservação, a restauro e o melhoramento desse ambiente nos seus diferentes aspetos. E um dos *meios na tradição punitiva pública* é o estabelecimento de *obrigações* a cargo dos particulares frente aos poderes públicos, que em caso de não serem cumpridas trazem a imposição de sanções. Importa constatar *situações típicas* em que as coimas ou multas a impor numa futura decisão administrativa ou judicial não são aptas a garantir o *restauro ou a remediar os danos ao ambiente* e outras em que, mais do que obter esses montantes financeiros para o Estado, importaria impor ações preventivas para o futuro. Inclusive, há situações em que as *coimas* e *multas ambientais*, mesmo que a lei permita que sejam muito elevadas, podem ficar relativamente "reduzidas" ou sejam comparativamente insignificantes, face aos cálculos de lucros *muito superiores que os grandes contaminadores* pensam conseguir por poderem continuar a violar a norma, pagando sem custo uma parcela do que ganham. A eficácia das sanções financeiras depende da relatividade da capacidade económica do responsável. Na atualidade, não podem pensar-se que as tarefas das autoridades se restringem à imposição de sanções. Têm de abarcar *estímulos e benefícios* aos que realizem condutas que incidam de maneira favorável no ambiente ou tenham um enfoque preventivo. Já que os danos ocasionados aos elementos naturais são de graves consequências e em muitas ocasiões, irreversíveis. A *comutação de multa ou coima*[154], que se vem incorporando em certas legislações ambientais, não pode traduzir um aligeiramento sancionatório ou sua mera flexibilização. Só

153 A *agressão contínua e progressiva ao ambiente,* em grande parte na atualidade devida ao homem, com destaque no quotidiano para a *poluição da envolvente em que habitamos*, com modificações no *equilíbrio na natureza*, com problemas com origens localizadas, mas muitas crescentemente de consequências globalizantes, multiplicam-se em problemas internacionais, tais como as chuvas ácidas, o aquecimento global, o buraco de ozono na estratosfera, a perda de regiões densamente florestadas, a crescente desertificação de partes significativas da terra e de solos de cultivo, tudo exigindo não só *punição para os danos* como imaginação para a sua melhor prevenção, com normas e políticas de *preservação, conservação e restauro* do ambiente que nos envolve e de que dependemos como seres individuais e como espécie. Tudo com tendência para se agravar no futuro, ao continuar a pôr em perigo a manutenção dos *habitats e dos processos ecológicos; sistemas vitais animais e vegetais; sistemas físicos de que depende a vida, como a água, o ar, o solo, flora, fauna, a biodiversidade etc*.

154 Falo em ambas, pois no direito português são coisas muito distintas. No plano do poder punitivo e suas consequências, mas traduzem-se ambas em sanções financeiras. Sinteticamente, as coimas são montantes financeiros aplicados pela Administração e não convertível em prisão (embora possam ser substituídas por trabalho para a Comunidade), enquanto as multas são os montantes aplicados por juízes e, se não pagos, podem admitir a conversão em dias de prisão.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 566 1/9/16 12:11

tem sentido perante a necessidade de procurar novos meios de levar o infrator a melhorar o ambiente. Isto é, algo a considerar também como uma alternativa para os infratores da legislação ambiental. Em casos em que, estando de acordo com uma resolução, em que lhes é imposta uma sanção económica, eles aceitem sem serem diretamente obrigados por lei a tal, realizar investimentos, em prol do ambiente e dos recursos naturais. Ou seja, independentemente do cumprimento que tem que ser dado à normatividade ambiental. O objetivo é *privilegiar condutas* alternativas apenas às meras sanções financeiras previstas na lei e que tenham efeitos úteis sobre o ambiente[155] [156].

155 No *plano concetual* sobre a comutação e figuras afins como os acordos endoprocedimentais, diria que, pelo que respeita à pena, a doutrina em geral atribui à comutação a natureza de um "indulto" parcial, ao alterar a natureza do castigo a favor do reu; ou então como a substituição de uma sanção por outra. Esta figura responde à necessidade de contar com instrumentos voluntários que beneficiem o meio ambiente assim como a melhoria do desempenho ambiental dos infratores, privilegiando as condutas que tenham efeitos diretos benéficos sobre as condições do ambiente em que vivemos e trabalhamos. Próximo da *comutação técnica* está a admissibilidade em geral de *acordos de autocomposição*, visando a recomposição e a compensação de danos, hoje também já praticados em certos ordenamentos. Aqui estabelece-se a possibilidade de o interessado e a autoridade ambiental acordarem na *realização dessas ações* a pedido do infrator *antes que se conclua o procedimento.* As medidas compensatórias, tal como as repressivas e dissuasórias, podem perseguir dois tipos de objetivos, uns de carácter preventivo (taxas sobre derramamentos e outros tributos fiscais, destinados a eliminar ou atenuar a contaminação) e outros de natureza reparadora (como as que visam tornar efetivo o *principio de justa redistribuição*, compensando as vítimas pelos prejuízos sofridos ou pelos danos causados ao ambiente). Efetivamente, perante a ineficácia do direito administrativo em razão da sua própria natureza, para reparar, restaurar ou compensar os danos ambientais, a juntar às soluções alternativas ao cumprimento das sanções, pode recorrer-se aos *mecanismos alternativos de resolução de conflitos. A sua crescente* importância resulta de em causa estar precisamente o objetivo imediato de assegurar a *restauração ou a compensação do prejuízo ou dano ao ambiente ou aos recursos naturais*, dando ao interessado a oportunidade de, na fase endoprocedimental, antes do procedimento concluído, concordar com a autoridade na realização dessas ações. Estes acordos são *mecanismos alternativos não à sanção decretada, de pagar pela infração, mas de resolução da própria controvérsia* sem chegar a colocar-se a questão da sanção.

156 A comutação ou qualquer substituição em geral tem de aparecer como traduzindo uma mais-valia ambiental e um estímulo pedagógico individual para o agressor ambiental, para além dos custos (sempre exigíveis face a poluições ou outras condutas danosas) da reparação do dano, já obrigatórios pelo princípio poluidor-pagador. A alternativa à multa ou à coima só pode ser aceite como solução, desviada do seu objetivo punitivo, por interesse público ambiental, traduzindo uma parte apenas de um projeto de reparação ou investimento ambiental, embora também a favor do próprio.Quanto aos requisitos para a comutação, a ideia geral é que o infrator possa solicitar a comutação da coima ou multa por ações tendentes a proteger, preservar ou restaurar o ambiente e os recursos naturais. Mas, para que a autoridade outorgue o benefício da comutação, é necessário exigir certas condições que permitam deduzir o êxito da medida alternativa. Por isso, devem exigir-se requisitos mínimos que possam justificar a substituição da sanção, v.g., referente à proposta de investimentos, garantias de cumprimento ou de pagamento da coima ou multa por um terceiro etc. Afastando tal hipótese em casos de infrações graves e de reincidências. E sempre sem pôr em causa as obrigações não financeiras que já resultariam da lei,

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 567 1/9/16 12:11

No entanto, discordamos com soluções consagradas em algumas normas, doutrinas ou jurisprudências, hoje vigentes em alguns ordenamentos jurídicos[157]. Destaco a discordância com alguma doutrina sobre o sentido do poder discricionário outorgado à autoridade decisora. A autoridade competente, nas situações legislativamente possíveis, deve não só assegurar ao próprio infrator o exercício do direito de solicitar a comutação, como deve concedê-la, desde que haja uma perspetiva de cumprimento do acordado alternativamente. E isso, embora a legislação deva marcar tal instituto como uma faculdade discricionária da autoridade sancionadora. Tal não permite que a essa autoridade possa livremente aprovar ou não aprovar o pedido de comutação, nos casos em que hajam sido satisfeitos os seus requisitos sem que haja outros legalmente impeditivos. Pois, a nosso ver, uma faculdade discricionária não é um poder arbitrário. É antes um poder dirigido a uma ponderação casuística, situada, o que implica que se o agente aplicador da norma conclui que a alternativa é a melhor solução para melhorar a aplicação dos objetivos ambientais, legalmente consagrados, deve concede-la ou inclusive deve promovê-la, tentando a sua aceitação voluntária pelo infrator. A Administração ou a jurisdição nunca podem usar de

tais como atuações de reparação, reposição das coisas ou indemnizações que caibam ao ato infrator. A medida alternativa substitui a sanção financeira a favor do Estado, mas não se confunde nem substitui outras sanções acessórias ou obrigações em espécie que já resultariam da norma sancionatória. Todos os requisitos negativos e positivos devem estar devidamente ponderados na fundamentação da decisão sobre a aceitação da medida alternativa. Devem ficar claramente explicitadas as razões que levam a Autoridade decisora a considerar que o projeto de investimento (viável, com ações que superem ou cumpram com os maiores níveis estabelecidos na normatividade ambiental, melhorando os processos produtivos das empresas a fim de otimizar o seu desempenho ambiental e traduzindo-se em encargos superiores ou pelo menos equivalentes à coima ou multa imposta, na aquisição e instalação do equipamento para inovar ou evitar contaminação, v.g., equipamento anticontaminante) ou outra medida alternativa vai evitar a contaminação ou vai proteger, preservar ou conservar o ambiente e os recursos naturais.

157 Destaco, por exemplo, que a nossa posição é a favor da comutação também com afetação de montante de coima ou multa já pago, se os requisitos substitutivos substantivos se verificarem. O facto de a multa já ter sido paga à autoridade cobradora (independentemente da presunção de confissão, que tal possa significar, e da aceitação da sua responsabilidade, e de assim o assunto já estar resolvido sem impugnações e sem finalização conflitual do processo), tal não deve impedir a comutação, pois a obtenção de uma solução sem conflitualidade não deve ser o único objetivo-critério do instituto da comutação, sendo mais importante o objetivo de melhorar a defesa do ambiente. Com efeito, se tecnicamente, ao estar a multa já paga, já não se trata de substituição, mas de um novo acordo com utilização do valor da multa, nem por isso é despiciendo o objetivo que justifica este acordo, de, mais do que o arrecadar da multa, se conseguirem investimentos mais poderosos, sobretudo se em causa estiverem valores ambientais difusos, de abrangência coletiva, ou ligados à defesa futura da saúde de uma população.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 568 1/9/16 12:11

poderes arbitrários, só de um poder discricionário. Nunca uma discricionariedade infundada. Nem enquanto ao tempo de atuar, nem enquanto ao conteúdo da sua decisão. Não é permitido ao titular de um poder discricionário escolher livremente não atuar se tal é necessário para o interesse público específico presente ou escolher uma qualquer solução, afastando aquela que melhor sirva os interesses públicos que pela lei deva prosseguir. Discricionariedade não é poder de escolher arbitrariamente uma de várias soluções possíveis, mas o de escolher de entre todas as possíveis e idóneas, a que melhor serve o objetivo material ao serviço do qual o legislador colocou nas suas mãos, face às circunstâncias concretas que o legislador não pode conhecer em profundidade, e só a aplicador pode tentar captar e analisar ponderadamente. Não pode considerar-se a aceitação da alternativa como uma mera *prorrogativa potestativa* do administrador ou do julgador. Não é aceitável que à legalidade funcional do agente sancionador e comutador baste o facto de a solução estar dependente do seu "prudente juízo", que estaria exercido pelo mero analisar, como sempre deve, em cada caso, as circunstâncias particulares desse caso, os elementos sobre as capacidades pessoais do infrator e as circunstâncias da execução das infrações, decida depois como decidir. Pode dizer-se que nenhum agravo causa ao solicitante da comutação o facto de a entidade responsável não lhe haver comutado a pena de coima ou multa, ou outra sanção que seja? Mas, não é verdade que ele (a sua empresa, a sua região), pode ser um beneficiário, reflexamente falando, de tal comutação, pelo que a denegação poder prejudicar objetivos de melhoria de realização de um bem ambiental, que aliás a todos cumpre defender, se se impedem benefícios possíveis ao ambiente e aos recursos naturais? E a denegação não pode estar isenta de ilegalidade se não aplica os princípios gerais do direito administrativo (igualdade de tratamento, imparcialidade, proporcionalidade, boa-fé, justiça), o que, se frustrados, implica vício de violação de lei ou seja uma ilegalidade, impugnável jurisdicionalmente. Destaco a questão do "cálculo de equivalência" tratada em alguma doutrina. Aceitando o princípio de que a alternativa deve ser aceite se trouxer uma mais-valia ao ambiente face às obrigações que já impenderiam sobre o infrator, não deixo de discordar também que se ligue inexoravelmente a questão da medida alternativa a um mero cálculo de equivalências. Entendo que pode permitir-se realizar um investimento apenas equivalente à coima ou multa ou, excecionalmente, mesmo em alternativa à restituição do local, tal como se encontrava antes da infração, o que não sendo em si uma alternativa ao sancionamento previsto, pode ser aconselhável

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 569 1/9/16 12:11

se puder trazer essa mais-valia numa abordagem meramente ambiental, v.g., se houvesse interesse ambiental à replantação a que estaria obrigado no local original, mas a efetivar noutro. Mas sempre será um caso de exceção, pois permitir como sanção ou como comutação a plantação em local distinto pode ser compensador para os urbanizadores, que assim se veem compensados e continuarão a agredir o ambiente. No entanto, uma reparação do dano pode não ser equivalente à multa imposta, porque no caso da vida selvagem em que é difícil quantificar com exatidão os custos dos exemplares. Solução pertinente será por exemplo comutar certas sanções, como a admoestação escrita, a coima ou a multa ou o arresto administrativo por um trabalho comunitário em atividades de conservação da vida selvagem e do seu *habitat* natural. Em conclusão, em princípio seria defensor que este regime de comutação pudesse conviver com a ideia de um infrator sancionável pela Administração ambiental que reconhece a infração e não contesta a sanção, nem administrativa nem jurisdicionalmente, o que economizaria a ocupação de recursos humanos. Aceitando a infração e a coima legalmente prevista, ser-lhe-ia possibilitado usar o montante da coima para destinos, mesmo empresariais seus, visando melhorarem no plano ambiental os seus equipamento e aparelhos tecnológicos, fabris. Mas não excluo também essa possibilidade pelos tribunais no momento de sancionar. E aceito ainda a ideia da *comutação superveniente,* mesmo que já haja sanções decretadas ou mesmo que já tenha sido paga a coima administrativa ou a multa judicial, se os benefícios ambientais da proposta de comutação forem indiscutíveis. Além disso, defendo que o legislador deve canalizar sempre qualquer montante de sanção por razões ambientais para fins ambientais. Mas se de facto o uso da multa deve ir para o ambiente, tal deve ser a lei a impô-lo à autoridade que é seu cobrador, que é o Estado ou outra entidade pública. Imponha-se legislativamente como critério geral, abstrato, que tal montante não deve ser usado para outros fins que não os de política preventiva ou reparadora ambiental em geral ou no caso concreto, na medida em que o agente antiambiental não o consiga promover por si.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 570 1/9/16 12:11

REFERÊNCIAS

CONDESSO, Fernando; MORA ALISEDA, Julián. "Medio ambiente y territorio en Europa: Propuestas para una política de ordenación espacial en la Península Ibérica". Em VVAA: Revista del Consejo General del Poder Judicial. Escuela de Estudios Jurídicos (Estudios de Derecho Judicial). Monográfico de Estudios sobre El derecho europeo medioambiental: estado actual de la transposición del derecho comunitario al ordenamiento jurídico. Vol. n. 67. Madrid, 2004, p. 95-124.

CONDESSO, Fernando (dos Reis). Direito à Informação Administrativa. Biblioteca da Universidade Gama Filho. Rio de Janeiro. Brasil. (tese doutoral, 1994); e Pedro Ferreira. Lisboa, 1995; Direito do Ambiente. Almedina. Coimbra, 2001; "Principios de Gestión y Objetivos Medioambientales. El Agua: ¿Necesidad básica o Derecho Humano?" e "Experiencias Comparadas: El Marco Orgánico y de Gestión del Modelo Jurídico para la Administración del aAgua en Portugal". Em VVAA: REXACH, Ángel Menéndez. Planificación y Gestión del Agua ante el Cambio climático: Experiencias Comparadas y el Caso de Madrid. La Ley. Madrid, 2011, respectivamente, p. 49-78 e p. 341-384; "CAP. 9. O ordenamento do território e o seu enquadramento legal em Portugal". Em VVAA: A efetividade do Direito Ambiental e a Gestão do Meio Ambiente na América Ibérica: Balanço de Resultados das Quatro Décadas da Conferência de Estocolmo. Fernando Rei e Genaro Uribe (orgs.).Unisantos. Santos (Brasil). Ed. Univ Leopoldianum. Santos (Brasil), 2012, p. 157-170; Derecho de acceso de los ciudadanos a la documentación e información. Cuestiones y fundamentos politológicos, económico-financieros, comunicacionales y ambientales. Tomo I. Lambert academic publishing GMBH & CO. KG. EUA, RU, Tubinguen, 2012; Derecho de acceso de los ciudadanos a la a la documentación e información. Regímenes jurídicos en Unión Europea y Península Ibérica. Tomo II. Lambert Academic Publishing GMBH & CO. KG. EUA, RU, Tubinguen, 2012; Derecho a la Información. Crisis del Sistema Político. Transparencia de los Poderes Públicos. Dykinson. Madrid, 2011; Portugal em Crise: Pela Reforma Global do Sistema Político e das Políticas Públicas. Proposta de Reformas Institucionais em Momento de Debate Anticrise situadas no âmbito das conceções do Estado Constitucional Democrático Social de Direito. Prefácio de Eurico Figueiredo. Ed. Livros do Brasil. Lisboa, 2011; La defensa del medio ambiente y el derecho

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 571 1/9/16 12:11

a la información en las Instituciones de la Unión Europea y en la Península Ibérica. Biblioteca da URJC. Madrid, 2003; "Direito do Ambiente". Em VVAA: acto-um, arte, ciência, cultura, n. 1. Universidade Moderna. Setúbal, 2001, p. 66-85; "A Questão Ambiental e a Intervenção Radical". Em VVAA: Intervenção Radical: Globalização, Ambiente, Europa, Emprego. Conferência apresentada ao Congresso do MIR na Faculdade de Arquitetura do Porto (Portugal), 27/5/2000, p. 51-139, s.l.: MIR, 2000; Europa em Crise: Renegociação da Dívida, Solução Federal. Caleidoscópio. Lisboa, 2012; "Cidade, turismo e direito. Recursos turísticos urbanos. Políticas de promoção ambiental e do património cultural. Direito e sua aplicação efetiva". Em VVAA: CITYSCAPES: Dialogues on Tourism and the City. José Manuel Simões (coord.). Centro de Estudos Geográficos do Instituto de Geografia e Ordenamento do Território da Universidade de Lisboa; "Desenvolvimento rural, património e turismo". Em VVAA: Cuadernos de desarrollo rural, International Journal of Rural Development. Bogotá: Facultad de Estudios Ambientales y Rurales, Instituto de Estudios Rurales, Departamento de Desarrollo Rural y Regional, Pontificia Universidad Javeriana, 8, (66), enero-junio 2011, p. 197-222 (Código SICI: 0122-1450 (201106)8:66<195:drpt>2.0.TX;2-U); "Planeamento e qualidade de vida: uma visão de administração territorial. Pela reforma global da organização do Estado". Conferência apresentada à II Conferência nacional de qualidade de vida. Organização do Centro de Administração e Políticas Públicas do ISCSP (CAPP) e Instituto de Tecnologia Comportamental (INTEC). ISCSP. Lisboa, 29.11. 2010; Ordenamento do Território: Administração e Políticas Públicas, Direito Administrativo e Desenvolvimento Regional. ISCSP. Lisboa, 2005; Desarrollo y cohesión en la Península Ibérica: El problema de la ordenación territorial. Erasmus Ediciones. Barcelona, 2011; Direito administrativo I: Noções fundamentais de direito administrativo geral. Fundamentos políticos e constitucionais de Administração pública e do direito administrativo. Constituição e controlo das funções política, legislativa, executiva e jurisdicional. Características, crise e evolução do direito administrativo. Direito público e privado. Ramos de direito e direito administrativo. Teoria geral das fontes de direito e direito administrativo. Noções fundamentais sobre a justiça administrativa. Lições policopiadas. Lisboa. ISCSP e FA da UTL, 2009; Lições sobre Introdução ao Estudo do Direito e Princípios Gerais de Direito. Lições Policopiadas. ISCSP. Lisboa., 2010-2011; Direito Internacional Público. UML. Lisboa. Lições policopiadas, 1992; Direito da Comunicação Social. Almedina: Coimbra, 2007; O

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 572 1/9/16 12:11

Direito à Informação administrativa. Universidade Gama Filho. Rio de Janeiro, 1994; "O direito à informação administrativa". Em VVAA: Revista: Legislação: Cadernos de Ciência de Legislação. INA, n. 17 (Out.-Dez.1996). INA. Lisboa, p. 63-100; "El acceso a la información medioambiental en poder de las administraciones públicas portuguesa y española". Em VVAA: Revista Observatorio Medioambiental, n. 9. Ed. Universidad Complutense de Madrid. 2006, p. 27-44.

CONDESSO, Fernando; CONDESSO, Catarina. Direito do urbanismo. Quid Juris: Lisboa, 1999; "The problem of the aesthetic in modern law of the urbanism: a case of leakage systematic of the right for public administration and courts". Em VVAA: REIB, URJC, Madrid, 2011 e Arte Pública: Novas Leituras da cidade criativa. Caleidoscópio. Lisboa, 2010, p. 68-80.

CONDESSO, F. et al. "Vivienda y Territorio". Em VVAA: Revista Electrónica de Medioambiente M+A., Instituto Universitario de Ciencias Ambientales, Madrid, n. 8, 2010, p. 1-17. <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3655765>. [em linha]. (Consultado em 21/12/2012).

CONDESSO, F.; MORA ALISEDA, J. (dirs.). Políticas urbanas y territoriales en la Península Ibérica. Tomo I e II. VVAA: Serie Estudios Portugueses, n. 28. Edição. Gabinete de Iniciativas Transfronterizas. Mérida, 2005.

CONDESSO, F.; MORA ALISEDA, J.; SÃO PEDRO, B. (dirs.). Planeamiento y Pespectivas del Territorio. Ministerio de Educación y Ciencia. Madrid; Infraestructuras, Competitividad y Cooperación Territorial. Ministerio de Educación y Ciência. Madrid, 2005.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 573 1/9/16 12:11

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 574 1/9/16 12:11

DERECHO AMBIENTAL EN VENEZUELA[1]

Allan R. Brewer-Carías[2]

RESUMEN

El régimen ambiental y de los recursos naturales sigue siendo, aún cuando cada vez con mayor interés e importancia, uno de los aspectos fundamentales de las regulaciones de derecho administrativo, al punto de haber dado origen en muchos casos, a ramas especiales del mismo, como son el derecho ambiental, el derecho minero, el derecho de los hidrocarburos, el derecho de aguas, el derecho forestal, o el derecho urbanístico, que se han desarrollado en muchos países conforme a la importancia que histórica y efectivamente han tenido en los mismos han tenido determinados recursos.

En el presente capítulo se efectuará una análisis del Régimen Legal en Venezuela en materia MedioAmbiental, como una disciplina independiente del Derecho Administrativo, de allí que se utilice diferentes técnicas administrativas para garantizar de manera adecuada y oportuna protección al Medio Ambiente.

Palabras claves: Planificación. Recursos naturales. Régimen de Concesiones. Técnicas administrativas.

---

1 Este texto tiene su origen en la Ponencia preparada para el *Congreso Internacional de Derecho Administrativo*, y el *XII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*, organizado por Colegio de Abogados de Arequipa, la Asociación Peruana de Derecho Administrativo y el Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, en Arequipa, Perú, 28 de octubre al 1º de noviembre de 2013.

2 Abogado y doctor en Derecho, con menciones *summa cum laude* por la Universidad Central de Venezuela (1962-1964). Desde 1963 es profesor de la Universidad Central de Venezuela, donde director del Instituto de Derecho Público. Ha sido profesor visitante (1972-1974) y profesor de postgrado (1985-1986) en la Universidad de Cambridge, Inglaterra; en la Universidad de París II (1990), y en las universidades del Rosario y Externado de Colombia, en Bogotá. Ha sido profesor visitante (2002-2004) y actualmente es profesor de la Universidad de Columbia, de Nueva York. Fue miembro de la Junta Directiva y es miembro de la Asamblea Genenral del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (Costa Rica), es vicepresidente de la Academia Internacional de Derecho Comparado (La Haya) y Miembro de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, de la cual ha sido presidente. En 1981, recibio el Premio Nacional de Ciencias de Venezuela. Fue presidente de la Comisión de Administración Pública; senador por el Distrito Federal; ministro de Estado para la Descentralización, y miembro de la Asamblea nacional Constituyente de 1999

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 575 1/9/16 12:11

El régimen ambiental y de los recursos naturales sigue siendo, aún cuando cada vez con mayor interés e importancia, uno de los aspectos fundamentales de las regulaciones de derecho administrativo, al punto de haber dado origen en muchos casos, a ramas especiales del mismo, como son el derecho ambiental, el derecho minero, el derecho de los hidrocarburos, el derecho de aguas, el derecho forestal, o el derecho urbanístico, que se han desarrollado en muchos países conforme a la importancia que histórica y efectivamente han tenido en los mismos han tenido determinados recursos.

Desde los años cuarenta, por ejemplo, en el programa regular de estudios de la carrera universitaria de derecho en Venezuela, en paralelo con la entonces naciente asignatura del derecho administrativo general, existió una asignatura específica denominada "*derecho minero*" precisamente por la importancia que ya tenía la minería y la explotación de los hidrocarburos en el desarrollo del país. Ese desarrollo independiente inicial de esa disciplina, frente a la aún embrionaria teoría del derecho administrativo, había estado motivado, entre otros factores, más por el interés jurídico que entonces prevalecía de proteger a los administrados en la explotación de los recursos mineros, que por el interés de regular la gestión del Estado en la conducción de dicha explotación su explotación. Era un derecho minero con un enfoque más *ius privatista* que *ius publicista*. Por ello, el cambio de orientación en su enseñanza, años después, y por supuesto, en el contenido de la regulación legal de la actividad, fue lo que conformó dicho derecho minero, claramente, en una parte del derecho administrativo, como actualmente existe. Es decir, con el desarrollo posterior de los estudios y de la teoría del propio derecho administrativo, particularmente a partir de los años sesenta del siglo pasado, el derecho minero comenzó a desaparecer como asignatura separada de aquél, y pasó directamente a integrarse al derecho administrativo como una rama especial.

Lo mismo sucedió en muchos otros aspectos del régimen de los recursos naturales y del ambiente, en muchos otros países, como ocurrió por ejemplo con el derecho urbanístico o con el derecho de aguas. En general, inicialmente se trató de materias que estaban reguladas exclusivamente en el Código Civil, vinculadas al régimen de los bienes y de la propiedad privada, y que, por tanto, se estudiaban en general bajo el ángulo del derecho civil de los bienes. La publicización progresiva de estas materias, y de su régimen legal, fue también lo que originó su integración al derecho administrativo y, en muchos casos, a la conformación, por

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 576 1/9/16 12:11

ejemplo, del derecho administrativo especial urbanístico o de las aguas.

Todas estas materias encontraron entonces en el derecho administrativo el equilibro que siempre debe guiar sus regulaciones, entre el régimen de los derechos de los administrados y el régimen de las potestades públicas; equilibrio que tiene especial interés en materia de recursos naturales y el ambiente por la importancia que estos tienen para el desarrollo económico, social y cultural de cada país.

En la actualidad, por tanto, el régimen de los recursos naturales y el ambiente, y todos los regímenes jurídicos que derivan de la regulación y explotación de la minería, la pesquería, los hidrocarburos, los recursos forestales, los recursos hídricos, y de la protección de áreas naturales específicas, por ejemplo, constituyen en el mundo contemporáneo, una parte fundamental del derecho administrativo.

En su régimen, por tanto, y ese es el común denominador que existe entre todas esas materias, se han venido aplicando y desarrollando progresivamente todas las técnicas generales del derecho administrativo como *primero*, la técnica de la publicización de la actividad, cuando el Estado se la reserva; *segundo*, la técnica de la planificación de las actividades que se pueden desarrollar en relación con dichos recursos; *tercero*, la técnica de la concesión administrativa como técnica de asignación de derechos de explotación de los mismos, y de la contratación administrativa para asociar a los particulares en empresas mixtas; *cuarto*, la técnica de la intervención administrativa previa mediante autorizaciones, permisos, licencias, y registros administrativas para el desarrollo de las actividades en relación con dichos recursos por los sujetos de derecho, *quinto*, la técnica de la auto-tutela del interés general mediante la revocación de actos administrativos o la rescisión de contratos y concesiones; y por último, *sexto*, la técnica administrativa de asegurar la participación de los administrados en la gestión de los asuntos públicos.

Y es sobre estas técnicas generales y comunes del derecho administrativo, las cuales en una forma u otra se han desarrollado en todos nuestros países, sobre las que quisiera elaborar en este Congreso, haciendo énfasis en los aspectos de mayor interés o conflicto en las relaciones entre los administrados y el Estado que las mismas conllevan, en particular en materia de limitación a las actividades de los administrados y de sometimiento de la Administración a la legalidad. Para ello, por supuesto, y como ineludiblemente debo hacer referencia a algún derecho positivo, lo haré respecto del que más o menos co-

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 577 1/9/16 12:11

nozco que es el de mi país, Venezuela, sobre todo al que se desarrolló antes de la destrucción institucional de los últimos años[3].

I. LA TÉCNICA DE LA PUBLICIZACIÓN O RESERVA AL ESTADO DE DETERMINADOS BIENES O ACTIVIDADES

La primera técnica de derecho administrativo que incide en el régimen del ambiente y de los recursos naturales es la de la publicización o reserva al Estado de determinados bienes o de determinadas actividades, que afectan la apropiabilidad de bienes o la libertad económica de los administrados.

En cuanto al primer caso, la reserva al Estado de terminados bienes implica el cambio del estatus jurídico de los mismos, que de bienes susceptibles de apropiabilidad por los particulares, pasan a ser bienes de la exclusiva propiedad del Estado. No se trata, en estos casos, de limitaciones legales a la propiedad pues las mismas presuponen la existencia del derecho y lo limitan; se trata en realidad, de la imposibilidad misma de la propiedad.

En efecto, si bien las Constituciones consagran el derecho de propiedad, es claro que en todos los ordenamientos jurídicos no todos los bienes son susceptibles de apropiabilidad. Hay ciertos bienes que el Estado se ha reservado, considerándolos como del dominio público, que pueden ser objeto de propiedad. Esta es una situación que con mucha frecuencia se presenta específicamente en materia de recursos naturales renovables.

En estos casos es el legislador el llamado a determinar el ámbito de los bienes susceptibles de ser apropiados, y determinar cuáles no lo son por ser declarados o considerados como del dominio público. La calificación, por supuesto ni es absoluta, ni eterna, ni inmutable, de manera que además de los bienes que se consideran del dominio público "*por su afectación*" al uso público (el mar, los caminos públicos), hay otros que lo son por voluntad del legislador, conforme a una determinada política pública. Tradicionalmente, en nuestros ordenamientos, había sido en el Código Civil que se habían delineado estos conceptos y se había deslindado la clasificación básica de ambos tipos de do-

3 Véase BREWER-CARÍAS, Allan R. Dismantling Democracy In Venezuela. The Chávez Authoritarian Experiment. Cambridge University Press, New York, 2010.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 578 1/9/16 12:11

minio, precisándose que el ámbito de la propiedad privada no llega hasta los bienes que habían sido declarados por el legislador como bienes del dominio público.

Pero es evidente que dicho deslinde jurídico del Código Civil entre bienes susceptibles de propiedad privada y bienes que no lo son (dominio público), no puede ser una demarcación cerrada y eterna, que no podría admitir modificaciones. Al contrario, como las leyes se derogan y modifican por otras leyes, y en la Constitución, donde está el límite de la acción del legislador, en general no se consagra el carácter absoluto e inmutable de la propiedad, el legislador siempre puede en un momento determinado**,** excluir ciertos bienes del ámbito de la propiedad privada, declarándolos del dominio público, sin que ello pueda considerase que implica, en forma alguna, una violación del derecho de propiedad. En esos casos, como lo resolvió la antigua Corte Suprema de Justicia de Venezuela en una sentencia del 12 de agosto de 1968, "para que proceda la indemnización en derecho público, es necesario que se compruebe: a) *la singularidad del daño;* b) que lo afectado *sea un verdadero derecho;* y c) que el daño *sea mensurable económicamente*,"[4] lo que nunca se da en casos de la declaratoria general de bienes como del dominio público. En estos casos, el legislador ni expropia unos derechos determinados ni los confisca; sólo establece que un género de bienes no pueden ser susceptibles de propiedad privada, es decir, que ésta no puede existir, y que la que existía, se extingue, por imposibilidad en el objeto.

En Venezuela, por ejemplo, en materia de recursos naturales, además de las genéricas normas del Código Civil que se referían a los lagos y a ciertas aguas como del dominio público, y a algunas leyes que tácitamente consideraban por ejemplo a los recursos mineros del subsuelo como del dominio público, la Constitución de 1999 ha complementado en forma importante dicho régimen al haber expresamente declarado como tales bienes del dominio público, primero, a los yacimientos mineros y de hidrocarburos (Art. 12), siguiendo lo que ya se había dispuesto en la Ley de Minas de 1999 (Art. 2), y en la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos de 1999 (Art. 1); segundo, a las "las costas marinas" (Art. 12); lo cual se complementó a parir de la Ley de Conservación y Saneamiento de Playas de 2000 (Art. 2); y tercero, las aguas, al establecer el artículo 304 de la Constitución que "Todas las aguas son del dominio público de la Na-

4 Veáse en Gaceta Forense n. 61, 1968, p. 105 a 108.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 579 1/9/16 12:11

ción, insustituibles para la vida y el desarrollo…" lo cual se ratificó en la Ley de Aguas de 2005.[5] Estos bienes públicos del dominio público, se han regulado además en la Ley Orgánica de Bienes Públicos de 2008,[6] la cual siguiendo fundamentalmente lo dispuesto en la Constitución, considera que son tales:

> "1. Los bienes destinados al uso público, como plazas, parques, infraestructura vial, vías férreas, caminos y otros.
> 2. Los bienes que en razón de su configuración natural, construcción o adaptación especial, o bien por su importancia histórica, científica o artística sean necesarios para un servicio público o para dar satisfacción a una necesidad pública y que no puedan ser fácilmente reemplazados en esa función.
> 3. Los espacios lacustre y fluvial, mar territorial, áreas marinas interiores, históricas y vitales y las comprendidas dentro de las líneas de base recta que ha adoptado o adopte la República; las costas marinas; el suelo y subsuelo de éstos; el espacio aéreo continental, insular y marítimo y los recursos que en ellos se encuentran, incluidos los genéticos, los de las especies migratorias, sus productos derivados y los componentes intangibles que por causas naturales allí se hallen.
> 4. Los yacimientos mineros y de hidrocarburos, cualquiera que sea su naturaleza, existentes en el territorio nacional, bajo el lecho del mar territorial, en la zona económica exclusiva y en la plataforma continental.
> 5. Todos aquellos bienes a los que por ley se confiera tal cualidad."

Lo importante a destacar sobre los bienes del dominio público, es que la técnica de publicización que ello implica, excluye la posibilidad de derecho alguno de los administrados de tener el uso exclusivo de dichos bienes o de explotar los recursos naturales existentes en ellos, lo cual sólo pueden hacer mediante una concesión administrativa, o mediante permisos o licencias, de acuerdo con el grado de intervención administrativa, todas técnicas administrativas del derecho administrativa mediante las cuales el Estado concede u otorga el derecho de explotación a un administrado.

---

5 Véase Gaceta Oficial n. 38.595 de 2/1/2007. Véase los comentarios en BREWER-CARÍAS, Allan R. "La declaratoria de todas las aguas como del dominio público en el Derecho Venezolano" en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Montevideo, n. 3 e n. 4, año XXIII, Montevideo, 1975, p. 157-169; Ley de Aguas, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2008.

6 Véase en Gaceta Oficial n. 39.952 de 26/6/2012.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 580 1/9/16 12:11

En cuanto a las concesiones, por ejemplo, en la Constitución venezolana de 1999 se mencionan las de explotación de recursos naturales, al disponerse que en los casos de explotación de recursos naturales propiedad de la Nación con exclusividad o sin ella, "el Estado podrá otorgar concesiones por tiempo determinado, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público" (Art. 113).

En cuanto al segundo caso, se trata de la reserva al Estado de terminadas actividades económicas, lo que también implica el cambio de su estatus jurídico de las mismos, que de actividades susceptibles de ser realizadas por los administrados conforme a su libertad económica, pasan a ser actividades reservadas al Estado y excluidas del libre desarrollo por los particulares.

En este caso, tampoco se trata de limitaciones a la libertad económica de los administrados, las cuales una vez establecidas legalmente tienen en común que presuponen su existencia, y en tanto que ello es así, se limita su ejercicio o se lo restringe, en un caso específico. En los casos de actividades reservadas al Estado, no constituyen limitaciones a la libertad económica, pues esta no se presupone, sino que se excluye.

En la Constitución venezolana de 1961, en una norma que luego se recogió en la Constitución de 1999 (Art. 302), y siguiendo la orientación de la Constitución de 1947, se estableció expresamente la posibilidad que tiene el Estado de "*reservarse determinadas industrias, explotaciones o servicios de interés público por razones de conveniencia nacional*" (Art. 97), abriéndose así la posibilidad, no ya de que el Estado pueda desarrollar actividades empresariales, sino que las pueda realizar en forma exclusiva, reservada, excluyendo a los particulares del ámbito de las mismas.

En estos casos, la reserva de actividades económicas por parte del Estado conlleva básicamente una prohibición impuesta a los particulares de realizar actividades propias del sector reservado, lo que afecta tanto a aquellos particulares o empresas que venían realizando actividades en el sector, como a cualquier particular o empresa, que pretendiera, en el futuro, realizar dichas actividades. Después de la reserva, los particulares o empresas que operaban en el sector no podrían continuar realizando sus actividades, y hacia el futuro, ningún otro particular podría realizar nuevas actividades en el sector. La libertad económica, en el mismo, con la reserva, queda excluida y es imposible ejercerla.

Como consecuencia de ello, el acto de reserva, *per se,* no conlleva derecho alguno de los particulares afectados a indemnización por parte del Estado. Aquellos,

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 581 1/9/16 12:11

simplemente, cesan en sus actividades, y un deber de indemnización sólo surgiría *si* el Estado decide apropiarse de las instalaciones o de las empresas de los particulares que operaban en el área reservada, es decir, decide nacionalizar esas empresas.

Esto se dedujo por ejemplo de las normas de la Ley que reserva al Estado la industria del Gas Natural, dictada en Venezuela el 26 de agosto de 1970[7], en la cual se reservó al Estado la "*industria del gas proveniente de yacimientos de hidrocarburos*" (Art. 1º), estableciéndose la obligación de antiguos concesionarios de "*entregar al Estado, en la oportunidad, medida y condiciones que determine el Ejecutivo Nacional, el gas que se produzca en sus operaciones*" (Art. 3º). Por ello, el Estado se obligó a pagar a los concesionarios "*los gastos de recolección, compresión y entrega del gas*" (Art. 7º). En ese caso la reserva, *per se,* no dio ningún derecho a indemnización a favor de los antiguos concesionarios, pero el Estado si estaba obligado a pagar los costos de la recolección, compresión y entrega del gas, previéndose en la Ley una compensación "*en el caso de que el Estado decida asumir las operaciones de recolección, compresión y tratamiento en plantas que actualmente realizan los concesionarios*", fijándose incluso su monto equivalente "*a la parte no depreciada del costo de las instalaciones y equipos que requiere para esas operaciones o el valor de rescate de los mismos si éste fuere menor que aquél*" (Art. 8º). De acuerdo a esto, la indemnización sólo procedía si el Estado decidía apropiarse de las instalaciones, y por esa apropiación indemnizaba al concesionario; la reserva, en sí misma, en cambio, como prohibición impuesta a los concesionarios de seguir aprovechándose del gas natural, no dio derecho alguno a indemnización.

Esto mismo ocurrió en materia de la industria petrolera en 1975 respecto de la cual se produjo la nacionalización de la misma,[8] al imponerse la a las antiguas empresas concesionarias transferirle a éste la propiedad de los bienes de las mismas, mediando indemnización.

En estos casos, la reserva tiene como consecuencia dos efectos fundamentales: en primer lugar, establecer a favor del Estado un monopolio de derecho; y en segundo lugar, establecer, como consecuencia, una prohibición para los particulares de realizar actividades en el sector reservado, en virtud de la exclusión de la libertad económica que implica. Por esta sola reserva, no tiene el Estado obligación alguna de indemnizar a los particulares excluidos. Pero si

7 Véase en Gaceta Oficial n. 29.594, de 26/8/1971.

8 Véase BREWER-CARÍAS, Allan R. "Comentarios en torno a la nacionalización petrolera" en Revista Resumen, n. 55, Vol. V. Caracas, 1974, p. 22-24.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 582 1/9/16 12:11

además de la reserva, ésta se acompaña con la exigencia y obligación impuesta a los particulares y empresas afectadas, de transferir forzosamente al Estado las instalaciones, con que operaban, se está en presencia de la figura de la nacionalización, que sí da derecho a indemnización.

En el ordenamiento jurídico venezolano, por tanto, la figura de la reserva junto con la expropiación, da origen a la institución de la nacionalización, la cual se realizó entre otras respecto de las industrias del hierro y del petróleo,[9] mediante el Decreto-Ley que reserva al Estado la industria de la explotación de mineral de hierro[10] y en la Ley Orgánica que reserva al Estado la industria y el comercio de los hidrocarburos, de 29 de agosto de 1975 (Ley de nacionalización petrolera),[11], con la cual, junto con la reserva al Estado de las mismas, el Estado asumió las industrias con empresas públicas constituidas mediante la expropiación de los bienes de las antiguas concesionarias.

El efecto de la nacionalización de la industria petrolera, que por supuesto no afectó la propiedad del subsuelo que siempre ha sido del dominio público, fue que la actividad económica de la misma se excluyó del ámbito de la propiedad privada, quedando reducida la posibilidad de los administrados de participar en las actividades de la industria a la aplicación de la técnica de la contratación administrativa, mediante convenios de operación o de asociación. Para ello, el artículo 5º de la Ley Orgánica que reserva al Estado la industria y el comercio de los hidrocarburos (1975) , estableció que:

> "Artículo 5°. – El Estado ejercerá las actividades señaladas en el artículo 1° de la presente Ley directamente por el Ejecutivo Nacional o por medio de entes de su propiedad, pudiendo celebrar los convenios operativos necesarios para la mejor realización de sus funciones, sin que en ningún caso estas gestiones afecten la esencia misma de las actividades atribuidas. En casos especiales y cuando así convenga al interés público, el Ejecutivo Nacional o los referidos entes podrán, en el ejercicio de cualquiera de las

9 Véase BREWER-CARÍAS, Allan R.; VILORIA V., Enrique. Sumario de las nacionalizaciones (hierro y petróleo). Ediciones Conjuntas, Editorial Jurídica Venezolana, Universidad Católica del Táchira, Caracas-San Cristóbal, 1985.

10 Véase Decreto-Ley n. 580, de 26/11/1974, en Gaceta Oficial n. 30.577, de 16/12/1974.

11 Véase en Gaceta Oficial n. 1.769, Extr. de 29/8/1975. Véase Allan R. Brewer-Carías, "Introducción al Régimen Jurídico de las Nacionalizaciones en Venezuela", en Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración, Vol. III, 19721979, Tomo I, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1981, p. 23-44.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 583 1/9/16 12:11

> señaladas actividades, celebrar convenios de asociación con entes privados, con una participación tal que garantice el control por parte del Estado y con una duración determinada. Para la celebración de tales convenios se requerirá la previa autorización de las Cámaras en sesión conjunta, dentro de las condiciones que fijen, una vez que hayan sido debidamente informadas por el Ejecutivo Nacional de todas las circunstancias pertinentes."

Se estableció así una reserva al Estado de carácter exclusivo, pues el derecho a ejercer la actividad no podía otorgarse a los particulares mediante concesiones, aún cuando no totalmente excluyente, al permitirse la participación de los particulares o del sector privado en la industria, mediante las dos modalidades contractuales señaladas: los convenios operativos y los convenios de asociación que se podían establecer con empresas privadas. Los primeros no afectaban en forma alguna la reserva que se había hecho al Estado de la industria, y podían suscribirse todos los que las empresas petroleras nacionalizadas considerasen necesarios para la mejor realización de sus actividades.

Los convenios de asociación, en cambio, permitían al Estado asociarse con particulares para realizar las actividades reservadas, lo que implicaba un régimen jurídico excepcional de asociación o participación del sector privado en las actividades reservadas a través de empresas mixtas sometidas al control estatal, lo que exigía la intervención previa del órgano legislativo para que pudieran suscribirse.

En todo caso, era sólo a través de los referidos convenios de asociación que en la Ley de Nacionalización se permitió la participación del capital privado en la industria petrolera nacionalizada, es decir, en la industria y comercio de los hidrocarburos. Para ello, en 1995, las Cámaras Legislativas autorizaron mediante Acuerdo, la "celebración de los Convenios de Asociación para la exploración a riesgo de nuevas áreas y la producción de hidrocarburos bajo el esquema de ganancias compartidas"[12], habiéndose procedido a la suscripción de los mismos, mediante la constitución de empresas mixtas, con capital mayoritario de los inversionistas privados pero sometidas a control del Estado.[13]

Esa modalidad de participación del sector privado en la industria petro-

12 Véase Gaceta Oficial n. 35.754 de 17/7/1995.

13 Véase Allan R. Brewer-Carías, "El régimen nacional de los hidrocarburos aplicable al proceso de la apertura petrolera en el marco de la reserva al Estado de la Industria Petrolera", en Funeda, La apertura petrolera, I Jornadas de Derecho de Oriente, Caracas, 1997, p. 145-172

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 584 1/9/16 12:11

lera comenzó a cambiar con la sanción en 2001 de la nueva Ley Orgánica de Hidrocarburos,[14] que derogó la Ley de nacionalización Petrolera de 1975 y con ella la figura de los Convenios Operativos y de Asociación, los cuales posteriormente fueron terminados anticipadamente a partir de 2006, habiendo producido la estatización de la industria petrolera[15] y la subsecuente constitución de empresas mixtas con capital mayoritario del Estado. Dicho proceso de terminación anticipada de los Convenios Operativos y de extinción de los Convenios de Asociación se produjo mediante las siguientes leyes: la Ley de Regularización de la Participación Privada en las Actividades Primarias Previstas,[16] el Decreto-Ley n. 5.200, contentivo de la "Ley de Migración a Empresas Mixtas de los Convenios de Asociación de la Faja Petrolífera del Orinoco, así como de los Convenios de Exploración a Riesgo y Ganancias Compartidas,"[17] y Ley sobre los Efectos del Proceso de Migración a Empresas Mixtas de los Convenios de Asociación de la Faja Petrolífera del Orinoco; así como de los Convenios de Exploración a Riesgo y Ganancias Compartidas (en lo adelante "Ley de Efectos de la Migración").[18]

14 Gaceta Oficial n. 37.323 de 13/11/2001. Reformada parcialmente en 2006, Gaceta Oficial n. 38.493 de 4/8/2006.

15 Véase Allan R. Brewer-Carías, "La estatización de los convenios de asociación que permitían la participación del capital privado en las actividades primarias de hidrocarburos suscritos antes de 2002, mediante su terminación anticipada y unilateral y la confiscación de los bienes afectos a los mismos", en Víctor Hernández Mendible (coordinador), Nacionalización, Libertad de Empresa y Asociaciones Mixtas, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, p. 123-188; "The 'Statization' of the Pre 2001 Primary Hydrocarbons Joint Venbture Exploitations: Their Unilateral termination and the Assets' Confiscation of Some of the Former Private parties" en Oil, Gas & Energy Law Intelligence, <www.gasandoil.com/ogel/> ISSN: 1875-418X, Issue Vol. 6, Issue 2, (OGEL/TDM Special Issue on Venezuela: The battle of Contract Sanctity vs. Resource Sovereignty, ed. By Elizabeth Eljuri), April 2008.

16 Gaceta Oficial n. 38.419 de 18/4/2006.

17 Gaceta Oficial n. 38.623 de 16/2/2007.

18 Gaceta Oficial n. 38.785 de 8/10/2007.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 585 1/9/16 12:11

II. LA TÉCNICA DE LA PLANIFICACIÓN TERRITORIAL Y DE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

1. El régimen administrativo de la ordenación territorial

Una segunda técnica administrativa de derecho administrativo en relación con los recursos naturales y el ambiente, distinta a la reserva, que precisamente se desarrolla cuando no hay reserva al Estado de la actividad, es la de la planificación, y en específico, de la planificación territorial; técnica que adquirió carta de naturaleza en el derecho administrativo a partir del desarrollo progresivo del régimen de regulación, protección, explotación y conservación de los recursos naturales y del ambiente, de la consiguiente limitación de las actividades de los particulares respecto de los mismos, y de la acción de control de la ocupación del territorio tanto por acciones públicas como por actividades privadas.

Esto originó un importante desarrollo legislativo, un ejemplo del cual fue la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio de Venezuela de 1983,[19] en la cual se definió la ordenación del territorio como

> "*la regulación y promoción de la localización de los asentamientos humanos, de las actividades económicas y sociales de la población, así como el desarrollo físico espacial, con el fin de lograr una armonía entre el mayor bienestar de la población, la optimización de la explotación y uso de los recursos naturales y la protección y valorización del medio ambiente, como objetivos fundamentales del desarrollo integral*."

19 Gaceta Oficial n. 3.238 de 11/8/1983. Véanse los comentarios a dicha Ley en Allan R. Brewer-Carías, "Introducción al régimen jurídico de la ordenación del territorio," en Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1984. Dicha Ley se derogó por la Ley Orgánica de Gestión territorial y urbana publicada inicialmente en Gaceta Oficial n. 38.263 de 1/9/2005, fue luego reimpresa por error material (omisión de los artículos 60 y 61) en la Gaceta Oficial n. 38.264 del 2/9/2005. Dicha Ley también derogó la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística de 1987, publicada en Gaceta Oficial n. 33.868 de 16/12/1987. Véanse los comentarios a dicha Ley en Allan R. Brewer-Carías, "Introducción general al régimen legal de la ordenación urbanística", en Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1988.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 586 1/9/16 12:11

Esta noción, omnicomprensiva, abarcaba, por ejemplo, las acciones tendientes a definir los mejores usos de los espacios de acuerdo a sus capacidades, condiciones específicas y limitaciones ecológicas; a establecer los criterios de orientación de los procesos de urbanización, industrialización, desconcentración económica y de asentamientos humanos; a indicar la mejor distribución de la riqueza en beneficio de los sectores y regiones de menores ingresos y a las localidades menos favorecidas; a lograr un desarrollo regional armónico que permita corregir y superar el desequilibrio entre las grandes ciudades y el resto del país, y entre unas regiones y otras; a lograr un desarrollo agrícola y el ordenamiento rural integrados, para mejorar las condiciones de habitabilidad del medio rural y para la creación de la infraestructura necesaria para el fomento de la actividad del sector agropecuario; a ordenar el proceso de urbanización y la desconcentración urbana, mediante la creación de las condiciones económicas, sociales y culturales necesarias que permitan controlar el flujo migratorio a las ciudades; a determinar criterios de desconcentración y localización industrial con el objeto de lograr un desarrollo económico más equilibrado y un racional aprovechamiento de los recursos naturales; a definir los corredores viales y las grandes redes de transporte; a procurar la protección del ambiente, y la conservación y racional aprovechamiento de las aguas, los suelos, el subsuelo, los recursos forestales y demás recursos naturales renovables y no renovables en función de la ordenación del territorio; a velar por la descentralización y desconcentración administrativa regional, a los efectos de lograr una más adecuada participación de las regiones y de los Estados y Municipios en las tareas del desarrollo Nacional; a fomentar de iniciativas públicas y privadas que estimulen la participación ciudadana en los problemas relacionados con la ordenación del territorio y la regionalización.

De esta precisión tan universal de lo que implica y conlleva la ordenación de la ocupación del territorio, como política estatal, resulta evidente que la misma derivó de la incorporación progresiva de la perspectiva espacial en las técnicas tradicionales de planificación económica y social a escala nacional.

Tal como lo precisó Claudius Petit, quien fuera Ministro de Urbanismo y Reconstrucción de Francia en la década de los cincuenta del Siglo pasado, en pleno proceso de reconstrucción después de la Segunda Guerra Mundial, al indicar que esa política buscaba, "*en el ámbito geográfico de Francia, la mejor repartición de los hombres en función de los recursos naturales y de las actividades*

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 587 1/9/16 12:11

económicas"[20]. Ello no era otra cosa que lo dicho por uno de los urbanistas más destacados de comienzos del Siglo pasado, Le Corbusier, cuando definió la ordenación del territorio como "*la organización, en el suelo, de los establecimientos humanos de manera de satisfacer mejor las aspiraciones humanas*"[21]. De estas aproximaciones, resultan como líneas centrales de esta política estatal, no sólo la necesaria *repartición* equilibrada de los recursos humanos y de los recursos económicos en el *espacio* para satisfacer las *aspiraciones humanas,* sino la necesidad de *organizar* ese espacio para lograr adecuadamente dicha repartición en función de los *recursos naturales renovables* existentes en el territorio.

De allí la clásica definición J. M. Auby y Rober Ducos-Ader, de la ordenación del territorio como la política "que tiene por objeto organizar y repartir en el cuadro geográfico de un país, las diversas actividades humanas, en función de una normalización de las necesidades del individuo y de la colectividad"[22].

Estas nociones generales y clásicas de la ordenación del territorio, en definitiva, identifican desde mitades del siglo pasado una política pública que los Estados han venido asumiendo a los efectos de ordenar toda medida que puede ser adoptada tanto en el sector público como en el sector privado que pueda tener influencia directa o indirectamente en la utilización del espacio. Se trata, por supuesto, de una política estatal de largo plazo, vinculada con la estrategia de desarrollo económico y social de la Nación; razón por la cual la planificación territorial siempre se vio como un instrumento de planificación general del desarrollo económico y social a largo plazo, de manera que sirva de marco de referencia espacial a los planes de desarrollo económico y social de un país y a los planes sectoriales adoptados por el Estado, considerando las potencialidades y restricciones del territorio nacional.

Planteada en estos términos la noción de ordenación del territorio, es evidente que esta política, como se dijo, no se limita a tratar problemas específicamente urbanos y del urbanismo, aun cuando, sin duda, fueron los urbanistas y los arquitectos los que por primera vez se plantearon el problema de la ordenación del territorio; ya que tiene relación además, por ejemplo, con la

20 Citado por André de Laubedère, Droit public économique. Paris, 1979, p. 322.

21 Citado por Conseil d'Europe, Aménagement du territoire (Problème européen), Rapport de l'Assemblée Consultative, 1968, p. 28.

22 Véase Droit Administratif, Paris 1973, p. 686.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 588 1/9/16 12:11

determinación del sistema de ciudades, y los problemas de localización industrial, de ordenación rural, de reforma agraria y de conservación y protección del ambiente. Y en muchos casos, para poder rectificar las estructuras territoriales derivas de un crecimiento económico más o menos espontáneo o de una explosión demográfica a veces incontrolada, para darles una configuración más adecuada al interés común.

Debe recordarse que estas motivaciones, por supuesto, se plantearon con carácter dramático en Europa a comienzos de los años cincuenta, por la necesidad de reconstruir los países en forma acelerada después de la hecatombe de la guerra, lo que provocó que se llevasen a la práctica soluciones que luego se propagaron en otros países en los cuales se han producido exigencias similares, pero por causa del crecimiento desordenado y la explosión demográfica, definiéndose políticas públicas, por ejemplo, tendientes a frenar la concentración asfixiante alrededor de los polos de las ciudades capitales, a equilibrar el crecimiento urbano, repartiéndolo en un mayor número de ciudades, a provocar una mejor utilización del espacio y de los recursos naturales renovables, y a intentar alcanzar, de un modo general, un desarrollo equilibrado sobre el conjunto del territorio utilizando el espacio de manera óptima a las necesidades de la población[23]. El problema, por supuesto, en otro contexto también se ha planteado en América Latina, provocado por la explosión demográfica, el fenómeno de urbanización, la concentración económica, el centralismo político-administrativo, la crisis del medio rural, y el deterioro de los recursos naturales.

De allí, los esfuerzos realizados por ejemplo con la sanción de leyes como la mencionada Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio de Venezuela de 1983, en la cual se definió a la ordenación del territorio como

> "*la política de Estado, dirigida a la promoción y regulación de la ocupación y uso del territorio nacional, a la localización y organización de la red de centros poblados de base urbana y rural, las actividades económicas y sociales de la población y la cobertura del equipamiento de infraestructuras de servicios, en armonía con el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales y la prevención de riesgos naturales, en función de la protección y valoración del ambiente, a fin de lograr los objetivos del desarrollo sustentable, crear las condiciones favorables a la recepción del gasto público y la orientación de la*

23 Cfr. André de Laubedère, op. cit., p. 322 y ss.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 589 1/9/16 12:11

> *inversión privada como parte integral de la planificación económica y social de la Nación*" (Art. 2).

Esta definición, siguió en líneas generales la que formulamos en 1980, cuando se comenzó a plantear en Venezuela la necesidad de una legislación que regulara el proceso de ordenación territorial, cuando indicábamos, con base en antecedentes previos [24] que la ley debía tener

> "*por objeto establecer, dentro de la política de desarrollo integral de la Nación, los principios rectores de la ordenación de su territorio, a los efectos de lograr una equilibrada ocupación del mismo, la atenuación de los desequilibrios regionales, y la adecuada localización en el territorio nacional, de los asentamientos humanos y de las actividades económicas, en función de la protección del ambiente y de los intereses colectivos e individuales del hombre*"[25].

24 Deben recordarse, por ejemplo, que las definiciones públicas sobre la materia comenzaron a nivel técnico con los trabajos de la Comisión de Administración Pública de la Presidencia de la República entre 1970 y 1972, cuando se definieron los sectores de actividad pública entre los cuales estaba los que se calificaron del área de la ordenación del territorio (Véase Informe sobre la Reforma de la Administración Pública Nacional, Caracas 1972, Tomo I, p. 290.). A nivel de decisiones formales el proceso comenzó en 1974 en los considerandos del Decreto n. 168 de 11/6/1974 destinado a crear una Comisión para la definición del programa gubernamental de viviendas (Gaceta Oficial n. 30.424 de 11/6/1974). Aun cuando el objetivo de este Decreto era otro, en sus considerandos se definieron, por primera vez, a nivel formal, los objetivos de una política de ordenación del territorio. El Decreto señalaba que la mencionada Comisión debía formular el programa de vivienda en el marco de una política integral de desarrollo espacial que debía corresponderse con los siguientes aspectos: 1. Una mejor distribución de la riqueza que beneficie prioritariamente a los sectores de menores ingresos y a las localidades menos favorecidas; 2. Un desarrollo regional armónico que permita corregir y superar el desequilibrio entre las grandes ciudades y el resto del país; 3. Un impulso eficaz y coordinado al desarrollo del sector agrícola, que mejore las condiciones de habitabilidad del agro venezolano y cree las infraestructuras adecuadas para el fomento de las actividades del sector; 4. El uso más racional de los factores productivos y fundamentales del factor humano, con miras a estimular el empleo, y 5. La desconcentración urbana, mediante la creación de las condiciones económicas, sociales y culturales necesarias que permitan detener el flujo migratorio a las ciudades. Estos considerandos del Decreto n. 168, constituyeron el primer acto oficial y público mediante el cual, quizás sin quererse, se definió lo que podía ser, en nuestro país, los objetivos de una política de ordenación de un territorio. Antes, sin embargo, en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica que autorizó al Presidente de la República para dictar medidas Extraordinarias en materia económica y financiera de 31-05-74, se había anunciado la presentación al Congreso de una Ley de Ordenación del Territorio, la cual tendría "por objeto establecer los patrones para una óptima utilización del espacio físico mediante la racionalización del uso del territorio nacional y su vinculación a las exigencias del elemento humano que lo disfruta".

25 Véase, Allan R. Brewer-Carías. El sistema de economía mixta. Libertad económica. Planificación y ordenación del territorio (mimeo), Caracas 1980, p. 154.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 590 1/9/16 12:11

2. La vinculación entre ordenación del territorio y el régimen de los recursos naturales

Uno de los aspectos que deben destacarse como de mayor influencia en la cristalización del régimen de la ordenación del territorio en Venezuela, fue su vinculación con el tema de la protección ambiental, al punto de que en Venezuela, el artículo 128 de la Constitución impone al Estado la obligación de desarrollar una política de ordenación del territorio atendiendo a las realidades ecológicas, geográficas, poblacionales, sociales, culturales, económicas, políticas, de acuerdo con las premisas del desarrollo sustentable, que incluya la información, consulta y participación ciudadana.

Esta vinculación, sin duda tuvo su origen en el sector público, en el texto de la devolución al Congreso, el 2 de septiembre de 1974, por el Presidente de la República, de la Ley sobre Conservación, Protección y Mejoramiento del Ambiente que había sido sancionada el 1º de agosto de ese año, a los efectos de su reconsideración por el órgano legislativo. En esta comunicación, por primera vez se incorporó, dentro del lenguaje político oficial, la idea de ordenación al territorio, y podría incluso decirse que la razón fundamental por la cual se devolvió la Ley de Conservación, Protección y Mejoramiento del Ambiente al Congreso, fue porque esa Ley se había redactado en forma aislada frente al problema de la ordenación del territorio, considerándose, al contrario, que la política de conservación, mejoramiento y protección del ambiente debía estar encuadrada en una política más general, de ordenación del territorio, la cual debía comprender, no sólo los problemas relativos a la conservación del ambiente, sino problemas tales como la regionalización, la urbanización, la localización industrial, el sistema de ciudades.

En efecto, según la opinión del Presidente de la República la Ley sólo atacaba un aspecto del problema general que debía regular y, decía en la comunicación, luego de una serie de consideraciones, que lo obligaban a

> "*sostener que el problema de la conservación, protección y mejoramiento del ambiente, al que atiende de manera preferente la ley, es sólo un aspecto de una problemática más amplia y compleja en la cual es imposible inadvertir cuestiones como desconcentración industrial, aprovechamiento racional de los recursos naturales, planificación de la población y de los asentamientos humanos; utilización de las fuentes energéticas para garantizar la armonía*

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 591 1/9/16 12:11

> *entre las necesidades del hombre y del medio; ordenación territorial; proceso de regionalización del país, y, en general, desarrollo de una educación y de una cultura que propenda al mejoramiento de la calidad de la vida de los venezolanos de hoy a de las generaciones futuras*".

Agregaba el Presidente de la República que la Ley sancionada por el Congreso, era "*incompleta, pues deja de regular otros factores (además de la conservación, protección y mejoramiento del ambiente) que inciden sobre el problema y constituyen cuestiones de necesaria consideración*". En otras partes de esta comunicación señalaba: "*En este orden de ideas, la planificación del desarrollo debe efectuarse dentro del marco espacial que implemente la ordenación del territorio y nos permita establecer jerarquías y funciones al sistema de ciudades...*"[26].

Como consecuencia de dicha devolución legislativa, se sancionó la Ley Orgánica del Ambiente de junio de 1976[27], en la cual se recogieron los principios que el Presidente de la República había expuesto en su comunicación del año 1974, en la cual se vinculó toda la problemática del ambiente con las más amplias de la ordenación del territorio, pero incorporando estas a aquella. Inclusive, a los efectos de la Ley, dice el artículo 3º: "La conservación, defensa y mejoramiento del ambiente comprenderá: 1) *La ordenación territorial* y la planificación de los procesos de urbanización, industrialización y poblamiento y desconcentración económica en función de los valores del ambiente" y luego, en el artículo 7º al hablar del Plan Nacional de Conservación, Defensa y Mejoramiento del Ambiente, dice que deberá contener, "1) *La ordenación del territorio* nacional"; es decir, de nuevo menciona, en primer lugar, la problemática de la ordenación del territorio.

Posteriormente, en virtud de lo establecido en la Ley Orgánica de la Administración Central de diciembre de 1976[28], en abril de 1977 comenzó a funcionar el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables, con lo cual se precisaron aún más, en el sector público, los elementos básicos de la

26 Véase en El Nacional. Caracas, 3/9/1974.

27 Gaceta Oficial, n. 31.004, de 16/6/1976.

28 Gaceta Oficial n. 1.932, Extr. de 28/12/1976. El esquema conceptual básico de la reforma de esta ley, particularmente en los sectores de actividad pública englobados en el concepto de ordenación del territorio, los formulados en "Algunas ideas para la implementación de la reforma administrativa en los sectores de desarrollo físico y ordenación del territorio" (1974), en BREWER-CARÍAS, Allan R. Derecho y administración de las aguas y de otros recursos naturales renovables. Caracas, 1976, p. 155 a 174.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 592 1/9/16 12:11

política de ordenación del territorio, en relación la planificación *física y espacial* a escala nacional, regional y urbanístico; la política del *uso de la tierra* y las autorizaciones para el uso y desarrollo de las tierras por parte de los organismos públicos nacionales, y la elaboración y establecimiento de normas que orienten el proceso de utilización de la tierra. Además, se atribuyó a dicho Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables, competencia para adecuar y coordinar las actividades de la Administración Pública, en cuanto tengan relación con el ambiente y los recursos naturales renovables y, en particular, las relativas a los procesos de urbanización, industrialización, desconcentración económica, desarrollo agrícola y ordenación del territorio, en coordinación con los Ministerios responsables de estas áreas. Además, se debe destacar que en 1979, al crearse los Gabinetes Sectoriales previstos en el artículo 10 de la Ley Orgánica de la Administración Central, se creó el Gabinete Sectorial de Ordenación del Territorio y de la Gestión del Desarrollo Físico[29].

3. Las técnicas de la planificación, la aprobación administrativa, la autorización administrativa, el silencio administrativo y la nulidad absoluta de los actos administrativos

Pero lo importante de esta política de ordenación del territorio para el derecho administrativo es que la misma dio origen, en los sistema económicos de economía de mercado a un sistema de planificación que en contraste con la planificación indicativa en materia económica y social[30], debe ser una planificación imperativa, como lo es toda la que tiene relación con el uso y ocupación del territorio, y con los recursos naturales renovables. Esto es particularmente importante en lo que se establezca en los planes sobre los usos de las áreas del territorio nacional, su litoral y los espacios marinos de su influencia; la localización de actividades industriales, agropecuarias, mineras y de servicios; el sistema de ciudades; los espacios sujetos a un régimen especial de conser-

29 Decreto n. 133 del 31/5/1979, en Gaceta Oficial n. 31.739 de 21/5/1979.

30 Véase, BREWER-CARÍAS, Allan R. "La planificación del desarrollo económico y social en Venezuela," en Estudios de Derecho Económico. Vol. IV, Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1983, p. 7-46.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 593 1/9/16 12:11

vación, defensa y mejoramiento del ambiente; las áreas sujetas a limitaciones derivadas de las exigencias de seguridad y defensa; el régimen de explotación de los recursos naturales; la localización de las obras de infraestructura relativas a energía, comunicaciones terrestres, marítimas y aéreas; aprovechamiento de recursos hidráulicos; y los corredores viales y de transporte.

Como lo estableció la Ley Orgánica de Ordenación del territorio de Venezuela en 1983, la ejecución de los planes de ordenación del territorio puede llevarse a cabo por los organismos públicos directamente o mediante entidades creadas al efecto, y por los particulares, actuando éstos bajo la dirección y control de aquéllos (Art. 41), correspondiendo a todos de los organismos públicos dentro de la esfera de sus respectivas competencias deben velar por la efectividad y cumplimiento de las previsiones contenidas en los planes de ordenación del territorio (Art. 40). Para ello, la ley orgánica expresamente estableció el carácter imperativo de los planes de ordenación del territorio, disponiendo que:

> "los organismos de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, las demás entidades o instituciones estatales que conforman la Administración Descentralizada, y los particulares y demás entidades de carácter privado, están obligados al cumplimiento de las disposiciones contenidas en los planes de ordenación territorial" (Art. 42).

A los efectos de asegurar la ejecución de los planes de ordenación del territorio tanto por el sector público como por el sector privado, se recurrió en la Ley venezolana de 1983 a dos técnicas tradicionales del derecho administrativo, como fueron los actos administrativos de aprobación y los actos administrativos de autorización.

En cuanto a las Aprobaciones Administrativas previstas para las actuaciones del sector público, la Ley Orgánica venezolana de 1983 dispuso que todas las decisiones que adoptasen los organismos de la Administración Pública Nacional, Central o Descentralizada que tuvieran incidencia espacial e implicasen acciones de importancia nacional de ocupación del territorio[31] debían ser aprobados por el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables, a los efectos de su conformidad con los lineamientos y previsiones del Plan Nacional de Ordenación del Territorio (Art. 49). En particular, la

31 Para las actividades que tuviesen incidencia territorial regional o municipal, conforme a la misma ley, la aprobación debía ser otorgada por los gobernadores de estado y por los municipios.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 594 1/9/16 12:11

ley enumeró como sujetas obligatoriamente a aprobación administrativa, las decisiones sobre localización y traslado de industrias; afectación de zonas para la reforma agraria; localización de grandes aprovechamientos de recursos naturales; localización de nuevas ciudades; trazado de los grandes corredores de vías de comunicación; y localización de puertos y aeropuertos.

La Ley Orgánica, además, dado el carácter obligatorio de la aprobación administrativa para la realización de actividades que afecten el territorio por parte de las propias autoridades administrativas, y para evitar dilaciones indebidas en el procedimiento administrativo, adoptó la técnica del silencio administrativo positivo al disponer que si la solicitud de aprobación administrativa no se decidía por el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables mediante un acto administrativo de otorgamiento o negativa en un lapso de 60 días continuos, "*contados a partir del último requerimiento de información, vencido el cual sin que hubiese habido pronunciamiento expreso, la decisión se considerará aprobada*" (Art. 49).

En cuanto a las actividades de los particulares y entidades privadas que impliquen ocupación del territorio, la Ley Orgánica venezolana de 1983 adoptó la técnica de la autorización administrativa, al disponer que la ejecución de dichas actividades debía ser autorizada previamente por las autoridades encargadas del control de la ejecución de los planes, a nivel nacional, estadal o municipal, dentro de sus respectivas competencias (Art. 53). La ley previó además, la técnica del silencio administrativo positivo al preverse que el otorgamiento de las autorizaciones nacionales o regionales respectivas, debía decidirse en un lapso de 60 días continuos, a contar del recibo de la solicitud respectiva, de manera que "*vencido dicho lapso, sin que se hubiera otorgado o negado autorización, se considerará concedida a cuyo efecto, las autoridades respectivas están obligadas a otorgar la respectiva constancia*" (Art. 54).

Específicamente, además, para el caso de las Autorizaciones municipales, la ley orgánica, previó que el desarrollo de actividades por particulares o entidades privadas en las áreas urbanas y que implicasen ocupación del territorio, también debían ser autorizada por los Municipios, a cuyo efecto, los interesados debían obtener de los Municipios, los permisos de urbanización, construcción o de uso que estableciera la Ley Nacional respectivas y las Ordenanzas Municipales (Art. 55), agregándose que el procedimiento para la tramitación de las solicitudes de dichos permisos municipales debía ser simplificado, y los mismos debían decidirse en un lapso de 60 días continuos, contados a partir

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 595 1/9/16 12:11

del recibo de las solicitudes respectivas, "*vencido el cual, sin que se hubieran otorgado o negado los permisos, se considerarán concedidos, a cuyo efecto los Municipios están obligados a otorgar la respectiva constancia de permiso*."

Las autorizaciones administrativas, por supuesto, debían ser otorgadas de conformidad con los planes, por lo que en este caso, la Ley orgánica adoptó otra técnica de derecho administrativo importante como fue la de la nulidad absoluta, al declarar que "Serán nulas sin ningún efecto, las autorizaciones otorgadas en contravención a los planes de ordenación del territorio" (Art. 56)

III. LAS TÉCNICAS DE LA CONCESIÓN Y DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA PARA LA EXPLOTACIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES

Como se ha indicado anteriormente, en régimen de protección, conservación y aprovechamiento de los recursos naturales renovables es quizás uno de los campos en los cuales más se han desarrollado desde antaño las técnicas propias del derecho administrativo desarrolladas con el objeto de compatibilizar las actividades de los particulares con las políticas públicas, para asegurar que aquellas se ajusten a estas. Se trata, en efecto, del mundo de las concesiones y autorizaciones administrativas.

Para ilustrar estas técnicas basta referirnos dentro del universo de los recursos naturales, a los recursos mineros y petroleros, en los cuales se han aplicado para asegurar que la explotación de los mismos se realice de acuerdo con los criterios y parámetros establecidos por el Estado, que se los ha reservado por ser bienes del dominio público, o porque la actividad industrial respecto de los mismos, también se ha reservado o se ha sometido a su control. De nuevo, recurriré al ejemplo del desarrollo normativo de la materia en Venezuela, donde como se dijo, los recursos del subsuelo no sólo se declararon constitucionalmente como del dominio público, sino que las actividades de explotación se reservaron al Estado, con distintas modalidades de posibilidad de participación de los administrados en las mismas.

Al enfrentar este régimen en Venezuela, o hacerlo en cualquier ordenamiento jurídico, debe recordarse que en general, la gran división que tiene

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 596 1/9/16 12:11

que hacerse primariamente respecto de las actividades económicas, sin que quepan términos medios, es si las mismas están reservadas al Estado sin que existe libertad económica respecto de ellas, o si las mismas no están reservadas al Estado existiendo libertad económica[32].

En las primeras, no existiendo libertad económica dada la reserva al Estado, este puede otorgar el derecho a los particulares a realizarlas, generalmente mediante el acto de concesión, la cual por su carácter constitutivo crea en cabeza del concesionario el derecho que se concede; en cambio en las segundas, tratándose de una limitación al derecho y libertad económica que tienen los particulares, las intervenciones del Estado se manifiestan por ejemplo, a través de actos administrativos de control, declarativos de derechos, como las autorizaciones administrativas (licencias, permisos); homologadores de derechos, como las aprobaciones; de declaración de certeza de derechos, como las inscripciones y registros; e, incluso, extintivos de derechos (ablatorios), como las expropiaciones o decomisos.

En consecuencia, la división fundamental de las actividades económicas en reservadas o no al Estado, condiciona las técnicas de intervención administrativa, concibiéndose la figura de la concesión o de contratos de asociación para la primera, y entre otras, las autorizaciones para las segundas. Así, por ejemplo, la actividad de los particulares en materia de hidrocarburos puede desarrollarse mediante contratos de asociación con el Estado o mediante autorizaciones y permisos, con sujeción a las normas de protección ambiental. En cuanto al régimen de la industria minera, las técnicas de intervención del Estado han continuado siendo las mismas, girando en torno a la reserva y a la figura de la concesión y de la autorización.

32 Véase HERNÁNDEZ, José Ignacio. "Disciplina jurídico-administrativa de la libertad económica. La doctrina actual entre la libertad económica y el Estado Social", en VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. Allan R. Brewer-Carías, El principio de legalidad y el ordenamiento jurídico-administrativo de la libertad económica, 3-5 Noviembre de 2004. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2000, p. 197.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 597 1/9/16 12:11

1. El régimen de la minería y las técnicas administrativas de la concesión y de la autorización

Un régimen que muestra el desarrollo del régimen de las concesión administrativa y los permisos administrativos como técnica utilizada para permitir el desarrollo de una actividad específica de los particulares en relación con los recursos naturales, es el régimen de la minería, que también se ha desarrollado desde hace décadas en Venezuela, y se encuentra regulado en la actualidad en la Ley de Minas de 1999,[33] en la cual se recogió, en términos generales la orientación de las leyes precedentes, estableciéndose un régimen general de reserva al Estado de la actividad, excepto respecto de la pequeña minería. La consecuencia de ello fue que siendo una materia reservada al Estado, la exclusión de la libertad económica en la misma, implicó que los particulares sólo pueden desarrollarlas mediante la técnica de la concesión minera que es como pueden adquirir el derecho de explorar y explotar minerales.

Es decir, conforme a los principios generales del derecho administrativo, cuando el Estado se reserva una actividad conforme al artículo 302 de la Constitución, ello excluye en principio la actividad privada. Pero la reserva puede ser exclusiva y excluyente, o puede ser no excluyente cuando permite, mediante la técnica de la concesión, otorgar el derecho a realizar la actividad a los particulares. Esta crea el derecho en cabeza del concesionario; derecho del cual carecía por la reserva al Estado.

Sólo en materia de pequeña minería puede hablarse de que existe libertad económica, requiriéndose para su realización un acto administrativo de autorización. En este caso de pequeña minería, puede decirse que el particular tiene derecho (libertad económica) a desarrollar la actividad, y lo que se establece en la Ley es un mecanismo de intervención administrativa para permitirle ejercer su derecho mediante la remoción administrativa de los obstáculos legales establecidos para ello, precisamente otorgando una autorización, un permiso o una aprobación.

En consecuencia, en la Ley de Minas solamente se establecieron las siguientes dos técnicas de actuación del Estado según el grado de intervención y limitación impuesta a las actividades de los particulares: por una parte, la

33 Decreto-Ley n. 295 de 5/9/1999, Gaceta Oficial n. 5.382 Extra de 28/9/1999.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 598 1/9/16 12:11

concesión respecto de las actividades reservadas, y por la otra, la autorización, respecto de las actividades no reservadas. Además se regularon otras técnicas de intervención como los permisos y las aprobaciones para otras actividades complementarias. Por ello, el artículo 7 de la Ley de Minas al regular las "*Modalidades para el Ejercicio de las Actividades Mineras*": establece que:

> "La exploración, explotación y aprovechamiento de los recursos mineros sólo podrá hacerse mediante las siguientes modalidades: a) Directamente por el Ejecutivo Nacional; b) Concesiones de exploración y subsiguiente explotación; c) Autorizaciones de Explotación para el ejercicio de la Pequeña Minería; d) Mancomunidades Mineras; y, e) Minería Artesanal."

Como se dijo, la Ley de Minas reserva al Estado la actividad minera, y a tal efecto establece dos modalidades de reserva: reserva exclusiva y excluyente, y reserva no exclusiva.

En cuanto a la reserva exclusiva y excluyente, esta implica el

> "ejercicio exclusivo por el Ejecutivo Nacional de la actividad, a cuyo efecto el artículo 23 de la Ley autoriza al Ejecutivo Nacional, cuando así convenga al interés público, para "reservarse mediante Decreto, determinadas sustancias minerales y áreas que las contengan, para explorarlas o explotarlas solo directamente por órgano del Ministerio de Energía y Minas, o mediante entes de la exclusiva propiedad de la República".

Adicionalmente en el artículo 86 de la Ley, en el cual se dispone que el almacenamiento, tenencia, beneficio, transporte, circulación y comercio de los minerales regidos por la Ley, están sujetos a "*la vigilancia e inspección por parte del Ejecutivo Nacional y a la reglamentación y demás disposiciones que el mismo tuviera por conveniente dictar, en defensa de los intereses de la República y de la actividad minera*" se precisó que "*cuando así convenga al interés público, el Ejecutivo Nacional podrá reservarse mediante decreto cualquiera de dichas actividades con respecto a determinados minerales*".

En los casos en los cuales el Estado no se ha reservado en forma exclusiva determinados minerales o áreas, los particulares pueden obtener el derecho de explorar y explotar minerales mediante concesión.

Por ello, la concesión minera se define en el artículo 24 de la Ley, como el acto administrativo del Ejecutivo Nacional, mediante el cual se otorgan

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 599 1/9/16 12:11

derechos e imponen obligaciones a los particulares para el aprovechamiento de los recursos minerales existentes en el territorio nacional. Mediante la concesión, entonces, se confiere a su titular el derecho exclusivo a la exploración y explotación de las sustancias minerales otorgadas que se encuentren dentro del ámbito espacial concedido.

Las concesiones que otorgue el Ejecutivo Nacional conforme a la Ley lo son únicamente de exploración y subsiguiente explotación. Su duración conforme al artículo 113 de la Constitución tiene que ser por tiempo determinado, por lo que la Ley dispone que no debe exceder de veinte (20) años, contados a partir de la fecha de publicación del Certificado de Explotación en la Gaceta Oficial, pudiendo prorrogarse su duración por períodos sucesivos no mayores de diez (10) años (Art. 25).

La concesión se otorga luego de cumplirse el procedimiento y los requisitos establecidos en la Ley, para lo cual se debe expedir el Título de Exploración mediante Resolución que se debe publicarse en la Gaceta Oficial.

Ahora bien, respecto de la pequeña minería, la misma fue regulada por primera vez en la Ley de Minas de 1999, en la cual se estableció la técnica de la autorización administrativa para su realización cambiando el régimen jurídico de la intervención del Estado en esta materia. Para tal fin, se estableció dicha pequeña minería como una actividad no reservada al Estado, por tanto, no sujeta a concesiones, y dejada a la libre iniciativa de los particulares pero sometida a la obtención de un acto administrativo declarativo del derecho, como es la autorización.

Conforme al artículo 68 de la Ley, en efecto, la pequeña minería sólo se puede ejercer bajo la modalidad de *autorización de explotación*, otorgada por el Ministerio de Energía y Minas mediante resolución, que se publicará en la Gaceta Oficial. Esta *autorización* de explotación se debe otorgar sobre los depósitos de minerales que por su naturaleza, dimensión, ubicación y utilidad económica puedan ser explotados independientemente de trabajos previos de exploración (Art. 69).

Por otra parte, la Ley establece un régimen de aprobación administrativa en relación con las Mancomunidades Mineras, que son las constituidas por la agrupación de pequeños mineros titulares de autorizaciones de explotación en diversas zonas de un mismo yacimiento o de varios de éstos, situados de forma tal, que permita la utilización conjunta de todos o parte de los servicios necesarios para su aprovechamiento en el ejercicio de la actividad minera, con el

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 600 1/9/16 12:11

fin de obtener un mejor aprovechamiento de los recursos mineros, facilitar las operaciones técnicas, mejorar el rendimiento de las explotaciones y proteger los recursos naturales y el ambiente; y cuya constitución el Estado debe propiciar (Art. 77).

2. El régimen de la industria petrolera reservada al Estado y las técnicas asociativas mediante contratos públicos

Como se dijo, el régimen de la industria petrolera hasta 1975, establecía la posibilidad de que los particulares pudiesen participar en la explotación de los hidrocarburos, mediante la técnica de la concesión administrativa, es decir, las concesiones de hidrocarburos que tuvieron amplísimo desarrollo en Venezuela desde los años treinta del siglo pasado.

Ese régimen se cambió radicalmente en 1975 al decretarse mediante la Ley de Nacionalización[34], y de acuerdo con lo autorizaba la Constitución de 1961, la reserva al Estado de la industria petrolera situación que adquirió rango constitucional en 1999,[35] situación de reserva que ha continuado con la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos de 1999,[36] y la Ley Orgánica de Hidrocarburos de 2001, aún cuando con menor amplitud. [37]

De allí que hemos sostenido que con la ley Orgánica de Hidrocarburos de 2001 se produjo en Venezuela un proceso de desnacionalización de la industria petrolera, [38] derivada de la reducción que se produjo respecto del ámbito de

34 Véase nuestros comentarios sobre ese proceso en BREWER-CARÍAS, Allan R. "Aspectos organizativos de la industria petrolera nacionalizada", en Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración. Instituto de Derecho Público UCV, Vol. III, Tomo I, Caracas, 1981, p. 407 a 492.

35 Esos principios son, como lo destacó Isabel Boscán de Ruesta, en primer lugar, que la reserva no fue concebida como un monopolio estatal absoluto y excluyente del sector privado; y en segundo lugar, el sistema piramidal estructurado para la administración petrolera nacional. Véase en La actividad petrolera y la nueva ley Orgánica de Hidrocarburos. Funeda, Caracas, 2002, p. 149.

36 Gaceta Oficial n. 36.793 de 23/9/1999. El Reglamento de Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos (RLOHG) se publicó en Gaceta Oficial Extra n. 5.471 de 5/6/2000.

37 G.O. n. 37.323 de 13/11/2001

38 Véase BREWER-CARÍAS, Allan R. "El régimen de participación del capital privado en las industrias petrolera y minera: desnacionalización y técnicas de regulación a partir de la Constitución de 1999", en VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. Allan R. Brewer-Carías, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, noviembre 2004.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 601 1/9/16 12:11

las actividades reservadas al Estado, y que quedó concentrada sólo a lo que se refiere a las actividades primarias de hidrocarburos, es decir, a la "*exploración, la extracción de los hidrocarburos en estado natural, su recolección, transporte y almacenamiento inicial, así como, las relativas a las obras que su manejo requiera*" (Art. 9º); a las actividades realizadas en las refinerías existentes al momento de dictarse la Ley Orgánica; a las actividades de comercialización externa e interna de hidrocarburos naturales; y las actividades de comercialización externa e interna sobre los productos derivados cuya comercialización se reserve al Estado mediante Decreto.

En materia de actividades primarias de hidrocarburos, la posibilidad de la participación de los particulares en el desarrollo de dichas actividades, se redujo a la técnica asociativa, mediante la constitución de empresas mixtas, con capital del Estado en más del 50 % del capital social (Arts. 22 y 27 al 32 LOH). Se destaca, de esta previsión, que al establecer la Ley Orgánica un porcentaje rígido de participación accionaría en las empresas mixtas para la participación del capital privado en el desarrollo de las actividades primarias (menos del 50% del capital social), con ello se modificó el sentido del control estatal sobre los antiguos Convenios de Asociación que regulaba la Ley de Nacionalización derogada de 1975, y que permitía que con un capital mayoritario privado, el Estado pudiera suscribir Convenios de Asociación manteniendo el control del mismo, como antes se ha analizado. Ahora, en cambio, si bien se previó que el capital público en las empresas mixtas sea mayor al 50% del capital social, el control puede estar en manos de la participación privada, pues bien es sabido que el control de las empresas no necesariamente depende de la composición accionaria.

A los efectos de la constitución de dichas empresas mixtas para participar en actividades primarias de hidrocarburos, la Ley exige la aprobación previa de la Asamblea Nacional, a cuyo efecto, el Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio de Energía y Minas, debe informarla de todas las condiciones y circunstancias pertinentes a dichas constitución y condiciones, incluidas las ventajas especiales previstas a favor de la República (Art. 33 LOH). Para la selección de las empresas operadoras, el organismo público competente debe promover la concurrencia de diversas ofertas, a cuyo efecto, el Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio de Energía y Minas, debe crear los respectivos comités para fijar las condiciones necesarias y seleccionar a las empresas.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 602 1/9/16 12:11

Otra reserva específica al Estado dispuesta en la Ley Orgánica de Hidrocarburos se refiere a las actividades realizadas con hidrocarburos naturales, las cuales en este caso sólo pueden ser ejercidas por las empresas del Estado. (Arts. 27 y 57). Aquí se trata de una reserva de carácter exclusiva y excluyente, pues en este campo no se permite la constitución de empresas mixtas. Sin embargo, contradictoriamente, la Constitución (Art. 303) autoriza que las acciones de PDVSA en empresas en general, puedan ser transferidas al sector privado, con lo cual la reserva desaparecería.

Por otra parte, la Ley Orgánica de Hidrocarburos, también reserva al Estado las actividades realizadas respecto de los productos derivados de hidrocarburos cuya comercialización el Estado se haya reservado expresamente mediante Decreto, en cuyo caso también sólo podrán ser ejercidas exclusivamente por las empresas del Estado (Arts. 27 y 57 LOH). El ámbito de estas actividades reservadas, por tanto, es variable, según el decreto que dicte el Ejecutivo Nacional, en el cual se pueden aumentar o disminuir las actividades sobre productos derivados de hidrocarburos que se reservan.

Sin embargo, una vez determinados los productos, la reserva en este caso también se concibió en forma absoluta, de manera que el capital privado no podría participar en el desarrollo de las mismas por ejemplo, mediante empresas mixtas, como en cambio si puede suceder en relación con las actividades primarias. Sin embargo, también en este caso, debe señalarse que contradictoriamente, como antes se destacó, la Constitución (Art. 303) autoriza que las acciones de PDVSA en empresas en general, puedan ser transferidas al sector privado, con lo cual la reserva desaparecería.

En relación con las instalaciones destinadas a la actividad de refinación, la Ley Orgánica distingue entre instalaciones existentes al momento de publicarse la Ley (2001), y las nuevas refinerías. (Arts. 10 y 11 LOH). Sobre las primeras, es decir, sobre "*las instalaciones y obras existentes, sus ampliaciones y modificaciones, propiedad del Estado o de las empresas de su exclusiva propiedad, dedicadas a las actividades de refinación de hidrocarburos naturales en el país y al transporte principal de productos y gas*", dispuso el artículo 10 de la Ley Orgánica que "*quedan reservadas al Estado en los términos establecidos en este Decreto-Ley*" (Art. 10).

La Ley Orgánica, sin embargo, nada más agrega sobre esta "reserva de instalaciones existentes" dedicadas a la refinación de hidrocarburos naturales en el país (se excluyen las que siendo propiedad de PDVSA estaban ubicadas

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 603 1/9/16 12:11

en el exterior) o al "transporte principal de productos y gas." Por ello, en cuanto a las instalaciones de refinación existentes, la disposición de la Ley podría dar origen a dos interpretaciones: en primer lugar, que las refinerías existentes de propiedad pública, como bienes del Estado, deben permanecer siendo de propiedad del Estado, la que estimamos es la interpretación adecuada; o que las actividades de refinación que se realicen en dichas instalaciones existentes de propiedad pública, además, sólo podrían realizar por el Estado, lo que no estaría acorde con el sentido general de las nuevas regulaciones de la Ley.

En el segundo de los sentidos posibles de la norma, en efecto, el resultado sería contradictorio con el postulado general de que las actividades de refinación se pueden realizar tanto por el Estado como por los particulares conjunta y separadamente como lo establece el mismo artículo 10 de la Ley. En consecuencia, la duda interpretativa que puede decirse que existe en relación a si en estas refinerías de propiedad pública que existían en territorio nacional al momento de sancionarse la Ley, el Estado podría asociarse con particulares mediante empresas mixtas para realizar la actividad de refinación o podría otorgar licencias a los particulares para la realización con ellas de actividades de refinación, estimamos que debería resolverse afirmativamente de acuerdo al sentido general que tiene la Ley a favor de la desnacionalización de la industria petrolera.

IV. LAS TÉCNICAS DE LAS AUTORIZACIONES, LICENCIAS, PERMISOS Y REGISTROS PARA LA EXPLOTACIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES

Como se ha señalado, en el ámbito de las actividades vinculadas a la industria petrolera, en 2001, en Venezuela se pasó del régimen general de la reserva general al Estado de la misma derivada del proceso de nacionalización petrolera de 1975, a un régimen de una reserva restringida, como antes se ha definido, y a la consecuente previsión en las demás áreas de la industria no reservadas al Estado, de la posibilidad de realización de la libertad económica por los administrados, es decir, del derecho de los particulares al libre ejerci-

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 604 1/9/16 12:11

cio de sus actividades económicas,[39] con las limitaciones legales establecidas usualmente en casos similares, a través de las técnicas de actos administrativos declarativos de derechos como son las autorizaciones, denominadas indistintamente en la legislación de hidrocarburos, como licencias y permisos.

Eso se da, en *primer lugar*, en materia de actividades de refinación de hidrocarburos naturales, que comprende la destilación, purificación y transformación de los *hidrocarburos naturales* realizadas con el propósito de añadir valor a dichas sustancias (Art. 10 LOH). Estas actividades, de acuerdo con la Ley, se pueden desarrollar "por el Estado y los particulares, conjunta o separadamente" (Art. 10 LOH), mediante la obtención de una licencia. Sin embargo, como se dijo, en cuanto a la refinación realizada en las instalaciones existentes al momento de publicarse la Ley y que eran propiedad del Estado, las mismas quedaron reservadas al Estado, disposición que podría interpretarse en el sentido de que no se permite la participación de los particulares en las actividades desarrolladas en las mismas.

Con esta salvedad, en los otros supuestos, la refinación de hidrocarburos naturales es una actividad que se puede realizar por los privados mediante licencia del Estado, que debe ser otorgada por el Ministerio de Energía y Minas (Art. 12 LOH).

Además, la ley dispone otra técnica de derecho administrativo de control, como es el registro en el Ministerio de Energía y Minas, que se exige a las personas que se dediquen a las actividades de refinación de hidrocarburos naturales (Art. 14 LOH), donde deben asentarse, entre otros, las aprobaciones administrativas del mismo Ministerio a las cesiones, traspaso o gravamen de la licencia de refinación (Art. 16 LOH).

En *segundo lugar*, se destaca el régimen de la las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos gaseosos, tanto aquellos asociados con el petróleo u otros fósiles, como aquellos no asociados, regulados en la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos (LOHG), en el cual se eliminó completamente la reserva estatal.

39 Véase BREWER-CARÍAS, Allan R. "El régimen de participación del capital privado en las industrias petrolera y minera: desnacionalización y técnicas de regulación a partir de la Constitución de 1999", en VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. Allan R. Brewer-Carías, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2004.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 605 1/9/16 12:11

En dicha Ley, en efecto, se establece que tanto el Estado, directamente o mediante entes de su propiedad, como las personas privadas nacionales o extranjeras, con o sin la participación del Estado y mediante permisos o licencias, pueden realizar actividades de exploración en el territorio nacional, bajo el lecho del mar territorial, de la zona marítima contigua y en la plataforma continental, en busca de yacimientos de hidrocarburos gaseosos no asociados y la explotación de tales yacimientos; así como la recolección, almacenamiento y utilización tanto del gas natural no asociado proveniente de dicha explotación, como del gas que se produce asociado con el petróleo u otros fósiles; el procesamiento, industrialización, transporte, distribución, comercio interior y exterior de dichos gases (Arts. 1 y 2).

El artículo 22 de la Ley repite el mismo principio general en cuanto a las actividades referentes a la exploración y explotación de hidrocarburos gaseosos *no asociados,* así como las de procesamiento, almacenamiento, transporte, distribución, industrialización, comercialización y exportación, indicando que pueden ser realizadas directamente por el Estado o por entes de su propiedad, o por personas privadas nacionales o extranjeras, con o sin la participación del Estado. La norma agrega que las actividades a ser realizadas por personas privadas nacionales o extranjeras, con o sin la participación del Estado, requerirán licencia o permiso, según el caso, y deberán estar vinculadas con proyectos o destinos determinados, dirigidos al desarrollo nacional, conforme al artículo 3º de la Ley.

Dependiendo de la actividad, las personas privadas nacionales o extranjeras, con o sin la participación del Estado, requerirán licencia o permiso, según el caso, otorgado por el Ministerio de Energía y Minas (Art. 24 LOHG), debiendo estar vinculadas con proyectos o destinos determinados, dirigidos al desarrollo nacional. (Art. 22 LOHG). Las licencias que otorgan a su titular el derecho exclusivo para realizar las actividades de exploración y explotación en un área geográfica determinada (Art. 20 Reglamento), deben ser otorgadas previo proceso licitatorio que debe efectuar el MEM, aún cuando la Ley autoriza al Ejecutivo Nacional, por órgano del MEM y previa la autorización del Consejo de Ministros, para otorgar directamente licencias, por razones de interés público o por circunstancias particulares de las actividades, siempre y cuando se cumplan las condiciones que impone la Ley (Art. 21 del Reglamento).

En *tercer lugar*, se destacan las actividades de industrialización de *hidrocarburos refinados*, lo que comprende las de separación, destilación, purificación;

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 606 1/9/16 12:11

conversión, mezcla y transformación de los mismos, realizadas con el propósito de añadir valor a dichas sustancias mediante la obtención de especialidades de petróleo u otros derivados de hidrocarburos (Art. 49 LOH).

Estas actividades de industrialización pueden ser realizadas por el Estado, directamente, a través del Ejecutivo Nacional; por empresas de su exclusiva propiedad; por empresas mixtas, con participación de capital estatal y privado, en cualquier proporción; y por empresas privadas, sea de capital nacional o extranjero (Art. 50 LOH), mediante la obtención de permisos.

En estos casos, el permiso debe también otorgarse por el Ministerio de Energía y Minas (Art. 53), y además, quienes se dediquen en el país a las actividades de industrialización de los hidrocarburos refinados, deben inscribir el permiso en el registro que al efecto debe llevar el Ministerio de Energía y Minas (Art. 54 LOH).

En *cuarto lugar*, está el régimen de las actividades de comercialización (comercio interior y comercio exterior), tanto de los hidrocarburos naturales, como de sus productos derivados (Art. 56 LOH).

Como antes se señaló, la Ley Orgánica reserva al Estado las siguientes actividades de comercio interno y externo de hidrocarburos: aquellas realizadas con hidrocarburos naturales, las cuales sólo pueden ser ejercidas por las empresas del Estado (Art. 57); y aquellas realizadas sobre los productos derivados cuya comercialización se reserve al Estado mediante Decreto, en el cual el Ejecutivo Nacional debe identificar el producto expresamente, y las cuales sólo pueden ser ejercidas en exclusividad por las empresas del Estado (Art. 57 LOH), no permitiéndose la participación del capital privado en el desarrollo de las mismas.

Sin embargo, en cuanto a las otras actividades de comercio interno y externo de productos derivados no reservados o no excluidos por el Ejecutivo Nacional, las mismas pueden ser realizadas no sólo por el Estado, directamente, a través del Ejecutivo Nacional; y por empresas de la exclusiva propiedad del Estado (Empresas del Estado); sino también por empresas mixtas, con participación de capital estatal y privado, en cualquier proporción; y por empresas privadas (Art. 58 LOH) mediante la obtención de permisos.

Dentro de estas actividades relativas al comercio interior de productos derivados de hidrocarburos, el artículo 60 de la Ley declara que "constituyen un servicio público las actividades de suministro, almacenamiento, transporte, distribución y expendio de los productos derivados de los hidrocarburos,

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 607 1/9/16 12:11

señalados por el Ejecutivo Nacional (conforme al artículo 59), destinados al consumo colectivo interno." La consecuencia de la calificación de estas actividades como servicio público es que los precios de dichos productos deben ser fijados por el Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio de Energía y Minas. Dichos precios pueden fijarse mediante bandas o cualquier otro sistema que resulte adecuado, a los fines previstos en el Decreto-Ley, tomando en cuenta las inversiones y la rentabilidad de las mismas.

Además, el Ministerio debe adoptar medidas para garantizar el suministro, la eficiencia del servicio y evitar su interrupción.

En todo caso, conforme al artículo 61 de la Ley Orgánica, las personas naturales o jurídicas que deseen ejercer las actividades de suministro, almacenamiento, transporte, distribución y expendio de los productos derivados de hidrocarburos, deben obtener previamente permiso del Ministerio de Energía y Minas (Art. 61 LOH).

En cuanto a la construcción, modificación, ampliación, destrucción o desmantelamiento de establecimientos, instalaciones o equipos, destinados al comercio interior de los productos derivados de hidrocarburos, deben ser previamente autorizados por el Ministerio de Energía y Minas (Art. 62).

Por otra parte, el Ministerio de Energía y Minas puede revocar los permisos, cuando el incumplimiento de las disposiciones establecidas en la Ley, su Reglamento o en Resoluciones, comprometan la eficiencia o continuidad del servicio o pongan en peligro la seguridad de personas y bienes. (Art. 63 LOH)

En *quinto lugar*, están las actividades relativas a hidrocarburos gaseosos distintas a la exploración y explotación, respecto de las cuales dispone el artículo 27 que quienes deseen realizar actividades relacionadas con hidrocarburos gaseosos, asociados o no asociados, *producidos por otras personas*, deberán obtener el permiso correspondiente del Ministerio de Energía y Minas, previa definición del proyecto o destino determinado de dichos hidrocarburos, conforme al artículo 3º de la Ley. Estas actividades las regula el Reglamento indicando separadamente las relativas al transporte de gas, la distribución de gas, el procesamiento de los líquidos gas natural (LGN) y la comercialización del Gas licuado del petróleo (GLP).

Según el referido Reglamento, el transporte comprende el diseño, construcción, operación, mantenimiento y administración de los sistemas de transporte, desde los puntos de entrega de los productores o de otros transportistas, hasta los puntos de recepción de los distribuidores, otros transportistas o con-

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 608 1/9/16 12:11

sumidores mayores. También comprende la gestión comercial para optimizar la capacidad y el uso de los sistemas de transporte. (Art. 51 del Reglamento)

La distribución comprende el diseño, la construcción, la operación el mantenimiento y la administración de los sistemas de distribución, desde los puntos de entrega de los productores o transportistas, hasta lo puntos de recepción de los consumidores. Igualmente comprende la gestión comercial para optimizar la capacidad y el uso de los sistemas de distribución. (Art. 52 del Reglamento).

El procesamiento del gas natural abarca los procesos de separación, extracción, fraccionamiento, almacenamiento y comercialización de los líquidos del gas natural y otras sustancias asociadas al gas natural. (Art. 75 del Reglamento)

Por último, la comercialización del gas licuado del petróleo se refiere al transporte, almacenamiento y distribución del GLP, así como las actividades de intermediación. (Art. 78 del Reglamento)

En este caso, también, el artículo 5 de la Ley Orgánica dispone que las actividades relacionadas directa o indirectamente con el transporte y distribución de gases de hidrocarburos destinados al consumo colectivo, constituyen un servicio público, lo que implica que los almacenadores, los transportistas y los distribuidores de dichos hidrocarburos gaseosos tienen la obligación de prestar el servicio en forma continua y de conformidad con las normas legales, reglamentarias y técnicas de eficiencia; calidad y seguridad (Art. 8).

Tratándose de servicios públicos, el artículo 12 de la Ley autoriza al Ministerio de Energía y Minas para determinar los precios de los hidrocarburos gaseosos desde los centros de producción y procesamiento, atendiendo principios de equidad. Además, los Ministerios de Energía y Minas y de la Producción y el Comercio, conjuntamente, deben fijar las tarifas que se aplicarán a los consumidores finales y a los servicios que se presten de conformidad con la Ley.

En *sexto lugar*, también en cuanto a las actividades de industrialización de los hidrocarburos gaseosos, conforme al artículo 30 de la Ley, pueden igualmente ser realizadas además de directamente por el Estado, y por entes de su propiedad; por personas privadas nacionales o extranjeras, con o sin la participación del Estado, mediante la obtención de permisos. La Ley, a tal efecto, remite al Reglamento para que se establezcan medidas a fin de que se desarrollen parques industriales en zonas donde se facilite el suministro de dichos hidrocarburos; de que las refinerías y plantas procesadoras de hidrocarburos gaseosos garanticen el suministro de las materias primas disponibles; de que los precios y condiciones de suministro de las materias primas permitan la for-

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 609 1/9/16 12:11

mación de empresas eficientes y competitivas; de que se estimule la creación y participación de entes financieros en la industrialización de hidrocarburos gaseosos en el país; y, de que las empresas que realicen actividades de industrialización de hidrocarburos gaseosos en el país, fomenten a su vez la industrialización, aguas abajo, de los insumos que producen.

En todo caso, el Ejecutivo Nacional debe dar prioridad a los proyectos de industrialización de los hidrocarburos gaseosos que propendan a la formación de capital nacional, a una mayor agregación de valor a los insumos procesados y cuyos productos sean competitivos en el mercado exterior (Art. 32). Estos pos proyectos referentes a la industrialización de los hidrocarburos gaseosos, además, deben inscribirse en el Registro que al efecto lleve el Ministerio de Energía y Minas (Art. 33).

En todo caso, quienes deseen realizar actividades relacionadas con hidrocarburos gaseosos, asociados o no asociados, producidos por otras personas, deben obtener el permiso correspondiente del Ministerio de Energía y Minas, previa definición del proyecto o destino determinado de dichos hidrocarburos (Art. 27 de la Ley).

V. LA TÉCNICA DE LA AUTO-TUTELA DE LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA MEDIANTE EL EJERCICIO DE LA POTESTAD DE RESCISIÓN DE CONCESIONES Y CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, Y DE REVOCACIÓN ACTOS ADMINISTRATIVOS, POR RAZONES DE MÉRITO

La utilización de técnicas propias del derecho administrativo en el régimen de los recursos naturales y del ambiente, como hemos analizado anteriormente, culmina invariablemente en acciones de la Administración en su relación con los articulares, sea mediante la suscripción de contratos públicos, el otorgamiento de concesiones administrativas o la emisión de actos administrativos unilaterales de autorización, permisos, licencias o registros.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 610 1/9/16 12:11

Con ellos se formaliza la relación jurídica entre los particulares y la Administración a los efectos de que aquellos puedan realizar actividades que están reservadas al Estado o sobre las cuales el legislador le ha dado potestades de control, a los efectos de que las mismas se cumplan de acuerdo con las políticas públicas. Dichos actos estatales, por supuesto, en el marco de un Estado de derecho y de la necesaria seguridad que debe existir en las relaciones jurídicas entre la Administración y los individuos, requieren de estabilidad jurídica para que se puedan desarrollar las actividades concedidas, contratadas, autorizadas, permitidas licenciadas o registradas en un todo de acuerdo con lo que los actos disponen en el marco de las políticas públicas. Por ello, en paralelo al régimen de dichas técnicas administrativas mencionadas, el derecho administrativo también ha desarrollado todo un régimen jurídico para asegurar que la vigencia y efectos de dichos actos no quede a la merced de los funcionarios, y se puedan garantizar los derechos concedidos, contratados, autorizados, permitidos, licenciados o registrados en los términos dispuestos en los actos respectivos.

Ello nos lleva a referirnos al régimen tanto de la rescisión unilateral de concesiones y contratos administrativos, como de la revocación de actos administrativos, también teniendo como punto de referencia el derecho positivo venezolano

1. Sobre la rescisión de contratos y concesiones administrativas

En aquellos casos en los cuales por el grado de reserva de la actividad o por la declaración de ciertos bienes como del dominio público, la actividad de los particulares que desarrollen actividades de explotación de recursos naturales renovables mediante concesión, está en general regulada en las leyes especiales o sectoriales respectivas, como sucede por ejemplo en Venezuela, con la Ley de Aguas, la Ley de Minas o la Ley de Bosques y Gestión Forestal para las concesiones de aprovechamiento de aguas, las concesiones mineras o las concesiones forestales. En las mismas, en específico se establecen las causales de rescisión unilateral, generalmente por incumplimiento del concesionario de sus obligaciones legales o contractuales.

Un régimen legal general y supletorio respecto de todas las concesiones administrativas se estableció, sin embargo, en 1999 mediante la un régimen

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 611 1/9/16 12:11

legal de carácter supletorio en materia de concesiones que es el establecido en la Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el régimen de Concesiones,[40] con cuya normativa se sustituyó el anterior régimen normativo que había sido establecido en el Decreto-Ley n. 138 sobre Concesiones de Obras Públicas y Servicios Públicos Nacionales de 1994,[41] el cual, a su vez, había sustituido el establecido en la vieja Ley sobre Concesiones de Obras en caso de Obras Viales y de Transporte de 1983.[42] Esta Ley Orgánica de Concesiones se dictó con dos objetivos básicos: por una parte, "establecer reglas, garantías e incentivos dirigidos a la promoción de la inversión privada y al desarrollo de la infraestructura y de los servicios públicos competencia del poder nacional, mediante el otorgamiento de concesiones"; y por la otra regular, con tal propósito, el régimen general aplicable a los contratos públicos de concesión.

Aún cuando en esta última materia, la Ley Orgánica se refirió específicamente a los contratos de concesión para la construcción y la explotación de obras de infraestructura y de servicios públicos, sin mencionar los contratos para la explotación de recursos naturales, con excepción de las concesiones para de saneamiento y de recuperación ambiental; sin embargo, en su artículo 4, dispone que sus normas son de aplicación supletoria respecto de todas las leyes relativas a concesiones, al disponer que "los contratos de concesión cuyo otorgamiento, administración o gestión se encuentre regulado por leyes especiales, se regirán preferentemente por dichas leyes, siendo de aplicación supletoria en tales casos las disposiciones de este Decreto-Ley." La referencia general de la Ley a los contratos de obra pública y de servicios públicos, por tanto, no excluye la posibilidad o necesidad de aplicación de sus normas en forma supletoria o analógica respecto de otras concesiones distintas reguladas en leyes especiales, como por ejemplo las concesiones forestales, de aguas o mineras, y en general, todas aquellas que tienen por objeto la promoción del desarrollo. Sobre esto la Ley Orgánica es precisa: esas concesiones reguladas

40 Decreto-Ley n. 318 de 17/9/1999, en Gaceta Oficial n. 5.394 Extra. de 25/10/1999. Véase en general los comentarios sobre la Ley en Alfredo Romero Mendoza (coordinador), (en colaboración con Jesús Caballero Ortiz, Manuel Rachadell, Víctor R. Hernández Mendible, Chris Brown, Christian C. D. Petersen, Andrés Germán Otero L., José Gómez Oriol, y Antonio Vives Llabres), Régimen Legal de las Concesiones Públicas. Aspectos Jurídicos Financieros y Técnicos. Colección Textos Legislativos n. 21, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000.

41 Gaceta Oficial n. 4.719 Extra de fecha 26/4/1994.

42 Gaceta Oficial n. 3.247 Extra de 26/8/1983.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 612 1/9/16 12:11

por leyes especiales, "se regirán preferentemente por dichas leyes [especiales]," siendo sin embargo "de aplicación supletoria en tales casos las disposiciones de la Ley Orgánica de Concesiones.

Ello, por lo demás, ya ha sido admitido así, por la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia la cual ha resuelto repetidamente que las previsiones del la Ley Orgánica particularmente en materia de terminación o rescate anticipado de concesiones, son de aplicación supletoria a todo tipo de concesiones y, en particular, respecto de las concesiones mineras reguladas en la Ley de Minas.[43] Un régimen general al respecto, en realidad, sólo encuentra regulación en el artículo 53 de dicha Ley Orgánica, no estando regulado en las leyes especiales destinadas a regular concesiones administrativas específicas, como por ejemplo es el caso de la Ley de Minas, la Ley de Bosques y Gestión Forestal o la Ley de Aguas.

Dicha norma establece, en efecto, la figura del rescatarse anticipado de las concesiones lo que debe decidirse necesariamente por el ente concedente mediante acto administrativo debidamente motivado, por causa de utilidad o interés público, en cuyo caso "procederá la indemnización integral del concesionario, incluyendo la retribución que dejare de percibir por el tiempo que reste para la terminación de la concesión," cuyo monto se deberá determinar entre las partes o mediante alguno de los mecanismos de solución de conflictos contemplados en el ordenamiento.

Lo importante del régimen del rescate anticipado de concesiones es que no se había regulado expresamente en el ordenamiento jurídico ni siquiera en las leyes especiales reguladoras de concesiones administrativas. Por ejemplo, como se dijo, en la Ley de Minas por ejemplo no se regula expresamente la posibilidad de la Administración de terminar anticipadamente las concesiones mineras por razones de interés general, sin que medie culpa alguna de los concesionarios. Ello, sin embargo, es cierto que no impedía la posibilidad de la rescisión unilateral del contrato en virtud de las llamadas "cláusulas

43 Así fue resuelto, por ejemplo, por dicha Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo en sentencias n. 1.836 de 7 de agosto de 2001 (Caso: *David Montiel Guillén* y *Oscar Montiel Guillén*), n. 1.447 de 8 de agosto de 2007 (Caso: *Minera la Cerbatana* C.A.), n. 1.929 de 27 de noviembre de 2007 (Caso: *Canteras El Toco* C.A.), n. 847 de 16 de julio de 2008 (Caso: *Minas de San Miguel,* C.A.), n. 395 de 24 de marzo de 2009 (Caso: *Unión Consolidada San Antonio* C.A.) y n. 1.468 de 2 de noviembre de 2011 (Caso: *Agrominera Suárez* C.A). Véase sentencia de la Sala Político Administrativa n. 1.468 de 2 de noviembre de 2011 (Caso: *Agrominera Suárez* C.A en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Noviembre/01468-31111-2011-2010-0945.html>

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 613 1/9/16 12:11

exorbitantes" del derecho común que existen en todos los contratos del Estado, y que permiten a la administración rescindirlos unilateralmente por razones de interés general; en cuyo caso, como la jurisprudencia del Tribunal Supremo lo ha reconocido, siempre debe mediar el pago al co-contratante de una indemnización o compensación por los daños y perjuicios que le cause tal rescisión unilateral.

Así, por ejemplo, lo expresó hace décadas la antigua Corte Federal, al indicar que "en el campo de acción de los contratos administrativos, y aunque no conste en las cláusulas de la convención, la rescisión unilateral de ellos, cuando así lo demandan los intereses generales y públicos, es una facultad que la Administración no puede enajenar ni renunciar."[44] La jurisprudencia de la antigua Corte Suprema, además, estableció que esta facultad de la Administración para rescindir unilateralmente el contrato, cuando así lo exija el interés general, no la exime, de una manera absoluta, de indemnizar al co-contratante cuando para éste, sin su culpa, se han derivado perjuicios de la rescisión. La indemnización en este caso, como cuando se trata de una expropiación por causa de utilidad pública o social, es la que esté conforme con la justicia y la equidad.[45]

Y esto es, precisamente, lo que se ha regulado en el artículo 53 de la Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen de Concesiones de 1999,[46] cuyo estándar basado en el principio de la responsabilidad de la Administración por sacrificio individual, se ha aplicado por la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa cuando las concesiones mineras son revoca-

44 Véase Corte Federal, sentencia de 12/11/1954, en *Gaceta Forense*. n. 6 (2ª Etapa), Caracas 1954, p. 193-194. Véase en BREWER-CARÍAS, Allan R. Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo. Tomo III, Vol. 2, Instituto de Derecho Público, Caracas 1977, p. 828-829

45 Véase Corte Federal, sentencia de 12/11/1954, en Gaceta Forense n. 6 (2ª Etapa), Caracas 1954, p. 204-206. Véase en BREWER-CARÍAS, Allan R. Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo. Tomo III, Vol. 2, Instituto de Derecho Público, Caracas 1977, p. 804-805.

46 Véase Gaceta Oficial n. 5.394 Extra del 25/10/1999. Los antecedentes normativos de esta previsión sobre rescisión unilateral de contratos estatales y el pago de indemnización, están en las, viejas Condiciones Generales de Contratación en los contratos de obra dictadas por la Administración, donde se indicaba que en los casos de terminación anticipada (artículo 115), conforme al artículo 116, el ente contratante debía pagar al contratista no sólo el valor de la obra ejecutada y de los materiales y equipos que hubiere adquirido para la obra, sino una indemnización conforme a unos porcentajes expresamente previstos; Esta figura de la rescisión unilateral de los contratos, fue luego recogida en la Ley sobre las concesiones de obra pública (artículos 79 y 80) y en materia de las concesiones municipales de servicios públicos o explotación de bienes, en el artículo 42 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 614 1/9/16 12:11

das por causas que no son imputables al titular de la concesión, para declarar la validez de los actos administrativos correspondientes.[47]

En efecto, en el caso de la Ley de Minas, la misma se limitó a establecer los casos específicos de extinción de las concesiones mineras, lo que no impide por supuesto la posibilidad de la Administración de revocar las concesiones mineras, o de ponerle fin anticipadamente a las mismas, cuando razones de interés general lo aconsejen, mediando el pago de una indemnización al concesionario por los daños y perjuicios que le cause ese rescate anticipado. En esta materia, por supuesto, se aplican todos los principios consolidados sobre la posibilidad de revocación de los actos administrativos irrevocables (creadores o declarativos de derechos a favor de particulares) por razones de mérito, respecto de lo cual la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de la Justicia, en sentencia de 11 de mayo de 2005, ha declarado que la consecuencia fundamental del principio de irrevocabilidad de los actos administrativos que crean derechos a favor de particulares, cuando son revocados en forma no autorizada por el ordenamiento legal, es que los titulares tienen "el derecho de recibir la compensación por daños y perjuicios causado a ellos por la revocación o la suspensión del acto"[48] como si se tratase de una expropiación de los derechos. El principio tiene su equivalente en materia de actos bilaterales como las concesiones cuando la administración adopta la decisión de poner término anticipadamente a la concesión, expropiando los derechos del concesionario. Se trata, además, de los mismos principios clásicos establecidos por la jurisprudencia y que son aplicados en materia de rescisión unilateral de los contratos del Estado por razones de interés general, en cuyo caso, siempre se reconoce la obligación de la Administración de resarcir al co-contratante por los daños y perjuicios que le cause la rescisión.

En el ordenamiento jurídico venezolano relativo a los contratos del Estado, sin embargo, no hay previsiones legales generales que regulen la forma

47 Véase la Sentencia n. 847 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 17/7/2008 (Caso *Minas San Miguel C.A.*), disponible en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Julio/00847-17708-2008-2005-5529.html>; Sentencia n. 395 de la misma Sala del 25/3/2009 (Caso *Unión Consolidada San Antonio*), disponible en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Marzo/00395-25309-2009-2005-5526.html>.

48 Véase la Sentencia n. 1,033 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 11/5/2000 (el Caso *Aldo Ferro García v. la marca comercial BESO*), disponible en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Mayo/01033-110500-13168.htm>.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 615 1/9/16 12:11

de establecer la indemnización que corresponde al contratista en caso de terminación anticipada de los contratos por razones de interés general, sin culpa del co-contratante; y ello tampoco se reguló por ejemplo, en la Ley de Minas respecto de los casos de terminación anticipada de concesiones mineras por razones de interés general. Es sólo en la Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen de Concesiones de 1999 donde se regula expresamente, dentro de las causales de extinción de las concesiones, este llamado "rescate anticipado" (Art. 46.d) de las mismas por causa de interés público, previendo el pago de la correspondiente indemnización integral del concesionario, "incluyendo la retribución que dejare de percibir por el tiempo que reste para la terminación de la concesión." Como se dijo, la Ley Orgánica en la norma, en realidad no hizo otra cosa que positivizar, a los efectos de las concesiones que regula, los principios que había desarrollado la jurisprudencia en materia de revocación de actos administrativos irrevocables (incluso los bilaterales) por razones de interés general, o de rescisión unilateral de contratos del Estado (contratos administrativos) por razones de interés general, mediando siempre el pago de indemnización por parte de la administración, por los daños y perjuicios causados al beneficiario del acto revocado o del contrato rescindido, en términos similares a los de una expropiación de derechos. Sin embargo, lo realmente innovador de la Ley Orgánica, fue el haber establecido un procedimiento específico, con participación activa del concesionario, para la determinación del monto de la indemnización que le corresponde en caso de rescate anticipado de concesiones; disponiendo que para tal efecto debe llegarse a un acuerdo de voluntades a ser formalizado entre el ente concedente y el concesionario, al aceptarse el "Pliego de Condiciones," en el cual de acuerdo con la Ley Orgánica, se deben establecer los "elementos o criterios que servirán para fijar el monto de la indemnización que haya de cubrirse al concesionario."

2. Sobre la revocación de los actos administrativos por razones de interés general

En materia de actos administrativos de autorización, licencias, permisos o registros otorgados a los administrados en virtud de las leyes especiales para la realización de actividades relacionadas con la explotación de recursos naturales, particularmente en los casos en los cuales ficha actividad no ha sido

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 616 1/9/16 12:11

reservada al Estado, su estabilidad está generalmente regulada en dichas leyes, mediante el establecimiento en las mismas de causales precisas de revocación de los mismos, generalmente por incumplimiento de sus obligaciones por parte del beneficiario o por razones de ilegalidad.

En cuanto a la posibilidad de revocación de dichos actos administrativos por razones de mérito o interés general, rige el régimen establecido en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 1981,[49] en la cual se dispone respecto de los actos administrativos de efectos particulares, que si los mismos crean o declaran derechos subjetivos o intereses legítimos a favor de determinadas personas, como precisamente son las autorizaciones, permisos, licencias o registros, una vez firmes, es decir, una vez que no pueden ser legalmente impugnados,[50] tienen los efectos de cosa juzgada (*cosa decidida*) administrativa, y la Administración no puede revocarlos. El principio es tal general, que de acuerdo con el artículo 19.2 de la misma Ley Orgánica, una de las causales de nulidad absoluta de los actos administrativos es "cuando resuelvan un caso precedentemente decidido con carácter definitivo y que haya creado derechos particulares."[51]

De estas normas resulta por tanto, que la irrevocabilidad de un acto administrativo se da cuando, p*rimero*, el acto administrativo sea de efectos particulares, pues los actos administrativos de efectos generales como los reglamentos por ejemplo, son esencialmente revisables y revocables;[52] *Segundo*, el acto administrativo cree o declare derechos o intereses a favor de particulares, pues

---

49 Véase en Gaceta Oficial n. 2.818 Extra de 1/7/1981. Sobre dicha Ley Orgánica véase BREWER-CARÍAS, Allan R. et al. Ley Orgánica de procedimientos Administrativos y legislación complementaria. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006; y BREWER-CARÍAS, Allan R. El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Principios del procedimiento Administrativo. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002.

50 Véase sobre las nociones de firmeza y definitividad de los actos administrativos, en BREWER-CARÍAS, Allan R. "Las condiciones de recurribilidad de los actos administrativos en la vía contencioso administrativa," en Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del Siglo XX, Homenaje al Profesor Enrique Sayagües Lazo, Vol. V, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid 1969, p. 743-769, y en la Revista del Ministerio de Justicia, n. 54, Año XIV, Caracas, enero-diciembre de 1966, p. 83-112.

51 Véase BREWER-CARÍAS, Allan R. "Comentarios sobre las nulidades de los actos administrativos," en la Revista de Derecho Público, n. 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1980, p. 45-50

52 Véase BREWER-CARÍAS, Allan R. "Los actos administrativos normativos como fuente del derecho en Venezuela, con especial referencia a los reglamentos ejecutivos," en MUÑOZ, Jaime Rodríguez Arana et al. (editores). El acto administrativo como fuente del derecho administrativo en Iberoamérica (Actas del VIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo), Congrex SA, Panamá 2009, p. 767-784

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 617 1/9/16 12:11

de lo contrario es esencialmente revisable y revocable por la administración (Art. 82 LOPA); *Tercero*, el acto administrativo debe ser firme, en el sentido de que no puede ser susceptible de impugnación, ni en vía administrativa ni en vía judicial; y *Cuarto*, el acto debe ser válido y efectivo, capaz de crear o declarar derechos subjetivos o intereses legítimos a favor de particulares individuales, de manera que si el mismo está afectado por vicios de nulidad absoluta no puede ser capaz de crear o declarar derechos, siendo esencialmente revocable (Art. 83 LOPA).

De lo anterior resulta, por tanto, que conforme al Artículo 82 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos la Administración tiene amplios poderes para revocar actos administrativos, por razones de mérito y en cualquier momento, siempre y cuando los mismos no hayan creado o declarado derechos subjetivos o intereses legítimos a favor de particulares. Inversamente, cuando un acto administrativo crea o declara dichos derechos o intereses, la misma Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos es categórica al prohibir su revocación por razones de mérito.

Así lo ha confirmado la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en Sentencia n. 1.033 del 11 de mayo de 2000 en la cual declaró que "La potestad revocatoria de la Administración se limita a los actos no creadores o declarativos de derechos a favor del particular, ya que, si se trata de actos creadores o declarativos de derechos, una vez firmes, los mismos no podrán ser revocados en perjuicio de sus destinatarios por la Administración, por razones de mérito."[53] En el mismo sentido, la misma Sala, la Sentencia n. 1.388 del 4 de diciembre de 2002, expresó "La revocatoria es utilizada en algunos casos por razones de mérito u oportunidad cuando el interés público lo requiere, y también en casos de actos afectados de nulidad relativa, que no hayan creado derechos subjetivos o intereses personales, legítimos y directos para un particular."[54]

---

53 Véase la Sentencia n. 01033 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 11/5/2000 (Caso *Aldo Ferro García v. la marca comercial KISS*), en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Mayo/01033-110500-13168.htm>.

54 Véase la Sentencia n. 1388 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 4/12/2002 (Caso *Iván Darío Badell v. Fiscal General de la República*), en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Diciembre/01388-041202-0516.htm>. Véase además, la sentencia de 14/5/1985 (Caso *Freddy Martín Rojas Pérez v. UNELLEZ*), en Gaceta Forense, n. 128, Vol. I, Caracas 1985, p. 299-318. Véase también BREWER-CARÍAS, Allan R.; ORTIZ-ALVAREZ, Luis. Las Grandes Decisiones de la Jurisprudencia Contencioso Administrativa. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1996, p. 617-619. Véase además en la Sentencia n. 1.033 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 618 1/9/16 12:11

La consecuencia de estos principios es que si la Administración pública, por razones de orden o interés público, a pesar de la prohibición de hacerlo, revoca actos administrativos que crean derechos individuales, contra la cosa juzgada administrativa, es lo mismo que expropiar los derechos creados por el acto y produce la obligación de pagar una compensación justa por los daños causados a las partes interesadas.

Por lo tanto, a pesar de que la regulación en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos es extrema en el sentido de que establece una prohibición absoluta de revocación respecto de aquellos actos que crean derechos individuales, sancionando dicha revocación con nulidad absoluta, si la Administración revoca el acto por razones de orden público o interés público, tendría que pagar compensación por los daños causados por la revocación. Esta es, por lo demás, la tendencia general en la legislación latinoamericana, donde la revocación de actos administrativos que crean derechos individuales se admite como una excepción si se acompaña del pago compensatorio. Por ejemplo, así se establece en las Leyes de Procedimientos Administrativos de Argentina (Art. 18), Perú (Art. 205) y Costa Rica (Art. 155). Ésta última va incluso más lejos, al declarar que si el acto revocatorio no reconoce y calcula la cantidad total que debe pagarse, entonces sería absolutamente nulo e inválido (Art. 155.1). En Honduras la Ley de Procedimientos Administrativos establece expresamente que la revocación de un acto administrativo sólo resulta en pago por compensación cuando así lo establece le ley (Art. 123).[55]

En Venezuela, también de acuerdo al principio general sobre la nulidad absoluta que afecta a los actos administrativos que revocan a otros que han creado o declarado derechos individuales (Artículo 19.2 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos), la única forma en la cual dicha nulidad absoluta quedaría "saneada" sería cuando la revocación abarca la compensación por la extinción del derecho, evidentemente con la motivación adecuada relacionada al interés público.

---

de Justicia del 11/5/2000 (Caso *Aldo Ferro García v. la marca comercial KISS*), en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Mayo/01033-110500-13168.htm>. En el mismo sentido, BREWER-CARÍAS, Allan R. El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1982; edición 1997, p. 223; MARTÍNEZ, Eloy Lares. Manual de Derecho Administrativo. Universidad Central de Venezuela, Caracas 1983, p. 216.

55 Véase en BREWER-CARÍAS, Allan R. Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina. Universidad del Rosario, Bogotá 2003, p. 33-42.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 619 1/9/16 12:11

De lo anterior resulta el principio de que incluso cuando los actos administrativos crean derechos o intereses individuales, la Administración podría revocarlos por razones de interés público siempre que medie el pago de una justa compensación, pues es evidente que no puede detenerse el poder de la Administración cuando debe hacerse prevalecer el interés público sobre el interés privado. Por tanto, en forma similar a la potestad expropiatoria que tiene la administración sobre cualquier tipo de bienes o derechos si así lo impone el interés público previamente declarado, mediando justa compensación, lo mismo rige en el caso de la revocación de actos administrativos creadores de derechos. El propósito de las disposiciones legales en Venezuela es sin duda proteger a los administrados contra el comportamiento arbitrario de la Administración al revocar sus actos sin motivos apropiados, pero ello no puede interpretarse en el sentido de que se elimine el poder de la Administración de poder revocar actos administrativos, incluso si estos han creado derechos individuales, sustituyendo el derecho creado por el acto revocado para la persona por el derecho a ser compensado por la pérdida sufrida con la revocación.

La doctrina española precisó hace años el mismo criterio respecto a la revocación de actos que crean derechos individuales. García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, por ejemplo, señalaron que "Un acto que declare derechos a favor de un administrado y que no presente vicios en su constitución no puede ser revocado de oficio por la propia Administración so pretexto de que el acto se ha convertido en inconveniente o inoportuno en un determinado momento;" agregando sin embargo que "una solución de equilibrio que garantizaría tanto al interés público como al de los particulares sería la de permitir la revocación por motivos de simple oportunidad o conveniencia, condicionándola, sin embargo, al reconocimiento y pago de un indemnización adecuada que compensase la pérdida de los derechos reconocidos por el acto revocado."[56] Agregaron, en todo caso, que para dicha solución sea viable requiere una disposición que permita la revocación por razones de mérito, la cual en cualquier caso debe reconocer los derechos de las personas afectadas a recibir una compensación, conforme al principio de responsabilidad administrativa por sacrificio individual o de pérdida de igualdad en presencia de cargas públicas.[57]

56 Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Vol. I, 6. ed., Editorial Civitas, Madrid 1994, p. 637.

57 Ídem.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 620 1/9/16 12:11

En conclusión, sólo los actos administrativos de efectos generales y los actos administrativos de efectos particulares que no crean o declaran derechos subjetivos a favor de una persona son revocables por razones de mérito o conveniencia. Excepcionalmente, la Administración puede revocar actos administrativos que crean derechos subjetivos o intereses legítimos a favor de particulares por razones de mérito u oportunidad, pero siempre mediando el pago de una justa compensación por la expropiación del derecho o interés. Este es el sentido de lo decidido por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de 11 de mayo de 2005, donde estableció que la revocación de "un acto administrativo creador o declarativos de derechos a favor de los particulares en forma no autorizada por el ordenamiento jurídico, da derecho a éstos a ser indemnizados por los daños y perjuicios que les cause la revocación o suspensión de los efectos del acto."[58] En la sentencia, en efecto se resolvió lo siguiente:

"la potestad declaratoria de nulidad que está prevista en el artículo 83 *ejusdem*, cuando autoriza a la Administración para que, en cualquier momento, de oficio o a instancia del particular, reconozca la nulidad absoluta de los actos por ella dictados. De allí que la Ley consagre la irrevocabilidad de los actos creadores de derechos a favor de los particulares, pero un acto viciado de nulidad absoluta –en sede administrativa- no es susceptible de crear derechos.

La consecuencia fundamental de este principio es que la revocación o suspensión de los efectos de un acto administrativo creador o declarativos de derechos a favor de los particulares en forma no autorizada por el ordenamiento jurídico, da derecho a éstos a ser indemnizados por los daños y perjuicios que les cause la revocación o suspensión de los efectos del acto."[59]

58 Véase la Sentencia n. 1.033 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de 11/5/2000 (Caso Aldo Ferro García v. la marca comercial KISS), en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Mayo/01033-110500-13168.htm>.

59 Ídem.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 621 1/9/16 12:11

VI. LA TÉCNICA ADMINISTRATIVA DE ASEGURAR LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL RÉGIMEN DE LOS RECURSOS NATURALES Y DEL AMBIENTE, EN PARTICULAR DE LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS

La técnica de derecho administrativo de asegurar la participación ciudadana en las tareas administrativas, que se ha venido desarrollando en forma dispersa en las últimas décadas,[60] puede decirse que ha encontrado una regulación concreta en relación con los pueblos y comunidades indígenas, incluso con amplio fundamento constitucional.

En la actualidad, en efecto, en casi todas las Constituciones recientes de América Latina se ha incorporado un amplio conjunto normativo en relación con los Pueblos y Comunidades Indígenas, garantizándoseles en especial, el derecho a la participación particularmente en materia de políticas públicas en materia de aprovechamiento de los recursos naturales. En tal sentido, por ejemplo, la Constitución venezolana de 1999 establece que

Artículo 120. El aprovechamiento de los recursos naturales en los hábitats indígenas por parte del Estado se hará sin lesionar la integridad cultural, social y económica de los mismos e, igualmente, está sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas. Los beneficios de este aprovechamiento por parte de los pueblos indígenas están sujetos a esta Constitución y a la ley.

Esta necesaria participación de los pueblos y comunidades indígenas en las decisiones sobre aprovechamiento de los recursos naturales en los hábitats indígenas por parte del Estado, mediante "información previa y consulta" a las comunidades indígenas respectivas, en particular se ha regulado en la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas de 2005,[61] en la cual se dispone

60 Véase BREWER-CARÍAS, Allan R. "El derecho administrativo y la participación de los administrados en las tareas administrativas". El Derecho Administrativo en Latinoamérica, Vol. II, Ediciones Rosaristas, Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, Bogotá 1986, p. 275-310.

61 Véase en Gaceta Oficial n. 38.344 de 27/12/2005.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 622 1/9/16 12:11

en forma general que el Estado debe promover y desarrollar acciones coordinadas y sistemáticas que garanticen la participación efectiva de los pueblos, comunidades y organizaciones indígenas en los asuntos nacionales, regionales y locales; garantizándose el derecho a los mismos, de participar directamente o a través de sus organizaciones de representación, en la formulación de las políticas públicas no sólo dirigidas a estos pueblos y comunidades, sino de cualquier otra política pública que pueda afectarles directa o indirectamente (Art. 6); y que el aprovechamiento por parte del Estado de los recursos naturales propiedad de la Nación en el hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas, está sujeto a la consulta previa a los mismos que estén involucrados, la cual debe ser suficientemente informada, fundamentada y libremente expresada por dichos pueblos y comunidades indígenas, conforme al procedimiento establecido en la Ley (Art. 54). La Ley, además, prohíbe la ejecución de actividades en el hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas que afecten grave o irreparablemente la integridad cultural, social, económica, ambiental o de cualquier otra índole de dichos pueblos o comunidades.

En relación con la mencionada consulta previa, el artículo 11 de dicha Ley Orgánica dispone que "toda actividad susceptible de afectar directa o indirectamente a los pueblos y comunidades indígenas, debe ser consultada aquellos involucrados. En particular, conforme a la misma norma, toda actividad de aprovechamiento de recursos naturales y cualquier tipo de proyectos de desarrollo a ejecutarse en hábitat y tierras indígenas, esta sujeta al procedimiento de información y consulta previa establecido en la Ley. Este procedimiento exige que los proyectos se presenten a dichos pueblos y comunidades indígenas involucrados, para que reunidos en asamblea decidan en qué medida sus intereses puedan ser perjudicados y los mecanismos necesarios que deben adoptarse para garantizar su protección (Art. 13). A tal efecto la ley regula con precisión la forma de presentación de los proyectos, con lapsos para ello, las reuniones previas que deben realizarse con los proponentes del proyecto, la forma cómo deben realizarse las asambleas, y los acuerdos que se adopten, que conforme a la ley, deben establecerse por escrito de mutuo acuerdo entre éstos y los proponentes, con las condiciones de su ejecución según el proyecto presentado (Arts. 16-18). La ley Orgánica incluso consagra expresamente el derecho de los pueblos y comunidades indígenas de poder intentar "la acción de amparo constitucional contra la actuación de cualquier institución pública, privada o de particulares, que inicien o ejecuten cualquier proyecto dentro

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 623 1/9/16 12:11

del hábitat y tierras indígenas sin cumplir con el procedimiento establecido" para las consultas previas, legitimándose además, a los mismos para "solicitar la nulidad de las concesiones o autorizaciones otorgadas por el Estado cuando los proponentes o encargados de la ejecución del proyecto, violen lo acordado con los pueblos y comunidades indígenas involucrados (Art. 19).

Esta consulta previa e informada para los pueblos y comunidades indígenas prevista en la Ley Orgánica, en los casos de exploración, explotación y aprovechamiento de los recursos naturales, conforme a la previsión expresa del artículo 59 de la Ley es obligatoria, so pena de nulidad del acto que otorgue la concesión. El contrato de concesión respectivo debe incluir las condiciones en que debe realizarse dicha exploración, explotación y aprovechamiento, de manera que en caso de incumplimiento de las condiciones de consulta y participación en la exploración, explotación y aprovechamiento de los recursos naturales y en la ejecución de los proyectos de desarrollo, o de ocurrir cambios no previstos en el diseño del proyecto original conocido, hace nulo el contrato de concesión y sin lugar a indemnización. A tal efecto, la Ley legitima a los pueblos indígenas, sus comunidades y organizaciones para ejercer las acciones judiciales y administrativas que correspondan para garantizar el respeto de este derecho.[59]

Además, y en especial en relación con el aprovechamiento de los recursos naturales en hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas, la Ley Orgánica, además de establecer el derecho de los pueblos y comunidades indígenas al uso y aprovechamiento sustentable y a la administración, conservación, preservación del ambiente y de la biodiversidad; y al aprovechamiento de las aguas, la flora, la fauna y todos los recursos naturales que se encuentran en su hábitat y tierras, para su desarrollo y actividades tradicionales (Art. 53).

Además, la Ley Orgánica garantiza a los pueblos y comunidades indígenas, en cuyo hábitat y tierras se ejecuten actividades de aprovechamiento de recursos naturales o proyectos de desarrollo por parte del Estado o particulares, directa o indirectamente, el derecho a percibir beneficios de carácter económico y social para el desarrollo de sus formas de vida, los cuales deben ser establecidos en el mecanismo de consulta previsto en la Ley (Art. 57).

New York, Junio 2013

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 624 1/9/16 12:11

REFERENCIAS

BREWER-CARÍAS, Allan R. Dismantling Democracy In Venezuela. The Chávez Authoritarian Experiment. Cambridge University Press, New York 2010;

"Los actos administrativos normativos como fuente del derecho en Venezuela, con especial referencia a los reglamentos ejecutivos," en ARANA MUÑOZ, Jaime Rodríguez et al. (editores). El acto administrativo como fuente del derecho administrativo en Iberoamérica (Actas del VIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo). Congrex SA, Panamá 2009.

"La estatización de los convenios de asociación que permitían la participación del capital privado en las actividades primarias de hidrocarburos suscritos antes de 2002, mediante su terminación anticipada y unilateral y la confiscación de los bienes afectos a los mismos", en MENDIBLE, Víctor Hernández (coordinador). Nacionalización, Libertad de Empresa y Asociaciones Mixtas. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, p. 123-188.

"The 'Statization' of the Pre 2001 Primary Hydrocarbons Joint Venbture Exploitations: Their Unilateral termination and the Assets' Confiscation of Some of the Former Private parties" en Oil, Gas & Energy Law Intelligence, <www.gasandoil.com/ogel/ ISSN: 1875-418X>, Issue Vol 6, Issue 2, (OGEL/ TDM Special Issue on Venezuela: The battle of Contract Sanctity vs. Resource Sovereignty, ed. By Elizabeth Eljuri), April 2008.

"La declaratoria de todas las aguas como del dominio público en el Derecho Venezolano" en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Montevideo, Nos. 3-4, año XXIII, Montevideo 1975, p. 157-169; *Ley de* Aguas, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008.

BREWER CARÍAS, Allan R. et al. Ley Orgánica de procedimientos Administrativos y legislación complementaria. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006.

"El régimen de participación del capital privado en las industrias petrolera y minera: desnacionalización y técnicas de regulación a partir de la Constitución de 1999", en VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. Allan

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 625 1/9/16 12:11

R. Brewer-Carías. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2004.

El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Principios del procedimiento Administrativo. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002.

El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1982; edición 1997.

"El régimen nacional de los hidrocarburos aplicable al proceso de la apertura petrolera en el marco de la reserva al Estado de la Industria Petrolera", en Funeda, La apertura petrolera, I Jornadas de Derecho de Oriente, Caracas, 1997, p. 145-172.

"Introducción general al régimen legal de la ordenación urbanística," en Ley Orgánica de Ordenación Urbanística. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1988.

"El derecho administrativo y la participación de los administrados en las tareas administrativas". El Derecho Administrativo en Latinoamérica, Vol. II, Ediciones Rosaristas, Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, Bogotá 1986.

"La planificación del desarrollo económico y social en Venezuela," en Estudios de Derecho Económico, Vol. IV, Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1983, p. 7-46.

"Aspectos organizativos de la industria petrolera nacionalizada", en Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración. Instituto de Derecho Público UCV, Vol. III, Tomo I, Caracas, 1981, p. 407 a 492.

"Introducción al Régimen Jurídico de las Nacionalizaciones en Venezuela", en Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración, Vol. III, 19721979, Tomo I, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1981, p. 23-44.

"Comentarios sobre las nulidades de los actos administrativos," en la Revista de Derecho Público, n. 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1980.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 626 1/9/16 12:11

El sistema de economía mixta. Libertad económica. Planificación y ordenación del territorio, (mimeo), Caracas 1980.

"Comentarios en torno a la nacionalización petrolera" en Revista Resumen, n. 55, Vol. V. Caracas, 1974, p. 22-24.

Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo, Tomo III, Vol 2, Instituto de Derecho Público, Caracas 1977, p. 804-805

"Las condiciones de recurribilidad de los actos administrativos en la vía contencioso administrativa," en Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del Siglo XX, Homenaje al Profesor Enrique Sayagües Lazo, Vol. V, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid 1969, p. 743-769.

Revista del Ministerio de Justicia, n. 54, Año XIV, Caracas, enero-diciembre de 1966, p. 83-112.

BREWER-CARÍAS, Allan R.; ORTIZ-ALVAREZ, Luis. Las Grandes Decisiones de la Jurisprudencia Contencioso Administrativa. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1996.

BREWER-CARÍAS, Allan R.; VILORIA V., Enrique. Sumario de las nacionalizaciones (hierro y petróleo). Ediciones Conjuntas, Editorial Jurídica Venezolana, Universidad Católica del Táchira, Caracas-San Cristóbal, 1985.

CONSEIL D'UROPE. Aménagement du territoire (Problème européen). Rapport de l'Assemblée Consultative, 1968.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo, Vol. I, 6ª Ed., Editorial Civitas, Madrid 1994.

HERNÁNDEZ, José Ignacio. "Disciplina jurídico-administrativa de la libertad económica. La doctrina actual entre la libertad económica y el Estado Social", en VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. Allan R. Brewer-Carías, El principio de legalidad y el ordenamiento jurídico-administrativo de la libertad económica, 3-5 Noviembre de 2004, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas 2000, p. 197.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 627 1/9/16 12:11

LAUBEDERE, André de. Droit public économique. Paris 1979.

Los comentarios sobre la Ley en Alfredo Romero Mendoza (coordinador), (en colaboración con Jesús Caballero Ortiz, Manuel Rachadell, Víctor R. Hernández Mendible, Chris Brown, Christian C. D. Petersen, Andrés Germán Otero L., José Gómez Oriol y Antonio Vives Llabres), Régimen Legal de las Concesiones Públicas. Aspectos Jurídicos Financieros y Técnicos, Colección Textos Legislativos n. 21, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000.

MARTÍNEZ, Eloy Lares. Manual de Derecho Administrativo. Universidad Central de Venezuela, Caracas 1983.

Jurisprudencia

Sentencia n. 1.033 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de 11/5/2000 (Caso *Aldo Ferro García v. la marca comercial KISS*), en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Mayo/01033-110500-13168.htm>.

Sentencia n. 1.388 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 4/12/2002 (Caso *Iván Darío Badell v. Fiscal General de la República*), en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Diciembre/01388-041202-0516.htm>.

Sentencia de 14/5/1985 (Caso *Freddy Martín Rojas Pérez v. UNELLEZ*), en Gaceta Forense, n. 128, Vol. I, Caracas 1985, p. 299-318.

Sentencia de 12/1/1954, en Gaceta Forense, n. (2ª etapa), Caracas 1954, p. 204-206.

Sentencia n. 847 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 17/7/2008 (Caso *Minas San Miguel C.A.*), disponible en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Julio/00847-17708-2008-2005-5529.html>.

Sentencia n. 395 de la misma Sala del 25/3/2009 (Caso *Unión Consolidada San Antonio*), disponible en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Marzo/00395-25309-2009-2005-5526.html>.

livro_DIREITO_AMBIENTAL.indd 628 1/9/16 12:11