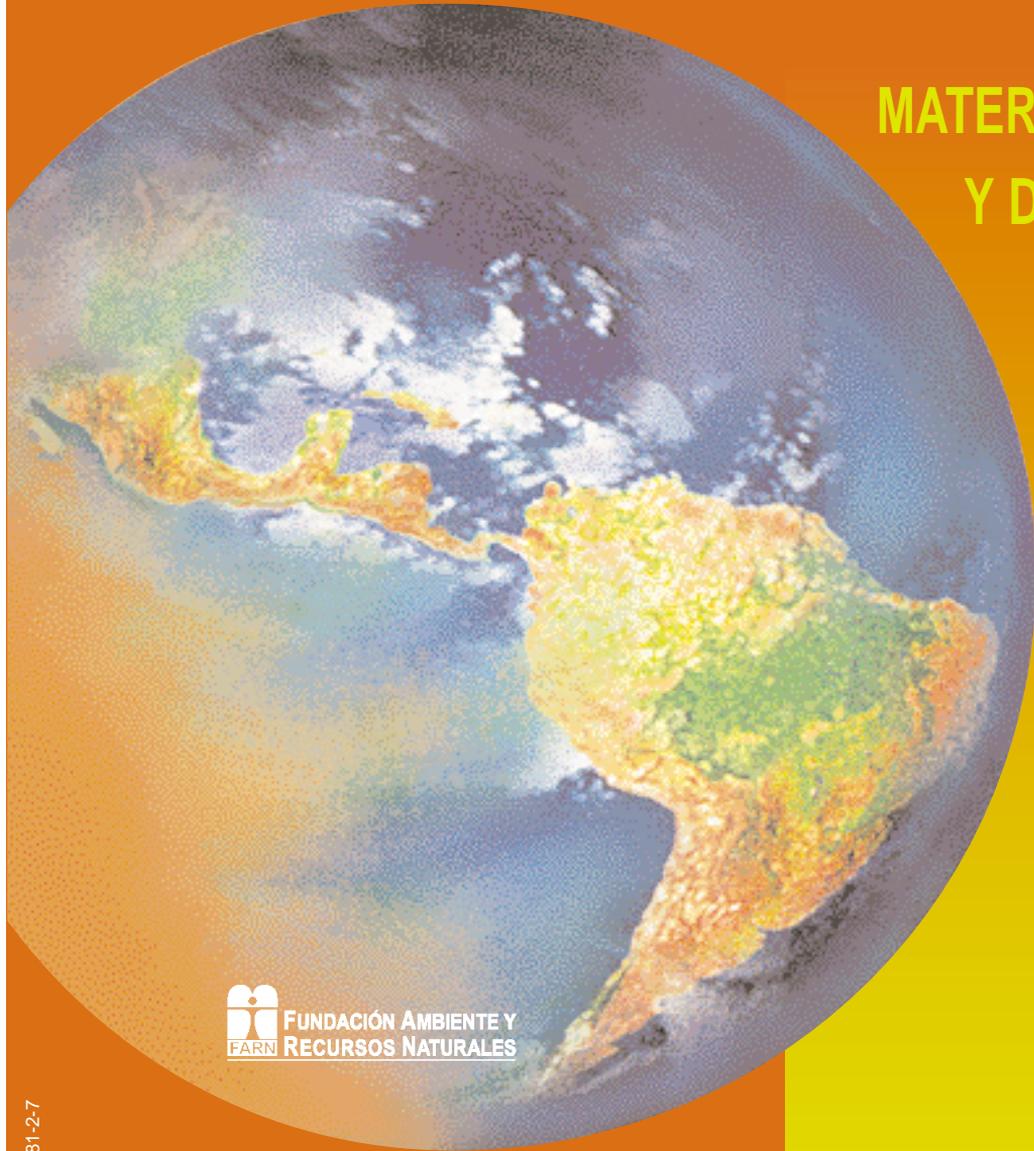


Simposio de Jueces y Fiscales de América Latina

*Aplicación y Cumplimiento
de la Normativa Ambiental*

MATERIAL DE TRABAJO
Y DECLARACIÓN DE
BUENOS AIRES



FARN FUNDACIÓN AMBIENTE Y
RECURSOS NATURALES

23 y 24 de septiembre de 2003
Buenos Aires - Argentina



Simposio de Jueces y Fiscales de América Latina

Aplicación y Cumplimiento de la Normativa Ambiental

MATERIAL DE TRABAJO Y DECLARACIÓN DE BUENOS AIRES

Edición a cargo de:

María Eugenia Di Paola

Guillermo Acuña - Antonio Azuela - Sylvia Bankobeza - Adriana Bianchi - Andrea Brusco - Silvia Cappelli - Mario Gustavo Costa - John C. Cruden - Carlos de Miguel - Sergio Dugo - Antonio Gustavo Gómez - Eduardo Pablo Jiménez - Neófito López Ramos - Vladimir Passos de Freitas - José Antonio Peláez Bardales - Daniel A. Sabsay - Juan Carlos Silva Opazo - Rossana Silva Repetto - Jarbas Soares Júnior - Roxana Sobenes - Enrique A. Viana Ferreira

Esta publicación contó con el apoyo de:



**FUNDACIÓN AMBIENTE Y
RECURSOS NATURALES**

Buenos Aires, 2003

Fundación Ambiente y Recursos Naturales

Área de Investigación y Capacitación

Programa Aplicación y Cumplimiento de la Normativa Ambiental

Monroe 2142, 1° B, (1428) Ciudad de Buenos Aires, Argentina

Tel/Fax: (54 11) 4783-7032 4787-3820/5919 4788-4266

Correo electrónico: medipaola@farn.org.ar

Web: www.farn.org.ar/investigacion/enforcement/

Simposio de jueces y fiscales de América Latina: aplicación y cumplimiento de la normativa ambiental / edición a cargo de María Eugenia Di Paola. - 1ª ed. - Buenos Aires: Fundación Ambiente y Recursos Naturales, 2004.

444 p., 30x21 cm.

ISBN 987-20681-2-7

1. Derecho Ambiental. I. Di Paola, María Eugenia, ed.
CDD 341.762

Diseño: **Marta Biagioli**

Diagramación y producción gráfica: **Pablo Casamajor**

bimajor@sinectis.com.ar

El contenido y la originalidad de los artículos de esta publicación es responsabilidad exclusiva de sus autores.

Las opiniones expresadas no necesariamente reflejan las de las instituciones organizadoras.

Esta publicación está disponible en forma gratuita en:

<http://www.farn.org.ar/docs/libros.html>

© 2003, Fundación Ambiente y Recursos Naturales

I.S.B.N. Nº 987-20681-2-7

Hecho el depósito que marca la ley 11.723

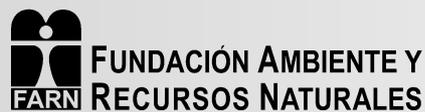
Impreso en Argentina

Este libro se terminó de imprimir en Talleres Gráficos Leograf S.R.L.

Rucci 408 - Valentín Alsina, Pcia de Buenos Aires en mayo de 2004.

COMITÉ ORGANIZADOR

Grupo Ejecutivo:



Grupo Asesor:



Con el apoyo del Programa de Visitantes
de la Embajada de los Estados Unidos de Norteamérica

ACERCA DE FARN

Creada en 1985, la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN) es una organización no gubernamental cuyo objetivo principal es *promocionar el desarrollo sustentable a través de la política, el derecho, y la organización institucional de la sociedad*. Los destinatarios del trabajo de FARN son, principalmente, los decisores públicos y privados.

Para el logro de sus objetivos, FARN trabaja en las siguientes áreas:

- Investigación y Capacitación, fomentando el estudio de los aspectos jurídicos e institucionales del desarrollo sustentable, la gobernabilidad y la política ambiental, la conservación y la problemática de la contaminación.
- Participación Ciudadana, difundiendo y promoviendo nuevas herramientas legales para que los ciudadanos participen activamente en la defensa de sus derechos ambientales.
- Comercio y Desarrollo Sustentable, impulsando iniciativas que aborden las vinculaciones entre el comercio, las inversiones y el ambiente en aras de un desarrollo sustentable.
- Información y Publicaciones, a través de su Centro de Información Jurídico-Ambiental, y de la publicación resultante de los proyectos desarrollados por la institución.

Las diferentes actividades de FARN se financian gracias al aporte de donantes privados (individuos, empresas, fundaciones nacionales y extranjeras), y de organismos públicos nacionales e internacionales.

EQUIPO DE TRABAJO

Daniel A. Sabsay, *Director Ejecutivo*

María Eugenia Di Paola, *Directora del Área de Investigación y Capacitación y editora de esta publicación*

María Esperanza Alonso, *Asistente del Área de Investigación y Capacitación y de esta publicación*

Natalia Machain, *Asistente del Área de Investigación y Capacitación y de esta publicación*

Ana María Kleinman, *Administradora Página Web, Área de Información y Publicaciones*

Florencia Celentano, *Asistencia logística*

Lawrence Wheeler, *Traductor*

Un agradecimiento especial a **Adriana Bianchi**, **Sergio Dugo**, **Vladimir Passos de Freitas** y **Rossana Silva Repetto**, por la colaboración brindada en el ámbito del Grupo Ejecutivo del Comité Organizador del Simposio.

ÍNDICE

Prólogo , por Daniel A. Sabsay	11
Comentarios iniciales , por Adriana Bianchi	13
Palabras de apertura , por Rossana Silva Repetto	15
El rol de los jueces y fiscales de América Latina en la aplicación y el cumplimiento de la normativa ambiental. Conclusiones del Diálogo Electrónico , por María Eugenia Di Paola	19
Agenda del Simposio de Jueces y Fiscales de América Latina	23
Panel inicial	
Valoración económica de la degradación ambiental, por Carlos de Miguel	27
Constitución y ambiente en el marco del desarrollo sustentable, por Daniel A. Sabsay	33
En torno a los fundamentos socio-culturales del derecho ambiental, por Antonio Azuela	45
Importancia das decisoes judiciais em relação ao ambiente. Experiencia do Brasil, por Vladimir Passos de Freitas	61
Capacitación de jueces y fiscales, motivación del interés en los temas ambientales (experiencias metodológicas y tendencias)	
Evaluación de las necesidades de América Latina y reuniones de planeamiento de jueces y fiscales, por Sylvia Bankobeza	69
El Poder Judicial y la sociedad civil. Aspectos del involucramiento de la sociedad civil en los procedimientos judiciales tendientes a una mejor aplicación y cumplimiento de la normativa ambiental. Espacios para la participación ciudadana en procesos en los que se ventila la defensa de intereses colectivos	
El principio de acceso a la información, participación y justicia en materia ambiental en América Latina: ¿nuevos espacios, nuevos derechos?, por Guillermo Acuña	77
La organización de la justicia y las competencias ambientales. Fueros generales y especializados. El rol de los jueces y fiscales en los procesos de integración regional	
Sistema constitucional argentino y distribución de competencias ambientales, por Eduardo Pablo Jiménez	87
Evaluación de la aplicación y el cumplimiento de la normativa ambiental por parte del Poder Judicial y del Ministerio Público. El acceso a la justicia ambiental, la eficacia del procedimiento judicial y la eficiencia de las decisiones ambientales. Indicadores.	
A atuação do Ministério Público por bacia hidrográfica e a experiência mineira, por Jarbas Soares Júnior	95
El acceso a la justicia ambiental, la eficacia del procedimiento judicial y la eficiencia de las decisiones ambientales. La experiencia de los tribunales argentinos, por Sergio Dugo, con la colaboración de Emilio Faggi	101

La acción civil y el proceso por daño ambiental en Latinoamérica (legitimación, medidas de urgencia y prueba, costos y costas, efectos de la sentencia).

Ação civil pública ambiental: a experiência brasileira, análise de jurisprudencia, <i>por Silvia Cappelli</i>	115
El concepto jurídico de medio ambiente. Comentario al fallo de primera instancia de 19 de diciembre de 2002, dictado en la causa Rol N° 612-99, caratulada "Fisco de Chile con Compañía Industrial Puerto Montt S.A.", <i>por Juan Carlos Silva Opazo</i>	131

Procesos constitucionales y protección ambiental en Latinoamérica (legitimación, medidas de urgencia y prueba, costos y costas, efectos de la sentencia).

Procesos constitucionales y protección ambiental en Latinoamérica. Legitimación, medidas de urgencia y prueba, costos y costas, alcance de la sentencia, <i>por Neófito López Ramos</i>	141
Estado, medio ambiente y proceso pertinente: de los deberes asumidos y de los derechos a la obtención de su efectivo cumplimiento (primer acercamiento a un derecho ambiental aplicable), <i>por Enrique A. Viana Ferreira</i>	153
El derecho ambiental en el Perú, <i>por José Antonio Peláez Bardales</i>	165

La acción penal ambiental (legitimación, medidas de urgencia y prueba, costos y costas, efectos de la sentencia)

La acción penal ambiental, <i>por Antonio Gustavo Gómez</i>	171
Ambiente, delito y proceso penal, <i>por Mario Gustavo Costa</i>	175
La acción penal ambiental (legitimación, medidas de urgencia y prueba, costos y costas, alcance de la sentencia), <i>por Roxana Sobenes</i>	187

La relación entre el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo para la aplicación y el cumplimiento de la normativa ambiental. Mecanismos de coordinación e interacción

Aplicación y cumplimiento de la normativa ambiental - Departamento de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica y el rol del Poder Judicial, <i>por John C. Cruden</i>	197
La relación entre el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo para la aplicación y cumplimiento de la normativa ambiental. Mecanismos de coordinación e interacción, <i>por Andrea Brusco</i>	203

Declaración de Buenos Aires 217

Lista de participantes

PRÓLOGO

por Daniel A. Sabsay*

La realización de una segunda actividad pública de carácter internacional, poco más de un año después de la Primera Conferencia Internacional sobre Aplicación y Cumplimiento de la Normativa Ambiental en América Latina, nos llena de satisfacción pues es una muestra cabal del progreso que se va consiguiendo en uno de los Programas que con mayor interés y dedicación estamos desarrollando en nuestra Fundación. Tal como expresáramos en la introducción a la publicación de la Primera Conferencia, consideramos que la efectiva implementación de los contenidos normativos son una demostración de que se ha conseguido el cumplimiento de las metas que les han dado razón de ser. Además, significa una clara señal a favor del fortalecimiento de las instituciones democráticas. Se trata nada menos que de ir logrando una cultura de respeto a la ley que permita que rijan el principio de legalidad, tan relegado en nuestras latitudes.

Pues bien, en esta oportunidad el evento estuvo centrado en el Poder Judicial, poniendo en marcha otro eje del programa, respecto del cual expresamos que la mirada debía estar puesta en él a fin de mejorar el acceso a la justicia y de contribuir en la labor de jueces y fiscales. Precisamente, éstos han sido los destinatarios del evento, con un entusiasmo y disposición que nos obliga a seguir la labor con toda la intensidad que ella merece. Se trató de dos Jornadas integradas por numerosas actividades, a las que concurrieron un número elevado de altos magistrados y fiscales provenientes de todas las regiones de América Latina.

Se trabajó sobre un abanico de temas, comprensivo de las más variadas cuestiones, de conformidad con una agenda que se fue precisando en el transcurso del Diálogo Electrónico que precedió al Simposio. Es de destacar, que gracias a ese interesante intercambio se llegó a la reunión con una gran parte de la labor ya encarada y sobretodo habiéndose logrado un invaluable terreno de entendimiento y espíritu de grupo que sin lugar a dudas permitió luego sacarle el máximo provecho al encuentro.

Como podemos apreciar en el índice de la obra se enfocaron cuestiones tan diversas, como capacitación,

justicia y sociedad civil, organización del poder judicial a la luz del contenido de la materia ambiental, el papel de jueces y fiscales en la aplicación y cumplimiento de la normativa ambiental, los procesos constitucionales, el daño ambiental, entre muchos otros aspectos. Las sesiones plenarias tuvieron un nivel poco común gracias a la brillantez y esmero en la preparación de las exposiciones de parte del destacado grupo de expositores. Los talleres en su totalidad tuvieron un funcionamiento impecable, calificativo que utilizamos debido a la numerosa asistencia que se registró en todos ellos, como así también a los extraordinarios productos logrados.

Comentario aparte merece la "Declaración de Buenos Aires". Se trata de un minucioso documento que fue redactado como producto de las actividades programadas, hecho que de por sí pone de manifiesto el nivel de trabajo y de compromiso alcanzados. El texto refleja la voz de "Jueces, Fiscales y Directores de Escuelas Judiciales, provenientes de distintos países de América Latina", comprometidos en la puesta en marcha de un vastísimo programa comprensivo de todos los temas que nos preocupan.

Queremos expresar nuestro especial reconocimiento al Instituto del Banco Mundial, División Ambiente y Recursos Naturales, que desde un principio nos apoya y permite que el Programa siga creciendo. Nuestro agradecimiento al Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, a la Comisión Económica para América Latina y el Caribe.

Por último queremos destacar la invaluable labor de María Eugenia Di Paola, María Esperanza Alonso y Natalia Machain quienes de manera sistemática y con entusiasmo consiguen llegar a las metas y entusiasmarnos a todos.

Hago votos para que sigamos creciendo pues el efectivo cumplimiento de políticas y de normas en nuestro campo de acción, permitirá que las futuras generaciones puedan gozar de un ambiente sano que procure una calidad de vida digna para quienes habitan nuestro planeta.

* Director Ejecutivo. Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN).

COMENTARIOS INICIALES

*por Adriana Bianchi**

El Instituto del Banco Mundial tiene el privilegio de colaborar con FARN, el PNUMA y diversas instituciones regionales latinoamericanas en la organización de este Simposio, el cual ha atraído la atención y participación de prestigiosas personas incluyendo jueces, personal judicial, profesores de institutos de capacitación judicial, diseñadores de políticas y ONGs.

La importancia del papel del Poder Judicial en la toma de decisiones dentro del ámbito medioambiental es crítica para el logro de un desarrollo sustentable. Además, el Poder Judicial sigue desempeñando un papel clave en la promoción del acceso a la justicia, la aplicación y el cumplimiento de la legislación medioambiental asegurando la participación pública. Asimismo, posee un rol de envergadura en la conjugación de las consideraciones ambientales y el desarrollo en las decisiones judiciales. Esta afirmación fue claramente respaldada en las discusiones y los resultados exitosos del Simposio Global de Jueces que se llevó a cabo en la ciudad de Johannesburgo en agosto del 2002. Co-

mo resultado de este evento, el PNUMA a través de sus oficinas regionales convocó a una serie de encuentros regionales entre jueces y fiscales con el objeto de desarrollar actividades a nivel regional y nacional para apoyar y fortalecer las instituciones legales y judiciales de la región, además de ayudar en sus respectivos roles y posiciones a muchas otras personas que trabajan en el ámbito del derecho ambiental.

Este Simposio constituye una parte integral de este programa y fue precedido por un muy relevante diálogo electrónico facilitado por FARN, el cual fue diseñado para promover un intercambio de experiencias y para identificar temas clave que contribuyeran al desarrollo del programa del Simposio. Aquellos que se han abocado a estos temas creen que es de esperar que la efectiva implementación de programas de desarrollo de capacidades para el Poder Judicial y el personal relacionado con el mismo lleve a resultados tangibles al apuntar a una más efectiva implementación de los principios de desarrollo sustentable.

* División Ambiente y Recursos Naturales, Instituto del Banco Mundial.

PALABRAS DE APERTURA

por Rossana Silva Repetto*

Si bien los objetivos concretos que nos congregaron en la hermosa ciudad de Buenos Aires el 23 y el 24 de septiembre de 2003 en el Simposio de Jueces y Fiscales de América Latina – Aplicación y cumplimiento de la normativa ambiental, fueron la identificación de necesidades y prioridades, la formulación de propuestas para poder encararlas y superarlas, así como el intercambio enriquecedor de experiencias y conocimientos en materia de capacitación y sensibilización en el campo del Derecho Ambiental, el fin último que nos llevó hasta allí fue el de la protección del medio ambiente y la promoción del desarrollo sostenible, en función de las necesidades de las generaciones presentes y de las futuras.

Dentro de los sofisticados y contradictorios escenarios modernos, la justicia va ocupando y *debe ocupar* en la medida en que los cambios legislativos, institucionales y de otra índole se lo permitan, el lugar que le corresponde en el esfuerzo colectivo que representa la protección de nuestro medio ambiente, para de esta manera dar paso a una sociedad “sosteniblemente” desarrollada.

En la Declaración del Milenio, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en septiembre de 2000, los jefes de Estado y de Gobierno participantes manifestaron su compromiso con el medio ambiente afirmando que “*no debemos escatimar esfuerzo alguno para liberar a todos los hombres y mujeres, y sobre todo a nuestros hijos y nietos, del peligro de vivir en un planeta al que las actividades humanas han causado daños irreparables y cuyos recursos no son ya suficientes para satisfacer sus necesidades*”,

Con estas mismas palabras inicia la Declaración, conocida como Principios de Johannesburgo, adoptada por más de 160 jueces y magistrados, representantes de más de 62 países del mundo, reunidos en la ciudad de Johannesburgo en agosto de 2002 en el Simposio Mundial de Jueces sobre el Desarrollo Sostenible y la Función del Derecho, organizado por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) y sus agencias e instituciones socias. Estos principios

constituyen, y no sólo teóricamente, un aporte al derecho ambiental, pues fueron entregados por el Magistrado Jefe de Sudáfrica, Sr. Arthur Chaskalson, al Secretario General de las Naciones Unidas, para su difusión y como aporte a la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible, celebrada en la misma ciudad de Johannesburgo días después del Simposio Mundial de Jueces.

En los Principios de Johannesburgo los jueces y magistrados presentes en el Simposio Mundial reconocen que la rápida evolución de los acuerdos ambientales multilaterales, las constituciones y las legislaciones nacionales relativas a la protección del medio ambiente requieren cada vez en mayor medida que los tribunales interpreten y apliquen los nuevos instrumentos jurídicos de forma coherente con los principios del desarrollo sostenible. Se reconoce así el trascendental rol de los jueces y se hace un llamado a las magistraturas del mundo a participar activamente en la protección del medio ambiente y en el logro del desarrollo sostenible, con sus tres pilares interrelacionados inevitable e indisolublemente, el social, el económico y el ambiental.

Posteriormente, se hace hincapié en que el frágil estado del medio ambiente mundial requiere que el Poder Judicial, en calidad de custodio del imperio de la ley, ejecute y aplique coercitivamente con decisión y sin temor las leyes internacionales y nacionales pertinentes que, en la esfera del medio ambiente y el desarrollo sostenible, contribuyan a la mitigación de la pobreza y el sostenimiento de una civilización duradera y aseguren que la generación presente goce de calidad de vida y la mejore para todas las personas, asegurando al mismo tiempo que no se comprometan los derechos y los intereses inherentes de las generaciones futuras. El llamado aquí es a la aplicación del principio de equidad intergeneracional, expresamente reconocido en la Cumbre de la Tierra, en Río, en 1992, pero ya destacado en Estocolmo en 1972, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano.

En los Principios de Johannesburgo se reconoce, asimismo, explícitamente otro principio contenido en la

* Coordinadora, Programa de Derecho Ambiental, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, Oficina Regional para América Latina y el Caribe.

Declaración de Río de 1992, el principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas, cuando los jueces y magistrados afirman que la desigualdad entre naciones poderosas y débiles en términos de su capacidad relativa y oportunidad de proteger el desarrollo sostenible y el medio ambiente mundial compartido impone en las primeras una mayor responsabilidad de proteger el medio ambiente mundial.

Los magistrados presentes en Johannesburgo expresaron su convicción de que la deficiencia de conocimientos, actitudes pertinentes e información sobre el derecho ambiental es uno de los principales contribuyentes a la falta de eficacia respecto de la ejecución, el desarrollo y la aplicación coercitiva del derecho ambiental; y apoyaron firmemente la opinión de que reviste carácter de urgencia fortalecer la capacidad de los magistrados, fiscales, legisladores y todas las personas que desempeñan un papel prominente a nivel nacional en el proceso de la ejecución, el desarrollo y la aplicación coercitiva del derecho ambiental, incluidos los acuerdos ambientales multilaterales, especialmente por conducto de procesos judiciales.

En este sentido convinieron en una serie de principios que deberían orientar al Poder Judicial, entre ellos un compromiso pleno de contribuir a la realización de los objetivos del desarrollo sostenible por conducto del mandato judicial de ejecutar, desarrollar y aplicar coercitivamente el derecho; la colaboración entre miembros de judicaturas y otras personas que participan en el proceso judicial dentro de todas las regiones y entre ellas; y la elaboración de un programa de trabajo sostenido en la esfera del derecho ambiental concentrado en la educación, la capacitación y la difusión de información, incluidos coloquios jurídicos a nivel regional y subregional.

Para la realización de esos principios propusieron que el respectivo programa de trabajo incluyera la mejora de la capacidad de quienes participan en el proceso de promover, ejecutar, desarrollar y aplicar coercitivamente la ley, tales como magistrados, fiscales, legisladores y otros actores; el fortalecimiento de la colaboración a nivel subregional, regional y mundial, para beneficio mutuo de todos los pueblos del mundo y el intercambio de información entre judicaturas nacionales, con miras a aprovechar sus conocimientos, experiencia y especialización; así como el establecimiento de un comité especial de jueces integrado por magistrados que representen distintas regiones geográficas, sistemas jurídicos y cortes y tribunales internacionales para mantener bajo examen y divulgar cuestiones emergentes de jurisprudencia ambiental y suministrar información al respecto, contemplando la prestación de apoyo por parte del PNUMA y sus organismos asociados a este comité, incluyendo a las organizaciones de la sociedad civil.

Como medio para el cumplimiento del Principio 10 de la Declaración de Río, identificaron también como parte del programa de trabajo la mejora del nivel de la par-

ticipación del público en la adopción de decisiones relativas al medio ambiente, el acceso a la justicia para la solución de controversias de carácter ambiental y la defensa y la aplicación coercitiva de los derechos ambientales, así como el acceso del público a la información pertinente.

Con relación al tema de la "justicia ambiental" resulta oportuno resaltar la definición preparada, ya en el año 2000, por los magistrados participantes en el Simposio Judicial sobre Derecho Ambiental y Desarrollo Sostenible: El Acceso a la Justicia Ambiental en América Latina, celebrado por el PNUMA/Oficina Regional para América Latina y el Caribe, del 26 al 28 de enero de 2000 en la Ciudad de México. Los señores jueces y magistrados formularon, en esa oportunidad, una declaración en la que definen la "justicia ambiental" como "la posibilidad de que los conflictos jurídicos de naturaleza ambiental puedan tener por parte de los órganos jurisdiccionales una solución expedita y completa, que contribuya, en la medida en que pueden hacerlo los tribunales de justicia, a la protección del medio ambiente y a la promoción del desarrollo sostenible".

Los jueces y magistrados latinoamericanos revisaron en esos días la manera cómo se ha ido impartiendo la justicia ambiental en los países de la región, en sus vertientes constitucionales, civiles, penales y administrativas. Llamó su atención y es, en efecto, digno de reconocimiento, la amplia recepción que los principios básicos de la protección del medio ambiente tuvo, en las últimas décadas del siglo XX, en las Constituciones Políticas de los países latinoamericanos. Esto coloca a los países de América Latina en una posición de vanguardia en el constitucionalismo moderno en el campo ambiental y proporciona una sólida base para el desarrollo de la legislación secundaria, así como para la propia labor de los jueces, que están llamados a garantizar la vigencia integral de las normas constitucionales, entre ellas las que se refieren al medio ambiente.

Señalan asimismo los jueces y magistrados latinoamericanos que la práctica judicial de los países de la región indica que muchos de los conflictos jurídicos que llegan a los tribunales de justicia no pueden ser resueltos satisfactoriamente para los litigantes y para la propia protección del medio ambiente. Se trata de problemas inéditos que requieren de soluciones también inéditas. En ese contexto, el examen realizado por ellos durante el evento, de numerosos casos judiciales, les permitió llegar a la conclusión que los jueces latinoamericanos han podido encontrar algunas soluciones novedosas, hasta donde lo permite la discrecionalidad que les concede la legislación vigente. No pocas veces, estas soluciones han terminado siendo incorporadas a la propia legislación. El derecho ambiental jurisprudencial se ha transformado pues de esta manera, en una importante fuente del derecho ambiental positivo.

Son también de la opinión que la tarea de los jueces en este campo seguirá siendo eminentemente creativa

y se requerirá un esfuerzo extraordinario de su parte para encontrar las soluciones que sean más apropiadas para el caso de que se trate. Esto exigirá una capacitación permanente de los jueces, que les permita estar a la altura de las exigencias propias de la materia, así como la eventual creación de tribunales especializados, donde ello resulte posible y necesario.

El tema de la necesidad de la actualización y entrenamiento de los jueces y otros actores jurídicos, en temas de derecho ambiental, ha sido resaltado en todos los simposios judiciales organizados regionalmente por el PNUMA, y culminados con el simposio Mundial de Johannesburgo. Como seguimiento a dicho Simposio Mundial, el Consejo de Administración del PNUMA adoptó en su pasada reunión de febrero de 2003, la decisión 22/17, que en su parte A hace un requerimiento al Director Ejecutivo del PNUMA para promover el mejoramiento del desarrollo de capacidades de los actores involucrados en el proceso de promoción, aplicación, desarrollo y cumplimiento del derecho ambiental a los niveles nacional y local, en particular hace referencia a jueces, fiscales, legisladores y otros actores jurídicos relevantes, con la finalidad que puedan realizar sus funciones sobre una base bien informada y contando con los necesarios conocimientos, información y materiales.

Es así como el Programa de Capacitación de Jueces y Fiscales en materia ambiental ha sido concebido, y comprende una serie de reuniones regionales destinadas a la identificación de las necesidades y prioridades en el mencionado campo para poder elaborar los planes de trabajo necesarios. La segunda parte del programa prevé la ejecución de dichos planes de trabajo a través de actividades de capacitación, principalmente a nivel nacional. El programa comprende la preparación de los materiales de capacitación necesarios y la creación de un portal en Internet donde se colocará jurisprudencia ambiental que será de utilidad a los jueces y magistrados del mundo en la resolución de sus respectivos casos.

Para finalizar estas reflexiones considero necesario citar las conmovedoras palabras utilizadas por los Jefes de Estado y de Gobierno de los países del mundo reu-

nidos en la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible, quienes en la Declaración Política de dicho evento señalaron que al inicio de la Cumbre los niños del mundo les habían hablado, de manera simple pero con una voz clara, sosteniendo que el futuro les pertenecía y que en consecuencia los habían retado a asegurarles que a través de sus acciones los niños heredarían un mundo libre de la indignidad y la indecencia ocasionadas por la pobreza, la degradación ambiental y los patrones de desarrollo insostenible.

Con estas palabras y este reto, expreso el reconocimiento del PNUMA y sus socios, el Instituto del Banco Mundial y la FARN, por la activa participación de los ilustres representantes de los Poderes Judiciales y Fiscales de la región en el Simposio de Jueces y Fiscales de América Latina – Aplicación y cumplimiento de la normativa ambiental, agradeciéndoles su colaboración, consejos y sabias recomendaciones, en la elaboración de los mencionados planes de trabajo, que nos permitirán apoyar el fortalecimiento de las capacidades de los jueces y fiscales de la región en materia de derecho ambiental.

Ha sido para el PNUMA un honor haber podido trabajar con tan importante audiencia y haber podido convocarla conjuntamente con el Instituto del Banco Mundial y en coordinación con la Fundación Ambiente y Recursos Naturales de la República Argentina (FARN). Agradecemos de manera muy especial a la FARN por su esmero y dedicación en el cuidado de cada uno de los detalles que hicieron posible la efectiva realización del Simposio de Jueces y Fiscales de América Latina – Aplicación y cumplimiento de la normativa ambiental. Es pues un ejemplo palpable de que la unión hace la fuerza y de que el trabajo y esfuerzo conjunto de los diferentes actores en el campo del Derecho Ambiental, contribuyen, sin lugar a dudas, a la protección de nuestra “casa mayor”, la Tierra.

Invito a los lectores a tener presente que el reto de la presente década del siglo XXI consiste en impulsar la aplicación del derecho ambiental – que ha dado grandes y significativos pasos en su evolución en América Latina-, como una rama del derecho ya consolidada y reconocida por su trascendencia y transversalidad.

EL ROL DE LOS JUECES Y FISCALES DE AMÉRICA LATINA EN LA APLICACIÓN Y EL CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA AMBIENTAL. CONCLUSIONES DEL DIÁLOGO ELECTRÓNICO

por María Eugenia Di Paola*

1. Introducción

El rol de los jueces y fiscales es fundamental para la aplicación y el cumplimiento de la normativa ambiental en América Latina. El Simposio Global de Jueces y la Primera Conferencia sobre Aplicación y Cumplimiento de la Normativa Ambiental en el año 2002 y la Declaración de México del año 2000, claramente enfatizaron la importancia que reviste la función de los magistrados en aras del logro del desarrollo sostenible.

El Diálogo Electrónico, desarrollado entre el 11 y el 29 de agosto de 2003, tuvo por objeto ahondar en la identificación y el análisis del rol de los jueces y fiscales en América Latina en la aplicación y el cumplimiento de la normativa ambiental. En tal sentido, han sido analizadas las dificultades que se presentan en torno a la intervención de los magistrados en conflictos sobre ambiente y desarrollo sostenible y las experiencias positivas y negativas de los distintos países, con la finalidad de poder construir una agenda que comprenda las necesidades y prioridades temáticas de la región.

Sus conclusiones no sólo presentan un valor en sí mismo, basado en el intercambio de opiniones y experiencias de jueces, fiscales y representantes del sector público, la sociedad civil y el sector académico; sino que también contribuyeron a la preparación y conformación de la agenda del Simposio de Jueces y Fiscales de América Latina - *Aplicación y Cumplimiento de la Normativa Ambiental*, que se llevó a cabo el 23 y 24 de septiembre de 2003 en la Ciudad de Buenos Aires, Argentina.¹

Las conclusiones generadas en este documento no hubieran sido posibles sin los aportes sumamente enriquecedores y constructivos de quienes han participado del diálogo.² Quiero también extender mi agradecimiento al equipo de trabajo con el cual realizamos esta actividad, en un esfuerzo conjunto de FARN y el Instituto del Banco Mundial.

2. Ejes temáticos

Los ejes temáticos resaltados a lo largo del diálogo han sido principalmente los relativos al contexto político, social y económico vivido por los jueces y fiscales de cada uno de los países latinoamericanos, también los relacionados al fortalecimiento de la función de dichos magistrados, a los aspectos cruciales del proceso judicial ambiental y al rol de la sociedad civil y los sectores técnicos y académicos en relación a los desafíos que presenta la problemática legal ambiental.

3. Dificultades y experiencias vinculadas al rol de los jueces y fiscales en materia de aplicación y cumplimiento de la normativa ambiental

Durante la 1ª etapa del diálogo, los participantes identificaron los problemas y necesidades relacionados al rol de los jueces y fiscales en materia de aplicación y cumplimiento de la normativa ambiental, considerando en este sentido la perspectiva de los magistrados como la de los distintos sectores de la sociedad.

En la 2ª etapa del diálogo, los participantes compartieron sus experiencias positivas y negativas relacionadas con las dificultades ya identificadas en la 1ª etapa. A continuación se presentan las dificultades y experiencias compartidas en relación a cada uno de los ejes temáticos señalados, a saber:³

- a) Contexto social, político y económico;
- b) Fortalecimiento de la función de los jueces y fiscales;
- c) Proceso Judicial Ambiental;
- d) Rol de la sociedad civil y de los sectores técnicos y académicos.

* Directora del Área de Investigación y Capacitación de FARN.

¹ Comité Organizador - Grupo Ejecutivo: PNUMA - Instituto del Banco Mundial, FARN – Argentina, Instituto para un Planeta Verde – Brasil. Grupo Asesor: INECE, Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, UICN, CEPAL, FIMA Fiscalía del Medio Ambiente - Chile, IDEA - Paraguay.

² Participantes del diálogo electrónico: Nestor Cafferatta, Mario Gustavo Costa, Marcelo Dolzany da Costa, Anderson Furlan Freire Da Silva, Ignacio Gei, Roxana Glerean, Antonio Gustavo Gomez, Bibiana Guevara, Gabriel D. Jarque, Marta Julia, Helena Liberatori, Ken Markowitz, Wendy Martinez Mejia, Andrés Nápoli, Ernesto Lechuga Pino, Zeida Noboa, Ramón Ojeda Mestre, Marcos Oliva Day, María Fabiana Oliver, Vladimir Passos de Freitas, Mariana Tognetti, José Antonio Trinidad Sena, and Juan Rodrigo Walsh.

³ Agradezco a Ma. Fabiana Oliver las sugerencias realizadas respecto del formato de presentación de las conclusiones.

EJE TEMÁTICO (A): Contexto social, político y económico:

Problema 1. La realidad social, política y económica marca prioridades distintas a la ambiental y otorga preeminencia a lo urgente o de corto plazo por sobre las decisiones de mediano y largo plazo.

Experiencia negativa:

- ▶ La política antidrogas efectuada mediante la aspersión de un hongo que ataca a la planta de coca, y que afecta, según denuncias de agricultores, a otros cultivos, perjudicando la armonía ecológica de las zonas selváticas de Perú (Perú).

Problema 2. Las estructuras tradicionales del derecho deben ser superadas y adaptadas para abordar una temática tan compleja como la ambiental.

Experiencias positivas:

- ▶ Sentencia por delito de resistencia a la autoridad en materia forestal que impone al autor una exposición informativa mensual en las escuelas cercanas a su domicilio y al lugar del delito. La exposición debe versar sobre las características de los bosques, su explotación racional, las especies autóctonas y los peligros de la extracción clandestina o abusiva (Pcia. de Córdoba, Argentina).
- ▶ Consideración de penas alternativas a condenados por delitos ambientales, tales como la divulgación de mensajes de protección ambiental a través de la televisión, o el cuidado de animales en reservas de protección ambiental (Brasil).

Experiencias negativas:

- ▶ Retrasos para determinar la competencia de los juzgados en materia de pesca ilegal marítima de una especie en peligro de extinción- merluza negra (Pcia. de Santa Cruz, Argentina).
- ▶ Retrasos para determinar la competencia de los tribunales en temas ambientales (Pcia. de Buenos Aires, Argentina).

Problema 3. Las decisiones ambientales deben contar con respaldo económico, técnico y voluntad política.

Experiencia positiva:

- ▶ Luego de casi 5 años de funcionamiento, el cierre de la fábrica de fideos instalada en una reserva ecológica –Pantanos de Villa en Lima–, al descubrirse, con la caída del régimen de Fujimori, que las licencias de construcción y operación, habían sido obtenidas mediante actos corruptos y sentencias judiciales manipuladas, cuyos jueces se encuentran actualmente privados de la libertad. (Municipalidad de Lima Metropolitana, Perú).

EJE TEMÁTICO (B): Fortalecimiento de la función de los jueces y fiscales:

Problema 1. El rol que desempeñan los jueces y fiscales en materia de ambiente y desarrollo sostenible, merecer ser apoyado y considerado en el marco de un enfoque y análisis interdisciplinario e intersectorial.

Problema 2. El fortalecimiento de la función que cumplen los jueces y fiscales debe incluir el control de una administración ambiental eficiente y la coordinación de esfuerzos entre el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo.

Problema 3. La toma de conciencia y capacitación de jueces y fiscales constituye un pilar fundamental no sólo respecto de los conflictos ambientales en general sino también, respecto de la resolución de los delitos ambientales complejos.

Experiencias positivas:

- ▶ Reunión de los Fiscales Federales del Norte Argentino (Argentina).
- ▶ Crecimiento de la demanda de ámbitos de capacitación para jueces y fiscales. Seminarios y Cursos de Capacitación brindados por Instituciones Académicas y Organizaciones de la sociedad civil especializadas (Argentina).
- ▶ Consideración de la protección ambiental por sobre la influencia de factores económicos. Decisión judicial que impuso el cierre de la "Estrada do Colono" ruta en medio del Parque Nacional Iguazú (Brasil).

Problema 4. Dadas las características de la temática ambiental, resultaría atendible considerar la constitución de fueros especializados.

EJE TEMÁTICO (C): Proceso judicial ambiental:

Problema 1. La normativa ambiental es profusa y difusa en algunos casos. En este sentido, debe incorporar elementos que la tornen eficaz y eficiente.

Problema 2. Tanto las metodologías de valoración del ambiente y de los recursos naturales, como así también del costo de su degradación, deben ser consideradas en los procesos judiciales.

Experiencia negativa:

- ▶ Las técnicas de valoración en los estrados judiciales son motivo de controversia económica (Colombia).

Problema 3. El marco jurídico debe fortalecer sus distintas facetas e incentivar la protección del ambiente, constituyendo a la sanción penal como "ultima ratio".

Experiencia negativa:

- ▶ Falta de consideración del Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental en algunos proyectos de Buenos Aires. Ejemplo: Audiencia en la que se decidió si el Aeroparque de la Ciudad de Buenos Aires debía o no trasladarse – no consideró el tema ambiental (Ciudad de Buenos Aires, Argentina).

Problema 4. El acceso a la justicia en materia ambiental debe ser garantizado.

Experiencias positivas:

- ▶ Reconocimiento de la legitimación del Ministerio Público con relación a la varadura de barcos obsoletos en las costas patagónicas –en primera instancia– (Pcia. de Santa Cruz, Argentina).
- ▶ Reconocimiento de la legitimación del Ministerio Público en el caso de un electroducto de alta tensión que afectaba paisajísticamente la región –en segunda instancia– (Pcia. de Buenos Aires, Argentina).

Problema 5. Generalmente, en los litigios ambientales, las partes cuentan con disímiles capacidades y recursos.

Problema 6. La complejidad técnico-científica de los conflictos ambientales impacta sobre la capacidad probatoria del proceso.

Problema 7. Existe un alto costo en materia de pruebas y costas del proceso ambiental.

Experiencias positivas:

- ▶ Trabajo conjunto de fiscales y miembros de la Gendarmería Nacional respecto del rastreo, recolección de muestras e identificación de posibles imputados (Pcia. de Tucumán, Argentina).
- ▶ Trabajo conjunto de fiscales y miembros de las fuerzas de seguridad para llevar a cabo relevamientos en los distintos cuerpos receptores (Pcia. de Buenos Aires, Argentina).
- ▶ Pedido de información al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en virtud del sistema de libre acceso a la información, producción de la misma por el Gobierno y su utilización en el proceso por ruidos a la Autopista 25 de Mayo (Ciudad de Buenos Aires, Argentina).

Problema 8. Las sentencias ambientales ofrecen en algunos casos dificultades para tornar efectiva su ejecución.

Experiencia positiva:

- ▶ Limpieza de un terreno céntrico de la Ciudad de Bahía Blanca contaminado con Cromo Hexavalente, cuyo generador era insolvente, con maquinarias y personal de entes públicos, enviando los barros a tratar de conformidad a la normativa vigente (Pcia. de Buenos Aires, Argentina).

EJE TEMÁTICO (D): Rol de la sociedad civil y de los sectores privado y académico:

Problema 1. La sociedad en su conjunto debe tomar conciencia, acceder a información y educación relativa a normativa, conflictos y el rol de los jueces y fiscales en temas ambientales.

Experiencias positivas:

- ▶ Rol de ONG en relación al empetrolamiento de pingüinos (Pcia. de Chubut, Argentina)
 - ▶ Problemas ambientales graves (escapes de cloro y amoniaco) han contribuido a sensibilizar a la población y a la posibilidad de peticionar a las autoridades la realización de controles más eficientes (Pcia. de Bs. As., Argentina).
-

Problema 2. Debe garantizarse la participación del sector técnico y de la sociedad civil en la resolución de los conflictos ambientales.

Experiencia positiva:

- ▶ Intervención de técnicos universitarios en la evaluación de la oportunidad y conveniencia de remediar un ecosistema único contaminado por un derrame de hidrocarburos –se decidió que sería más perjudicial remediar– (Pcia. de Buenos Aires, Argentina).
-

AGENDA DEL SIMPOSIO

PRIMER DÍA – MARTES 23 DE SEPTIEMBRE

8:30 hs. Acreditación.

9:00 hs. Apertura del encuentro.

Actividad abierta al público.

■ **Dr. Homero Bibiloni**, Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación.

■ **Dra. Rossana Silva Repetto**, PNUMA.

■ **Dra. Adriana Bianchi**, Instituto del Banco Mundial.

■ **Dr. Daniel A. Sabsay**, FARN.

9.30 hs. Conclusiones del Diálogo Electrónico.
Metodología del Simposio.

■ **Dra. María Eugenia Di Paola**, FARN.

10:00 hs. - Panel inicial.

■ **Dr. Carlos de Miguel**, CEPAL.

Valoración económica de la degradación ambiental y su importancia para la toma de decisiones.

■ **Dr. Daniel A. Sabsay**, FARN.

Los mecanismos de protección legal-institucional del ambiente. Experiencia de Argentina.

■ **Dr. Antonio Azuela**, UNAM.

Los aspectos básicos de la política ambiental. Experiencia de México.

■ **Dr. Vladimir Passos de Freitas**, Presidente del Tribunal Federal – 4º Región de Brasil.

Importancia de las decisiones judiciales en relación al ambiente. Experiencia de Brasil.

12:30 hs. - Almuerzo.

14:00 hs. - Talleres simultáneos de jueces y fiscales – *Por invitación.*

I. **Capacitación de jueces y fiscales, motivación del interés en los temas ambientales (experiencias metodológicas y tendencias).**

Expositores: **Dr. Ernesto Lechuga Pino**, Director de la Academia de la Magistratura de Perú y **Dra. Silvia Bankobeza**, PNUMA.

Facilitadoras: **Dra. María Fabiana Oliver**, FARN y **Dra. María del Carmen García**, FARN.

II. **El Poder Judicial y la sociedad civil. Aspectos del involucramiento de la sociedad civil en los procedimientos judiciales tendientes a una mejor aplicación y cumplimiento de la normativa ambiental. Espacios para la participación ciudadana en procesos en los que se ventila la defensa de intereses colectivos.**

Expositores: **Dr. Antonio Herman de Vasconcellos Benjamin**, Instituto para un Planeta Verde, Brasil y **Dr. Guillermo Acuña**, CEPAL.

Facilitadora: **Dra. Sheila Abed**, IDEA, Paraguay.

III. **La organización de la justicia y las competencias ambientales. Fueros generales y especializados. El rol de los jueces y fiscales en los procesos de integración regional.**

Expositores: **Dr. Eduardo Pablo Jiménez**, Juez Federal de 1º Instancia de Mar del Plata, Argentina.

Facilitador: **Dr. Carlos Chirinos**, SPDA, Perú.

IV. **Evaluación de la aplicación y el cumplimiento de la normativa ambiental por parte del Poder Judicial y del Ministerio Público. El acceso a la justicia ambiental, la eficacia del procedimiento judicial y la eficiencia de las decisiones ambientales. Indicadores.**

Expositores: **Dr. Jarbas Soares Junior**, Fiscal Minas Gerais, Brasil y **Dr. Sergio Dugo**, Juez de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Argentina.

Facilitador: **Dr. José Ignacio Pinochet**, FIMA, Chile.

17:00 hs. - Presentación Portal UICN - **Dr. Alejandro Iza**, Centro de Derecho Ambiental de UICN.

17:30 hs. - **Plenario: conclusiones de los talleres de jueces y fiscales** - *Actividad abierta al público.*

18:00 hs. - Entrega del **Premio de Monografía “Adriana Schiffrin”** sobre Gobernabilidad para el Desarrollo Sustentable - *Actividad abierta al público.*

SEGUNDO DÍA - MIÉRCOLES 24 DE SEPTIEMBRE

9:00 hs. - Explicación del desarrollo de la Jornada.

9:15 hs. - Talleres simultáneos de jueces y fiscales
- *Por invitación.*

V. **La acción civil y el proceso por daño ambiental en Latinoamérica (legitimación, medidas de urgencia y prueba, costos y costas, efectos de la sentencia).**

Expositores: **Dra. Silvia Cappelli**, Procuradora de Justiça - Coordinadora do Centro de Apoio de Defesa do Meio Ambiente do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Brasil y **Dr. Juan Carlos Silva Opazo**, Juez del Juzgado de Letras y Garantía de Calbuco, Chile.

Facilitador: **Dr. José Ignacio Pinochet**, FIMA, Chile.

VI. **Procesos constitucionales y protección ambiental en Latinoamérica (legitimación, medidas de urgencia y prueba, costos y costas, efectos de la sentencia).**

Expositores: **Dr. Arturo Ramírez Sánchez** en representación del **Dr. Neófito López Ramos**, Juez de la Suprema Corte de Justicia de México, **Dr. Enrique A. Viana Ferreira**, Fiscal Letrado de la República de Uruguay y **Dr. José Antonio Peláez Bardales**, Fiscal Supremo Adjunto en lo Penal, Perú.

Facilitador: **Dr. Carlos Chirinos**, SPDA, Perú.

VII. **La Acción penal ambiental (legitimación, medidas de urgencia y prueba, costos y costas, efectos de la sentencia).**

Expositores: **Dr. Mario Gustavo Costa**, Juez Penal Federal, Argentina; **Dr. Antonio Gustavo Gómez**, Fiscal Federal, Argentina; **Dra. Roxana Sobenes**, Fiscal Ambiental, Guatemala; **Dr. José Antonio Peláez Bardales**, Fiscal Supremo Adjunto en lo Penal, Perú y **Dr. Ricardo Merlo Faella**, Agente Fiscal Penal de la Unidad Penal Especializada Ambiental, Paraguay.

Facilitadora: **Dra. Sheila Abed**, IDEA, Paraguay.

VIII. **La relación entre el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo para la aplicación y el cumplimiento de la normativa ambiental. Mecanismos de coordinación e interacción.**

Expositores: **Dr. John Cruden**, Vice-Procurador General y Director de la División de Recursos Naturales y Ambiente del Departamento de Justicia de los Estados Unidos y **Dra. Andrea Brusco**, Directora de Promoción Ambiental y del Desarrollo Sustentable, Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación.

Facilitadoras: **Dra. María Fabiana Oliver**, FARN y **Dra. María Marcela Flores**, Especialista sectorial adjunto en aspectos jurídicos e institucionales FRE-PLATA (Proyecto de protección del Río de la Plata y su frente marítimo - CARP CTMFM - GEF - PNUD).

12:30 hs. - Almuerzo.

14:00 hs. - Continuación de los talleres de jueces y fiscales.

17:00 hs. - Presentación del concurso "Monografías para Jueces y Fiscales Latinoamericanos y Caribeños (Enfoque en Derecho Ambiental)", organizado por PNUMA.

17:15 hs. – Plenario: conclusiones de los talleres de jueces y fiscales – *Actividad abierta al público.*

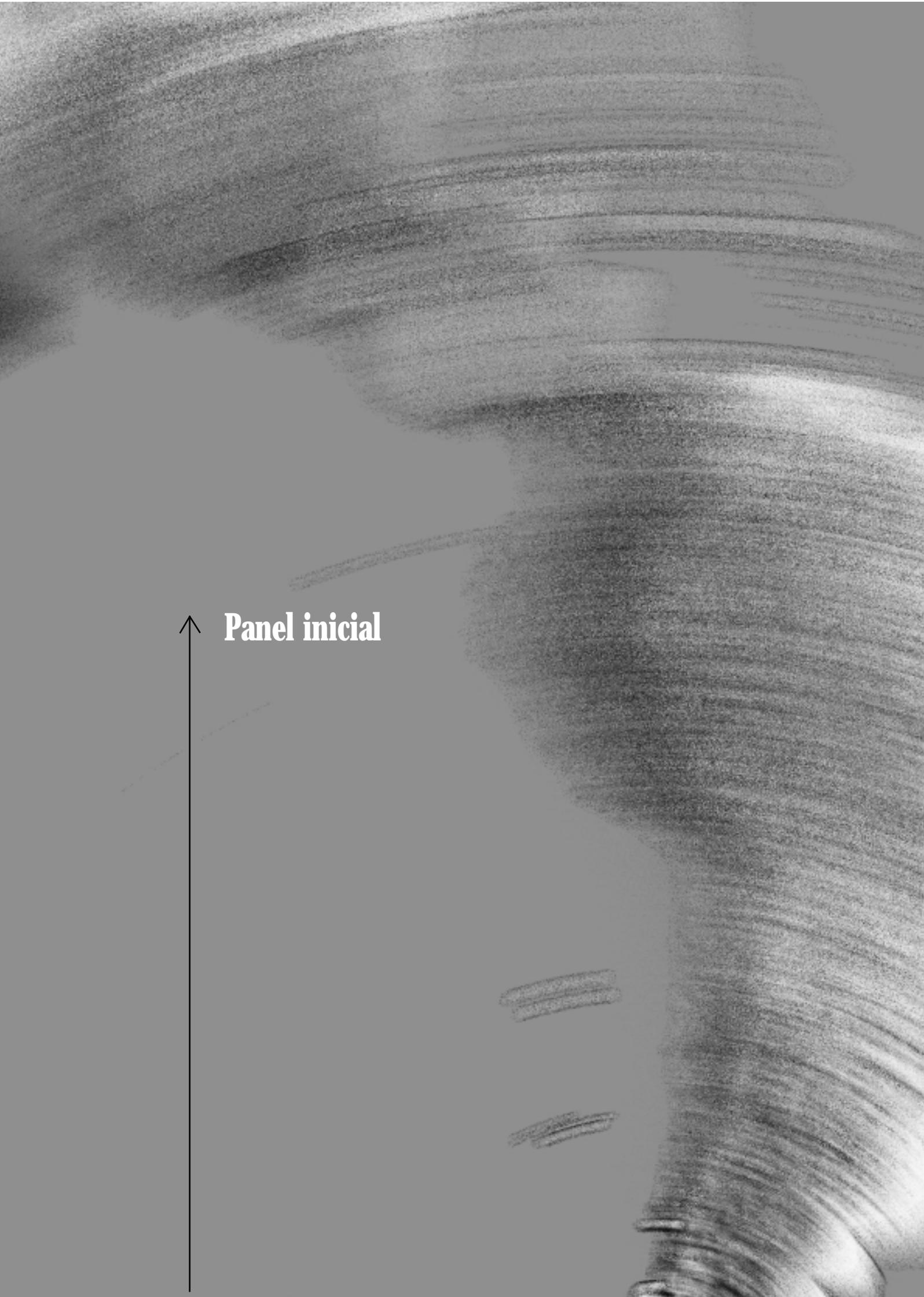
18:00 hs. - Cierre del Simposio – *Actividad abierta al público.*

■ **Dr. Sergio Dugo**, Juez de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Argentina.

■ **Dra. Rossana Silva Repetto**, PNUMA.

■ **Dra. Adriana Bianchi**, Instituto del Banco Mundial.

■ **Dr. Daniel A. Sabsay**, FARN.

The image shows a grayscale, hand-drawn sketch of a hand or a similar anatomical structure. The drawing is composed of numerous overlapping, textured strokes, likely made with charcoal or a similar medium. The strokes are dense and layered, creating a sense of depth and shadow. A vertical black arrow points upwards from the bottom left towards the text 'Panel inicial'. The text is in a bold, serif font. There are also some faint, horizontal strokes in the lower right area of the sketch.

Panel inicial

VALORACIÓN ECONÓMICA DE LA DEGRADACIÓN AMBIENTAL

por Carlos J. de Miguel *

1. Marco general y principios básicos

Desde que en 1987 la Comisión Brundtland acuñó el término **desarrollo sostenible** como aquel desarrollo que permite satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer la satisfacción de las necesidades de las generaciones futuras, y se adoptó un enfoque integral para el tema ambiental, las estrategias de desarrollo sostenible se han convertido en un factor indiscutiblemente importante en la mayoría de los gobiernos. De hecho, en la mayor parte de las cartas magnas del mundo se puede reconocer este concepto y los derechos y deberes que de él se derivan. Por ejemplo, la Constitución Nacional de la República Argentina, establece en su artículo 41 que “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo”, y la Constitución de la Provincia de Buenos Aires determina que “Los habitantes de la provincia tienen el derecho a gozar de un ambiente sano y el deber de conservarlo y protegerlo en su provecho y en el de las generaciones futuras” (Art. 28). En definitiva, el derecho al medio ambiente es un derecho fundamental del ser humano y el Estado tiene la obligación de tutelarlos adecuadamente.

La legislación ha permitido traducir en un cuerpo normativo, que establece las reglas de juego para los distintos actores, esa expresión consensuada de voluntades que conforma cada constitución, donde la temática ambiental es cada vez más relevante. Relevancia que se ha hecho palpable en los últimos años con el desarrollo de la institucionalidad ambiental y de los marcos normativos, en crecientes acciones judiciales (para reparar el medio ambiente dañado o para indemnizar por los perjuicios causados por la degradación de la calidad ambiental), en el avance de las técnicas de valoración ambiental y en la aplicación de

instrumentos y sistemas de incentivos económicos a la gestión del medio ambiente y los recursos naturales, entre otros. En ese sentido, el marco jurídico es otro instrumento de las políticas públicas para el medio ambiente, al igual que los son los económicos.

Sin embargo, cuando se trata de aplicar y hacer cumplir la normativa ambiental, lo que en muchos casos nos lleva a entablar acciones judiciales, aparecen una serie de vacíos, indefiniciones, debilidades, que no se encuentran en otras áreas legales. Una de las principales debilidades de los juicios por daño ambiental es la dificultad de valorar económicamente el daño producido. Son, por tanto, cada vez más claras las sinergias positivas de una mayor interacción y entendimiento mutuo entre economistas y abogados encargados de velar por esta área del desarrollo sostenible. Además, existen elementos que facilitan la cooperación, como son la utilización común de algunos principios “ambientales” internacionalmente aceptados, entre los que destacaremos el principio precautorio y el principio del contaminador-pagador. Incluso en el propio concepto de desarrollo sostenible, que tiene al ser humano y a la igualdad intergeneracional como su enfoque principal, subyace en cierta forma un enfoque antropocéntrico que es compartido, con ciertos matices que se explicarán más adelante, por la naturaleza jurídica del daño ambiental y por la valoración económica del medio ambiente. Así, cuando se habla de daño ambiental desde un punto de vista jurídico, en principio, se está pensando en un daño patrimonial, no en un daño ético o moral. Por su parte, cuando se valora económicamente el medio ambiente se busca obtener un indicador de su importancia en el bienestar de la sociedad, es decir, su aptitud para proporcionar utilidad que es valorada por los seres humanos.¹

La valoración económica se fundamenta en la teoría económica del bienestar, basada en las preferencias de los individuos y en la posibilidad de sustitución entre bienes para alcanzar la combinación que mejor satisface nuestras necesidades. Ante cambios en la pro-

* Oficial de Asuntos Económicos de la Secretaría Ejecutiva Adjunta de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).

¹ Así, contaminar, a priori no tiene por que significar causar un daño ambiental, ni por que afectar al bienestar de las personas.

visión de un determinado bien o servicio, se calcula en términos monetarios, las pérdidas o ganancias de bienestar. Por ejemplo, ante cambio negativo en la calidad del agua se determina la cantidad de dinero que nos compensaría por la pérdida de bienestar causada por esa degradación (variación compensatoria) o la que nos colocaría en una situación equivalente a la que teníamos antes del evento ambiental (variación equivalente).

A la hora de valorar bienes, la economía distingue entre bienes privados y públicos. En el primero de los casos, existe rivalidad y exclusión en su consumo, por tanto su valor, o precio, se determina a través de información de mercado, donde los consumidores revelan sus preferencias por los bienes y servicios, mostrando su disposición a pagar. En ese caso la definición legal (tener propietario) y económica coinciden.

Sin embargo, en muchos casos nos encontramos con que existen imperfecciones en los mercados o son incompletos o, directamente, hay bienes o servicios que carecen de mercado. Son, entre otros, los casos de externalidades,² bienes públicos puros³ o bienes comunes de libre acceso,⁴ que aparecen en cuanto entramos a analizar los bienes y servicios ambientales. Ahora pueden aparecer diferencias entre la aproximación legal y económica: un bien legalmente "privado" (con propietario) puede ser económicamente público al no presentar ni exclusión ni rivalidad. La dificultad para su valoración ahora aumenta ya que no hay información explícita de mercado y se deben aplicar otro tipo de metodologías más complejas.

La ausencia de derechos de propiedad bien definidos y protegidos ha sido una de las razones dadas para la ausencia de mercado para un bien (Teorema de Coase). Sin embargo, las críticas a este teorema hacen que no esté claro que esa solución nos lleve a un sistema de precios que refleje la valoración total de los bienes y servicios ambientales. Esto hace aumentar la necesidad de examinar otros mecanismos de valoración.

2. Valor económico total

El valor económico total de un activo ambiental corresponde al valor presente del total de los flujos de bienes y servicios, presentes y futuros, que nos provea ese activo. Cuando se produce un daño ambiental, dismi-

nuye la cantidad o calidad de ese flujo de bienes y servicios y, por ende, su valor. Esa disminución genera un daño patrimonial, que no se compensa sólo con la reparación del daño ambiental producido, si esto fuera posible, sino que requiere compensar las pérdidas ocasionadas durante el periodo hasta que se vuelve a la situación anterior al daño, es decir, una indemnización por daños y perjuicios. No sólo hay que tener en cuenta lo perdido (daño emergente) sino lo dejado de ganar (lucro cesante).

Sin embargo, es necesario hacer notar, que en términos económicos, los costos de la reparación de un daño ambiental pudieran ser superiores a la valoración económica de los afectados (lo que depende de sus preferencias y de los impactos sobre su bienestar, con independencia de que exista un precio monetario por los bienes o servicios ambientales dañados). Así, la destrucción de un ecosistema o un resto arqueológico único es irreparable, por tanto el costo de reparación es infinito, lo que superará la valoración económica del mismo; también, puede darse el caso de que un sitio contaminado (asociado a un pasivo ambiental) pueda tener un costo de reparación superior a los beneficios derivados,⁵ etc.

La determinación de estos valores es fundamental para establecer sanciones, multas, fianzas, indemnizaciones, etc., en casos de juicios por daños ambientales, establecer prioridades en planes de remediación de lugares contaminados, o analizar riesgos de posibles obligaciones financieras asociadas a daños ambientales (que incentiven seguros, inversiones preventivas, etc.). En definitiva, se trata de cuantificar al valor que compensaría a los afectados por la pérdida o el menor ingreso de un flujo de bienes y servicios mientras el activo natural estuvo dañado.

Los recursos naturales y el medio ambiente, como activos, entregan diversos grupos de bienes y servicios. Los más fácilmente valorables son los insumos para procesos productivos o productos para el consumo final –por ejemplo la madera de un bosque– ya que tienen un precio de mercado. Además, nos prestan servicios de soporte para la vida (atmósfera, ecosistemas) y tienen la capacidad de asimilación de residuos o desechos, es decir, servicios de sumidero. Finalmente, nos proveen de amenidades (servicios recreativos, bellezas escénicas). Dado que el valor de estos servicios depende de cuanto los apreciamos, y muchos de estos servicios no tienen mercado donde

² La actividad de un individuo repercute (positivamente o negativamente) sobre el bienestar de otro, sin que se pueda cobrar un precio por ello.

³ Se caracterizan por la imposibilidad de excluir a alguien de su disfrute y por la no rivalidad en el consumo al no reducirse su disponibilidad.

⁴ En este caso se mantiene el libre acceso pero sí existe rivalidad en su consumo. En el caso de existir exclusión pero no rivalidad estaremos ante bienes de club.

⁵ La valoración, en general, y la del medio ambiente, en particular, trata de establecer criterios monetarios de comparación entre bienes y servicios, que permitan la elección teniendo en cuenta los costes de oportunidad y reflejen un mundo de escasez. Al estar desprovista de connotaciones valóricas tiene limitaciones y puede ser criticable desde un punto de vista ético.

nosotros manifestamos ese “aprecio”, debemos desarrollar técnicas alternativas que nos permitan revelar esa valoración, esa hipotética disposición a pagar.

Como hemos visto, el medio ambiente tiene distintos atributos de los que se deriva valor económico. La primera gran división entre los componentes del valor económico total separa el valor de uso del valor de no uso. El valor de uso se deriva del hecho de que las personas utilizan los bienes y servicios ambientales, y por tanto su desaparición, o el cambio en cantidad, calidad o accesibilidad, les afecta. El valor de uso puede ser directo, tanto consuntivo como no consuntivo (extracción de peces u observación de aves); indirecto (el plancton que alimenta los peces o la labor del bosque en el mantenimiento de una cuenca hídrica); o de opción, que representa la disposición a pagar por un uso futuro.⁶ El valor de no uso no está ligado a la utilización presente o futura del individuo; puede dividirse en valor de existencia, que en cierta manera se aparta de la visión antropocéntrica (por ejemplo, la desaparición de una especie generaría pérdida de bienestar por el solo hecho de su desaparición y se está dispuesto a pagar por su conservación) y valor de herencia, una clase de altruismo intertemporal que valora el uso del bien ambiental por las generaciones futuras.⁷

Para obtener el valor económico total, generalmente se requiere una combinación de métodos y herramientas que nos permitan calcular cada uno de sus componentes. Los métodos de mercado (para bienes o servicios ambientales que tienen mercado, como son los usos extractivos) permiten obtener el valor de uso directo consuntivo simplemente multiplicando el precio por la cantidad afectada por el daño ambiental.

También existen métodos indirectos que tratan de revelar las preferencias por un bien sin precio a través de observar otros bienes que sí tienen mercado y cuyos consumos están relacionados. Entre ellos destacan el del costo de viaje, el de los precios/salarios hedónicos, los basados en funciones de producción (productividad) y de utilidad, el de capital humano, etc. El método del costo de viaje se suele usar para valorar servicios recreativos de la naturaleza estimando una función de demanda a partir de todos los costos de traslado en que incurre una persona para disfrutar de un espacio natural. En el método de los precios hedónicos, el bien o servicio ambiental es parte de las características de un bien privado, por tanto se estima la contribución al precio de ese bien que aporta su atributo ambiental (es probable que en el precio de una casa este incluido el atributo de estar en una zona con mejor ambiente y que dos casas idénticas en sitios con diferentes niveles de contaminación tengan distinto

precio, esa diferencia sería asignable a ese atributo). Cuando utilizamos las funciones de producción, analizamos pérdidas de productividad asociadas a un cambio en la calidad o cantidad de un insumo, por ejemplo agua o aire, o incluso la salud humana; para ello se suelen calcular funciones dosis-respuesta (concentración de un contaminante y respuesta en morbilidad, mortalidad, productividad de un cultivo, etc.). Además está el enfoque de costos de reposición, que calcula todos los costes necesarios para reponer a su estado original todos los activos afectados negativamente por un cambio en la calidad de un recurso natural o ambiental. Aunque preferido desde un punto de vista normativo, no es económicamente eficiente al no permitir a los afectados elegir la combinación preferida entre bienes y servicios ambientales y privados. Algunos de estos métodos permiten obtener valores de uso indirectos pero no son adecuados para calcular valores de opción ni, especialmente, de no uso.

Por otro lado existen métodos directos, como la valoración contingente, que se basan en obtener una declaración de las preferencias a través de simular mercados y preguntar a un número representativo de encuestados por distintas opciones (son las típicas preguntas sobre disposición a pagar). De esta manera se puede estimar tanto valor de uso como de no uso.

Finalmente, es posible usar la técnica de transferencia de beneficios, que básicamente utiliza información obtenida con la aplicación de los métodos anteriores para valorar bienes y servicios similares en circunstancias comparables o con diferencias corregibles.

Todos los métodos tienen sus ventajas y desventajas, algunos de ellos requieren de técnicas estadísticas y econométricas muy sofisticadas además de muchos recursos (tiempo, personas, información, etc) para su aplicación. Incluso algunos métodos han tenido una historia extraordinariamente controvertida, tal vez más por las consecuencias que podrían derivarse de sus resultados que por sus características técnicas. Es el caso de la valoración contingente, que, al permitir obtener valores de existencia, podría incrementar considerablemente el valor de las demandas por daños ambientales. El fuerte debate ocurrido en Estados Unidos en el marco de la *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act (CERCLA)* de 1980 o ley *Superfund*, el desastre del petrolero Exxon Valdez en Alaska (1989), la *Oil Pollution Act* de 1990 y el panel de NOAA (*National Oceanic and Atmospheric Administration*)⁸ concluyó reconociendo la valoración contingente como herramienta fiable, pero estableció una guía muy rigurosa para su aplicación, tachada por algunos de conservadora (tiende a subes-

⁶ Podría asemejarse al mercado financiero de opciones.

⁷ Existen clasificaciones más amplias que hablan de valores de casi-opción, valor simbólico, valor de investigación, etc. o que consideran que el valor de herencia, es una forma de valor de uso futuro por la especie humana.

⁸ Panel técnico de expertos encabezados por los Premios Nobel Kenneth Arrow y Robert Solow para analizar si la valoración contingente podía estimar en forma confiable valores de no uso o existencia como para ser usados en evaluaciones de daños de recursos naturales.

timar), que ha elevado considerablemente los costos de su uso.

El proceso de valoración no consiste meramente en aplicar una o varias de las técnicas de valoración previamente descritas. El punto de partida es establecer un escenario o senda base que establezca las condiciones iniciales y el alcance de la valoración (situación inicial del recurso ambiental, evaluación del daño producido, cantidad y calidad de los afectados, etc.). Además, se requiere del apoyo técnico para explorar las opciones de remediación, además de cuantificar sus costos.⁹ Le sigue la valoración propiamente tal, que estimará la pérdida de bienestar ocasionada en forma permanente o transitoria. Finalmente, utilizando toda la información recabada se decidirá la reparación más razonable y la compensación por los daños permanentes y/o transitorios. El procedimiento completo y las técnicas de valoración aplicadas se deben adaptar a las peculiaridades del caso, dependiendo del marco legal, de las características de la propiedad del activo natural y de los bienes y servicios derivados a valorar, de la disponibilidad de recursos y tiempo, del daño ambiental y del momento en el tiempo en que fue causado, etc.

3. Más vale prevenir: los pasivos ambientales

Al hablar de daño ambiental estamos pensando en “toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes (Ley de Bases del Medio Ambiente, Chile)”. Por su parte, un pasivo ambiental no es más que una acumulación de daños ambientales. Sin embargo, ambos conceptos se diferencian básicamente por su marco temporal, elementos históricos y de retroactividad, y una mayor dificultad relativa en el segundo para identificar a los causantes, además de que los costos de remediación también tienden a ser mayores. Aparecen así nuevas dificultades (tanto desde un punto de vista económico como legal/normativo) y motivos de preocupación que nos hacen mirar con más detalle el problema de los pasivos ambientales.

Si pensamos en la propia definición de pasivo “importe total de los débitos y gravámenes que tienen contra si una persona o entidad, y también el coste o riesgo que contrapesa los provechos de un negocio, todo lo cual se considera disminución de activo” aparecen elementos a considerar desde la perspectiva ambiental: *importe total*, lo que nos lleva nuevamente a la valoración y sus técnicas; *débitos*, haciendo referencia a responsabilidades y recordándonos los conceptos de externalidad, contaminador-pagador, obligaciones financieras, etc.; *riesgo*, que rememora el principio

precautorio, además del instrumento de los seguros; y, *disminución del activo*, que abre la pregunta de si es individual/privado (y reflejable en la contabilidad de empresa) o “socializable”/público (y expresable en las cuentas públicas, además de susceptible de ser incluido en cuentas nacionales “ambientales”). Conviene examinar algunos de estos elementos.

La socialización de los costos provocados por los daños ambientales (independientemente de si pensamos sólo en reparación o en pérdida de bienestar total) es común en el mundo. Esto ocurre tanto en la acumulación de daños en la forma de pasivos ambientales (donde puede haber dificultades en la identificación de los causantes o que estos ya no existan), como en sucesos puntuales del tipo del hundimiento de los petroleros *Prestige* en la costa gallega de España, el *Erika* en las costas francesas, o la rotura de la presa con lodos tóxicos en la mina de Aznalcóllar cerca del parque nacional de Doñana en España. Son varios los ejemplos de compañías causantes de un desastre ambiental que, enfrentadas a las consecuencias económicas del mismo, han literalmente desaparecido —la quiebra o la suspensión de pagos suelen ser usadas como salida—, teniendo que aplicarse la responsabilidad subsidiaria del Estado. Nótese que ante hechos consumados con grandes externalidades, siempre es más fácil ex-post hacer la interpretación necesaria para que exista el compromiso de que el gobierno sea quien deba cubrir los costos.

Así, en términos económicos, múltiples riesgos ambientales, y en particular los pasivos ambientales, pueden interpretarse como pasivos contingentes implícitos del sector público. De esta manera, riesgos privados (y sus consecuencias adversas) son trasladados a la esfera pública, en lo que puede considerarse un subsidio ex-post. Son compromisos latentes que hacen que el concepto de vulnerabilidad sea unificador de las interrelaciones entre política fiscal y ambiental: la vulnerabilidad del medio ambiente se transforma fácilmente en un motivo de vulnerabilidad para la estabilidad de las cuentas públicas. Esto hace que todos los esfuerzos de prevención sean necesarios, no sólo desde la óptica ambiental sino también de la económica y de las políticas públicas, y que los incentivos desde las esferas normativa y judicial vayan en la misma línea.

4. Información ambiental

Esta preocupación por los pasivos ambientales y sus consecuencias ambientales y económicas (privadas y públicas) se refleja en muchas legislaciones de países desarrollados. La CERCLA norteamericana, que mencionamos previamente, tuvo entre sus objetivos identificar y recuperar suelos contaminados con residuos tó-

⁹ “El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley”, dice la Constitución Nacional Argentina.

xicos y peligrosos y asignar los costes de descontaminación a las partes responsables, es decir, aquellos que tuvieron algo que ver con la contaminación. Por tanto, establece la retroactividad. Además de incluir zonas contaminadas abandonadas (eventos pasados), se preocupa del saneamiento de desechos peligrosos liberados o en riesgo de liberación (presente) y de lugares con riesgos potenciales (futuro).¹⁰ El libro blanco sobre la responsabilidad medioambiental (Comisión Europea, 2000) comienza cuestionándose quien debe pagar la limpieza y restauración de los daños ambientales, encaminándose a la aplicación del principio de quién contamina, paga, sin olvidar el papel subsidiario del Estado.

Pero además hay otras implicaciones de un desastre ambiental causado por una persona física o jurídica que están abriendo nuevos ángulos al análisis. La posibilidad de que las consecuencias económicas del mismo se reviertan sobre el causante, por demandas de los afectados, generando un impacto grave sobre su patrimonio afectan, en el caso de las sociedades anónimas, a todos sus accionistas, entre los que se incluyen fondos de inversión, fondos de pensiones, etc, lo que en última instancia repercute sobre el patrimonio de pequeños ahorrantes. Entre otras cosas, esto ha hecho que se intensifiquen las peticiones de mayor información ambiental en los estados financieros, de desarrollo de la contabilidad ambiental de empresas y de obligatoriedad de seguros para riesgos ambientales. Ya hay consecuencias prácticas: la *Securities and Exchange Commission* (SEC) Norteamericana, que protege a inversores y mantiene la integridad del mercado de títulos (el equivalente a una superintendencia de valores) está requiriendo la revelación de información financiera medioambiental en las cuentas anuales de las empresas, estableciendo que las empresas con contingencias ambientales no deben registrar provisiones nulas, además de obligando a informar sobre las presunciones que subyacen en las provisiones medioambientales. La inclusión de información ambiental en las cuentas de resultados y en la valoración de las inversiones, también recomendada por la Comisión Europea, es clave ya que determina el actuar de las empresas, mientras que las consideraciones sobre externalidades tienen, en última instancia, sólo un reconocimiento teórico.

Se están produciendo esfuerzos en aras de la normalización contable de aspectos ambientales. El Grupo de Trabajo Intergubernamental de Expertos en Normas Internacionales de Contabilidad y Presentación de Informes (ISAR) de Naciones Unidas, recomienda entre otras cosas, divulgar en las notas a los estados financieros las normas de reconocimiento de pasivos y provisiones medioambientales, las normas de dotación de reservas para catástrofes y las normas para la di-

vulgación de provisiones medioambientales. Además ha emitido recomendaciones sobre contabilidad financiera en referencia al reconocimiento de costes medio ambientales (por ejemplo: los costes de operaciones futuras de restauración de sitios, clausura o eliminación de activos de larga duración deben reconocerse en el momento que se producen los daños ambientales correspondientes) y al reconocimiento de pasivos ambientales (debe reconocerse la existencia de un pasivo ambiental cuando la empresa tiene la obligación de cubrir un costo medio ambiental, aunque no es necesario que esa obligación sea legal). Además se establecen criterios para la estimación de las provisiones medioambientales, es decir, la medida de los pasivos ambientales.

5. Tendencias y desafíos futuros

La contaminación y la pérdida de biodiversidad son problemas palpables en nuestros países. Los lugares contaminados que entrañan riesgos para la salud humana y el medio ambiente nos son cada vez más cercanos y conocidos. Los datos de los catastros de sitios contaminados suelen ser reveladores: en la Unión Europea ya se han detectado 300.000 lugares contaminados y, según los cálculos de la Agencia Europea del Medio Ambiente, los costes de su limpieza parcial pueden alcanzar hasta los 106.000 millones de euros, 1.25% de su PIB (cifras del 2000).

Es por ello que la tendencia internacional es hacia la aplicación del principio "quien contamina paga", hacia el establecimiento de la responsabilidad ambiental, hacia la exigencia de mayor información ambiental por parte de las empresas y el desarrollo de la regulación ambiental contable, hacia la obligatoriedad de seguros ambientales, etc., que permitan hacer efectivo el principio precautorio y se logre, no sólo la protección del medio ambiente y los recursos naturales, sino también la protección de los ciudadanos (como consumidores, accionistas, ahorristas, pagadores de impuestos) y del Estado (responsable subsidiario). En esa dirección, y desde un enfoque preventivo, está trabajando la Unión Europea, que trata de asegurar que los contaminadores sean totalmente responsables por su daño ambiental, en definitiva que el riesgo y el efecto de causar daño ambiental sea contable. El debate es interesante, con fuertes controversias sobre el marco de aplicación y sus alcances (áreas protegidas, desastres de energía nuclear, cultivos biotecnológicos, etc), lo que denota las dificultades existentes. Por ejemplo, la obligatoriedad de disponer seguros de responsabilidad no esta completamente resuelta pues, aunque los países miembros deben desarrollar mecanismos que den seguridad financiera y de mercado que eviten la imposibilidad de responder ante daños ambientales de gran

¹⁰ Los riesgos hacen referencia a la salud y patrimonio de las personas.

cuantía, aún no se impone la contratación de este tipo de seguros a las empresas y existen excepciones de responsabilidad. Varios países están avanzando en las líneas planteadas anteriormente, lo que se espera redunde en una mayor prevención y responsabilidad de los daños ambientales y, eventualmente, en un menor número de acciones judiciales, ya que el control se realizará ex-ante.

Estos debates y tendencias de los países desarrollados deben ser seguidas de cerca en América Latina y el Caribe, ya que hay multitud de problemas y desafíos comunes. Además es fundamental entender que un tema tan multidisciplinario y complejo como el ambiental requiere de los aportes y conocimientos de todas las áreas de la ciencia y de la experiencia acumulada por ellas. A lo largo de este documento, se han visto múltiples posibilidades de cooperación: entre economistas y jueces y fiscales, entre política fiscal y ambiental, entre el sector público y el privado, etc. Diálogos como el mantenido en este simposio son oportunidades muy importantes que deben ser reforzadas y continuadas para avanzar mejor y con menores costos en la protección del medio ambiente.

6. Referencias

- Azqueta, D. (2002). *Introducción a la Economía Ambiental*. McGraw-Hill Profesional, Madrid, España.
- Consejo de Defensa del Estado y Instituto de Estudios Judiciales Hernán Correa de la Cerda. (marzo, 2003). *Seminario Valoración económica del daño ambiental*. Santiago, Chile.
- Lerda, J. C. (Octubre, 2002). *Vulnerabilidad Fiscal y Ambiental*. Curso de Instrumentos de mercado y fuentes de financiamiento para el desarrollo sostenible. Santiago, Chile: CEPAL-BM-SIDA.
- Pearce, D. W. y Turner, R. K. (1990). *Economía de los Recursos Naturales y del Medio Ambiente*. Madrid, España: Colegio de Economistas de Madrid y Celeste Ediciones (traducción 1995).
- RIDES y Gobierno de Chile. (Mayo, 2003). *IV Diálogo Académico sobre el Medio Ambiente: Pasivos Ambientales en Chile: Desafíos de gestión e investigación para los próximos cinco años*. Santiago, Chile.
- United States Environmental Protection Agency. (December, 1996). *Valuing Potential Environmental Liabilities for Managerial Decision-Making: A review of Available Techniques*. EPA742-R-96-003.

CONSTITUCION Y AMBIENTE EN EL MARCO DEL DESARROLLO SUSTENTABLE*

por Daniel A. Sabsay**

1. El desarrollo en la visión del constituyente del 94

La introducción de la expresión desarrollo humano en el texto de la Constitución Nacional plantea un claro pronunciamiento del constituyente en lo que hace a los parámetros que deben ser tenidos en cuenta a la hora de la toma de las decisiones gubernamentales, cuando lo que está en juego son las condiciones para la vida humana, en todo lo que hace a su dignidad, calidad e igualdad. Del texto constitucional surge con claridad que quienes deban aplicarlo e interpretarlo deberán tomar especialmente en cuenta que en su accionar deben estar presentes aquellos elementos que permitan de un modo creciente que en los hechos se plasmen las condiciones que hagan al mejoramiento de la existencia de las personas desde las tres órbitas señaladas. Ello hace a un programa en el que están presentes una nueva noción de la equidad en su versión intergeneracional y un "garantismo" que debe volcarse por medio de los más modernos instrumentos que aporta la evolución del constitucionalismo en su vertiente social y de pleno reconocimiento a los derechos de incidencia colectiva.

Como lo expresamos en otra obra,¹ el valor desarrollo humano hace las veces de una suerte de centro de confluencia, ya que para que su vigencia quede asegurada es preciso que operen diversos componentes. En efecto, se logra su presencia cuando rigen ciertas notas objetivas y subjetivas que en su conjunto hacen posible una existencia que se desenvuelva en un marco de igualdad y de dignidad. Ahora bien, ¿cómo hacer para saber que en un determinado lugar, en una determinada situación, para una comunidad o para una persona impera este valor, en tanto "faro" de sus condiciones existenciales? Ello no nos parece una tarea factible desde la teoría, a nuestro entender los elementos a utilizar para poder ponderar dicha situación variarán en función de las circunstancias temporales y

espaciales. Claro que, dadas dichas particularidades se podrá determinar si en el caso bajo examen se está efectivizando una dinámica que permita precisamente observar con claridad todo cuanto denota el término desarrollo humano.

Desarrollo humano importa una idea de evolución, de progresión hacia un "techo" de las condiciones de vida que se va elevando y que para nuestra observación debe concretarse en una tendencia creciente hacia la satisfacción de aquellas necesidades que hacen a la igualdad y a la dignidad de la existencia humana, sin olvidar la calidad de vida la que surgirá de las condiciones del entorno en que la misma transcurre. La constitución reformada utiliza la expresión desarrollo humano en los incisos 17, 19 y 23 del artículo 75. En este último caso el constituyente lo hace cuando se ocupa de los derechos de los "pueblos indígenas argentinos". Allí, la voz hace las veces de patrón de medida a los efectos de la determinación del *quantum* de las tierras que le deberían ser entregadas a las comunidades indígenas. Mientras que en las otras dos cláusulas se la incluye como un patrón de medida que debe estar presente para configurar aquellas acciones gubernamentales encaminadas a asegurar el progreso de la comunidad.

En la parte dogmática nuestra expresión sólo aparece incluida en uno de los artículos del capítulo segundo –agregado por la reforma–, titulado "nuevos derechos y garantías". Es en el artículo 41 en el que se consagra el derecho de todos los habitantes "a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras..." Es decir que el desarrollo humano aparecería para el constituyente como un equivalente del desarrollo sustentable. Creemos que es en esta parte del texto constitucional de donde surgiría con mayor vehemencia la concepción de un modelo de desarrollo en el que confluyen las variables ambiental, económica, social y

* Capítulo actualizado del libro *Ambiente, Derecho y Sustentabilidad* cuya versión en inglés será publicada próximamente por la revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Pace (Estados Unidos)

** Profesor Titular de Derecho Constitucional (UBA)
Director Ejecutivo de la Fundación Ambiente y Recursos Naturales

¹ Bidart Campos, Germán J.; Gil Domínguez, Andrés (Coord.). (1999). *Los Valores en la Constitución Argentina*, Ed. Ediar, Buenos Aires.

cultural. Se trata de una temática transversal que se deriva de la consideración conjunta de la cuestión ambiental y de su protección y de todo lo atinente a la producción para el desarrollo de una comunidad.

Luego de más de ocho años de la reforma constitucional, el congreso ha sancionado la Ley General del Ambiente,² en virtud del mandato del tercer párrafo del artículo 41 de la Constitución Nacional, dando comienzo a un nuevo ciclo en el tratamiento de esta cuestión, con el objetivo de conseguir para nuestro país la sustentabilidad de su modelo de desarrollo, aspirando hacer realidad la letra constitucional en cuanto a que el ambiente debe ser “apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras...”. La nueva Ley General del Ambiente reúne en su texto aspectos básicos de la política ambiental nacional, en consonancia con diversas contribuciones de la comunidad jurídica y de la sociedad en general.³

2. La sustentabilidad del desarrollo

La trascendencia de esta cuestión nos obliga a un análisis particular de la misma. La preservación del medio ambiente recién cobra una posibilidad cierta cuando se la acopla al concepto de desarrollo. Entonces al incorporar el medio ambiente al desarrollo, se elabora un nuevo concepto del mismo, en el cual se introduce la variable ambiental. El límite a toda acción de desarrollo estaría dado por la no afectación del ambiente, dentro de parámetros previamente establecidos. Esta posición es la que da nacimiento a la noción de desarrollo sustentable.

Este fenómeno que parece de fácil explicación y de rápida comprensión, sin embargo demanda enormes esfuerzos para poder ser puesto en práctica. Su aplicación obliga a un trabajo conjunto de los gobiernos y las sociedades y dentro de éstas de los distintos sectores que las componen, a efectos de corregir errores, cambiar actividades, ajustar procedimientos. Todo esto no surgirá por generación espontánea, sino que demandará concesiones y revisiones de parte de todos los sectores involucrados en los distintos procesos de producción, de creación, de educación, de consumo, etc. Para que se puedan lograr todos estos cambios es necesario conseguir una aceptación y previo a ello una comprensión de todo el fenómeno, de parte de aquellos que se verán obligados a observar y perseguir las transformaciones. De este modo conseguiremos consenso sobre esta realidad y luego en relación con las medidas que haya que adoptar.

Nos encontramos en una situación que obliga a renunciamentos, a la necesidad de que cada cual tenga que dar algo. Ese algo podrá consistir para un industrial en controlar los procesos de fabricación de modo de que su actividad no sea contaminante, para un productor forestal en reponer los árboles que tala dentro de determinadas proporciones, para un cazador en renunciar a atrapar determinadas especies, para un ciudadano común en contribuir en cada una de sus acciones a evitar que se acentúe la contaminación.

Además cada obra, actividad, acción que se emprenda, deberá ser efectuada teniendo en cuenta que ellas no produzcan determinado tipo de consecuencias negativas para el medio ambiente. Dichas consecuencias no se limitan a nuestra realidad actual, sino que deben considerar también a los futuros habitantes del planeta. La protección del planeta es una deuda que todos tenemos para con las generaciones futuras. El carácter intergeneracional o la intergeneracionalidad es una de las características que presenta la protección del medio ambiente y en particular su vinculación con el desarrollo. Su formulación plantea uno de los dilemas más acuciantes de la época actual, cual es el de asegurar posibilidades de supervivencia a nuestros descendientes.

Por ello: la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y Desarrollo creada por las Naciones Unidas (Comisión Brundtland) dijo en su informe, “Nuestro Futuro Común”, en 1987: “Que el desarrollo para ser sustentable debe asegurar que satisfaga las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las propias”. De acuerdo a las ideas que estamos planteando, existe una responsabilidad de preservar el medio ambiente para las generaciones futuras, de modo de asegurarles un nivel de vida digno. Para ello se debe hacer frente a los desbordes de un avance tecnológico desenfrenado y cuidar también el crecimiento vegetativo de la población. Estos conceptos quedaron planteados en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente que tuvo lugar en Estocolmo en 1972.

En esta conferencia quedó definido el derecho humano a un ambiente apropiado de la siguiente manera:

“El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, y a la igualdad, dentro de condiciones de vida satisfactorias, en un ambiente cuya calidad le permita vivir en dignidad y bienestar. Asimismo, tiene el deber fundamental de proteger y de mejorar el ambiente para las generaciones presentes y futuras”

Y, la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo –ECO92–, entre los veintisiete principios que la misma contiene, determinó:

² Ley Nº 25.675 (B.O. 28-11-2002).

³ Ver Sabsay, Daniel Alberto; Di Paola, María Eugenia. (2002). *El Federalismo y la Nueva Ley General del Ambiente* Anales de Legislación Argentina, Boletín Informativo (Doctrina). 32 (47 y 54), Buenos Aires: Ed. La Ley.

Principio 3 - El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras.

Principio 10 - El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda.

A diez años de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo que fuera celebrada en Río de Janeiro en 1992, se realizó la Cumbre Mundial sobre Desarrollo sostenible en Johannesburgo. De la reunión surgió una Declaración que reseña todos aquellos pasos dados desde Estocolmo en el año 1972 abordando el problema del deterioro ambiental. Los representantes de los pueblos del mundo reconocieron aquellos grandes aspectos a resolver y, en el marco de su compromiso con el desarrollo sostenible, acordaron un Plan de Aplicación de la Decisiones que surgieron de la Cumbre, con el objetivo de promover el desarrollo humano y lograr la prosperidad y la paz universales.⁴

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 éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.

El tratamiento compartido asegura medidas más adecuadas. En definitiva, para encontrar consensos se debe buscar el modo de compartir el tratamiento de estas cuestiones. Para poder hacerlo se deben concretar los canales de participación más adecuados a esos efectos. La materia ambiental y la gestión de los recursos naturales han permitido, a lo largo de las últimas décadas, una cada vez más importante presencia ciudadana en todas las decisiones que atañen a estas dos cuestiones. La legislación y las prácticas de las democracias más desarrolladas así lo demuestran. Esto ha sido posible gracias a un rol muy activo de los sectores independientes, emprendido por organizaciones no gubernamentales. Asimismo la participación ciudadana se ha producido a través de ciertos mecanismos como las audiencias públicas y la administración coparticipada, entre muchos otros, que han procurado la creación de espacios propicios en este sentido.

3. Instituciones aptas para asegurar la sustentabilidad del desarrollo

La calidad de vida como bien jurídico a proteger ha significado una ampliación colosal de la órbita de las libertades fundamentales protegidas por el derecho. Su alcance no se detiene sólo en la formulación de nuevos derechos humanos, también aporta interesantes contribuciones en el campo de la organización del poder sobretodo en todo lo que hace a la relación entre gobernados y gobernantes. Ello así, el impacto de las nuevas instituciones se hace sentir en la mayoría de las ramas del derecho, a partir de una notable reformulación de muchos de los principios más firmes de sus postulados clásicos.

Estas características merecen una visión transversal e interdisciplinaria que reúna a especialistas tanto del derecho, como de las restantes ciencias sociales, a fin de lograr una visión holística de la temática. Asimismo, de la labor conjunta surgirán soluciones a los dramáticos desafíos derivados de la necesidad de asegurar una calidad de vida digna a los habitantes de las diferentes comunidades políticamente organizadas que pueblan el planeta.

Ello, de conformidad –como ha quedado visto en el punto anterior– con enunciados susceptibles de permitir el desarrollo desde una perspectiva en que se combinen las variables, económicas, sociales, ambientales y culturales. Desde esta perspectiva la cuestión se constituye en un factor que estimula la reformulación de muchas de las instituciones del Estado de Derecho. Las contribuciones tienden a la definición de un nuevo constitucionalismo y comprenden tanto a la parte dogmática como a la parte orgánica de la ley fundamental.

Trataremos de destacar el aporte tan particular que provee al derecho de los derechos humanos el tratamiento jurídico de la cuestión ambiental. En tal sentido, comenzaremos observando a relación entre ambiente y derecho y con una rápida exposición dedicada a la evolución del constitucionalismo, a partir de la incorporación de las diferentes generaciones de derechos, los nexos con otros elementos del Estado de Derecho y sus efectos.

a. Ambiente y derecho

La declaración del medio ambiente como patrimonio común de la humanidad ha llevado aneja la necesidad tanto a nivel internacional como nacional de determinar su modo jurídico de protección. La consideración de un derecho fundamental de la persona humana que tuviese como finalidad el acceso a un ambiente apropiado, trae como lógica consecuencia, la necesidad de

⁴ Ver *Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible*, Documento resultante de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible, Johannesburgo, Sudáfrica, 2002.

que el Estado lleve a cabo todas aquellas acciones susceptibles de asegurarle al hombre el goce efectivo de esta nueva libertad fundamental.

Este derecho surge por primera vez a nivel internacional como uno de los contenidos básicos de la Declaración que en 1972 adoptara la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente, celebrada en Estocolmo.

Si bien en los más de treinta años transcurridos desde su proclamación, la cuestión ha evolucionado enormemente, esta declaración general concentra la mayoría de los elementos fundamentales del tema que nos convoca. Su análisis sirve como punto de partida para ir formulando los distintos problemas que encierra la consagración del derecho al ambiente apropiado. Estas definiciones y sus consecuencias lógicas, constituyen a nuestro entender un buen marco introductorio de la constitucionalización de la protección del ambiente. Ello ha ocurrido así en las más diversas latitudes, pues a partir del reconocimiento internacional de este nuevo derecho, las constituciones que en adelante se han ido sancionando, han consagrado, sin excepción a la protección del medio ambiente tomando como principal antecedente a la labor iniciada en Estocolmo.

Estos contenidos se completan con la Carta Mundial de la Naturaleza (UN, 28/10/82), documento internacional en el cual se detallan las obligaciones a cargo de los estados y diferentes autoridades, como así también para los grupos e individuos. Pero, la obligatoriedad de estos principios viene de la mano de instrumentos regionales, entre los que queremos destacar los siguientes:

- ▶ Carta africana de derechos del hombre y de los pueblos (1981), en cuyo art. 24 se expresa que: "Todos los pueblos tienen el derecho a un ambiente satisfactorio y global, propicio para su desarrollo".
- ▶ Protocolo Adicional a la Convención americana sobre derechos humanos, en cuyo art. 11 se puede leer: "Derecho a un ambiente sano. 1. Toda persona tiene el derecho a vivir en un ambiente sano y beneficiarse con los servicios públicos esenciales. 2. Los Estados contratantes se obligan a promover la protección, la preservación y el mejoramiento del ambiente".

b. Concepto de ambiente desde la óptica jurídica

Es importante tener en cuenta, igualmente, a los efectos de definir el campo normativo que comprende esta materia que su objeto resulta de difícil precisión, variable en materia de tiempo y de lugar. Debemos tener en cuenta que no estamos frente a una esfera propia de cuestiones sustantivas. Más bien, la temática ambiental se refiere a formas complementarias de actividad que se agregan a campos precisos de competencia propios de otras disciplinas o materias en aras al logro

de determinados objetivos. Entre los cuales el fundamental, es aquel que consiste en la obtención de una calidad de vida digna o apropiada para los habitantes de una comunidad determinada de características variables en cuanto a su dimensión, ya que va desde la esfera internacional hasta la del más pequeño vecindario.

Lo que antecede si bien aún nos dice muy poco sobre lo que queremos dilucidar, al menos nos permite apreciar la vastedad de la cuestión para cuyo análisis ulterior nos avocaremos a observar el alcance de ciertos conceptos, como así también el sentido de algunas relaciones. La referencia a una determinada calidad que haga al logro de lo que los especialistas consideran como adecuado para el desarrollo de una vida digna de parte de los miembros de una comunidad determinada, nos confronta con la necesidad de definir que se entiende por ambiente, por ecosistema, por ecología, entre otras voces.

El ambiente es un conjunto de elementos naturales, artificiales o creados por el hombre, físicos, químicos y biológicos que posibilitan la existencia, transformación y desarrollo de organismos vivos. Un ecosistema es una unidad básica de interacción de organismos vivos entre sí y sobre el ambiente en un determinado espacio. Los recursos naturales son bienes que se encuentran en la naturaleza, que le sirven al hombre y que todavía no han sido objeto de transformación de parte de él. Ellos constituyen elementos esenciales del ambiente y por ende de todo ecosistema. Su regulación jurídica fue realizada en primer término por el derecho de los recursos naturales, el que los ordenó de manera individual en función de los usos de los que podían ser objeto. La aparición posterior del derecho ambiental surgió de la necesidad de conservación del ambiente a fin de evitar su destrucción y como resultado de ella el riesgo de desaparición de una calidad de vida apropiada. Por conservación entendemos a todas aquellas medidas que resulten necesarias para preservar el ambiente y los recursos naturales.

4. Constitucionalismo y derechos

a. El constitucionalismo clásico

Cada una de las etapas que han jalonado la evolución del constitucionalismo se ha visto caracterizada por el reconocimiento de una generación de derechos, lo que importa asimismo, una forma particular de ejercicio de la función del control y un modelo de Estado, con sus consecuencias en la relación entre gobernados y gobernantes. Así, el constitucionalismo clásico de los albores del movimiento iluminista, consagra a los derechos individuales. Son ellos, el derecho a la vida, a la intimidad, a la seguridad personal, a la libertad de expresión, a la libertad de cultos, etc. Se trata de libertades que protegen ámbitos individuales de la persona

humana, es decir se refieren a lo que “ella es”, a través de bienes jurídicos como la vida, el pensamiento, la religión, el ejercicio del comercio, etc.

Al hombre se lo concibe aislado, relacionado directamente con quienes lo gobiernan, sin intermediarios, ya que las asociaciones intermedias no son reconocidas. Recordemos que inclusive, la ley Le Chapelier, dictada durante la Revolución Francesa, produce la abolición de toda forma corporativa susceptible de interponerse entre los ciudadanos y sus autoridades. En este marco, la función de control es asegurada exclusivamente desde las instituciones. Son éstas las encargadas de que “el poder detenga al poder” (parafraseando a Montesquieu). La creencia en la fuerza del derecho como una suerte de bálsamo asegurador de la legalidad, apartaba toda posibilidad de crear controles por fuera de la propia tríada de poderes.

Por último, el tipo de estado que se corresponde con este modelo institucional es el que se ha dado en llamar “estado gendarme”. Se trata de una estructura de gobierno mínima cuyas funciones propias se limitan al ejercicio de la defensa y de la seguridad de los habitantes y a las relaciones internacionales. A ello debe agregarse como gran mandato, el de velar por la efectiva vigencia del abanico de libertades contempladas en la constitución. La libertad es el gran valor cuya vigencia se persigue de manera preponderante, junto a ella debe regir la igualdad ante la ley.

b. El constitucionalismo social

La segunda etapa del constitucionalismo se verá caracterizada por el reconocimiento de los derechos sociales ya que a la misma se la identifica con esta última denominación. El tiempo transcurrido bajo el esquema precedente pone de manifiesto la necesidad de resguardar espacios diferentes de la actividad humana. No sólo aquellos que importan los atributos de la persona por su calidad de tal en su consideración individual. Se trata de acceder a la protección de las circunstancias que rodean lo que “las personas hacen”. Es decir el hombre en su relación con otros en el campo laboral, como así también la consideración de ciertas vicisitudes susceptibles de afectar su acontecer y que también merecen ser contempladas.

Nacen entonces el derecho laboral y previsional y la seguridad social. El estado engrosará sus incumbencias y bajo el formato del modelo de bienestar o “estado providencia”, tratará de restablecer las ecuaciones sociales de modo de asegurar un concepto reforzado de igualdad, la de oportunidades. La función de control se verá reforzada a través del reconocimiento de garantías individuales, de manera de posibilitar que sea el mismo titular de un derecho quien frente a algún tipo de menoscabo del mismo o amenaza de ello, pueda accionar ante la justicia impidiendo que esto ocurra o que cese la situación lesiva. Además, se crean órganos específicos de control que se suman a las potes-

tades de los tres poderes que componen el gobierno. Así aparecen, sindicaturas, auditorías, ombudsman, entre otros institutos específicos.

c. Los derechos de incidencia colectiva y una nueva etapa del constitucionalismo

Con la consagración del derecho al ambiente sano, a partir de la década del 60 en el presente siglo, nace la tercera generación de derechos, la que viene a sumarse a las dos precedentes –individuales y sociales– Se trata de los derechos de tercera generación o de incidencia colectiva, como la constitución argentina los denomina en su art. 43.

Esta nueva ola opera, tiene su punto de mira, en el entorno en el cual debe transcurrir la vida humana a partir de una proyección *ad-infinitum* que obliga a todos por igual, en aras al logro de la equidad intergeneracional. Junto al derecho al ambiente aparecen también los de los consumidores y usuarios y entonces el ideal de la calidad de vida digna se ensancha para asegurar una competencia genuina que les confiera a las personas una verdadera libertad de elección de bienes y servicios. Ello, dentro del marco de una gestión que asegure su participación y le brinde amplia información.

Esta nueva categoría de derechos logra una mayor consagración de manera concomitante con el estado post-privatización. Este fenómeno marca un punto de inflexión en el aumento de las facultades gubernamentales. La modificación se funda en la ineficiencia del estado prestador, como así también en la falta de incentivo que este modelo importa para la iniciativa privada. La nueva realidad lleva a la difusión del ejercicio de funciones públicas a otros agentes diferentes del estado. Asimismo, conlleva para este último el fortalecimiento de la función de control de modo de lograr que la nueva situación provoque beneficios en el nivel de vida de todas las personas y no sólo la acumulación del lucro en manos de unos pocos.

En la actualidad, el estado de cosas imperante marca un escenario muy diferente al descrito precedentemente. En efecto, estamos asistiendo a un proceso de globalización a nivel mundial, con concentración de las riquezas en unos pocos grupos poderosísimos. Esto último importa para el estado una pérdida creciente de poder de decisión. Por lo tanto, la continuación de este fenómeno sólo augura resultados sombríos no sólo en cuanto a la situación de las personas, sino también en cuanto a las realidades nacionales y sociales. Se impone una reversión de esta realidad y para ello nos parece interesante tener en cuenta las nuevas orientaciones económicas en la materia. (ver: Stiglitz, J.: “Towards a new Paradigm for Development; Strategies, Policies. And processes. UNCTAD, 1998).

Creemos que herramientas como las que describiremos más adelante y que hacen a la nueva institucionalidad derivada del reconocimiento de los derechos de tercera generación, constituyen interesantes aportes

para conseguir un cambio importante que lleve a asegurar una calidad de vida digna a los habitantes de nuestro planeta.

5. El derecho a un ambiente sano

a. Constitución Nacional

La reforma constitucional de 1994 introduce la temática ambiental en la ley fundamental de la Nación. Al respecto, el artículo 41, ubicado en un nuevo capítulo de la parte dogmática, titulado “Nuevos derechos y garantías”, se ocupa de esta problemática. El primer párrafo de esta nueva disposición consagra el derecho humano al medio ambiente al que califica de “sano, equilibrado,...”, a través de estos calificativos se engloban las características de las que hemos hablado con anterioridad. Al mismo tiempo se fija un objetivo en el tiempo –la satisfacción de “las necesidades(...) de las generaciones futuras”, que pone de manifiesto la incorporación de la noción de desarrollo sustentable que hoy en día ubica a la variable ambiental como necesaria en la toma de toda decisión que haga al desenvolvimiento de una comunidad organizada. El constituyente habla de “actividad productiva”, expresión a través de la cual apunta a un tipo de modelo de desarrollo que haga viable la vida en el planeta en el presente y en el futuro. Este es el sentido que tanto la citada declaración de las Naciones Unidas, como la estrategia de la Unión Internacional para la Naturaleza le dan a la expresión.

Por último, se expresa el deber concomitante de todo habitante de velar por la preservación del ambiente; y, la obligación de reparar los daños. Se utiliza el verbo “recomponer”, voz que no tiene antecedentes en el derecho argentino y que obliga a un esfuerzo interpretativo de los jueces para determinar su verdadero alcance.

El segundo párrafo contiene las obligaciones a cargo del Estado que exigen una importante labor de tipo legislativo y administrativo. Es de destacar que para hacer frente a estos desafíos no basta con el sólo dictado de normas, por más numerosas que éstas sean, las dificultades se presentan principalmente en el terreno de su aplicación. Ello puede verse seriamente afectado, cuando como ocurre en nuestro país, existe superposición de autoridades y de legislaciones en este campo. A la solución del primer problema apunta el tercer párrafo de esta cláusula. Allí se habla precisamente del deslinde de competencias entre la Nación y las provincias.

La disposición que se comenta trata de encontrar una solución a este importantísimo aspecto a través de una atribución de competencias en función de un criterio de magnitud o de trascendencia. Para la Nación los “presupuestos mínimos” que pueden entenderse como

pautas básicas, en tanto que la competencia remanente queda a cargo de las provincias. Esta regla que *prima facie* parece muy atinada, sin embargo estará sujeta también a la interpretación. Tengamos en cuenta lo que expresáramos sobre el alcance de la problemática ambiental y ello nos dará la pauta de cuán difícil resulta en situaciones particulares la determinación de cuando nos encontramos ante un contenido mínimo, y bajo qué circunstancias se invade la competencia provincial.

En esta materia se pueden extraer ciertas reglas de interpretación que permiten en la práctica la atribución de competencias. Todo ello en aras de facilitar la descentralización que ha sido la que más éxito ha brindado en los países donde más se ha profundizado en el tratamiento de los problemas ambientales. La primera de dichas reglas nos señala que la jurisdicción en materia ambiental es local. Sin embargo, en segundo término debemos tener en cuenta que cuando la naturaleza de la cuestión supera el ámbito local –sea una provincia o un municipio– concurre también la jurisdicción que le sea superior, nacional o provincial, según cual fuere el caso. Es acá donde se deben encontrar criterios que permitan la distribución de facultades entre los distintos niveles de gobierno afectados en la cuestión. Por ejemplo el hecho de que el dictado de normas relativas al nivel de contaminación de aguas interprovinciales esté a cargo del gobierno federal, no trae aparejada su aplicación por una autoridad nacional, ella deberá ser necesariamente provincial o municipal según el caso.

En tal sentido, cabe considerar el Sistema Federal Ambiental creado por la Ley General del Ambiente, cuyo objetivo es la coordinación de políticas entre jurisdicciones, y que se comenta en el acápite 6.5.

b. El medio ambiente en las constituciones provinciales

Ante todo, debemos destacar que todas las nuevas normas constitucionales que se han dictado desde 1986 en la mayor parte de las provincias y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, abordan esta cuestión.

La estructura general de tratamiento en las constituciones responde a un esquema prácticamente idéntico. En primer lugar, en la parte dogmática –la dedicada a principios, derechos y garantías–, se reconoce el derecho general de todas las personas a un ambiente sano y equilibrado; concomitantemente con esta disposición y como una suerte de correlato, se establece la obligación o deber que también tiene todo habitante de proveer al logro de dicha meta. En segundo lugar, generalmente en la parte orgánica –la consagrada a los poderes de gobierno– se determinan una serie de prestaciones a cargo del Estado para posibilitar justamente que rija el derecho humano fundamental que en la primera parte se reconoce. Estas acciones constitu-

yen tanto medidas de carácter legislativo como de carácter administrativo. La reforma ha incluido ambos aspectos en una misma disposición, haciendo uso de una técnica legislativa que no es la más habitual.

Por otra parte, el nuevo derecho público provincial y de la C.A.B.A. pone de manifiesto que dicha estructura presenta matices diferenciadores. En algunas constituciones la enumeración de los actos a cargo del gobierno es sumamente exhaustiva —ej. Formosa o Tierra del Fuego—, otras se contentan con una fórmula más general —Catamarca—. En tres constituciones —Córdoba, Río Negro, y Tierra del Fuego— se le ha dedicado un capítulo especial a la cuestión. Los constituyentes de San Juan, La Rioja y San Luis han ido más lejos en la protección del nuevo derecho y lo garantizan a través de una acción especial de amparo. Río Negro en un mismo sentido, reconoce la defensa de los intereses colectivos o difusos, rompiendo así con las reglas tradicionales en materia de derecho procesal. Formosa consciente del carácter interjurisdiccional de la cuestión menciona especialmente la posibilidad de celebración de tratados con otras jurisdicciones. Río Negro habla expresamente del poder de policía ambiental y reivindica su naturaleza local. De todos modos se trata casi siempre de disposiciones programáticas, es decir que para su operatividad necesitan de leyes posteriores que las reglamenten. Por ello, en muchos casos se menciona expresamente esta necesidad —Santiago del Estero, Córdoba—.

La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires se destaca al contemplar un amplio régimen de participación ciudadana en los procesos de formación de voluntad gubernamental.⁵

La relación con los municipios queda reservada para el capítulo especial que todas las constituciones le dedican a su régimen, el poder de policía se manifiesta como un complemento que asegura el cumplimiento de los objetivos perseguidos en otras materias de tipo sustantivo. En lo que hace a los municipios es necesario tener en cuenta que su régimen varía en función del perfil institucional que le ha dado el poder constituyente secundario en el interior de cada provincia. Sin embargo, una importante modificación de la última reforma nacional, se refiere a la naturaleza jurídica de los municipios. En efecto, al respecto el art. 123 determina que las constituciones de las provincias deben asegurar “*la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero*”. Con anterioridad, la cuestión no estaba definida, ya que el art. 5º sólo le exigía al poder constituyente de las provincias la organización de un régimen municipal. De todos modos, la tendencia en el nuevo derecho público provincial —en el sentido de la atribución de autonomía a los municipios—, ha desechado al municipio autárquico. Sin em-

bargo, es de destacar que son varias las provincias que aún no han adecuado sus leyes fundamentales a esta exigencia de la Constitución Nacional, son ellas: Buenos Aires, Santa Fe, Entre Ríos, Mendoza y Tucumán.

En lo que hace a nuestro tema ha sido enorme la delegación de competencias en materia de recursos naturales y de medio ambiente a favor de los municipios. Las provincias y los municipios comparten el ejercicio del poder de policía dentro del marco de sus respectivas competencias. El alcance de dicha potestad varía de una provincia a otra y está directamente relacionado con la magnitud de las atribuciones que le han sido confiadas a los municipios, en uno u otro régimen. Este poder resulta particularmente importante en la actualidad, cuando como consecuencia de la descentralización de servicios ha crecido mucho la órbita municipal, a la que se le confía una cuota importante de prerrogativas que le posibiliten llevar a cabo de manera adecuada los nuevos cometidos.

c. Los grandes temas resultantes de las reformas emprendidas en el derecho público argentino

- ▶ Reconocimiento constitucional de la protección del medio ambiente.
- ▶ Incorporación del concepto de desarrollo sustentable.
- ▶ Defensa de intereses difusos, bajo distintas modalidades.
- ▶ Reconocimiento del derecho de libre acceso a la información pública.
- ▶ Nueva técnica para el reparto de competencias Nación-Provincias en la C.N.
- ▶ Reconocimiento explícito de que el dominio originario de los recursos naturales les corresponde a las provincias en que los mismos estuvieren situados.
- ▶ Incorporación de institutos propios a una democracia participativa.
- ▶ Modificación de la jerarquía de los tratados internacionales dentro de la pirámide jurídica del derecho argentino.
- ▶ Régimen especial para los tratados de integración.
- ▶ Nuevas facultades provinciales en materia de regionalización y de celebración de tratados internacionales.
- ▶ Vigorizamiento de la descentralización territorial, en el nivel municipal.
- ▶ Difusión de los denominados municipios de carta o convención en varias constituciones provinciales.

⁵ Ver Sabsay, Daniel Alberto; Onaindia, José M.. (1997). *La constitución de los porteños*. Buenos Aires: Ed. Errepar. (p.85 y ss.).

- ▶ Incorporación de institutos propios a la democracia participativa, como audiencias públicas, planeamiento estratégico, etc., en numerosas constituciones provinciales.
- ▶ Difusión del proceso de evaluación de impacto ambiental (E.I.A.), como paso previo a la realización de cierto tipo de emprendimientos productivos.
- ▶ Profundización de un modelo de federalismo de "concertación" como herramienta para la construcción de consensos interjurisdiccionales en materia ambiental y de desarrollo sustentable.

6. La gobernabilidad para el desarrollo sustentable

a. Marco General

La temática ambiental y su aplicación en el marco de una modalidad de desarrollo sustentable exige para su puesta en marcha de ciertos requisitos institucionales. Por ello, cobra especial relevancia la elección de los mecanismos institucionales que posibiliten la efectiva adopción de un modelo sostenible de desarrollo. En tal sentido, el "ropaje" institucional adecuado debe encuadrarse dentro de los lineamientos de una democracia participativa. Esto exige una especial labor desde diferentes planos a fin de lograr una conciliación de intereses apta para la construcción de un manejo diferente de las relaciones de poder en el interior de las comunidades políticamente organizadas.

El cumplimiento de metas tan ambiciosas requiere, asimismo, de la organización de estructuras de gobierno aptas para ello y por lo tanto para hacer frente a la particular naturaleza interdisciplinaria y multirelacionada de la cuestión ambiental unida al concepto de desarrollo sustentable. Desde la comunidad el proceso debe verse acompañado por una participación de los habitantes, diferente de la existente en las democracias representativas tradicionales. Es justamente por ello que surgen institutos que posibilitan la intervención de los gobernados en la toma de las decisiones susceptibles de alterar el ambiente. Tal estructura cuando debe ser ideada para un país en el cual conviven varios centros de poder territorial, exige de la creación de formas de coordinación que impidan la superposición de funciones o la actuación anárquica de las distintas autoridades.

La gobernabilidad es la condición necesaria que debe imperar en el interior de una comunidad políticamente organizada para que las decisiones que han sido tomadas de manera legítima, sean acatadas y a su vez se logre una administración eficaz de los intereses generales. Es decir que el cumplimiento por parte de la mayoría de los miembros de una comunidad de una regla de comportamiento socialmente aceptada, reposa en el convencimiento de quienes la observan que

ella es legítima, que obliga y que su aplicación redundará en algún tipo de beneficio para la sociedad.

b. La Participación

Ahora bien, para que todo esto sea posible deben organizarse canales institucionales aptos para que las personas puedan manifestarse, expresarse, tomar parte en el proceso de toma de decisiones de carácter público, estamos haciendo referencia a la participación.

La vida democrática moderna requiere de una intervención cada vez más activa de la población. Se necesita de la participación de los miembros de la comunidad. La idea de que los gobernados sólo actúan cuando se trata de elegir y luego valga la redundancia son gobernados por otros, sin que exista posibilidad alguna de interactuar con los gobernantes, ha quedado agotada. Ahora, al concepto de democracia representativa se le agrega la calificación de participativa.

La participación transforma al sistema democrático, le da otro dinamismo. Le concede un canal de relación permanente entre los gobernantes y los gobernados. La actuación conjunta permite que las decisiones sean más razonadas, que sean el producto de un mayor consenso, que se conozcan mejor los problemas que aquejan a una sociedad y que se busquen de manera mancomunada las posibles soluciones. La participación permite que se transparente la actuación del gobierno, evitándose de manera efectiva gran parte de los comportamientos corruptos. Asimismo, ante la aparición de conductas reprochables se facilita la asunción de responsabilidades y eventualmente la aplicación de sanciones. Se deben encontrar vías adecuadas para impedir que la destrucción de los ecosistemas provoque a la larga la inhabitabilidad del planeta. La evolución del concepto de defensa del ambiente ha puesto de manifiesto que la solución no se limita a la actitud de conservar a todo precio. La mera conservación puede importar "quietismo", no desarrollo, es decir que por otra vía la subsistencia también se haría imposible para amplias franjas de la población.

En definitiva, para encontrar soluciones en estos campos se deben lograr amplios consensos, y para ello se deben concretar los canales de participación más adecuados. La materia ambiental y la gestión de los recursos naturales han permitido, a lo largo de las últimas décadas, una cada vez más importante presencia ciudadana en todas las decisiones que atañen a estas dos cuestiones. La legislación y las prácticas de las democracias más desarrolladas así lo demuestran. Esto ha sido posible gracias a un rol muy activo de la sociedad civil, liderado en gran parte por organizaciones no gubernamentales. Asimismo se ha producido a través de ciertos mecanismos como las audiencias públicas y la administración coparticipada, entre muchos otros, que han procurado la creación de espacios propicios para la concreción de distintos tipos de participación.

La Ley General del Ambiente presenta un esquema muy amplio para la participación ciudadana, ya que las disposiciones de la misma integran una suerte de sistema abarcativo de un abanico de posibles institutos adecuados para el cumplimiento de esa finalidad. Entre ellos se contemplan el acceso a la información ambiental, la consulta y la audiencia pública, siendo un objetivo de la política ambiental nacional el fomento de la participación social en los procesos de toma de decisión.⁶ Se trata de una oportunidad estupenda para que a nivel nacional se ponga en marcha un modelo participativo avanzado.

c. El acceso a la información

Junto a la participación debe perseguirse el acceso a la información como elemento indispensable para que la primera sea realmente efectiva e igualitaria. La publicidad de los actos de gobierno constituye una de las piedras angulares del Estado de Derecho. Sin embargo, desde los albores del constitucionalismo la concreción de dicho principio de parte de quienes son los naturales obligados a dar tal información ha adolecido de serias falencias. En efecto, el hecho de dar o no dar al conocimiento público un determinado acto de gobierno y su fundamentación ha sido considerado en la práctica una suerte de potestad "graciosa", ubicada dentro de la esfera de discrecionalidad de los propios responsables en brindarlo.

Semejante interpretación desconoce un hecho fundamental de la realidad y que consiste en determinar a quien le pertenece la información pública. La definición al respecto no da lugar a muchas alternativas, estamos frente a un saber que por ser público le corresponde a los gobernados y que de ningún modo puede permanecer de manera injustificada en el conocimiento exclusivo de los gobernantes. A través de este mecanismo se posibilita un mayor control de la actuación de los gobernantes. Pero además de ello, en el marco de una democracia participativa el detentar la información apropiada constituye un requisito *sine qua non* para poder intervenir en la marcha del gobierno desde la sociedad. El axioma según el cual "el pueblo quiere saber de que se trata", acá adquiere una magnitud distinta, ya que sólo quien conoce puede participar de manera eficaz y alerta. El derecho de libre acceso a la información tiene antecedentes muy lejanos en el tiempo.

La reciente Ley General del Ambiente le dedica varias disposiciones a la información ambiental. Ante todo, establece entre los objetivos de la política ambiental

nacional: "Organizar e integrar la información ambiental y asegurar el libre acceso de la población a la misma". De esta manera la información ambiental se convierte en uno de los elementos fundamentales a integrar en todo plan de políticas ambientales a nivel nacional. Luego, la ley reconoce el derecho de toda persona de acceder a dicha información y establece la obligación para la autoridad de aplicación de desarrollar un Sistema de Nacional Integrado de información.

Por lo tanto, queda a cargo de la autoridad el almacenamiento sistemático y periódico de la información, como así también la obligación de ordenarla de modo de facilitar el acceso del público a la misma. En relación con este punto cabe destacar que la reglamentación deberá necesariamente ahondar en la definición de otros aspectos directamente ligados a él. Así, consideramos necesario que se establezca el principio de gratuidad de la información, la informalidad del pedido y los plazos dentro de los cuales los funcionarios deben informar. También debe considerarse que el funcionario que niega la información sin justa causa comete una falta grave y por lo tanto se hace pasible de la aplicación de una sanción que debe estar prevista en cada uno de los ordenamientos que regulan la actividad correspondiente a cada función. Además, debe quedar expedito el camino para la interposición de una acción de amparo a favor del solicitante de información insatisfecho en los plazos y condiciones garantizados en la normativa.

El artículo 18 de la norma pone el acento sobre la obligación de las autoridades de informar, independientemente de todo requerimiento de persona alguna, haciendo de la información regular sobre el estado del ambiente un deber que pesa sobre toda autoridad del área ambiental o relacionada con ella. Asimismo, se consagra el informe sobre el estado del ambiente, un instrumento que tiene su principal antecedente en la legislación de los Estados Unidos, y que resulta ser un instrumento en el que, además de hacerse pública la situación en esta órbita de la competencia gubernamental, se fijan metas, plazos para las mismas y se obliga a la autoridad a efectuar una verdadera rendición de cuentas a la luz de lo realizado. También en estas cuestiones resultará fundamental el modo por el cual se concrete su reglamentación.⁷

d. El acceso a la Justicia

A los elementos tratados debemos agregar una ampliación de la legitimación para actuar ante la justicia.

⁶ Ver Sabsay, Daniel Alberto; Di Paola, María Eugenia. (2003). *La Participación Pública y la Nueva Ley General del Ambiente*. Anales de Legislación Argentina, Boletín Informativo (Doctrina). 14. Buenos Aires: Ed. La Ley. (Pág. 29)

⁷ Ver Sabsay, Daniel Alberto; Di Paola, María Eugenia. (2003). *La Participación Pública y la Nueva Ley General del Ambiente*. Op. cit.; *Audiencias Públicas y Libre acceso a la Información*. (2001). FARN y FORNIS.; *Audiencias Públicas en los Municipios Patagónico*. (1999). FARN y Fundación Patagonia Natural.; *Nuevas Herramientas para la Acción Ciudadana en Defensa de los Derechos del Medio Ambiente*, Programa de Participación y Fiscalización Ciudadana. (1997). Fundación Poder Ciudadano; Sabsay, Daniel Alberto; Tarak, Pedro. (1995). *La participación Vecinal y la Gestión del Medio Ambiente*. FARN; *Participación Pública y Autonomía Municipal – Provincia de Buenos Aires*. (2001). FARN

El derecho constitucional va dando respuesta desde su óptica a una altísima gama de intereses generales, públicos, fraccionados, pero ciertos y con jerarquía, que requieren de una protección de marcado carácter preventivo como es característico en el derecho ambiental y en todo lo relacionado con la calidad de vida de los habitantes, que incluye el derecho a la salud y a la debida atención médica. Se trata de una coparticipación colectiva de intereses. ¿Cómo proteger entonces la lesión a los bienes de tipo colectivo? Surge entonces la necesidad de ampliar la clásica trilogía, compuesta por los conceptos de derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple.

Deben ingresar los intereses difusos en la jerarquía constitucional. En la especie se tiene parte en un interés colectivo y supraindividual, ello constituye la faz subjetiva de la cuestión. Es decir que si bien no se puede demostrar un perjuicio personal o actual, de todos modos quien participa de esta suerte de relación consorcial, compuesta por todos los damnificados actuales o potenciales, puede invocar una suerte de "cuota parte" que en tanto participe en la cuestión le da derecho a recurrir a la justicia.

El amparo (art. 43), luego de la reforma constitucional del 94 ha obtenido un nuevo perfil institucional que lleva a una importante ampliación de la figura, la que hoy comprende dos tipos distintos: uno de corte individual y otro colectivo. La segunda modalidad constituye per se uno de los aspectos más innovadores de la labor del constituyente de reforma. En efecto, las características de los derechos cuya protección se persigue con su interposición, como así también las consecuencias que ello provoca en materia de legitimación para el acceso a la justicia, llevan a modificar las concepciones tradicionales en la materia. De lo contrario, no se podrían obtener los objetivos pretendidos con su institucionalización. De ser ello así, estaríamos aceptando que las normas constitucionales no han sido creadas para ser cumplidas.

La reforma constitucional de 1994 reconoció legitimación activa amplia al "...afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley..." para interponer acciones de amparo en defensa de los derechos de incidencia colectiva, entre los cuales se encuentra el derecho a un ambiente sano.

El reconocimiento de esta legitimación amplia ha sido un paso importante en la protección del ambiente, y la experiencia de estos años, a través de los amparos promovidos por el Programa de Control Ciudadano de la Fundación Ambiente y Recursos Naturales⁸, como jurisprudencia afín en la materia, nos señalan la importancia que tiene el sistema judicial como instancia de control de la gestión ambiental y de aplicación de la

normativa ambiental. En esta misma línea se ha ubicado la Ley General del Ambiente en cuanto al acceso a la justicia por daño ambiental colectivo, agregando también como legitimados al Estado Nacional, Provincial y Municipal, si bien adiciona la imposibilidad del litisconsorcio que sí es admisible en el amparo.

e. El deslinde de competencias

Otro elemento del sistema que estamos esbozando lo constituye la relación entre los distintos niveles de gobierno. La problemática ambiental encaminada al desarrollo sostenible requiere de una articulación particular entre todos los niveles. Desde el ámbito nacional resulta dificultoso dar cumplimiento al mandato constitucional derivado del párrafo 3º del art. 41. Parece fácil llegar a un planteo teórico de la cuestión, la que luego se verá entorpecida cuando de lo que se trata es de transformar en normas el programa constitucional. ¿Cuál será la línea divisoria entre las potestades nacionales y las provinciales?, este interrogante constituye de alguna manera la pregunta "del millón" en este campo. Nos parece difícil su determinación si no existe con anterioridad una base consensuada entre los niveles de gobierno. Esta necesidad es auspiciosa en la medida que nos ubica en el marco de un federalismo de "concertación" a favor del cual nos pronunciamos, no sólo por una cuestión de fidelidad con determinadas convicciones, sino fundamentalmente porque creemos que este es el modelo que asegura mayor eficacia en la aplicación y la observancia de las normas ambientales.

La Ley General del Ambiente ha instituido un sistema federal ambiental. Su objetivo es la coordinación de la política ambiental a escala regional y nacional en aras del logro del desarrollo sustentable, considerando como ámbito *sine qua non* al COFEMA (Consejo Federal de Medio Ambiente). En este sentido la norma no sólo señala a aquel Consejo como el contexto básico de coordinación de políticas, sino que también instruye al Poder Ejecutivo Nacional a que proponga a la Asamblea del COFEMA, el dictado de recomendaciones o resoluciones, según corresponda, "...para la adecuada vigencia y aplicación efectiva de las leyes de presupuestos mínimos, las complementarias provinciales, y sus reglamentaciones en distintas jurisdicciones..." (Art. 24)

El Poder Ejecutivo debe, a todas luces, interactuar con el COFEMA en lo que se refiere a normas de presupuestos mínimos, su implementación y la coordinación de políticas interjurisdiccionales.

En tal sentido, la sanción de la Ley General del Ambiente trae aparejada la necesidad de cambiar el criterio de "federalismo de imposición" por el de "federalis-

⁸ Ver *El ambiente en la Justicia - Seis casos patrocinados por el programa Control Ciudadano del Medio Ambiente*. (2001). FARN. Buenos Aires.

mo de concertación” mencionado, diseñando el escenario básico sobre el cual se deben sancionar, interpretar e implementar las normas sectoriales de presupuestos mínimos, y regularse el rol COFEMA. En cuanto a este último, el reto de las autoridades provinciales, la nacional y la porteña, es alto. En primer lugar, no obstante la ratificación que el acuerdo ha recibido a nivel nacional como la proveniente de las siete jurisdicciones básicas para poder funcionar, no implica que pueda dictar resoluciones aplicables en todo el territorio de la Nación, ya que las mismas serán obligatorias sólo en aquellas jurisdicciones que expresamente ratificaron el tratado interprovincial.⁹

La experiencia comparada nos indica las bondades de los mecanismos interjurisdiccionales de coordinación y en especial de los organismos que nuclean autoridades ambientales, similares al COFEMA. En tal sentido, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires poseen a su vez un doble reto, el relativo a las relaciones interjurisdiccionales, que a todas luces encontrará como ámbito propicio el COFEMA, y el de la sanción de normativa complementaria cuando sea necesario, dado que el desarrollo normativo ambiental de las jurisdicciones ofrece variaciones a lo largo del mapa.¹⁰

Lo desarrollado hasta acá nos lleva a expresar que sólo la búsqueda de modelos en los que se conjuguen elementos orientados hacia la concertación y la construcción de consensos básicos permitirán la consolidación de la problemática del desarrollo sostenible en nuestro país. Asimismo, es dable destacar la importancia de las instituciones y la modificación de las modalidades que ellas presentan en la actualidad para ir caminando en la mencionada dirección. En tal sentido, debe emprenderse una labor conjunta entre los distintos sectores, tanto del gobierno como de la sociedad, en sus diversas componentes, a fin de comprometerlos en la lucha por el logro de un objetivo del que depende la subsistencia de la especie humana en el planeta...

7. Bibliografía básica

a. Libros

Bidart Campos, Germán J. (1995). *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*. Vol. VI, *La reforma constitucional de 1994*. Buenos Aires: Ediar. (pp. 295 – 304)

Bidart Campos, Germán J.; Gil Domínguez, Andrés (Coord.). (1999). *Los Valores en la Constitución Argentina*. Buenos Aires: Ed. Ediar.

Sabsay, Daniel Alberto; Onaindia, José M. (1995). *Comentario a los arts. 41 y 43 de la C.N. en La Constitución de los Argentinos*. 2º edición. Buenos Aires: Errepar. (pp. 141 – 150).

Sabsay, Daniel Alberto; Onaindia, José M. (1997). *La Constitución de los porteños*. Buenos Aires: Ed. Errepar. (p. 85 & ss.)

Dalla Via, Alberto; López Alfonsín, Marcelo A. (1994). *La tutela constitucional del medio ambiente y los llamados derechos difusos in Aspectos constitucionales del medio ambiente*. Buenos Aires: Ed. Estudio. (pp. 49 – 59)

b. Artículos y trabajos especializados

Bustamante Alsina, Jorge. *La calidad de vida y el desarrollo sustentable en la reciente reforma constitucional*. *El Derecho*. 17/2/95.

Walsh, Juan Rodrigo. *El medio ambiente en la nueva Constitución argentina*. *La Ley - Suplemento de Derecho Ambiental*. Nº 1. 6/12/94.

Walsh, Juan Rodrigo; Kaufman, G. A. Comentarios al fallo *Schroder, Juan c/Estado nacional*. *La Ley-Suplemento*, ob. cit.

Sabsay, Daniel Alberto. *La protección del medio ambiente a través del llamado amparo colectivo, a propósito de un fallo de la justicia entrerriana*. *El Derecho*. 16/4/96.

Sabsay, Daniel Alberto; Tarak Pedro. (1995). *La participación vecinal y la gestión del medio ambiente*. Buenos Aires: Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN).

Martín Mateo, Ramón. (1994). *El derecho a la información ambiental in Revista de Política y Derecho Ambientales en América Latina y el Caribe*. FARN – PNUMA. Vol I Nº 1. (p. 47-58)

Brown Weiss, Edith. (1987). *Principios de equidad intergeneracional en materia ambiental*, en *Ambiente y Recursos Naturales - Revista de derecho, política y administración*. FARN. Vol. IV, Nº 4. Oct.-Dic. (pp. 64-72)

Sabsay, Daniel Alberto. (1994). *Determinación de las atribuciones de las provincias y de los municipios*

⁹ Vale la pena destacar que en el Derecho Público Argentino todavía no se ha concretado el dictado de un instrumento en el que se determine el régimen jurídico de los denominados tratados parciales a los que se refiere el Art. 125 de la Constitución Nacional. Por ello, en la actualidad no existe una clara determinación de temas tan importantes como son, entre otros, el orden jerárquico de estos acuerdos en relación a las normas de origen provincial y la responsabilidad por el incumplimiento de los mismos. Dado que el COFEMA se origina en un convenio de este tipo, sirva el presente comentario como acicate para el dictado de la normativa a la que estamos haciendo referencia ya que como consecuencia del mismo tanto el organismo como las resoluciones que él dicte tendrán mayor vigor en base a un sustento jurídico sólido.

¹⁰ Ver - Sabsay, Daniel Alberto; Di Paola, María Eugenia. *El Federalismo y la Nueva Ley General del Ambiente*. Op. cit.

argentinos en materia ambiental en El Medio Ambiente y los procesos de reforma constitucional. FARN. Estudio Analítico N° 2. Junio 1994. (pp. 21-61)

Sabsay, Daniel Alberto. (1995). *Aspectos Constitucionales en Materia Minero Ambiental en Consideraciones de un régimen jurídico ambiental para la minería argentina.* Estudio Analítico N° 5. FARN-ELI. Buenos Aires.

Sabsay, Daniel Alberto; Di Paola, María Eugenia. (2002). *El Federalismo y la Nueva Ley General del Ambiente.* Anales de Legislación Argentina. Boletín Informativo (Doctrina). Nro 32, Page 47. Buenos Aires: Ed. La Ley.

Sabsay, Daniel Alberto; Di Paola, María Eugenia. (2003). *La Participación Pública y la Nueva Ley General del Ambiente.* Anales de Legislación Argentina, Boletín Informativo (Doctrina). 14. Buenos Aires: Ed. La Ley. (p. 14).

Sabsay, Daniel Alberto; García, María del Carmen. *El Medio Ambiente en el futuro Estatuto de la Ciudad de Buenos Aires* en colaboración con M. del Carmen García, en Suplemento de Derecho Ambiental de La Ley. Año 2. Nos. 2 & 3, 27/7/95 & 12/12/95.

Frías, Pedro J. (1990). *Policía Ambiental: Modo de Empleo.* Cuaderno de Federalismo III-IV. Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Córdoba.

El Ambiente en la Justicia - Seis casos patrocinados

por el programa Control Ciudadano del Medio Ambiente. (2002). FARN. Buenos Aires.

Audiencias Públicas y Libre acceso a la Información. (2001). FARN y FORINS.

Audiencias Públicas en los Municipios Patagónicos. (1999). FARN y Fundación Patagonia Natural.

Nuevas Herramientas para la Acción Ciudadana en Defensa de los Derechos del Medio Ambiente. (1997). Programa de Participación y Fiscalización Ciudadana. Fundación Poder Ciudadano.

Participación Pública y Autonomía Municipal. Provincia de Buenos Aires. (2001). FARN

c. Jurisprudencia

Schroder, J. c/ Estado nacional, Secretaria de Recursos Naturales y Ambiente Humano (CNFed. Cont. Adm, sala III, septiembre 8-1994). "La Ley" 1994-E-449 y ED, 14/12/94, con nota de Carnotta, W.F.

Seiler, M. L. c.MCBA s/amparo (CNCiv., sala D, agosto 28-1995), ED 22/11/95.

Vaggione, Rafael c. Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba s/amparo (C5°CC Córdoba, agosto 12-1994) y nota de Germán J. Bidart Campos, El Derecho, 7/10/94.

Roca, Magdalena c/ Buenos Aires, Provincia de s/inconstitucionalidad. (R.13.XXVIII.)

EN TORNO A LOS FUNDAMENTOS SOCIO-CULTURALES DEL DERECHO AMBIENTAL*

por Antonio Azuela**

“Lo que nos rige no es el pasado literal, salvo posiblemente en un sentido biológico. Lo que nos rige son las imágenes del pasado, las cuales a menudo están en alto grado estructuradas y son muy selectivas, como los mitos. Esas imágenes y construcciones simbólicas del pasado están impresas en nuestra sensibilidad, casi de la misma manera que la información genética”

George Steiner¹

1. Introducción

El debate sobre la cuestión ambiental está formado por una enorme cantidad de voces que provienen de todo el espectro del pensamiento actual. No hay disciplina, profesión, religión o identidad que no haya tratado de producir su propio discurso ambiental y es imposible reconocer en ese conjunto nada parecido a un *corpus* de conocimientos organizados sistemáticamente, bien sea porque la mayoría de las propuestas tienen un carácter fuertemente especializado, o bien porque no van más allá de la jerga propia de una determinada corriente o incluso porque nos proponen nada menos que romper con las formas conocidas de conocimiento. Este texto se inscribe en una investigación más general que trata de comprender cómo se ha producido en México la juridificación de la cuestión ambiental, es decir, el proceso mediante el cual nuestra definición del problema ambiental se transforma, en el campo del derecho, para reaparecer ante nosotros como un conjunto de enunciados jurídicos, a través de cuya observancia pretendemos nada menos que enfrentar la crisis ambiental. Con el objeto establecer un puente entre esta investigación y una discusión sociológica más amplia, me propongo en estas páginas aclarar qué es eso que se transforma, es decir, qué es lo que hay en la sociedad que, por principio de cuentas, hace posible el derecho ambiental. Eso no es otra cosa que explorar las condiciones sociales de las que depende la fuerza (y la debilidad) de las instituciones jurídicas ambientales.

Todo el mundo sabe que la sola existencia de normas jurídicas no es suficiente para orientar el comporta-

miento humano en una determinada dirección. A menos que se piense que el derecho lo puede todo, habrá que aceptar que se requiere una serie de condiciones sociales que están más allá del mundo del derecho. Una de las tareas de la sociología jurídica es precisamente hacer visibles esas condiciones.

Para ello me propongo, siguiendo la tradición hermenéutica, *interpretar el sentido* que tiene el derecho ambiental más allá de mundo de los abogados; esto es, reflexionar sobre lo que significa ese conjunto de normas jurídicas para los actores sociales que participan en el juego donde se decide la viabilidad de dichas normas. Pero para que ese estudio no sea un simple ‘registro de mentalidades’ (es decir, un catálogo de ideas expresadas por actores relevantes) propongo el uso del concepto de campo social como el contexto específico en el que, como he de explicar, las prácticas de los actores son acotadas tanto por sus posiciones como por sus disposiciones.

Mi principal argumento es que ha surgido, tanto en México como en casi todo el mundo, un *campo ambiental*, que no es otra cosa que un espacio social en el que entran en juego actores sociales con diferentes ‘disposiciones’ frente a lo que todos reconocen en principio como problemas ambientales. Es en ese campo donde se elaboran (se procesan) todas las respuestas sociales a la crisis ambiental. Es ahí, y no en las creencias de un observador individual como el que esto escribe o como el que esto lee, donde hay que buscar el sentido de las normas ambientales.

* Este texto es una versión reducida del capítulo primero de la tesis, en elaboración, denominada *Visionarios y pragmáticos frente al derecho ambiental*. Cualquier comentario es bienvenido en lacueva@servidor.unam.mx

** Instituto de Investigaciones Sociales, Universidad Nacional Autónoma de México.

¹ Steiner. (1992). (p. 17).

El punto de partida, en esta introducción, es llamar la atención sobre la riqueza de las imágenes de la naturaleza que ha producido la cultura occidental en los últimos siglos; imágenes que conforman el *sustrato* sobre el cual se construye lo que suele denominarse hoy en día la 'cultura ambiental'. Aunque es preciso reconocer el carácter paradójico de muchas de esas imágenes, al final es posible distinguir ciertas trayectorias generales y, sobre todo, algunas tensiones que son perfectamente reconocibles en los dilemas que hoy enfrentamos.

A continuación haré una breve referencia sobre el modo en que la sociología y la antropología han registrado la emergencia de la sensibilidad ambientalista de los años sesentas. Se verá cómo la mirada sociológica ha podido registrar procesos históricos que están detrás de esa sensibilidad y que no se pueden equiparar al acto voluntarista de una simple toma de conciencia. La reseña culmina con una referencia a la *sociedad del riesgo*, que constituye la propuesta más ambiciosa para interpretar, desde la sociología, la crisis ambiental. En particular, me refiero al tema de la *selección de riesgos*, como el mecanismo a través del cual se reduce la complejidad de las imágenes sobre la naturaleza que están presentes en la experiencia subjetiva, y se produce un conjunto de percepciones compartidas por diferentes sectores sociales en torno al problema ambiental.

Finalmente, me propongo mostrar la utilidad del concepto de campo social, como estrategia metodológica para observar el espacio social en el que se ponen en juego las diferentes disposiciones de los actores sociales sobre la cuestión ambiental, que no es otra cosa que la lucha por la definición de dicha cuestión.

Normalmente, la referencia histórica en materia ambiental comienza y termina por apuntar a los movimientos ecologistas que, hace poco más de tres décadas, ocuparon la escena pública de muchos países desarrollados. No hay duda alguna que esos movimientos introdujeron elementos nuevos en nuestra manera de ver las cosas. Registraron y divulgaron muchos de los riesgos que venían asociados con el modelo industrial predominante y, en particular, algunos riesgos emergentes, como los derivados de utilización de la energía nuclear y los que produce la industria química, que no ha dejado de crear nuevas sustancias cuyos efectos desconocemos.² Sin embargo, esos movimientos no se enfrentaron con una racionalidad homogénea. Parte de su éxito se explica porque ya existía, en lo que se puede llamar el sentido común de la

modernidad, una serie de percepciones fundamentalmente respetuosas hacia la naturaleza (y sobre todo una manera de ver el lugar de los humanos en ella) que hacían que esos movimientos fuesen comprensibles y aceptables. Esas percepciones han sido el *sustrato* sobre el cual se ha ido construyendo la cultura ambiental contemporánea.³

Pensar que existe *una* idea moderna de la naturaleza equivale a ignorar la riqueza de los procesos culturales que se han desatado en los últimos siglos y de los que somos herederos. Una vez que el proceso de secularización hizo posible ver a la naturaleza independientemente de la divinidad (Escalante, 2000), una vez que aquella pudo ser vista como un mundo en sí mismo, atrajo una inmensa cantidad de nuevas representaciones. Además de ser vista como un conjunto de 'recursos' (al servicio del hombre), en torno a ella se ha desplegado un inmenso *malestar cultural* (en el sentido de Freud) derivado de la condición moderna y al mismo tiempo se han generado nuevas y muy diversas formas de *celebración de la vida*. En ánimo gozoso o sufriente, oportunista o ingenuo, la idea de la naturaleza ha ocupado todos los rincones de la experiencia de las sociedades modernas. Cualquiera que se asome a la historia de la filosofía, del arte, de la literatura y del pensamiento político, podrá constatar cómo la cultura occidental se ha poblado de imágenes sobre la naturaleza que han pasado a formar parte del sentido común de nuestros días.

Son tres las consecuencias que se derivan de lo anterior, para comprender las condiciones socio-culturales del derecho ambiental. Primero, que aunque pudiésemos identificar una racionalidad dominante en el despliegue de las sociedades modernas, asociada al pensamiento científico y al modo de producción capitalista, es importante reconocer que no hay una sino muchas percepciones sobre la naturaleza.⁴ Segundo, desde la segunda mitad del siglo XVIII, ha venido ganando terreno una sensibilidad que asigna a la naturaleza el más alto valor. No descubrimos los problemas ambientales a través de una 'toma de conciencia', sino que heredamos una sensibilidad en torno a la naturaleza, que es propia del mundo moderno en la medida en que ha florecido como parte del proceso de secularización. Tercero, que sin la difusión de esas muy europeas ideas a través de muchos medios y durante más de dos siglos, cuesta trabajo imaginar la fluidez con la que se transmite hoy en día el mensaje ambientalista entre una variedad tan grande de culturas regionales a lo largo del planeta. Ese *sustrato* es mucho más que un pensamiento marginal —un David contra el

² El libro pionero sobre este último tema es, sin duda, *Silent Spring*, de Rachel Carson (1962?).

³ Para una exposición erudita e inteligente de esta idea véase el indispensable *Landscape and Memory*, de Simon Schama. "Instead of assuming the mutually exclusive character of Western culture and nature, I want to suggest the strength of the links that have bound them together" (p. 14 de *Landscape and Memory*). Un punto de vista más sociológico puede encontrarse en *Man and the Natural World*, de Keith Thomas (1983).

⁴ La tesis de que no hay una sino muchas naturalezas ha sido objeto de un extenso tratamiento sociológico por Phil Macnaghten y John Urry (1998).

Golliat de la racionalidad dominante—. Es parte de las tensiones culturales de cualquier sociedad contemporánea mínimamente diferenciada. No importa cuánto se esfuerce el filósofo por demostrar que la modernidad está regida por *una* racionalidad; lo que las ciencias sociales registran hace tiempo es que existen “contradicciones culturales” que además existen como condiciones *objetivadas*, (en el sentido de Berger y Luckmann, 1967) de las sociedades modernas. Como se verá más adelante, he elegido el contraste entre la disposición *visionaria* y la disposición *pragmática* para mostrar los ejes principales de esa contradicción en el campo ambiental. Y la he elegido no sólo como una herramienta analítica sino porque nos ayuda a salir de la paradoja en que se pierde gran parte de la discusión ambiental: la sociedad es una máquina regida por una lógica implacable, hasta que llega la toma de conciencia y la desmantela. Cuando reconocemos que esa sensibilidad ya está presente en nuestra cultura, se hace posible evitar la idea mesiánica, de que sólo renunciando a los fundamentos (supuestamente homogéneos) de nuestra civilización podremos garantizar la vida en el planeta.

2. La selección social del riesgo ambiental

Al reconocer que hoy en día coexisten muchas maneras de ver (o, con Steiner, muchas imágenes) de nuestra relación con la naturaleza y que ellas son el sustrato desde el cual podemos comprender el sentido de las instituciones jurídicas ambientales, apenas estamos dando el primer paso. El que sigue es comprender el modo en que ese conjunto de imágenes, en principio caótico, se convierte en un debate con términos reconocibles. En este apartado me propongo señalar, aunque sólo de manera muy esquemática, la utilidad de algunas de las contribuciones de la sociología y la antropología contemporáneas para explorar esa conversión. Este paso es indispensable para superar la visión predominante en el sentido común, según la cual la sociedad es un conjunto de individuos que en forma aislada van portando un cierto bagaje de ideas que determinan sus acciones sin más mediación que sus voluntades. Las categorías que utilizaremos para esta empresa son la de *selección social* de los riesgos y la de *campo social*. En el fondo no se trata más que de afirmar dos cosas: primero, que las sociedades humanas sólo pueden reaccionar a lo que llamamos ‘problemas ambientales’ a través de un conjunto de *mediaciones simbólicas*, que sería muy difícil crear o modificar a voluntad. Segundo, que cualquier cambio que queramos introducir en el modo en que transformamos la naturaleza (de un modelo ‘depredador’ a un modelo ‘sustentable’) tiene que ser procesado a través de un

campo social específico (el campo ambiental), en el que entran en juego las visiones y los intereses de actores y grupos sociales concretos, en una interacción que por su intensidad va colonizando campos sociales preexistentes (el jurídico, el económico....) de acuerdo con ciertos presupuestos comunes. Lejos de afirmar que ese cambio está garantizado, me limito a argumentar que es a través del análisis de la dinámica del campo ambiental como podremos estudiarlo con la serenidad que se requiere en una época en la que oscilamos entre el catastrofismo y los arrebatos místicos, pasando por la aceptación acrítica de los instrumentos jurídicos que se nos ofrecen en el mercado de las ideas como receta para todos nuestros males.

A la sociología se le puede achacar como pecado original el haber ignorado, desde sus inicios, la dimensión biofísica de las sociedades humanas.⁵ Sin embargo, esa situación ha cambiado radicalmente con el auge de la ‘sociología del riesgo’. Bien puede decirse que, en las últimas tres décadas, la sociología ha pasado de una actitud de sorpresa frente a los movimientos ambientalistas (que al principio fueron un simple ‘objeto’ de la reflexión sociológica), a una postura abiertamente ‘ecologista’. Lo que señalaremos a continuación de algún modo refleja la trayectoria que ha recorrido la sociología respecto al ambiente, que se podría resumir de la siguiente manera. Si hace treinta años los sociólogos se preguntaban si el ecologismo era un movimiento antimoderno; hoy la producción sociológica, casi siempre animada por una convicción ambientalista, se pregunta si con las instituciones de la modernidad podemos hacernos cargo de los problemas ambientales.

Peter Berger, Brigitte Berger y Hansfried Kellner fueron quizá los primeros en emprender un análisis sociológico para comprender ciertos *malestares* en torno a los procesos de modernización que surgieron en los años sesenta —y que se expresaban, entre otros, en el movimiento ambientalista. Ellos hicieron evidentes los aspectos del proceso de modernización que imprimieron sus rasgos *específicos* al ambientalismo contemporáneo —en los cuales sin duda las nuevas ‘imágenes’ de la naturaleza se han combinado con otras heredadas de épocas anteriores. En particular, los autores mostraron el modo en que los *estilos cognitivos* de la tecnología y de la burocratización han traído consigo una *pluralización del mundo de la vida*, que ha producido en los sujetos una experiencia equivalente a quedarse “sin hogar”.

Sin entrar en una presentación sistemática del análisis de Peter Berger y sus coautores, quiero destacar algunos elementos. El primero de ellos es la importancia que atribuyen a la burocratización (por encima incluso de la tecnología) como una fuente de tensión emocional sobre el individuo.

⁵ Luhmann, probablemente el primer sociólogo importante en reconocerlo, en 1986. Luhmann. (1989) [1986]. En el mismo sentido Beck. (1998). 41.

En segundo lugar, los autores consignan la emergencia de una nueva sensibilidad, lo que llaman la 'revolución gentil', a partir del nuevo papel de la niñez y de la adolescencia en las sociedades modernas. Y no se trata de una revolución que surge sólo del mundo de las ideas, sino que tiene que ver con condiciones materiales de la existencia humana:

"Hasta muy recientemente en la historia humana la mayoría de los niños morían. Hoy la mayoría sobreviven y pueden continuar su crecimiento. Esto significa, primero que nada, que la infancia contemporánea está protegida de angustia y miedo de una manera completamente nueva... Los individuos que producen [los nuevos] procesos de socialización tienden a ser particularmente 'suaves' (*soft*)" (id. P 194).

Desde luego, no fueron los sociólogos quienes 'descubrieron' los rasgos de la 'contra-cultura' de los años sesenta; esta tenía su propia 'autoconciencia' (Roszak, 1969). Pero hay una contribución específica de la aproximación sociológica, que consiste en combinar el reconocimiento de esos rasgos culturales con un análisis de ciertos aspectos genéricos de las instituciones de la modernidad y, en particular, con el registro de ciertos fenómenos que no tienen nada de imaginarios. Entre ellos, la drástica reducción de la mortalidad infantil, que no sólo significó que en ciertas sociedades los humanos dejaran de morir como moscas, sino que transformó cualitativamente la relación entre padres e hijos (*id.* 192). Más allá de las fortalezas y las debilidades del argumento, vale la pena señalar que el análisis sociológico nos ayuda a entender que la cultura es más que un conjunto de ideas e imágenes que flotan alrededor de los individuos —y de las cuales ellos se pueden apropiarse o deshacer a voluntad. Los fenómenos culturales están fuertemente enraizados en procesos que conforman el mundo social de una manera mucho más objetiva de lo que el sentido común está dispuesto a aceptar. No en balde, al menos desde Weber, la amarga contribución de la sociología es la documentación del 'desencanto'.

Así, Berger y sus coautores pudieron identificar al ambientalismo como parte de una reacción más general por las carencias emotivas que han prohiado los procesos de modernización. Ellos se cuidaron de calificar a los movimientos emergentes de antimodernos —se conformaron con llamarlos 'desmodernizadores'. Pero no dejaron de señalar algo que hoy debería ser obvio: que el ambientalismo surgió como parte de los "...movimientos culturales que tienen una afinidad particular con el impulso desmodernizador de la cultura juvenil" y que "expresan y legitiman el ánimo profundamente anti-tecnológico y naturalista de [esa] cultura", dentro de cuya lógica "la salvación está en algún tipo de retorno a un modo de vida no urbano y no tecnológico y, si eso

falla, en una lucha continua para proteger lo poco que haya quedado silvestre en el mundo contemporáneo" (id. 205).

Lo relevante de un análisis como el de Peter Berger y sus coautores es que trasciende la noción según la cual, frente a cierto 'estado de cosas', algunos iluminados formularon una serie de ideas que pueden cambiar (o han comenzado a cambiar, según los optimistas) las prácticas sociales; es el mito⁶ de la 'toma de conciencia' que permea el discurso ambientalista. Más bien, lo que la sociología nos muestra es el conjunto de procesos históricos (la ampliación del poder de la tecnología, el de las burocracias, y muchos otros) que generan en los sujetos ciertas 'disposiciones de ánimo', sin los cuales seguramente no se hubiesen formado de la misma manera y cuyos sesgos y connotaciones no se pueden corregir a voluntad. En otras palabras, las características del malestar social que se ha expresado en el ambientalismo, tienen su origen no sólo en el 'reconocimiento de ciertos problemas' por parte de los actores, sino sobre todo en la agudización de algunas de las condiciones más importantes del mundo moderno, que no se miden en partes por millón, pero que son las características de la sociedad misma.

Ahora bien, si el trabajo de Berger y sus coautores ofrecía la primera mirada sociológica de los movimientos ambientalistas (con un claro distanciamiento respecto de ellos pero también con una capacidad nada despreciable para registrar las tendencias históricas generales que los hacen comprensibles) fue en el seno de la antropología donde apareció por primera vez el tema del *riesgo*, que es la categoría bajo la cual la sociología contemporánea examina lo que llamamos los 'problemas ambientales'. Desde los años cincuenta, Mary Douglas comenzó a considerar el problema de la higiene y la contaminación como un asunto fundamental en las llamadas sociedades primitivas. Su punto de partida fue la convicción de que cada sociedad define a su manera lo que significa contaminarse (corromperse, descomponerse) y también en cada sociedad hay diferentes procedimientos para purificarse, para limpiarse. De todos los riesgos posibles, las sociedades 'seleccionan' unos y no otros como aquellos de los que hay que preocuparse. Al extender su estudio a todas las calamidades que un grupo humano puede padecer, así como a los usos políticos y la carga simbólica que esas calamidades traen consigo, Douglas construyó uno de los pilares de la sociología del riesgo. No daré más que un ejemplo muy simple: "no hay duda que el agua en el siglo catorce en Europa era una fuente persistente de riesgo, pero una teoría cultural de la percepción señalaría que [el asunto] se convirtió en una preocupación pública sólo cuando pareció plausible acusar a los judíos de contaminar los pozos" (Douglas y Wildavsky, 1982, 6).

⁶ No usamos mito como sinónimo de falsedad (Cassirer...).

La posibilidad de señalar culpables por las calamidades —la pérdida de una cosecha, la muerte de un niño— no sólo tiene una poderosa carga simbólica, sino que forma parte constitutiva del orden social (Douglas, 1966 y Douglas y Wildavsky, 1982). Cuando aparecieron los movimientos ambientalistas, ella estaba mejor preparada que nadie para interpretar el nuevo fenómeno con las herramientas del análisis cultural, con las cuales se puede ir más allá de la creencia de que se trataba de un ‘momento republicano’ o de una súbita ‘toma de conciencia’ colectiva. En sus propias palabras, “en el sorprendentemente corto plazo de quince a veinte años, la confianza en el mundo físico se ha puesto en duda” (Douglas y Wildavsky, 1982, 11).

Los nuevos acontecimientos constituían un reto para quien había propuesto que cada sociedad humana “produce su propia visión *seleccionada* del ambiente natural, una visión que influye en la elección de los peligros a los cuales vale la pena poner atención” (Douglas y Wildavsky, 1982, 8, mis cursivas). Sería largo reseñar aquí el modo en que Douglas combinó el análisis cultural con elementos de la psicología social y de la ciencia política para analizar las características del movimiento ambientalista en los E.U.A. Baste con señalar la tipología que propuso para estudiar las diferentes visiones que existen en la sociedad sobre la resistencia de la naturaleza frente a la intervención humana, la cual más adelante utilizaré como punto de partida para identificar las ‘disposiciones’ que prevalecen en el campo ambiental. El método consiste en dibujar una pelota sobre paisajes de diferentes formas, con el fin de ilustrar las cuatro visiones predominantes. La pelota sobre una superficie curvada hacia abajo representa la visión según la cual la naturaleza es *frágil*; ella subsiste apenas en un delicado equilibrio. El más leve movimiento que la empuje hacia cualquier dirección la llevará a la destrucción; a quienes sostienen esa visión Douglas los llama, extrañamente, *communards*.⁷ Cuando la pelota reposa sobre una curva dibujada en sentido inverso a la anterior, se representa la visión *empresarial expansiva*, según la cual la naturaleza es *robusta*. No importa cuánto la empujemos, ella volverá a su posición original. Enseguida tenemos la visión *jerarquista*, según la cual la naturaleza sólo es robusta *dentro de ciertos límites* y si se presiona más allá de ellos (la aspiración del derecho ambiental es justamente definirlos) sí se puede producir un desastre. Finalmente, tenemos la visión de los *fatalistas*, para quienes la naturaleza es tan *caprichosa* que no vale la pena preocuparse de las presiones que sobre ella se ejercen, porque no se sabe cómo reaccionará. Como toda tipología, esta tiene sus limitaciones, pero nos

proporciona una orientación general para estudiar las diferentes actitudes que, en sociedades complejas, pueden surgir en torno a la manera de tratar a la naturaleza. Es particularmente útil si no se le toma como una ‘clasificación de las personas’, según la cual cada uno sólo podría formar parte de una de esas categorías, sino como una clasificación de las disposiciones que pueden predominar en una persona, pero que pueden variar de un caso a otro.

Desde luego que la aspiración moderna consistirá en identificar los problemas ambientales de una manera ‘objetiva’, pero no hay ninguna garantía de que esa aspiración será cumplida. Y eso se comprende mejor cuando se tiene presente que, tanto la necesidad de culpar a alguien, como la existencia de un ámbito específico para hacerse cargo del problema (que es, por excelencia, el ámbito del derecho) es un rasgo que se encuentra en prácticamente todas las sociedades.⁸

Los trabajos de Peter Berger y de Mary Douglas constituyen apenas dos ejemplos relevantes del tipo de orientaciones de la sociología y la antropología para comprender el significado de la crisis ambiental en el mundo contemporáneo. La primera de ellas nos ayuda a ver el modo en que ciertas condiciones generales del desarrollo histórico de las sociedades modernas (la combinación específica de procesos tecnológicos, burocráticos, territoriales, demográficos, simbólicos...) dan lugar a la emergencia de ciertas disposiciones de ánimo (y no de otras) respecto de lo que llamamos los problemas ambientales. Por su parte, la antropología nos ayuda a ver mejor aquello que está en juego: el antiquísimo problema del *riesgo*. El mensaje de ambas puede parecer desilusionante, y quizá por ello no despiertan demasiado entusiasmo en el campo ambiental, ya que nos conduce a reconocer que nuestras opciones están acotadas por la propia sociedad; que a pesar del mito proteico, las mediaciones simbólicas que se construyen en las sociedades humanas para dar sentido al mundo (y por lo tanto también para ‘entender’ los problemas ambientales) están profundamente enraizadas en procesos sociales y no pueden ser fácilmente cambiadas. Si ya era una mala noticia la vieja intuición según la cual las cosas son del color del cristal con que se miran, las ciencias sociales contemporáneas nos enseñan, además, que el cristal es parte de la mirada misma.

A mediados de la década pasada surgió la encefalopatía bovina esponjiforme (síndrome de las ‘vacas locas’), y cientos de millones de europeos no tuvieron más remedio que reconocer una cara más de la vulnerabilidad de la sociedad en la que viven. Ese episodio

⁷ Douglas reemplaza la categoría de ‘sectario’ que había usado en trabajos anteriores para caracterizar a los ecologistas por el galicismo *Communard*, que un diccionario inglés – español define como “comunero, participante en las comunas de París (1871)”. La referencia histórica nos da una idea de lo que Douglas quiere decir, pero ella sólo es comprensible en contextos muy restringidos, por lo que me parece enteramente inadecuada.

⁸ Después de muchos años, Mary Douglas reconoció, gracias al trabajo de Michael Thompson (1982), que existe una cultura en la que la culpa no se concentra, sino que se ‘disuelve’ en el conjunto de la comunidad, la de los Sherpas de Nepal (Douglas, 1994, 7). No se ha sabido de otra.

dio a los trabajos de Ulrich Beck una particular notoriedad, pero lo cierto es que para entonces, la sociología ya había recorrido un buen tramo en la conformación del concepto de la *sociedad del riesgo*, a través del cual se ha tratado nada menos que de capturar el rasgo dominante de toda una época histórica. En el campo de la sociología no es trivial que alguien proponga (y que muchos tomen en serio) que la modernización ha dado un nuevo giro, al que en lugar de llamar 'capitalismo tardío', 'sociedad post-industrial', 'sociedad de la información', debamos rebautizar con el nombre de *sociedad del riesgo*. No puedo ofrecer aquí un análisis completo del planteamiento de Ulrich Beck. Aún así, para los efectos de esta investigación, es indispensable identificar algunos de sus planteamientos. Se trata de la figura más representativa de una generación de sociólogos para quienes no hay duda alguna de que la actual crisis ambiental pone en riesgo, ahora sí, nada menos que la sobrevivencia de la especie humana. No es una mirada de extrañeza por la irracionalidad de los movimientos ambientalistas, sino una que observa críticamente tanto a esos movimientos como las instituciones sociales contra los que ellos se rebelan. Es un referente indispensable para cualquier análisis del derecho ambiental que aspire a establecer algún tipo de relación con los debates contemporáneos en el terreno de la sociología.

El punto de partida del trabajo de Beck es la constatación de la existencia de riesgos asociados al desarrollo tecnológico, que dan lugar a nuevos dilemas en las sociedades contemporáneas. Los medios tecnológicos a nuestro alcance podrán reducirlos, pero nunca eliminarlos. Según el autor, las instituciones heredadas de la sociedad industrial (sobre todo la ciencia y el derecho) son insuficientes para hacerse cargo de esos riesgos, los cuales incluyen a los que solemos clasificar como problemas ambientales, junto con otros derivados de un desarrollo tecnológico que parece crecer librado a su propia lógica, llena de contradicciones y paradojas. Así, su teoría se refiere a un amplio espectro de situaciones, que van desde el uso de la energía nuclear hasta el desarrollo de tecnologías reproductivas —que reviven el fantasma de la eugenesia. Una característica relevante de los nuevos riesgos es su carácter global, que rebasa las fronteras y las capacidades de los estados nacionales. Pero sobre todo, está el surgimiento de situaciones para las que no se puede encontrar respuestas concluyentes en las ciencias duras.

La puesta en duda de la autoridad de la ciencia tiene muchas dimensiones que sería imposible reseñar en este espacio. Baste con decir que, en la obra de Beck, como en la de muchos otros hay suficientes ejemplos de un creciente rechazo, o al menos de un cuestiona-

miento serio, a los resultados de la ciencia, como para dejar de ver esos casos como excepciones y comenzar a reconocer en ellos una reacción 'normal' de las sociedades contemporáneas.

El análisis de Beck sobre el riesgo considerado en la sociedad en su conjunto, y el de Anthony Giddens sobre la relación entre el lego y el experto, desarrollado en torno al problema de la seguridad ontológica en las sociedades contemporáneas, (Giddens, 1991) confluyen en uno de los conceptos clave de la sociología contemporánea: el de *reflexividad*. El análisis de riesgos, en tanto que aproximación sociológica, no se concentra en los riesgos considerados en sí mismos, sino en la forma como su experiencia es procesada socialmente —cosa que ocurre cada vez más en forma reflexiva. Esto se relaciona de manera muy próxima con la compleja relación que se genera, en las mismas sociedades, entre el lego y el experto.

Las obras que Beck ha dedicado a la cuestión ecológica constituyen un intento de rebelarse contra lo que, según él, ha sido hasta ahora una 'ley de hierro' que hace parecer como insuperable el marco conceptual predominante de nuestra época. Independientemente de si logra o no su cometido, es interesante hacer notar que cree que lo puede hacer "apelando a un entendimiento humano *distanciado por la práctica de la sociología*" (Beck, 1995b, 5, cursivas mías). Si entiendo bien, las esperanzas que pone en la disciplina sociológica son enormes.⁹ En todo caso, esas esperanzas se ven reflejadas en la insistencia sobre el hecho de que la crisis ambiental sólo puede expresarse a través de una mediación simbólica. En su análisis de la protesta ambiental señala el *malentendido naturalista* en el que los movimientos frecuentemente caen, y al que me he referido hasta aquí como el mito de la 'toma de conciencia', es decir, la creencia de que la reacción social a los problemas ambientales es resultado directo de una simple 'constatación'. Siguiendo la trayectoria del pensamiento social que hemos venido siguiendo, Beck afirma que:

La protesta ecológica no surge 'naturalmente' del deterioro ambiental. Los bosques agonizantes y el canto de los pájaros no se metamorfosean, siguiendo las leyes de la reencarnación, en seres humanos que protestan. Más bien, el deterioro y la protesta están aislados y relacionados uno del otro, a través de símbolos culturales, cuya efectividad hoy en día tiene su origen y fundamento en tradiciones humanas y condiciones de vida. En otras palabras, quien protesta lo hace en contra de una amenaza percibida, no al medio ambiente, sino a sus hábitos sociales (Beck, 1995b, 159).¹⁰

⁹ Se pueden encontrar referencias a la importancia de la aproximación sociológica en las páginas 8, 9, 41, 42 y 76 de la misma obra.

¹⁰ "Para ponerlo en el lenguaje de la teoría sociológica (dice Beck en otra parte), la visión de la teoría de sistemas o la de la economía política requieren un suplemento y una corrección interaccionista o fenomenológica. En lo abstracto de la devastación iniciada y mantenida por la industrialización avanzada, ciertos símbolos tangibles adquieren una significación crucial. Ellos disparan alarmas en los nervios culturales: el bosque en Alemania, los huevos del desayuno en Inglaterra (Beck, 1995^a, 125).

De todas las cuestiones que suscita la obra de Beck, quiero mencionar una en la que podemos encontrar una pista valiosa. Se trata de la idea de las 'relaciones de definición' –tan desiguales en la sociedad del riesgo como las relaciones de producción en la sociedad industrial clásica. Se refiere a los procesos sociales que dan como resultado que algo se defina y por tanto se reconozca como un problema y, sobre todo, a los métodos para llegar a esa definición en cada caso. Lo que Beck nos hace ver es que la 'carga de la prueba' está distribuida en forma sumamente desigual. Quien emprende la protesta social se ve inmediatamente envuelto en una red de requerimientos científicos de los cuales es muy difícil salir bien librado. El análisis de Beck hace evidente la importancia de las instituciones jurídicas en la distribución de la carga de la prueba o, para decirlo a su modo, en la regulación de las relaciones sociales de definición. Esa lucha por la definición del problema ambiental, que se libra en varios terrenos, entre ellos el terreno del derecho, es un inmejorable punto de partida para estudiar las condiciones sociales del derecho ambiental.

3. El Campo ambiental: visionarios y pragmáticos

Para estudiar la diversidad de posiciones que confluyen en torno a la cuestión ambiental propongo utilizar el concepto de campo social, que fue objeto de un amplio tratamiento y desarrollo por Pierre Bourdieu. La idea de campo social es una herramienta metodológica que sirve para dar cuenta de la diferenciación social, o sea para el estudio de sociedades complejas. Si algo caracteriza a estas últimas es la existencia de una diversidad de ámbitos sociales (la economía, la política, la producción cultural...) que se distinguen entre sí en la medida en que están regidos por lógicas específicas a cada uno de ellos. La propuesta de Bourdieu consiste en identificar lo que en ellos está en juego, para comprender el sentido de las prácticas de quienes en él participan. Como explica Loic Wacquant, "Un campo es simultáneamente un espacio de conflicto y de competencia, en forma análoga a la de un campo de batalla, en el cual los participantes tratan de establecer un monopolio sobre el tipo de capital que ahí se hace efectivo – la autoridad cultural en el campo artístico, la autoridad científica en el campo científico, la autoridad sacerdotal en el campo religioso y así sucesivamente" (Bourdieu y Wacquant, 1992, 17).

Como he dicho más arriba, esta investigación está organizada en torno a dos hipótesis: De acuerdo con la primera, en México, como en casi todo el mundo, ha surgido un nuevo campo social en torno a la cuestión

ambiental. De acuerdo con la segunda, en la conformación de dicho campo el derecho está jugando un papel fundamental. Esto significa que la cuestión ambiental no sólo ocupa un espacio social cada vez más importante, sino que la definición de lo ambiental ha adoptado su forma específica por el modo en que es 'recreada' en el ámbito del derecho. En las páginas que siguen me limitaré a señalar las coordenadas fundamentales del campo ambiental antes de su intersección con el campo jurídico, es decir, en su estado 'prejurídico'.

De acuerdo con Bourdieu, en cada campo social participan actores que compiten por los recursos característicos del mismo, recursos que pueden ser de carácter material (la riqueza, en el campo económico) o de carácter simbólico (el prestigio, en el campo de la producción cultural). Pero en un campo no sólo hay conflicto y competencia, hay también ciertos presupuestos comunes que (como en los juegos)¹¹ hacen posible su funcionamiento. El concepto de campo está íntimamente ligado con el de *habitus*, por medio del cual se trata de dar cuenta de la práctica de los agentes sociales sin caer en el subjetivismo propio del sentido común. Por *habitus* se entiende el "conjunto de *disposiciones* que llevan a los agentes sociales a actuar y a reaccionar de una cierta manera" (Thompson, 2001, 24, cursivas mías). Por razones de estilo, prefiero utilizar la palabra *disposiciones*, más que la de *habitus*, aunque se trata del mismo concepto.¹²

Pues bien, aunque se reconozca que tales disposiciones se generan en los individuos desde la primera infancia (y/o pueden ser reforzadas por la posición que el individuo ocupa en el propio campo) y en ese sentido tienen un carácter 'estructural', ello no significa que tengan una fuerza determinante que anule las posibilidades del individuo de tomar decisiones; simplemente le proporcionan un "sentido del juego" que le permite moverse en el contexto de que se trata, con la naturalidad de quien ha practicado un deporte por mucho tiempo.

Más allá de las críticas que se han formulado a las propuestas teóricas de Bourdieu,¹³ me parece que tales propuestas nos proporcionan una orientación sumamente útil para estudiar la cuestión ambiental desde una perspectiva sociológica y, en particular, para observar el modo en el que se construye socialmente (o se pone en duda) la legitimidad del derecho ambiental. El concepto de campo social presenta al menos tres ventajas. En primer lugar, nos ayuda a acotar el alcance de la acción social en materia ambiental. Cuando desde el sentido común se atribuye a 'la sociedad' determinadas expectativas en relación con el ambiente, se nos remite a una especie de promedio imposible,

¹¹ Sobre las semejanzas y las diferencias entre los juegos y el concepto de campo, véase Bourdieu y Wacquant, 1998, p. 98.

¹² Aunque parecería existir una cierta diferencia entre ambas categorías (*habitus* = a *conjunto de disposiciones*) hay momentos en que el mismo Bourdieu las utiliza de manera indistinta. Véase por ejemplo, Bourdieu. (1998). (p. 6).

¹³ Al respecto se puede consultar una amplia bibliografía en el ensayo de Miller (2003).

por la razón obvia de que no todos los miembros de un grupo humano mínimamente diferenciado pueden tener las mismas actitudes. Lo cierto es que tanto el debate ambiental como los intereses económicos y políticos con los que se relaciona, están altamente concentrados. De paso, con ello evitamos la tendencia tan propia del habla común, que se introduce sistemáticamente en el debate público, de hablar de *la* sociedad como si fuera un sujeto (que entre otras monerías “cobra conciencia” de sus problemas y “actúa en consecuencia”...).

En segundo lugar, a través del concepto de campo es posible reconocer la diversidad de posiciones que entran en conflicto —así como su carácter ‘relacional’. A pesar de que existan algunos supuestos compartidos por todos (y eso puede considerarse como una condición para que exista un campo) lo cierto es que cualquier proceso relevante (la aprobación de una ley, la discusión de un proyecto, la gestión de una emergencia) está marcado por la participación de actores sociales concretos que ocupan *posiciones* cuya interacción marca el rumbo de dichos procesos. Dichas posiciones no tienen un valor o un significado intrínsecos (como no lo tienen los individuos o los grupos que las ocupan), sino que se definen en su relación con las otras posiciones. (Bourdieu, 1998, 6).

En tercer lugar, con la idea de campo se puede ver cómo el tema ambiental se transforma cuando sale de su campo, digamos original, y se cruza con otro campo social —en nuestra investigación, el campo jurídico— lo que trae consigo no sólo la aparición de ciertos actores sociales (los abogados) sino también un ajuste semántico, es decir, una modificación en la forma de discutir el problema e incluso una re-definición del mismo.

El análisis simultáneo del campo y las disposiciones de los actores que en él participan permite observar la ‘dialéctica de las posiciones y las disposiciones’. Por esa vía es posible al menos intentar superar las dicotomías que han dominado el pensamiento social: individuo vs sociedad, acción vs estructura, libertad vs necesidad (Bourdieu, 1997, 184-188). Explorar las disposiciones de los actores resulta mucho más revelador que una simple constatación de ‘mentalidades’ en torno a la cuestión ambiental. Esto último apenas registraría las ideas de los actores ignorando el conjunto de condicionamientos sociales que operan sobre nosotros. El valor de la noción de habitus está en que implica la necesidad de ubicar la práctica de los actores sociales en su contexto social específico: esas prácticas son el “producto de un encuentro entre un habitus y un campo, mutuamente ‘compatibles’ o ‘conformes’ (Thompson, 2001, 31).

No está de sobra recordar que el pensamiento social ha oscilado entre los enfoques deterministas que niegan toda posibilidad de acción regida por la voluntad y el eterno ‘retorno del sujeto’ que se rebela contra esa negación. Como otros movimientos sociales, el ambientalismo descansa en la idea de que es posible

cambiar en forma deliberada el rumbo de la sociedad (esa es la norma fundamental en el campo ambiental), mientras que el uso de categorías sociológicas como las que nos propone Bourdieu nos lleva a relativizar esa posibilidad. Ahí está la tensión que una mirada sociológica introduce en la discusión ambiental, lo que quizá explica porqué en esa discusión suelen evadirse los problemas centrales de la sociología.

Ahora bien, ¿qué nos lleva a sostener que en torno a la cuestión ambiental se ha formado un campo equivalente a otros campos sociales (es decir, en algún sentido equiparable al campo económico o al campo de la producción cultural)? De entrada, mencionaré como indicio un hecho diminuto pero revelador: Un día de 1970, Richard Nixon publicó en la revista *Fortune* un artículo en el que sostenía que las futuras generaciones nos juzgarán por la calidad del ambiente que les heredamos (cit. por Harvey, 1996, 117). Nadie mínimamente informado acerca de lo que representa ese personaje (¡en ese año!) podría interpretar eso como un gesto sincero, mucho menos como resultado de una súbita ‘toma de conciencia’. Tendrá razón quien afirme que, por razones políticas, ‘no le quedaba más remedio’ que hacer algo así. Pero eso es justamente la prueba de que había dejado de ser trivial no participar en el tema ambiental. Decir que se trataba de una jugada oportunista puede ser un juicio moral acertado, pero el hecho dice algo más: si había algo que ganar (o que perder) era porque existía un espacio social en el que no se podía dejar de participar; el campo ambiental existía objetivamente.

De una manera más general, puede decirse que se ha formado un campo ambiental ahí donde las condiciones bio-físicas de las que depende la vida humana (o, si se quiere, la vida en general) atraen la participación de una serie de actores que disputan la definición del problema así como de las estrategias para enfrentarlo. Asimismo, puede decirse que el campo ambiental se ha consolidado cuando su funcionamiento influye en otros campos (el político, el económico, el jurídico) al trasladar a ellos sus presupuestos fundamentales. Con esos criterios, puede decirse que, en las sociedades altamente industrializadas, la existencia del campo ambiental era un hecho a principios de los años setentas, cuando tanto desde el poder político como desde el económico no quedó más remedio que reconocer la gravedad de los problemas ambientales, en el conocido ciclo que va del Club de Roma hasta la Conferencia de Estocolmo. En el caso de México, habría que esperar hasta los años 1988-1992 para ver configurado un campo ambiental.

Comencemos por identificar lo que está en juego en el campo ambiental. De una manera muy general puede decirse que ese campo es el espacio social en el que se procesa (se elabora, se discute) la *selección* de los riesgos a la que nos referimos en el apartado anterior. Es la *definición* del problema lo que da interés a participar en el campo. Antes de referirnos a las diferentes disposiciones que ahí se enfrentan, conviene recordar

que toda definición acarrea una simplificación. Para la sociología contemporánea es un lugar común hablar de la simplificación que tienen que operar las instituciones sociales respecto de la complejidad del *mundo de la vida*, cosa que se puede reconocer independientemente de que se utilice o no la teoría de sistemas.¹⁴ Reconocer ese proceso es particularmente importante cuando –como en la presente investigación– se va a considerar la juridificación de la cuestión ambiental. El derecho es probablemente la forma más extrema de reducir la complejidad del mundo de la vida. El abigarrado conjunto de ideas y percepciones sobre la naturaleza al que me referí en las primeras páginas, no pasa directamente a la criba del derecho para ser simplificado a través de categorías universales y de normas claras y unívocas. Más bien, existen mecanismos sociales previos de selección que son una primera forma de simplificación del problema. Eso es precisamente lo que ocurre en el campo ambiental, en el que la experiencia de los sujetos, que originalmente puede tener connotaciones diversas (estéticas, religiosas, oníricas...), se procesa para generar un sentido común sobre los problemas ambientales. En ese sentido común, el mundo se ve más plano que en la experiencia individual y se reducen las posibilidades de manifestar puntos de vista o preferencias que serán descalificados por su carácter ‘subjetivo’, pero tiene la fuerza del sentido común, es decir, de algo que tendrá que ser ampliamente aceptado.

Desde esta perspectiva, podemos reconocer tanto la dinámica del campo como sus tendencias a la estabilidad. Así, en la disputa por la definición del problema ambiental ciertos temas, como el del valor del paisaje¹⁵ son unas veces incluidos, otras veces excluidos. Pero al mismo tiempo, podemos observar que algunos temas nada triviales, como el de la ciudad, son sistemáticamente excluidos. El antiurbanismo que predomina en el núcleo duro del ambientalismo se ha traducido, y no sólo en México (Franklin, 2002, 35), en la exclusión de la cuestión urbana como parte de la agenda ambiental. Pero lo cierto es que nunca hay una definición definitiva de la cuestión ambiental, la definición misma es un motivo continuo de conflicto y de reflexión. El mismo Ulrich Beck ha señalado como un asunto crucial la desigualdad prevaleciente en las “relaciones de definición” de los riesgos (1995b). Desde las condiciones institucionales de acceso a la información, hasta el modo en que se organiza la investigación científica, existe una gran variedad de temas que están sujetos a un debate continuo y que marcan la dinámica del campo ambiental.

Para analizar la manera en que está conformado el campo ambiental pondré un mayor énfasis en las *disposiciones* que en las *posiciones*. Sin pretender una enumeración exhaustiva, puede decirse que las principales posiciones del campo son las de las organizaciones no gubernamentales ambientalistas, las instituciones académicas, las autoridades ambientales, los medios de comunicación, las comunidades locales, los organismos internacionales especializados y las empresas y otros agentes económicos que producen impactos ambientales reconocidos como tales. Aunque los individuos puedan moverse de una posición a otra, mientras ocupen una de ellas estarán condicionados por la lógica que le es específica. Se trata de condiciones en el sentido de Giddens, es decir, que restringen pero *al mismo tiempo posibilitan* la participación de los actores en el campo.¹⁶ Así, el periodista podrá ser quien publique sendos reportajes sobre un problema ambiental determinado (pero habrá de sujetarse a las reglas del periodismo), el burócrata ambiental podrá tomar decisiones (dentro de los marcos jurídicos y políticos de su posición), el militante podrá desplegar su protesta, dentro de ciertas convenciones (en este caso de carácter informal) propias de su posición, etcétera. Incluso el improbable personaje que renuncia a su posición por seguir sus convicciones, tendrá que pagar el precio de ocupar la posición de ex lo que haya sido.

En otros trabajos habrá oportunidad de mostrar la forma en que se han manifestado los actores desde las diferentes posiciones del campo ambiental en México, tanto en procesos legislativos, en las políticas de aplicación de la ley y en conflictos ambientales específicos. Aquí me limito a señalar que el campo está configurado en la medida en que las posiciones existen de manera permanente, independientemente de los individuos que las ocupan. Aunque existan algunas organizaciones que dependen de un individuo,¹⁷ esa no es ya la regla. Pero no puedo dejar de señalar lo que me parece el rasgo más llamativo de la conformación de las posiciones del campo ambiental mexicano, o sea el hecho de que, a pesar del número tan reducido de individuos que participan de manera permanente y activa en las ONGs ambientalistas, ellas constituyen el *núcleo duro* del campo, es decir, una suerte de centro desde el cual surgen las únicas expresiones que no pueden ser ignoradas por quienes ocupan el resto de las posiciones. Durante la década pasada hubo momentos en los que destacados miembros del Senado de la República hicieron explícito que la legitimidad del proceso legislativo en materia ambiental dependía del visto bueno de las ONGs. Ellas habían sido capaces

¹⁴ En la bibliografía más utilizada sobre el tema, Niklas Luhmann parece haber sido el primero en elaborar un planteamiento sociológico sobre la cuestión ambiental desde la perspectiva de la teoría de sistemas (Luhmann, 1989). Queda por determinar el lugar de los trabajos que Rolando García y Vicente Sánchez realizaron en México en esa misma década.

¹⁵ Recuérdese el proyecto de la Salinera de San Ignacio, que fue suspendido por razones paisajísticas, ante la confusión del establishment biológico, que había venido elaborando las razones científicas que lo hacían aceptable porque no se afectaba a ninguna especie viva.

¹⁶ Véase, sobre todo, Giddens. (1979).

¹⁷ Como el “Grupo de los Cien”, que en el nombre lleva la *penitencia*.

de articular un discurso nada menos que ‘a nombre de’ la sociedad civil, sin que ningún actor social relevante pueda disputárselos, con una membresía de dimensiones insignificantes, comparada con la que puede encontrarse en los países altamente industrializados.¹⁸ Señalar esto no significa restar mérito a quienes se movilizan –al contrario, cualquiera diría que el mérito es mucho mayor cuando se ‘predica en el desierto’–. Pero no se trata de emitir un juicio de valor, sino simplemente de consignar un rasgo notable del campo ambiental mexicano (que quizá también podamos encontrar en otros países de América Latina) que la investigación social debería explicar.

Para efectos de esta investigación, lo que resulta crucial es distinguir las diferentes *disposiciones* cuya confrontación organiza el campo ambiental. Como en toda investigación social, uno puede elegir entre muchas clasificaciones. Mi propuesta consiste en distinguir dos disposiciones fundamentales: la visionaria y la pragmática. En un afán analítico podría argumentar que no se trata de proponer una ‘clasificación de los individuos’, sino de reconocer disposiciones a las que todos estamos sujetos y que pueden predominar en un caso y no en otro. Pero mi apuesta consiste en afirmar que sí podemos señalar individuos que corresponden más o menos claramente a una u otra categoría (al igual que los ‘apocalípticos’ y los ‘integrados’ de Umberto Eco). En cualquier caso, para evitar los riesgos asociados a la operación de dividir el mundo social en dos sectores, se puede señalar que se trata solamente de *tipos ideales*, es decir, de categorías que es difícil encontrar en estado puro en situaciones concretas, pero que constituyen referentes, por así decirlo, paradigmáticos, del campo. Asimismo, es importante hacer notar que existen otras clasificaciones, aunque la mayoría de ellas se refieren a corrientes de pensamiento y no a las disposiciones que están presentes en los actores sociales mismos –las cuales no tienen por qué coincidir con las definiciones que aparecen en los libros. Salvo la de Douglas y otros que he considerado como punto de partida, la bibliografía especializada suele hablarnos más de ‘autores’ que de actores.¹⁹

Para explicar la pertinencia de la clasificación que propongo conviene volver al planteamiento de Mary Douglas y otros, que distinguen cuatro tipos de actitudes frente a la fragilidad (o no) de la naturaleza. La mía sería una versión alternativa de esa clasificación, en la medida en que, al igual que ella, se propone identificar las ‘actitudes’ más recurrentes que entran en disputa en el campo ambiental. Así, en principio parecería sensato recoger el cuadro de Douglas y otros para caracte-

terizar la conformación del campo ambiental (ver figura 1 más arriba). Sin embargo, encuentro dos razones para modificarla en el sentido propuesto. En primer lugar, con la formación de un campo ambiental como el que sugiero, las posiciones extremas son descalificadas. Tanto el ‘empresario expansivo’ para quien no hay que preocuparse por la naturaleza porque ella lo resiste todo, como el nihilista para quien no vale la pena preocuparse porque la naturaleza es ‘caprichosa’, serán calificados como irresponsables en una discusión cualquiera del campo ambiental. Es decir, no tendrían un lugar en el campo ambiental. Incluso es probable que quien se atreva a decir que la naturaleza es tan frágil que ninguna intervención sobre ella deba ser permitida, podría ser también excluido, en ese caso por ‘fundamentalista’. El hecho de que ninguna de las posturas extremas pueda expresarse públicamente sin recibir una crítica generalizada, sería un indicio más de la conformación de un campo ambiental. Seguramente, subsisten espacios sociales en los que esas posturas son toleradas,²⁰ pero ellos se ubican más allá del campo ambiental, cuyos límites están también en continuo movimiento. En cualquier caso, del esquema original de cuatro posturas tendríamos que eliminar cuando menos dos de ellas.

En segundo lugar, creo que es posible identificar un eje de en torno al cual se organiza el campo ambiental, que va más allá de la discusión en torno a ‘lo que la naturaleza resiste’. Al hablar de la disposición visionaria y la pragmática como los dos grandes ejes del campo que nos ocupa, se puede captar mejor la riqueza de la percepción social sobre los problemas ambientales. Aquí recuperamos el significado más común de la palabra disposición (a veces resulta más preciso hablar de *pre-disposición*): las categorías que propongo aluden a lo que cada actor está *dispuesto* a aceptar como una manera correcta de ver el mundo. No está de sobra recordar que el objetivo último de todo este ejercicio es preparar el terreno para estudiar el *sentido* que tienen la ley y la práctica jurídica en materia ambiental para los actores sociales, es decir, lo que significa el derecho ambiental más allá del mundo de los abogados, lo que no puede hacerse si se trata de aislar la experiencia jurídica de los diferentes universos de sentido en los que se mueven los actores, que no son otra cosa que sus disposiciones.

Evidentemente, al reducir el campo a dos referentes fundamentales se produce una enorme simplificación, pero no se trata de andar por ahí con dos cajones en los que deba depositarse todas y cada una de las participaciones de los actores, como si fueran peras y

¹⁸ En los E.U.A. se calcula que unos cuarenta millones de personas hacen algún tipo de contribución a alguna ONG ambientalista (Brulle, 2000). En México no existen estimaciones, pero un hecho elocuente es que, desde la segunda mitad de los años ochenta, ni siquiera se convoca a una manifestación callejera, por temor a que no se reúnan más que unos cuantos.

¹⁹ Entre otras, el lector podrá consultar los trabajos de Ojeda (1993) Dryzek (1996) y Jacorzynski (en prensa).

²⁰ Podemos pensar en una reunión (cerrada) de empresarios, pero lo que ocurre con mayor frecuencia es que, en una comunidad local, alguien defienda un desarrollo o una actividad sin importar su impacto ambiental y no encuentre, en ese espacio social, quien le dispute su posición.

Figura 1: LAS DISPOSICIONES PREDOMINANTES DEL CAMPO AMBIENTAL

La disposición visionaria	La disposición pragmática
<p>Considera lo ambiental como parte de una <i>visión</i> más amplia de la sociedad y la naturaleza.</p> <p>Apoya iniciativas de gestión ambiental, en la medida en que estén articuladas a un cambio social general.</p> <p>Rechaza la fragmentación institucional y del conocimiento (piensa de manera holística).</p> <p>Sospecha del establishment científico y es abiertamente antitecnológica.</p>	<p>Reconoce como válida una definición acotada de la cuestión ambiental.</p> <p>Pondera las iniciativas (en forma aislada) de acuerdo con sus efectos <i>prácticos</i>.</p> <p>Acepta la fragmentación ('ir por partes').</p> <p>En principio acepta como válido el discurso de la ciencia y toma en serio las soluciones tecnológicas.</p>

manzanas, sino de un marco general de referencia para estudiar ordenadamente lo que los actores ponen en juego en el campo ambiental. Ya tendremos oportunidad de mostrar cómo es posible combinar ese eje con otros para dar cuenta de un mayor número de actitudes en torno a los problemas ambientales y a sus soluciones jurídicas. Por ahora, veamos los rasgos más sobresalientes de tales disposiciones (Figura 1).

La disposición visionaria es aquella donde la preocupación ambiental es parte de una 'visión' más amplia de la sociedad y su relación con la naturaleza. Es verdad que en la primera ilustración la actitud visionaria solía estar asociada con el espíritu científico, y por lo tanto muchas de las grandes utopías contaban con la ciencia como un aliado importante. Pero lo cierto es que el espíritu visionario ya no se expresa de esa manera —es probable que el último gran proyecto de ese tipo haya sido el urbanismo funcionalista de Le Corbusier— (Scott, 1998). Hoy en día, en el campo ambiental la disposición visionaria aparece más asociada a una puesta en duda de los métodos de la ciencia, un fuerte prejuicio en contra del mundo de la tecnología y a un ánimo de reconciliación con la naturaleza. La palabra 'reconciliación' apunta claramente hacia los tintes religiosos que puede llegar a adoptar la disposición visionaria, aunque esta no necesariamente presenta dichos tintes. Quizá su rasgo más fuerte sea la tendencia a reconocer como válidas sólo aquellas iniciativas que puedan ser explícitamente articuladas a un proyecto de cambio social más amplio y/o a una reunificación del mundo de la vida. Dicho de otra manera, lo que la disposición visionaria rechaza con mayor énfasis es la fragmentación (tanto de las instituciones como del conocimiento) que caracteriza al mundo de hoy. Y no se trata de una mera opción intelectual, sino de una reacción a la experiencia dominante en las sociedades contemporáneas, que como vimos en el apartado anterior, la sociología ha documentado desde hace varias décadas.

Casi siempre, la disposición visionaria trae consigo una crítica radical de las instituciones propias de la modernidad —aunque al mismo tiempo suela ser portadora de la idea proteica del hombre que varios autores (Oakeshot, Bell, entre otros) han señalado como uno de los pilares del pensamiento moderno. Una vez más, Theodore Roszak es un buen ejemplo de ese extremo:

“Lo que se requiere es nada menos que la subversión del mundo científico, con su arraigado compromiso con una forma de conciencia egocéntrica y cerebral. En su lugar, debe haber una nueva cultura en la cual las capacidades no-intelectivas de la personalidad —que se encienden con el *esplendor visionario* y la experiencia de la comunión humana— se convierten en los árbitros de lo verdadero, lo bueno y lo bello” (cit. Por Bell, p. 143, cursivas mías).

Una de las paradojas de la disposición visionaria es que su rechazo a las instituciones de la modernidad no incluye al orden jurídico, el cual, por el contrario, despierta grandes expectativas en el núcleo duro del campo ambiental. La crítica a las instituciones vigentes suele venir acompañada de la demanda por la introducción de ciertas figuras jurídicas que caracterizan al derecho ambiental, pero que en realidad constituyen una ampliación de las categorías jurídicas que heredamos de la tradición occidental. El derecho a la información y a la participación en la toma de decisiones, la evaluación del impacto ambiental, así como el principio precautorio, son algunas de las nuevas figuras jurídicas que ha traído consigo el derecho ambiental y no hay duda que su instauración es producto de la protesta social. A pesar de su importancia, no hay nada en ellas que suponga una ruptura de fondo con la tradición jurídica occidental. Más bien, ellas son una vuelta de tuerca más en la historia del derecho moderno y su adopción como producto de la protesta social trae consigo un fortalecimiento del orden jurídico.²¹

²¹ No sorprende que algunos autores lamenten estos procesos al caracterizarlos como una forma de 'institucionalización' de los movimientos ambientalistas (Hajer, 1998).

En contextos como el mexicano, en el que predomina una cultura jurídica relativamente pobre en asuntos públicos (esto es, en la cual los actores no han llegado a experimentar el desencanto propio de la modernidad) florece la idea de que con 'buenas leyes y voluntad para aplicarlas' bastaría para cambiar el rumbo de las cosas. También es posible observar mostrar cómo, por esa misma razón, también en México la movilización ambientalista lejos de poner en crisis o debilitar al orden jurídico, tiende a fortalecerlo.

El riesgo de la disposición visionaria es que, en el extremo, suele ser portadora de un espíritu autoritario. Tanto en su versión estatista como en su versión comunitarista, trae consigo la tentación de considerar su visión como moralmente superior a las demás y, por lo tanto a justificar su imposición a toda costa y la exclusión de quienes no están de acuerdo. Así como invita a todos los seres humanos a unirse en un abrazo fraterno, con demasiada frecuencia evoca el temible momento de la Oda a la Alegría de Schiller, tan cara al espíritu romántico, en el que se conmina a quien no ha gozado la experiencia del amor y la amistad a "¡que se aparte, llorando, de nuestro grupo!".

Es importante mencionar que no todos los análisis sociológicos ponen el mismo énfasis en el riesgo del autoritarismo. Para muchos (y no sólo para los exaltados como Rozsak) la búsqueda de un re-encantamiento con el mundo (típica de la disposición visionaria) es un requisito cultural para hacer frente a los problemas ambientales de hoy. Por ejemplo, Salvador Giner y David Tábara, haciendo uso de las categorías sociológicas con toda la sobriedad del oficio, han argumentado que una dosis de 'piedad cósmica', como ellos llaman a una nueva especie de espíritu religioso, es indispensable para conformar la nueva racionalidad que la crisis ecológica demanda y que no podrá construirse exclusivamente por medios seculares (Giner y Tábara, 1999).

En todo caso, puede comprenderse porqué la disposición visionaria (con o sin tintes religiosos) goza de un prestigio tal, que se constituye en la vertiente dominante en el núcleo duro del ambientalismo: ella es la respuesta a la sensación de pérdida de sentido que trae consigo la fragmentación del mundo de la vida en la experiencia contemporánea.

La disposición pragmática, por su parte, supone una actitud completamente diferente frente al mundo. No suele cuestionar, sino más bien utilizar, los resultados de la ciencia tal como los entregan los científicos y no tiene problema en tomar en serio lo que el desarrollo tecnológico tiene que ofrecer para la conformación de la agenda ambiental. Suele defender una definición acotada de la cuestión ambiental (a las condiciones

estrictamente bio-físicas de la sobrevivencia de los humanos y otros seres vivos) precisamente porque no quiere mezclarla con ese 'algo más' que la disposición visionaria trata siempre de incorporar a la agenda. Como su nombre lo indica, considera cualquier propuesta por sus propios méritos y de acuerdo con sus efectos *prácticos*. Su rasgo más distintivo es la disposición a 'ir por partes', lo que implica nada menos que aceptar la fragmentación en la que se presenta el mundo de las instituciones y el del conocimiento y que tanta desolación produce en los espíritus sensibles de las sociedades modernas. Así como la disposición visionaria se encuentra con mayor frecuencia en las ONGs (sobre todo en su versión comunitarista), la disposición pragmática es más frecuente en las organizaciones burocráticas, en las empresas y en ciertos medios académicos, aunque cuando el campo ambiental entra en contacto con el campo del derecho, se producen combinaciones interesantes.

No hay que ser demasiado perspicaces para darse cuenta que me encuentro más cerca de una disposición pragmática que de una visionaria. Pero esa proclividad no significa desconocer los riesgos del pragmatismo. El más grande de ellos es que, a fuerza de analizar los problemas 'uno por uno', se puede terminar perdiendo toda idea de conjunto. Para decirlo más directamente, el riesgo del pragmatismo es nada menos que el de una pérdida de sentido general, no se diga de algún proyecto global de transformación social, sino incluso de la misma cuestión ambiental.²² Aún así, creo que un re-encantamiento del mundo (en la esfera privada) no es incompatible con una disposición pragmática en la esfera (pública) del campo ambiental, pero eso es una cuestión que rebasa los límites de la sociología y por lo tanto queda fuera de este trabajo.

Es importante aclarar que la disposición pragmática no tiene porqué ser sinónimo de cinismo, como frecuentemente se piensa desde la disposición visionaria, ni supone una aceptación acrítica de cualquier cosa que provenga del mundo de la ciencia y la tecnología.²³ A pesar de ello, cuando el visionario señala el 'conformismo' del pragmático, a veces da en el clavo, ya que para cambiar sólo 'una parte del sistema' se ha tenido que aceptar el funcionamiento del resto. Lo que el visionario no puede explicar es cómo hace para actuar en forma verdaderamente holística, más allá de su discurso. Al final, ambos actúan por partes, de acuerdo a alguna agenda. La diferencia real está en el tipo de identidad que se forma entre los individuos y las organizaciones del campo ambiental, a partir de lo que están dispuestos a aceptar como una forma válida de ver el mundo, o sea, por el lugar que ocupan en la disputa por la *definición*.

²² Una buena crítica de la posición pragmática puede encontrarse en Hajer, 1998. En un plano más general, comparto las preocupaciones expresadas por Stefano Rodotà en torno a la política de ir 'por issues' (Rodotà, 1999).

²³ Como lo prueba la obra de Daniel Farber, que hace una defensa del eco-pragmatismo a partir del reconocimiento de la incertidumbre científica en la que se tienen que tomar decisiones en el mundo de la política ambiental (Farber, 1999).

En todo caso, me parece claro que los debates sobre temas ambientales suelen estar marcados por la confrontación entre quienes *aparecen como* visionarios y quienes *aparecen como* pragmáticos. Mientras estos últimos despliegan una serie de razonamientos técnicos o económicos, los primeros hacen valer una gama mucho más variada de argumentos, sobre todo de carácter ético. En el campo ambiental, es la disposición visionaria la que suele gozar de mayor prestigio, seguramente porque es más fácil asociarla a una actitud desinteresada, mientras que la segunda suele venir asociada con el mundo de las profesiones liberales. En los medios profesionales el 'consultor' (que cobra por sus servicios) es el típico portador de la disposición pragmática. También en los medios académicos es mucho más rentable (y personalmente gratificante) ser un visionario que un pragmático.

Una vez descritos los rasgos distintivos de las principales disposiciones que se enfrentan en el campo ambiental, se comprenderá mejor que lo que está en juego en dicho campo es la definición misma de la cuestión ambiental. El recurso que los participantes empeñan es precisamente su capacidad para hacer valer una definición del problema, de la cual se derivará qué hacer al respecto. Esto no significa que el campo ambiental sea una especie de seminario permanente en torno a qué es el mundo. Ciertamente, lo que se discute suelen ser asuntos concretos —un aeropuerto, una política hidráulica, una ley—. Pero lo cierto es que la postura de cada participante está fuertemente condicionada por las de los otros y, en una medida importante, por lo que se piensa sobre el modo de pensar del otro. Con frecuencia, el ingeniero desestimará la propuesta de una tecnología alternativa porque proviene de una ONG de 'ingenuos fundamentalistas', o la ONG se opondrá a una propuesta tecnológica porque proviene de un grupo consultor o de un organismo internacional. Pero ese juego de espejos no es enteramente arbitrario: más bien me parece que está organizado en torno a la adscripción a alguna de las dos disposiciones que he venido examinando.

Pero un campo no está hecho sólo de confrontación, sino que supone la existencia de unos supuestos comunes, o lo que Bourdieu llama el *nomos* o la "ley fundamental"²⁴ del campo. Me parece que, en el caso del campo ambiental, ese *nomos* es una nueva manera de ver el futuro, en la que la sobrevivencia de la raza humana (o, para algunos, de la vida entera en el planeta) está en entredicho. La imposibilidad de negar esa situación desde los círculos del poder fue el detonante de la formación del campo ambiental. Sin duda, ese reconocimiento es el resultado de la combinación de dos procesos: la protesta social y las evidencias científicas. Probablemente ninguna de ellas sola hubiese podido crear las condiciones para que hoy en día se dis-

cuta abiertamente el futuro de la humanidad desde la óptica de la cuestión ambiental.

Si aludir a dicho reconocimiento puede resultar un poco abstracto, desde fines de los años ochenta ha surgido un marco común de referencia que ha fortalecido aún más el campo ambiental. Se trata de la idea del *desarrollo sustentable*, en torno a la cual se han sumado actores que hasta los años ochenta se encontraban mucho más enfrentados que hoy. No es difícil atribuir a la noción del desarrollo sustentable una función de estabilización (e incluso de pacificación) del campo, en la medida en que proporciona un espacio semántico en el que pueden convivir posiciones que en el origen eran antagónicas; en particular, la expansión de la economía y la protección de la naturaleza. Es verdad que muchas de esas tensiones subsisten y el mejor indicador de ello es que, cuando alguien menciona la frase 'desarrollo sustentable', se apresura a aclarar que el concepto tiene demasiadas acepciones y que no está dispuesto a aceptar como válida cualquiera de ellas. A pesar de ello, la frase sirve al menos como un campo común en el que se pueden encontrar en forma pacífica puntos de vista que sin él probablemente no se comunicarían. Evidentemente, esto no quiere decir que todos los participantes en el campo ambiental acepten la idea del desarrollo sustentable; cuando ello no es así eso sólo significa que subsiste la lucha en torno a los límites del campo.

Todo este recorrido por las coordenadas del campo ambiental, que por momentos puede parecer innecesariamente complejo, tiene un propósito muy simple: presentar la idea de campo social como herramienta metodológica para superar la imagen predominante en el sentido común, según la cual la cuestión ambiental surge como resultado de una simple 'toma de conciencia' de la sociedad acerca de los riesgos que ella misma ha creado. Si existe una mediación simbólica a través de la cual se selecciona aquello por lo que vale la pena preocuparse, ello no es algo que ocurra en el vacío; ocurre en un campo social cuyo funcionamiento podemos observar si lo reconocemos como tal. Así, es posible apreciar que los procesos de selección como, por citar uno cualquiera, el que pone a los delfines por encima de los atunes, se imponen al conjunto de la sociedad desde un espacio social determinado, el campo ambiental, en el que participan unos y no otros, y en el que existen ya ciertas reglas del juego que no se pueden cambiar a placer. Como ejemplos de la selección que ha producido el campo ambiental en México, puedo citar los siguientes: una negación del contexto específicamente urbano de muchos de los problemas ambientales, que tiene como contrapartida que el pensamiento utópico se despliega con una amplitud notable respecto del mundo rural —pero no hay utopía para el ochenta por ciento de los mexicanos que vivimos en ciudades—. Como parte del mismo mecanismo de ne-

²⁴ Bourdieu ha tomado prestada esa expresión nada menos que de Kelsen (Bourdieu, 1998, 84).

gación de nuestra condición urbana, existe también una negación de los problemas ambientales asociados a los hogares (la violación más sistemática de la ley ambiental tiene que ver con las descargas domésticas, que no suelen ser objeto de ningún tipo de protesta social, lo que equivale a una negación de nuestro excremento) y, desde luego, la creencia de que, en el mundo de las empresas, las más peligrosas son las multinacionales.

Nada de lo anterior significa restar méritos al conjunto de iniciativas que desde diferentes posiciones han ido conformando el sentido común ambiental que hoy en día es la plataforma desde la cual podemos discutir nuestro futuro. Simplemente se trata de reconocer que, como todo proceso social, este no está libre de contingencias, las cuales es importante reconocer para no abrigar falsas expectativas.

Las anteriores son sólo algunas reflexiones en torno a cuestiones que, en un evento de carácter jurídico, parecerían completamente ajenas a nuestra disciplina. Sin embargo, es mi convicción que nunca entenderemos completamente la función social de las normas ambientales si no nos preguntamos cuál es el sentido que ellas pueden tener fuera del mundo de los abogados. Para ello mi propuesta consiste en acudir a las ciencias sociales antes de dejarnos llevar por una noción simplificada e idealizada de 'sociedad' en la que supuestamente existirían percepciones y expectativas homogéneas respecto de los problemas ambientales y, por lo tanto, respecto de las normas que necesitamos para entenderlos. He tratado de mostrar la utilidad del concepto de campo para entender nada menos que los fundamentos sociales del derecho ambiental. En particular, he tratado de mostrar que, junto con algunos acuerdos fundamentales (como la noción de desarrollo sustentable) la dinámica de ese campo está marcada por la tensión entre dos disposiciones fundamentales. Obviamente, hablar de visionarios y pragmáticos es una simplificación; la realidad es siempre mucho más compleja que cualquier esquema conceptual. El esquema que propongo es apenas una orientación para iniciar un recorrido analítico que nos permita ir registrando la gran variedad de percepciones, anhelos y frustraciones de los que está hecha la base social de nuestro trabajo como juristas.

4. Bibliografía

- Beck, Ulrich. (1995a). *The Ecological Enlightenment*. New Jersey: Humanity Press.
- Beck, Ulrich. (1996). *La teoría de la sociedad del riesgo* en Beirain, Josetxo (comp) *Las consecuencias perversas de la modernidad*. Traducción de Celso Sánchez Capdequí. Anthropos, Barcelona.
- Bell, Daniel. (1996 [1976]). *The Cultural Contradictions of Capitalism*. Nueva York: Basic Books.
- Berger, Peter y Thomas Luckmann. (1967). *The Social Construction of Reality. A Treatise in the Sociology of Knowledge*. Nueva York: Anchor Books.
- Berger, Peter; Brigitte Berger y Hansfried Kellner. (1974). *The Homeless Mind. Modernization and Consciousness*. New York: Vintage Books. (hay traducción española bajo el título de *Un mundo sin hogar*).
- Bourdieu, Pierre. (1997). *Meditations Pascaliennes*. Paris: Editions du Seuil.
- Bourdieu, Pierre. (1998). *Practical Reason. On the Theory of Action*. Stanford: Stanford University Press.
- Bourdieu, Pierre y Loïc Wacquant. (1992). *An invitation to Reflexive Sociology*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Brulle, Robert. (2000). *Agency, Democracy, and Nature. The U.S. Environmental Movement from a Critical Theory Perspective*. Cambridge, Mass./Londres: The MIT Press.
- Douglas, Mary. (1994). *Risk and Blame. Essays in Cultural Theory*. Londres: Routledge.
- Douglas, Mary y Aaron Wildavsky. (1982). *Risk and Culture. An Essay on the Selection of Technological and Environmental Dangers*. Berkeley: University of California Press.
- Dryzek, John. (1996). *The Politics of the Earth. Environmental Discourses*. Oxford: Oxford University Press.
- Escalante, Fernando. (2000). *La mirada de Dios. Estudio sobre la cultura del sufrimiento*. México: Editorial Paidós.
- Farber, Daniel. (1999). *Eco-pragmatism. Making Sensible Environmental Decisions in an Uncertain World*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Franklin, Adrian. (2002). *Nature and Social Theory*. Londres: Sage Publications.
- Giddens, Anthony. (1979). *Central Problems in Social Theory. Action, Structure and Contradiction in Social Analysis*. Berkeley y Los Angeles: University of California Press.
- Giner, Salvador y David Tábara. (1999). *Cosmic piety and ecological rationality* en *International Sociology*. Vol. 14 Núm. 1.
- Hajer, Maarten A. (1998). *Ecological Modernisation as Cultural Politics* en Lash, et. al. (coordinadores) *Risk, Environment & Modernity. Towards a New Ecology*. Londres: Sage Publications.
- Harvey, David. (1996). *Justice, Nature & the Geography of Difference*. Oxford: Blackwell.
- Jacorzynski, Witold. (en prensa). *Entre los sueños de la razón: filosofía y antropología de las relaciones entre hombre y ambiente*. México: Centro de Estudios e Investigaciones en Antropología Social.

- Luhmann, Niklas. (1989 [1986]). *Ecological Communication*. Cambridge-Oxford : Polity Press.
- Macnaghten, Phil y John Urry. (1998). *Contested Natures*. Londres: Sage Publications.
- Miller, Don. (2003). *Pierre Bourdieu* en Elliot, Anthony y Larry Ray (coordinadores) *Key Contemporary Social Theorists*. Oxford: Blackwell.
- Oakeshot, Michael. (1991). *Rationalism in politics and other essays*. Indianapolis, Liberty Fund.
- Ojeda, Olga. (1993). *Ideología política del movimiento ecologista*. Tesis de Licenciatura en Sociología. Facultad de Ciencias Políticas y Sociales. UNAM.
- Rodotá, Stefano. (1999). *Repertorio di fine secolo*. Roma-Bari: Editori Laterza.
- Roszak, Theodore. (1969). *The Making of a Counter Culture*. Garden City, N.Y: Doubleday.
- Schama, Simon. (1995). *Landscape and Memory*. Nueva York. Vintage Books.
- Steiner, George. (1992 [1971]). *En el castillo de Barba Azul. Aproximación a un nuevo concepto de cultura*. Barcelona: Gedisa. Traducción de Alberto L. Budo.
- Thomas, Keith. 1983. *Man and the Natural World. Changing Attitudes in England. 1500-1800*. Londres: Allen Lane.
- Thompson, John B. (2001). *Preface* en Bourdieu, Pierre. *Langage et pouvoir symbolique*. Paris: Editions Fayard.
- Yeager, Peter. C. (1991). *The Limits of Law: the Public Regulation of Private Pollution*. Cambridge, Nueva York: Cambridge University Press.

IMPORTANCIA DAS DECISÕES JUDICIAIS EM RELAÇÃO AO AMBIENTE. EXPERIENCIA DO BRASIL

por Vladimir Passos de Freitas*

1. A proteção ao meio ambiente no mundo

O processo de desenvolvimento econômico, dando ao ser humano mais conforto e melhores condições de vida, resultou no sacrifício dos recursos naturais. O poder de recuperação do próprio ambiente caminha em velocidade sempre inferior ao da destruição e, com isso, os danos ambientais agravam-se de forma permanente.

No passado os Tratados Internacionais protegiam o ambiente através de setores específicos. Por exemplo, a Convenção para a Proteção da Flora, da Fauna e das Belezas Cênicas Naturais dos Países da América, celebrada em 1940. Mas o certo é que foi na Conferência da Organização das Nações Unidas para a proteção do meio ambiente, em Estocolmo, Suécia, julho de 1972, que se deu o primeiro grande passo. Naquele histórico evento firmaram-se os princípios destinados a proteger o planeta da exploração desenfreada de seus recursos. O que foi decidido em Estocolmo acabou influenciando todo o mundo. Com efeito, as Constituições dos Estados participantes acabaram colocando em seu corpo dispositivos de proteção ao meio ambiente.

Bom exemplo desta transformação foi a Constituição de Portugal, em 1976, que no art. 66 fixou princípios destinados ao ambiente e à qualidade de vida. Com oportunidade observam Canotilho e Moreira¹ que *o dever de defesa do ambiente pode comportar dois aspectos: (a) obrigação de não atentar contra o ambiente (obrigação de não poluir); (b) dever de impedir os atentados de outrem ao ambiente.*

Vinte anos depois, no Rio de Janeiro, Brasil, a “Conferência da Terra” adotou na *Declaração do Rio* e na chamada *Agenda 21*, o desenvolvimento sustentável como objetivo conciliador entre a economia e o meio ambiente. Esta idéia não era nova no Brasil que, na sua Constituição de 1988, vinculou no art. 170, inciso VI, o desenvolvimento econômico à preservação do meio ambiente.

Em 2002, em Johannesburgo, África do Sul, em novo Congresso Internacional promovido pela ONU, busca-

ram-se novas metas de preservação ambiental no mundo. O tema central foi o *Desenvolvimento Sustentável* e a conferência foi chamada de *Rio mais 10*. Todavia, o clima de otimismo existente na Rio-92 já não se achava presente dez anos depois.

Interessante, entretanto, observar que nesse evento, pela primeira vez, promoveu-se a reunião de juizes de todo o mundo para debater a questão ambiental. Esta saudável inovação deu-se porque chegou-se à conclusão de que, sendo comuns os conflitos a serem decididos pelo Poder Judiciário, tornava-se indispensável a participação dos juizes. Uma semana antes da grande conferência, entre 18 e 20 de agosto de 2002, portanto, 61 juizes e mais 23 convidados especiais de dezenas de países se fizeram representar no chamado *Global Judges Symposium on Sustainable Development and the Role of Law*. Naquele primeiro e grande evento, que foi precedido de outros de caráter regional, além da troca de experiências foram tomadas importantes decisões relacionadas com a implementação do Direito Ambiental.

2. O meio ambiente no Brasil

O meio ambiente no Brasil começou por ser protegido por setores. Na verdade, protegiam-se partes do ambiente, como a fauna (Código de 1934), a cultura (Decreto-lei 23/37), a floresta (Código Florestal, 1965) ou a pesca (Decreto-lei 221/67). Foi só em 1981, através da Lei 6.938, de 31 de agosto, que se criou a Política Nacional do Meio Ambiente. Através dela estabeleceu-se a união de forças entre União, estados e municípios, criando-se o Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA. A referida lei deu legitimidade ao Ministério Público para propor ações civis públicas e estabeleceu que a responsabilidade por dano ambiental era objetiva. Sem dúvida, foi um marco na proteção ambiental.

Após esta lei pioneira, outros textos de grande importância foram editados. A Lei 7.347, de 1985, que trata da Ação Civil Pública. A Constituição Federal de 1988,

* Presidente do Tribunal Regional Federal da 4ª. Região Doutor em Direito do Estado e Professor de Direito Ambiental.

que dedicou especial atenção ao meio ambiente, fixando no art. 225 a responsabilidade de todos perante as presentes e as futuras gerações, a necessidade de estudo de impacto ambiental para a elaboração de obras impactantes e a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Finalmente, a Lei 9.605, de 1998, unificou a proteção penal em um só texto de lei. Moderna e eficiente, direcionou as penas para a recuperação do ambiente degradado, optando, assim, não pelo encarceramento do infrator, mas sim por sua ressocialização e pela restauração do ambiente.

Esta é a atual situação. Não se pode dizer que seja perfeita. Ainda há muitas deficiências de estrutura nos órgãos da administração ambiental, há matérias de grande importância que ainda não foram objeto de lei (p. ex. a proteção da biodiversidade) e o Judiciário ainda tem muito que evoluir. Todavia, inegavelmente, muito se avançou nos últimos 10 (dez) anos. A população tornou-se mais consciente do problema e cobra soluções das autoridades. A atuação policial avançou sensivelmente, tendo a Polícia Federal criado delegacias especializadas. O Ministério Público tem confirmado sua participação efetiva no processo de proteção ambiental. O Judiciário dia a dia vem apreciando com mais segurança as causas ambientais, principalmente os Juízes mais novos. Portanto, mesmo que muito ainda se deva fazer, o certo é que a situação é boa.

3. Poluição não conhece fronteiras. O Tratado do MERCOSUL

É preciso, todavia, reconhecer que o problema ambiental não se confina nos limites de um país, seja o Brasil ou outro qualquer. Ele ultrapassa fronteiras. As soluções devem ser integradas, sob pena de atos praticados em um país virem a atingir outro, ou mesmo a ocasionar danos aos dois. Estas hipóteses não são mero exercício de futurologia, mas sim situações que já vêm ocorrendo. Vejamos a situação dos países do cone sul da América. Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai celebraram no dia 23 de março de 1991 o Tratado de Assunção, conhecido como Tratado do MERCOSUL, que veio a dar aos países membros uma maior integração e novas perspectivas nas áreas econômica e comercial, de modo a poder acelerar seus processos de desenvolvimento econômico com justiça social.

O Tratado entrou em vigor internacional, e para o Brasil, em 29 de novembro do mesmo ano. Em 17 de dezembro de 1994 seus integrantes reuniram-se em Ou-

ro Preto, Brasil, e firmaram Protocolo adicional ao Tratado, complementando-o, dotando-o de condições de governabilidade e outorgando ao MERCOSUL, no art. 34, personalidade jurídica de Direito Internacional. Em 1º de setembro de 1994, a República Oriental do Uruguai e o MERCOSUL firmaram em Brasília um Acordo de Sede, pactuando que a Secretaria Administrativa da entidade seria em Montevideu (UR).

O Tratado de Assunção não fez referência à questão ambiental, exceto em seus considerandos onde se menciona que o desenvolvimento econômico deve ser alcançado mediante o aproveitamento mais eficaz dos recursos disponíveis e a preservação do meio ambiente. Em última análise, o que se vê é a adoção do princípio do desenvolvimento sustentável, meta esta que, segundo Zavala e Faella,² já havia sido pregada na Declaração de Canela (BR), que antecedeu o MERCOSUL, *para a otimização do uso dos recursos naturais no presente e como opção para as gerações futuras*.

Em 27.07.1992 os países signatários deram o primeiro passo em direção à proteção do meio ambiente em Las Leñas (AR), onde se resolveu criar a chamada REMA – Reunião Especializada em Meio Ambiente. A REMA realizou pelo menos 5 (cinco) encontros e mais tarde foi transformada no 6º Sub-Grupo de Trabalho do MERCOSUL (1992/1994), destinada a aprovar as diretrizes mínimas em matéria ambiental.

Segundo Virgínia da Cunha Scheibe³, *são tarefas prioritárias daquele 6º Sub-Grupo de Trabalho: a) harmonização ou diminuição das restrições não tarifárias; b) regras que assegurem adequada competitividade, com análise de custo ambiental e do custo total do processo produtivo; c) implementação da Série ISSO-14.000 – gestão ambiental, como fator favorável de competitividade dos produtos oriundos do Mercosul no mercado internacional; d) documento único que otimize níveis de proteção ambiental no Mercosul; e) criação de um sistema de informação ambiental; f) criação do selo verde Mercosul*.

Observe-se ainda que, além das iniciativas típicas do MERCOSUL, outras podem ser tomadas através de acordos bilaterais. É o que sucedeu entre o Brasil e a Argentina, através do Acordo sobre Cooperação em Matéria Ambiental, celebrado em Buenos Aires, em 09.04.1996, promulgado pelo Decreto Legislativo 6, de 28.01.1997. Da mesma forma entre o Brasil e o Uruguai, conforme Acordo ajustado em 28.12.1992 e promulgado pelo Decreto 2.241, de 02.06.1997.

Pois bem, enquanto o Tratado do MERCOSUL não define regras mais claras sobre os danos ambientais internacionais, eles já começaram a ocorrer e não exis-

¹ Canotilho, Gomes J.J.; Moreira, Vital. (1984). *A Constituição da República Portuguesa Anotada*. 2ª. ed. Coimbra Ed. V. 1. (p. 348)

² Zavala, Sheila A; Faella, Ricardo M. *Guia de Derecho Ambiental del Paraguay*. (p. 201).

³ Scheibe, Virgínia da Cunha. *Direito Ambiental no Mercosul*. Palestra proferida no IV Congresso de Direito Ambiental promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Brasília. 10.05.2001.

tem soluções bem definidas. Vejamos alguns exemplos. A imprensa uruguaia noticiou que a poluição atmosférica causada pela Usina de Candiota, RS, Brasil, que produz energia elétrica a partir do carvão do subsolo, estava causando chuva ácida e afetando a saúde da população da cidade de Melo e da região nordeste do Uruguai.⁴ A imprensa do Estado de Mato Grosso do Sul, Brasil, informou que na cidade de Porto Murtinho a população protestou revoltada contra a pesca com redes praticada pelos paraguaios, que afeta a quantidade de pescados do rio Paraguai e, conseqüentemente, o turismo na região, fonte de sobrevivência de grande quantidade de famílias.⁵ No dia 16.07.2000, em Araucária, PR, Brasil, na Refinaria Getúlio Vargas, pertencente à PETROBRÁS, ocorreu um vazamento de 4 milhões de litros de petróleo cru, o qual percorreu 2.800 m. até encontrar o rio Barigüi e depois o rio Iguazu, com danos catastróficos ao meio ambiente e com risco da contaminação chegar à Foz do Iguazu e daí atingir o rio Uruguai e a Bacia do Prata, pondo em risco a saúde de paraguaios, argentinos e uruguaios.

Estes três exemplos não deixam margem a dúvidas sobre a necessidade de uma política integrada de proteção ambiental. A eles poderiam somar-se outros tantos, reais ou hipotéticos. Por exemplo, no oeste do estado de Santa Catarina a suinocultura está poluindo o manancial de águas subterrâneas. O aquífero Guarani, com 840.000 km² e que alcança 7 (sete) estados brasileiros (GO, MG, SP, MS, PR, SC e RS) e os 4 (quatro) países do Mercosul, está sendo atingido. Não será esse um perigo latente para os argentinos da província de Misiones que vierem a utilizar-se das águas do referido aquífero?

Estas considerações deixam claro que os problemas ambientais não se limitam a uma nação e que as soluções devem ser tomadas em blocos, através de tratados e também por meios menos formais de cooperação.

4. Simplificar a cooperação internacional

Em tempos da globalização, das viagens internacionais como rotina, do intercâmbio das comunicações via Internet, não faz o menor sentido que cidadãos dos países do MERCOSUL, cujas cidades às vezes estão separadas por uma rua comum (Chuí, no Uruguai e no Brasil) ou um rio (Foz do Iguazu, no Brasil, e Ciudad del Leste, no Paraguai), tenham que aguardar demoradas e burocráticas cartas rogatórias que tramitam pelas capitais de seus países. No Brasil só o Supremo Tribunal Federal pode determinar a execução de uma sentença estrangeira, nos termos do art. 101, "h", da Constituição Federal.

Pois bem, no âmbito do MERCOSUL algumas louváveis iniciativas tentam minorar o problema. Uma delas é o Protocolo de Las Leñas, de 24.07.1992, que procurou ressaltar a necessidade da cooperação jurisdicional. Outra foi o Protocolo de Ouro Preto, celebrado em 16.12.1994 e promulgado por Decreto Legislativo 192, de 18.12.1995, onde se procurou simplificar o cumprimento de Medidas Cautelares. Importante, também, o Protocolo de San Luis em matéria de responsabilidade civil por acidentes de veículos, pactuado em 25.06.1996, onde se permite à vítima propor ação indenizatória no seu domicílio, no domicílio do réu ou no local da ocorrência. Evidentemente, estas tentativas não se referem a questões ambientais, mas podem ser utilizadas por analogia.

No plano interno, o Brasil deu um grande passo com a Lei 9.605, de 12.02.1998, onde, no art. 77, buscou simplificar a colheita de provas, o exame de objetos e lugares, nas hipóteses de crimes ambientais. Para tanto, bastará ao outro país solicitar providências diretamente ao Ministério da Justiça brasileiro, que encaminhará o pedido ao órgão administrativo ou jurisdicional competente.

Na prática diária, contudo, a melhor experiência é a vivida pelos juízes de Santana do Livramento, no Rio Grande do Sul, e Rivera, no Uruguai. Relata Ricardo Pippi Schmidt⁶ que *ajustamos num prévio encontro entre Magistrados daquelas duas cidades, há mais de 5 anos, e que passamos a adotar, informalmente, com resultados positivos evidentes, na medida em que, desde então, raríssima tem sido a expedição de rogatórias para atos de mero trâmite. Mais adiante especifica as espécies de medidas simplificadas, explicando uma a uma. São elas: a) troca de informações acerca de registros públicos; b) obtenção de informes acerca das partes; c) dispensa de tradução de documentos; d) na jurisdição de menores; e) inquirição de testemunhas.*

5. A atuação do Poder Judiciário

É certo que a preservação do meio ambiente não se baseia exclusivamente na atuação do Poder Judiciário. Mais do que isso, é imprescindível um trabalho de educação ambiental, para o que existe no Brasil a Lei 9.795, de 27.04.1999, a atuação efetiva dos órgãos estatais de proteção ao meio ambiente e a conscientização de todos. Mas quando tudo isso se revelar insuficiente, sem dúvida há que se recorrer ao poder estatal com força para exigir o cumprimento das leis.

O Judiciário não age de ofício. Deve ser provocado. No Brasil, em matéria de Direito Ambiental, a Lei 6.938, de 30.08.1981, no art. 14, inc. IV, § 1º, deu legi-

⁴ Jornal El Pays. Segunda Sección. Montevideo. Uruguai. 23.11.96. (p. 32).

⁵ Correio do Estado. Campo Grande. 12.06.98. (p. 06).

⁶ Schmidt, Ricardo Pippi. *Cooperação dos juízes em zona de fronteira no Mercosul*. In *Direito e Democracia*. Revista de Ciências Jurídicas. V. 1. Nº. 2. (pp. 243-244).

timidade ao Ministério Público para propor ação na defesa da preservação ambiental. Mais tarde, a Lei 7.437, de 24.07.1985, no art. 5º, ratificou esta legitimidade e estendeu-a às associações, ou seja, às Organizações Não-Governamentais. Aí está a razão da existência de muitos precedentes judiciais no Brasil. Nos países em que a legitimidade fica restrita aos órgãos administrativos ambientais ou ao cidadão isoladamente, a experiência revela que as ações judiciais são raras. Evidentemente, os órgãos ambientais estão atrelados ao Poder Executivo e nem sempre possuem a necessária independência. Quanto aos cidadãos, são inúmeras as dificuldades para sozinhos enfrentarem o poder público ou o poder econômico em Juízo.

Estas observações, em última análise, dizem respeito ao acesso à Justiça. Oportunas as observações no Capítulo I, Introdução em estudo do PNUMA, quando se afirmou que *el concepto de "acceso a la justicia ambiental" es entendido aquí, por tanto, como la posibilidad de obtener la solución expedita y completa por las autoridades judiciales de un conflicto jurídico de naturaleza ambiental, lo que supone todas las personas están en igualdad de condiciones para acceder a la justicia y para obtener resultados individual o socialmente justos.*⁷

Em linhas gerais o Poder Judiciário brasileiro vem se revelando consciente e efetivo. Isto não quer dizer que todas as questões chegam ao final rapidamente ou que todos os magistrados decidam sistematicamente a favor do meio ambiente. Não. O que se quer dizer é que, na média das decisões judiciais e em comparação com outros países, o Judiciário do Brasil revela um elevado grau de efetividade.

Centenas de folhas seriam consumidas na menção de precedentes. Vejamos três, a título de exemplo. Todos envolvendo recursos hídricos. O primeiro, na esfera administrativa, revela decisão do TJ-SP,⁸ em ação proposta por ONG, com a finalidade de obstar a realização de obras por Prefeitura Municipal, consistentes em marginais a córregos, obrigando a restauração da área degradada. O pedido foi julgado procedente, ordenada a suspensão dos trabalhos, sob pena de multa diária de R\$5.000,00. O segundo, de âmbito civil, é originário do STJ.⁹ O Estado de Goiás construiu um presídio, sem dota-lo de sistema de esgoto sanitário. Proposta ação civil pública pelo Ministério Público goiano, foi indeferida a inicial na primeira e na segunda instância, sob o argumento de que ao Judiciário não é dado apreciar o mérito do ato administrativo. No entanto, a Corte Superior reformou as decisões locais, afirmando que o Estado sujeita-se às mesmas regras destinadas aos particulares na proteção do meio ambiente. O ter-

ceiro caso é do âmbito criminal. Cuida-se de decisão colegiada do TJ-SC.¹⁰ O Promotor de Justiça denunciou uma pessoa jurídica e seus sócios por crime de poluição. O Juiz de Direito rejeitou a denúncia contra a sociedade comercial, afirmando que só pessoas físicas podem ser réus em ações penais. O Tribunal catarinense, julgando recurso em sentido estrito, deu-lhe provimento, aduzindo *ser completamente cabível a pessoa jurídica figurar no pólo passivo da ação penal que tenta apurar a responsabilidade criminal por ela praticada contra o meio ambiente.* O acórdão fundamentou-se na Constituição Federal, na Lei 9.605, de 12.02.1998, e na doutrina.

6. Conscientização dos agentes do Ministério Público e dos Juízes

Os agentes do Ministério Público nem sempre são entusiastas da questão ambiental. Principalmente entre os mais antigos na carreira, há uma posição de ceticismo, considerando a matéria secundária ou então que a defesa é um entrave ao desenvolvimento econômico. Assim, muito embora existam Promotores de Justiça e Procuradores da República altamente especializados em Direito Ambiental, existe também uma considerável parcela destes profissionais sem o necessário conhecimento, ou mesmo interesse, pela matéria.

Em linhas gerais, dá-se o mesmo com os juízes. Mas com uma agravante. Não há especialização de Juízes Ambientais, salvo raras exceções (Cuiabá e Manaus). Disto segue que o magistrado, muitas vezes, recebe o caso sem estar preparado para analisar a matéria.

Não se olvide que só recentemente e, assim mesmo, em poucas Faculdades de Direito, foi introduzido o Direito Ambiental no currículo dos cursos de graduação. Por sua vez, nos concursos públicos raramente são exigidos conhecimentos da matéria. Uma das raras exceções é o Tribunal de Justiça de Rondônia, que há muitos anos coloca o Direito Ambiental como parte do programa dos concursos para Juiz Substituto.

A conclusão a que se chega é a de que é preciso capacitar os profissionais do Direito, principalmente os membros do Ministério Público e os magistrados, para que haja efetividade na proteção ambiental.

Para que isto se torne uma realidade é preciso que sejam adotadas técnicas de motivação dos agentes do *parquet* e dos magistrados. Com efeito, se não houver conscientização não haverá prevenção ou reparação

⁷ El desarrollo del Derecho Ambiental Latinoamericano y su aplicación. (2001). México D.F. PNUMA- Oficina Regional para América Latina y el Caribe. (p. 2)

⁸ Tribunal de Justiça de São Paulo, Ap. Civ. 143.448-5/6-00, 9ª Câm. Dir. Público, Rel. Des. Rui Cascardi, j. 13.09.2000.

⁹ Superior Tribunal de Justiça. RESP 88.776, 2ª T., Rel. Ministro Ari Pargendler, j. 19.05.1997.

¹⁰ Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Rec. Crim. 00.020968-6, São Miguel d'Oeste, Rel. Des. Sólton D'Eça Neves, j. 13.03.2001.

através do Estado-Judiciário. De nada adiantará um Promotor propor uma ação civil pública visando proteger as águas de um rio, se o seu colega da comarca limítrofe não tem interesse no assunto. Será útil a proteção limitada a determinado território e descuidada no seguinte? Terá valor uma excelente inicial de ação civil pública se o juiz, em três linhas, indeferir a liminar? Surtirá efeitos uma ação penal por crime ambiental se o magistrado entende, contra a lei (Lei 9.605, de 12.02.1998, art. 3º) e em via alternativa, que as pessoas jurídicas não devem responder por crime ambiental? A resposta é fácil: não.

Pois bem, para que o quadro não seja desanimador, é possível serem utilizadas algumas técnicas. O estudo delas resvala do Direito para inserir-se em outros campos do conhecimento. Psicologia, relações humanas, são alguns deles. O conhecimento da vida, muito embora empírico, não deve ser desprezado. Vejamos:

- ▶ No âmbito dos Tribunais e do Ministério Público é preciso colocar o Direito Ambiental como matéria obrigatória nos concursos de ingresso. Isso já vem acontecendo na esfera do M.P., porém é muito incipiente no Poder Judiciário. É algo simples e que demanda apenas gestões para o convencimento de Desembargadores que definam as regras dos concursos.
- ▶ Os Tribunais, sempre que possível, devem especializar Varas ou, no segundo grau de jurisdição, Câmaras ou Turmas, em Direito Ambiental. Não é fácil. Há resistência sempre. Primeiro, pela reação natural do ser humano às mudanças. Segundo, porque nem sempre as estatísticas revelam a existência de um mínimo de ações, compatível com o movimento de outras Varas ou órgãos colegiados. No entanto, há que se pensar nos benefícios da especialização, com julgamentos mais rápidos e elaborados com conhecimentos mais aprofundados. A questão do movimento forense poderá ser atenuada com uma semi-especialização, fazendo o meio ambiente vir acompanhado de outra matéria, como o agrário ou direitos do consumidor. No primeiro grau temos Varas Ambientais em Manaus e Cuiabá, com grande sucesso. No segundo grau há semi-especialização para crimes ambientais na 4ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Boas e exitosas iniciativas.
- ▶ A liderança de um Procurador de Justiça ou Procurador Regional da República, no âmbito do Ministério Público, ou de um Desembargador, na esfera do Poder Judiciário, é imprescindível. Alguém respeitado na classe, com bons conhecimentos na matéria e com trânsito entre seus pares, outras Cortes, Universidades, O.A.B. e outros órgãos. Alguém que promova cursos, convide seus colegas a participar, ceda-lhes o lugar de honra, dispa-se da vaidade e procure única e exclusivamente o resultado final de capacitar a classe.
- ▶ A homenagem aos pioneiros no estudo da matéria. Os primeiros doutrinadores. Os que elaboraram as primeiras leis ambientais. Os agentes do Ministério Público que iniciaram o movimento junto ao Judiciário. Os juízes que proferiram as primeiras e históricas decisões. Todos estes podem e devem ser lembrados em congressos ou outros eventos. Uma placa de prata, uma medalha, algo, enfim, que traduza o respeito e a admiração que merecem.
- ▶ Concursos de monografias são exemplar fonte de estímulo. É razoavelmente fácil encontrar patrocinadores. Bancos, empresas com ISO 14.000, órgãos públicos, quem, enfim, se disponha a colaborar. As regras do certame devem ser claras e a lisura deve sobrepassar acima de qualquer indagação. Os prêmios podem situar-se em participação, com despesas pagas, em cursos de Direito Ambiental. Os valores não são altos e a vitória será fonte de grande estímulo. A participação significará, no mínimo, maior conhecimento da matéria.
- ▶ Cursos no exterior, ainda que mais complexos, não devem ser descartados. As associações de magistrados podem prestar grande auxílio neste particular. Há universidades norte-americanas (v.g. Lewis & Clark, no Oregon), francesas (v.g. Limoges) e outras, que oferecem excelentes seminários, de regra com uma semana de duração. Visitas a órgãos ambientais e ao Poder Judiciário devem ser incentivadas. O preço se eleva com a tradução simultânea. Por tal motivo, o auxílio financeiro de órgãos públicos, fundações, embaixadas, não deve ser subestimado. A seleção deve ser feita de maneira clara e objetiva. Os resultados são excelentes, pois tais cursos fornecem visão global do problema e auxiliam na formação de uma cultura geral mais sólida. É dizer, vão além da capacitação ambiental.
- ▶ Estimular a elaboração de livros contendo trabalhos de Direito Ambiental. Eles podem, inclusive, ser fruto dos concursos para participação em cursos. É dizer, terminado o concurso, selecionam-se os melhores trabalhos para publicação. Naturalmente isto exige a orientação de alguém com mais experiência e relacionamento junto a editoras. Mas o resultado, sem dúvida, é proveitoso, pois o estímulo é muito grande.
- ▶ Estimular o cumprimento de Tratados Internacionais sobre proteção ao meio ambiente. No Brasil os tratados são pouco conhecidos pelos operadores das carreiras jurídicas. Tal fato gera o descumprimento quase generalizado. Não porque haja oposição, mas simplesmente porque há desconhecimento. É importante que os tratados sejam divulgados, estimulados, e elaborados livros com seus textos.
- ▶ Incentivar Promotores ou Procuradores, bem como Juízes, a proferir palestras sobre o tema. Os mais antigos e afeiçoados à matéria, ao recusar um convite, devem indicar os que nela se iniciam. Sem re-

ceio de perder o espaço. Na verdade, o Direito Ambiental é tão vasto e relevante que há oportunidade para todos. Ademais, é preciso fazer sucessores nas novas gerações. A troca de experiências entre os mais velhos, com sua visão ampla de vida, e os mais novos, com seu entusiasmo, sempre é salutar. É importante sempre lembrar que estamos todos de passagem e a defesa do meio ambiente não é, nem deve ser, privativa de poucos.

- ▶ O Poder Judiciário, como poder público que é, deve estimular a prática de gestão ambiental. Assim, na sua atuação administrativa os Tribunais deverão estimular a economia de água, luz e papel, inclusive, quanto a este, adotar a utilização, ainda que parcial, de papel não clorado.

7. Conclusões

Após o que foi visto nestas singelas observações, cujo objetivo maior é chamar a atenção para o tema, é possível chegarmos a algumas conclusões: a) os países da América Latina, em regra geral, possuem legislação suficiente para a proteção do meio ambiente; b) O Ministério Público e o Poder Judiciário são atores indispensáveis na aplicação efetiva das normas ambientais; c) é indispensável conscientizar os juízes e os agentes do Ministério Público para o relevante papel que lhes cabe na análise dos casos ambientais que lhes são submetidos.

8. Bibliografia

- Araujo, Nadia. (1998). *Código do Mercosul – Tratados e Legislação*. Rio de Janeiro: Ed.Renovar.
- Casella, Paulo Borba. (1998). *Código do Mercosul – Tratados e Legislação*. Rio de Janeiro: Renovar.
- Machado, Paulo Affonso Leme. (1998). *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Ed., 7^a.
- Oliveira, Odete Maria de. (1999). *União Européia – Processos de integração e mutação*. Curitiba: Juruá Ed.
- Scheibe, Virgínia da Cunha. Palestra, IV Congresso de Direito Ambiental. Brasília: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, 10.05.2001.
- Schimidt, Ricardo Pipi. (2001). *Cooperação dos juízes em zona de fronteira no Mercosul*. In:
- Souza, João Ricardo Carvalho de Direito e Democracia. (2001). Revista de Ciências Jurídicas. Canoas: Ed. ULBRA, v. 1, a. 2.. *Constituição Brasileira & Tribunal de Justiça do Mercosul*. Curitiba: Juruá Ed.
- Vilas, Oscar. *Relações com Mercosul e UE serão prioridade*. São Paulo: Jornal Gazeta Mercantil. 04.01.2002.
- Zavala, Sheila Abed e Faella, Ricardo Merlo. (1999). *Guía de Derecho Ambiental del Paraguay*. Asunción: IDEA – Instituto de Derecho Ambiental.



Capacitación de
jueces y fiscales,
motivación del interés
en los temas ambientales
(*experiencias metodológicas
y tendencias*).

EVALUACIÓN DE NECESIDADES PARA LATINOAMÉRICA Y ENCUENTRO DE PLANIFICACIÓN PARA JUECES Y FISCALES

por Sylvia Bankobeza*

1. Programa de PNUMA para el desarrollo de capacidades para el Poder Judicial y otros interesados del ámbito legal

a. El poder judicial es un socio importante con un rol clave en derecho ambiental y desarrollo sustentable en las siguientes áreas:

- (1) Interpretación del Derecho Ambiental
- (2) Implementación del Derecho Ambiental
- (3) Cumplimiento del Derecho Ambiental
- (4) Rol clave en la promoción del desarrollo sustentable al equilibrar consideraciones ambientales, sociales y de desarrollo en sus decisiones judiciales

Al reconocer la importancia del rol del Poder Judicial en el derecho ambiental, el PNUMA comenzó con programas de desarrollo de capacidades dirigidos a Jueces y otros interesados del ámbito legal.

b. Mandato del PNUMA para el desarrollo de capacidades del Poder Judicial y grupos clave

- (1) Fallo 21/23 del Consejo Gobernante del PNUMA, también llamado Programa de Montevideo III; es una estrategia a diez años para las actividades del PNUMA en derecho ambiental adoptada en febrero 2001. Los gobiernos otorgan al PNUMA un mandato para el desarrollo de capacidades para Jueces y otros interesados del ámbito legal.
- (2.) El Fallo 22/17IIa del Consejo Gobernante del PNUMA se refiere al seguimiento del simposio global de jueces sobre desarrollo de capacidades en el ámbito del derecho ambiental

El compromiso de UNEP en el desarrollo de capacidades para el Poder Judicial y otros interesados del ámbito legal en el derecho ambiental está basado en el mandato específico que adoptó el Consejo Gobernante

del PNUMA por su fallo 21/23 del 9 de Febrero del año 2001. Este fallo identifica al Poder Judicial como uno de los grupos claves para las actividades de desarrollo de capacidades en el ámbito del derecho ambiental. Adopta un programa desarrollado por los gobiernos: se trata del Programa para el Desarrollo y Revisión Periódica del derecho ambiental para la Primera Década del Siglo 21 (que es más conocido como El Programa Montevideo III), el cual fija una estrategia a diez años para las actividades del PNUMA en el campo ambiental.

El segundo mandato para el PNUMA es el fallo 22/17IIA del Consejo Gobernante que invita al Director Ejecutivo a apoyar, dentro del marco del Programa para el Desarrollo y Revisión Periódica del derecho ambiental para la Primera Década del Siglo 21, y dentro de los recursos disponibles, la optimización de las capacidades de aquellos que trabajan en el proceso de promocionar, implementar, desarrollar y aplicar el derecho ambiental a nivel nacional y local, tales como **jueces, fiscales, legisladores y otros interesados, a llevar a cabo sus funciones sobre una base de información fidedigna contando con las habilidades, información y materiales necesarios para movilizar el pleno potencial de los poderes judiciales en el mundo para la implementación y cumplimiento del derecho ambiental**, y promover el acceso a la justicia para la resolución de disputas ambientales, la participación ciudadana en la toma de decisiones en materia ambiental, la protección y el progreso de los derechos ambientales y el acceso público a la información relevante.

c. Mandato de los jueces de todo el mundo para desarrollar la capacidad del poder judicial y otros interesados del ámbito legal en el tema del derecho ambiental

- (1) 8 Simposios Regionales de Jueces (1995-2003)
- (2) Simposio Internacional de Jueces (2002)
- (3) Reunion de Planificacion de Jueces (2003)
- (4) Reuniones Subregionales de Evaluacion de Necesidades y Planificación

* Representante Legal, Programa para el Medio Ambiente de las Naciones Unidas.

d. Los resultados y el seguimiento que se esperan de estas reuniones

- (1) Las Recomendaciones de 8 Simposios Regionales;
- (2) Los Principios de Johannesburgo
- (3) Elaboración de planes nacionales y subregionales para el desarrollo de capacidades y seguimiento a nivel regional y nacional para la implementación de planes nacionales
- (4) Implementación del Fallo 22/17IIa del CG del PNUMA y el desarrollo de herramientas eficaces para el desarrollo de capacidades

2. Resumen de cada uno de los procesos en la provisión de programas de desarrollo de capacidades**a. Simposios regionales sobre el Medio Ambiente para la Judicatura (1995-2003)**

Los Simposios Regionales se celebraron en la siguientes regiones: Africa (1995); Sur de Asia (1997); Sudeste Asiático (1999); América Latina (2000); Caribe (2001); Pacífico (2002); Países Arabes (2002); Europa (2002); para el año 2003 está programado un Simposio Americano.

Objetivos

- ▶ Proveer un foro para jueces de diferentes regiones del mundo en el que puedan intercambiar opiniones, conocimientos y experiencias para promover el futuro desarrollo y la implementación del derecho ambiental en la región;
- ▶ Examinar los desarrollos actuales en el campo del derecho ambiental a nivel nacional e internacional que tienen implicancias para la promoción de las metas sobre el medio ambiente y desarrollo
- ▶ Revisar el rol de los tribunales en la promoción del régimen de derecho en el área de desarrollo sustentable, incluyendo un estudio de algunos de los fallos más importantes
- ▶ Iniciar un plan para la cooperación regional entre los poderes judiciales en el ámbito del derecho ambiental, a nivel regional, incluyendo la recopilación y difusión de información y material sobre derecho ambiental entre los jueces de la región.

Resultados

Cada simposio regional produjo un conjunto de recomendaciones para el desarrollo de capacidades para el poder judicial en lo referido a derecho ambiental y al desarrollo sustentable en sus respectivas regiones.

b. Simposio Internacional de Jueces sobre el Desarrollo Sustentable y el Rol de la Ley

El Simposio Internacional de Jueces sobre el Desarrollo Sustentable y el Rol de la Ley organizado por el PNUMA, el gobierno de Sud Africa y otros socios, se celebró en el Kopanong Hotel de Johannesburgo, Sud Africa, del 18 al 20 de Agosto del 2002 en forma paralela a la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sustentable (CMDS).

En la reunión se adoptaron los principios de Johannesburgo que sientan una base para el desarrollo de capacidades de jueces y otros interesados del ámbito legal.

También se desarrollaron los siguientes temas:

- ▶ Desarrollo Sustentable y el Principio de legalidad.
- ▶ Gobierno Ambiental Nacional y el Principio de legalidad.
- ▶ Justicia Ambiental, Derechos Humanos y el Principio de legalidad.
- ▶ El Rol de las Naciones Unidas y otros organismos en Promover el Desarrollo Progresivo y la Implementación Nacional del Derecho Ambiental en el contexto del Desarrollo Sustentable.
- ▶ El fortalecimiento de las Judicaturas Nacionales para enfrentar los desafíos del siglo 21 en el ámbito del Derecho Ambiental en el contexto del desarrollo sustentable.
- ▶ La adopción de los Principios de Johannesburgo, los resultados del Simposio, que circularon en la Conferencia CMDS y se presentaron ante el Secretario General de las Naciones Unidas.

Resumen de las Recomendaciones

Para materializar los principios de Johannesburgo se propuso un programa de trabajo que incluyera los siguientes puntos:

- ▶ La optimización de las capacidades de los involucrados en el proceso de promoción, implementación, desarrollo y aplicación del derecho ambiental, tales como jueces, fiscales, legisladores y otros, para que puedan realizar sus funciones sobre una base de información fidedigna con las habilidades, información y materiales necesarios;
- ▶ La optimización del nivel de participación ciudadana en la toma de decisiones sobre temas ambientales, el acceso a la justicia para la resolución de disputas ambientales y la defensa y aplicación de los derechos ambientales, y el acceso público a información de carácter relevante;
- ▶ El fortalecimiento de la colaboración sub-regional, regional y global para el beneficio mutuo de todos

los pueblos del mundo y el intercambio de información entre las judicaturas nacionales con miras a beneficiarse de los conocimientos, experiencia y práctica adquiridas por cada una de ellas;

- ▶ El fortalecimiento de la enseñanza escolar y universitaria sobre el derecho ambiental, incluyendo la investigación y el análisis como puntos esenciales para llevar a cabo el desarrollo sustentable,
- ▶ El logro de una mejora sostenible en la aplicación y desarrollo del derecho ambiental,
- ▶ El fortalecimiento de la capacidad de las organizaciones y otras iniciativas, incluyendo las de los medios, con el propósito de permitir que el público se comprometa, poseyendo una base de información fidedigna, en temas relacionados con la protección del medio ambiente y el desarrollo sustentable;
- ▶ Una Comisión Ad Hoc de Jueces compuesta por jueces en representación de regiones geográficas, sistemas legales y cortes y tribunales internacionales, liderada por el Ministro Jefe de Justicia de Sud África, deberá revisar y hacer pública la jurisprudencia ambiental emergente y proveer información sobre el tema ;
- ▶ PNUMA y sus agencias asociadas, incluyendo las organizaciones de la sociedad civil, deben apoyar a la Comisión Ad Hoc de Jueces en llevar a cabo su tarea,
- ▶ Los gobiernos de los países desarrollados y de la comunidad donante, incluyendo las instituciones y fundaciones financieras internacionales deben priorizar la financiación de la implementación de los principios citados y el programa de trabajo establecido,
- ▶ El Director Ejecutivo del PNUMA debe seguir liderando dentro del marco del Programa Montevideo III para fomentar el desarrollo puesta en práctica del programa diseñado para mejorar la implementación, desarrollo y aplicación del derecho ambiental, incluyendo, dentro del derecho aplicable de responsabilidad e indemnización por los daños ambientales según acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente y el derecho nacional, actividades militares y medio ambiente y los aspectos legales del nexo entre la pobreza y la degradación ambiental.

c. Reunión ad hoc de Jueces para el Desarrollo de un Plan de Trabajo como seguimiento al Simposio de Jueces sobre el Desarrollo de Capacidades de Jueces, Fiscales y otros interesados del ámbito legal, Nairobi, Kenya - 30-31 Enero 2003

Luego del Simposio Global de Jueces, el PNUMA preparó un plan de trabajo muy práctico y organizó una reunión de un pequeño grupo de jueces representativos de los sistemas legales y las regiones del mundo de entre aquellos que asistieron al Simposio Global de

Jueces, para obtener sus pareceres sobre el plan de trabajo. La reunión contó con la participación de 25 Presidentes de Corte Suprema y Jueces Decanos en representación de las distintas regiones y sistemas legales para dar asesoramiento y orientación, en la preparación de un plan de trabajo para el desarrollo de capacidades de oficiales judiciales de países en vías de desarrollo y de países con economías en transición así como otros interesados del ámbito legal, activos en la implementación y aplicación del derecho ambiental nacional, tales como fiscales, oficiales de aplicación, abogados, grupos litigantes en temas de interés público, grupos de la sociedad civil activos en salvaguardar los derechos ambientales tanto de los ciudadanos como, a largo plazo, de profesores y estudiantes de derecho ambiental. Los Honorables Jueces concluyeron con un plan y consejos sobre el tipo de programa de desarrollo de capacidades más aconsejable para el poder judicial y cómo llevarlo a cabo, incluyendo el material de enseñanza que debería prepararse.

Resumen de Recomendaciones

La reunión adoptó un documento final que contenía sugerencias sobre cómo desarrollar e implementar el programa de desarrollo de capacidades, el cual fue presentado ante el Consejo Gobernante del PNUMA en su sesión de apertura el 3 de febrero 2003 por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Sud África, el Hon. Juez Arthur Chaskalson.

3. El Programa de Desarrollo de Capacidades en materia del Derecho Ambiental para Jueces y otros interesados del ámbito legal y el camino a seguir

De acuerdo con el fallo 22/17IIA que ya citamos, la Agencia de Derecho Ambiental de la División de Desarrollo de Políticas y Derecho (DPDL-ELB) del PNUMA emprendió un plan de trabajo para implementar el programa de desarrollo de capacidades, el que fue planeado y manejado por el DPDL-ELB y se aplica de forma nacional, de una manera que responda a las necesidades específicas de cada país, usando enfoques sub-regionales, según corresponda, para optimizar eficacia y eficiencia en los costos. En la implementación del programa el DPDL envió Oficiales Legales y Directores de los Oficiales Regionales a fin de asegurar que las consideraciones específicas a cada región se incorporaran de forma adecuada a los programas de trabajo.

Las siguientes acciones se están emprendiendo dentro del marco del programa:

- a. El desarrollo de los materiales de aprendizaje, que ya comenzó, incluirá durante el 2003, lo siguiente:

- a.1. Edición revisada del Manual de Capacitación en Derecho Ambiental del PNUMA;
 - a.2. Edición revisada del Manual de Derecho Ambiental del PNUMA (Derecho Internacional);
 - a.3. Nuevo Manual de Derecho Ambiental del PNUMA (Legislación Nacional);
 - a.4. Manual para Jueces sobre Derecho Ambiental (a ser elaborado por un equipo de jueces a ser elegidos); y
 - a.5. Presentación de Sesiones Capacitación en Power Point y/o Multimedia sobre determinados temas (traducible a los diferentes idiomas nacionales).
- b. La formulación de Planes para el Desarrollo de Capacidades para los Jueces Nacionales, a través de once Reuniones de Evaluación de Necesidades y Planificación de los Presidentes de las Cortes Supremas, a celebrarse durante el año 2003 tanto regionales como sub-regionales. Estas reuniones están planeadas para las siguientes regiones: África (cuatro reuniones para el Sur de África, África Oriental y Central, los estados árabes de África y Asia Occidental y los países francófonos de África), Asia, la región del Mekong, América Latina, el Caribe, Europa Oriental, el Caucaso y Asia Central, y el Pacífico. En base a las recomendaciones que emergieron de los Simposios Regionales de Jueces y el Simposio Global, el PNUMA anticipa que es probable que las siguientes actividades se incluyan en las recomendaciones
- b.1. Talleres nacionales de capacitación de jueces;
 - b.2. Redes entre jueces de la región y regiones aledañas;
 - b.3. Traducción de las relevantes publicaciones PNUMA a distintos idiomas nacionales, incluyendo El Manual de Jueces sobre Derecho Ambiental;
 - b.4. Elaboración de compendios de diferentes lenguas nacionales sobre Legislación Ambiental, y
- c. Conducción a nivel nacional de actividades sobre desarrollo de capacidades de acuerdo a lo establecido en los Planes de Desarrollo de Capacidades para Jueces Nacionales, (2004-2006).
- d. Desarrollo de un Portal de jurisprudencia sobre el Medio Ambiente en el sitio web del PNUMA (a través del sitio ECOLEX) que implicará :
- d.1. Acordar con las Organizaciones e Instituciones sub-regionales / nacionales para publicar juicios en el portal; y
 - d.2. Preparación y publicación de Compendios de Resúmenes de los Juicios y su amplia disemi-

nación, y traducción a los idiomas de las Naciones Unidas así como a idiomas nacionales, según corresponda.

El PNUMA pretende llevar a cabo, de acuerdo con los planes de desarrollo nacional de capacidades en colaboración con sus agencias asociadas, actividades apropiadas de desarrollo de capacidades en los países en desarrollo y países con economías en transición, comenzando a partir de enero del 2004, bajo la dirección y supervisión respectiva.

4. El camino a seguir

a. Seguimiento de las reuniones subregionales para la implementación de los programas de desarrollo de capacidades

- a.1. Implementar y/o facilitar la implementación de planes sub-regionales y nacionales según lo desarrollado por los miembros de la judicatura en 11 reuniones de evaluación de necesidades y de planeamiento que se llevarán a cabo en forma global.
- a.2. Desarrollar las herramientas para capacitación continua en derecho ambiental y diseminación de información.

b. Esfuerzos del PNUMA para desarrollar las herramientas necesarias para el desarrollo de capacidades de los jueces

- b.1. Manual de Jueces sobre Derecho Ambiental.
- b.2. Edición revisada del Manual de Formación en Derecho Ambiental del PNUMA.
- b.3. Dos ediciones revisadas de manuales sobre Derecho Ambiental del PNUMA, uno en la Legislación Internacional y otro en la nacional.
- b.4. Un manual conteniendo varios borradores legales centrándose en diferentes aspectos de derecho ambiental.
- b.5. Compendios de resúmenes de fallos en causas relacionadas con el medio ambiente en el mundo.
- b.6. Un portal de jurisprudencia relacionada con el derecho ambiental accesible a través de la página web ECOLEX le permitirá a jueces de diversas partes del mundo cargar juicios relacionados con el medio ambiente, ampliando así el desarrollo de jurisprudencia en este campo.
- b.7. Presentaciones de Capacitación en Powerpoint y/o Multimedia sobre temas seleccionados (éstos pueden ser traducidos a diferentes idiomas).

- b.8. Desarrollar otras herramientas incluyendo un manual de formación de entrenadores, tal como será recomendado en las reuniones sub-regionales de evaluación de necesidades.
- b.9. Fortalecer la enseñanza del derecho ambiental en instituciones de formación terciaria.

c. Evaluación de la efectividad de los programas de desarrollo de capacidades para jueces

Ya se han elaborado indicadores para evaluar la efectividad del programa de desarrollo de capacidades. La evaluación se emprenderá durante el próximo año para determinar la efectividad del programa de desarrollo de capacidades y su sustentabilidad.



**El Poder Judicial y la sociedad civil.
Aspectos del involucramiento de la
sociedad civil en los
procedimientos judiciales
tendientes a una mejor aplicación y
cumplimiento de la normativa ambiental.
Espacios para la participación ciudadana
en procesos en los que se ventila
la defensa de intereses colectivos.**



EL PRINCIPIO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN, PARTICIPACIÓN Y JUSTICIA EN MATERIA AMBIENTAL EN AMÉRICA LATINA: ¿NUEVOS ESPACIOS, NUEVOS DERECHOS?

por Guillermo Acuña*

1. Elementos de contexto

El Principio de Acceso a la información, participación ciudadana y justicia en materia ambiental (Principio de Acceso, de ahora en más) ha comenzado a tener un cierto reconocimiento en los países de América Latina y el Caribe en los últimos años, fundamentalmente en regulaciones así también como en espacios institucionales. Esto se ha dado de manera paulatina, habiendo coadyuvado a ello una serie de procesos que se gestaron en nuestra región desde la segunda mitad de los 80's, y que sin proponérselo directamente, generaron mejores condiciones para la aplicación del Principio de Acceso.

En primer lugar, uno de estos procesos de cambios es el que se dio en las estructuras socioeconómicas de países latinoamericanos los cuales estuvieron asociados a procesos de reformas macroeconómicas de gran escala destinados, en su mayoría, a desregular sectores de las economías que estaban en manos de lo público y a la vez, fomentar una apertura al ingreso de capitales y promoción del comercio. Estos procesos de cambios también tuvieron un efecto en los marcos regulatorios e institucionales existentes en lo ambiental. Estos últimos pueden atribuirse mayormente a que los procesos de reformas macro se dieron contemporáneamente con la restauración de las instituciones democráticas en muchos países de la región y a que a partir de las reformas se diseñaron nuevas estructuras del Estado.

Una segunda característica de estos procesos de cambios que se dio también en ese momento y que de alguna manera favorecieron el reconocimiento y aplicación del Principio de Acceso fue que la mayoría de los países hicieron cambios en sus constituciones políticas y en ellos hubo un mayoritario reconocimiento constitucional de la materia ambiental, tema que salvo

excepciones, no había aparecido en materia constitucional hasta el momento de manera tan notoria.

Por su parte, los procesos de democratización señalados anteriormente, vividos por la totalidad de los países que habían padecido regímenes no democráticos, también tuvieron un fuerte impacto en la forma en que la sociedad civil fue generando y a la vez apropiándose de nuevos espacios que permitieron que una mayor participación social en temas ambientales. Estos espacios surgieron informalmente en algunos casos (nacimiento de nuevas organizaciones no gubernamentales o la generación de foros ciudadanos, por ejemplo) o de manera más formal en otros casos, en donde se reconoció la importancia de poder garantizar espacios para la participación desde lo estatal: es el caso del instituto del Defensor del Pueblo u Ombudsman, quienes desde su creación, atienden numerosos pedidos y reclamos de la ciudadanía en materia ambiental o también el caso de la creación de fiscalías especializadas, para atender asuntos específicos de la materia ambiental.¹

Otro elemento que gravitó e impulsó el proceso de cambios fue la impronta de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 (CNUMAD, Río de Janeiro, junio) en la que además de lograrse acuerdos de trascendencia en el nivel político (como el Programa 21 y la Declaración de Río, que reconoce en su Principio 10 a los Derechos de Acceso), se aprobaron una serie de convenciones que iniciaron lo que se ha dado en llamar un nuevo régimen multilateral para el desarrollo sostenible al que por cierto los países latinoamericanos han adherido mayoritariamente.²

El efecto que este proceso de reformas y cambios macro tuvo en los marcos legales-institucionales ambientales de los países de la región ha sido heterogéneo,

* Asistente Legal de la División de Desarrollo Sostenible y Asentamientos Humanos de CEPAL / Naciones Unidas, en Santiago de Chile.

¹ Véase Acuña, Guillermo. (2000) en donde se hace un extensivo análisis de los procesos de cambios en regulaciones e instituciones ambientales de países seleccionados de la región.

² CEPAL/PNUMA. (2002).

dado que factores como la organización del estado, niveles de desarrollo y mayor o menor acceso a recursos naturales influyeron de manera diferente en las regulaciones y en las instituciones.

Por caso, en algunos países que iniciaron temprano sus reformas, como fue el caso de Chile (1974/5), éstas tuvieron un efecto negativo en las regulaciones, en el sentido que las escasas consideraciones ambientales que existían se eliminaron de los textos legales por considerarlas posibles barreras a las inversiones. Una vez que las instituciones democráticas fueron recuperadas en 1990, se inició un rápido ciclo moderno de gestión ambiental, que continúa hasta la actualidad.

Otros países que iniciaron reformas más tardías (a partir de 1990) vieron sus efectos más notoriamente sobre su institucionalidad ambiental: aparecieron nuevas estructuras de gestión, con rangos hasta ministeriales, y que estaban más adaptadas a las necesidades reales de la gestión ambiental. Estas estructuras fueron acompañadas de la modernización y actualización de regulaciones sustantivas; particularmente, en sectores de la llamada "economía estatal" que al desregularse, incorporaron consideraciones ambientales con un marcado sesgo de protección a los inversionistas.

Países como Brasil, Colombia y México, que diseñaron sus institucionalidades ambientales y se dotaron de regulaciones bastante más tempranamente que el resto de los países de la región, antes incluso que los procesos de reformas macro, contaron en los años 80's con autoridades máximas ambientales y un paquete normativo que incluía instrumentos como el ordenamiento territorial y la evaluación de impacto ambiental como instrumentos básicos de la gestión ambiental, además de una batería de standard que permitían hacer aplicables las normas protectivas del medio ambiente.

Sin embargo, es a partir de la segunda mitad de los 90's y con el advenimiento del nuevo milenio que en los países de la región se comienzan a generar las condiciones regulatorias e institucionales que permitirían aplicar con mayor fuerza el Principio de Acceso.

Entre otros factores, el nuevo marco político del milenio en materia de desarrollo sostenible, que considera a la Cumbre del Milenio (2000), como a la Conferencia de Doha de la Organización Mundial de Comercio (2001), la Cumbre de Monterrey sobre Financiación para el Desarrollo (2002) y la Cumbre de Johannesburgo sobre Desarrollo Sostenible (2002), impone una nueva serie de modalidades y prioridades que las distinguen de los procesos que tuvieron lugar en la década anterior. En este nuevo marco se lograron acuerdos sobre metas cuantitativas y temporales, que estén orientadas a la implementación y en donde el combate a la pobreza aparece como la mayor prioridad. Sin embargo, se ha hecho notorio el reconocimiento explícito de las asimetrías existentes entre países desarrollados y países en vías de desarrollo lo que hace que

la implementación de las mismas debe reconocer esas limitaciones; además, se acordó que la rendición de cuentas sobre los avances se hiciera de manera periódica, lo que también muestra la necesidad de un involucramiento mayor por parte de los países en su puesta en práctica lo que sin duda resalta la necesidad de una mayor aplicación del Principio de Acceso en lo que a metas y compromisos en materia ambiental y de desarrollo sostenible compete.

2. El Principio de Acceso: origen y aplicación

El Principio de Acceso a la información, la participación ciudadana y la justicia en materia ambiental tiene su origen en la Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, aprobada en el marco de la CNUMAD en 1992. Esta declaración es reconocida en derecho internacional público como no vinculante para los estados firmantes respecto de su aplicación ("*soft law*"); sin embargo, la Declaración de Río tuvo tanta significancia desde el punto de vista político y programático, que la casi totalidad de los principios que la componen hoy son reconocidos en la mayoría de las políticas públicas y no públicas orientadas a alcanzar el desarrollo sostenible. Principios tales como el del "*contaminador – pagador*" o el "*de las responsabilidades comunes pero diferenciadas*", o el "*precautorio*", tan mentado en la actualidad a raíz de su reconocimiento en el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad en la Biotecnología, están presentes como principios rectores y son hoy parte de la mayoría de las políticas ambientales y de desarrollo sostenible, tanto en los países desarrollados como en los en vías de desarrollo. Junto a los antes mencionados, también encontramos en el numeral 10 al *principio de acceso*.

El Principio 10 de la Declaración de Río aborda este concepto de acceso desde la perspectiva de un nuevo derecho, que se refiere a tres tipos de acceso: derecho de acceso a la información, como garantía de los ciudadanos y obligación del estado; derecho de acceso como forma de facilitar la participación ciudadana para la toma de decisiones y finalmente como derecho de acceso a procedimientos judiciales y administrativos, donde se reconoce la reparación del daño ocasionado.

El desarrollo y aplicación del Principio de Acceso se ha dado de manera desigual tanto en países desarrollados como en países en vías de desarrollo. Algunos países europeos, impulsados fuertemente por sus organizaciones de la sociedad civil y además sensibilizados acerca de la importancia que podía tener su aplicación, avanzaron muy significativamente en el reconocimiento de estos nuevos derechos y lograron, en un tiempo récord, la negociación de un acuerdo internacional vinculante para las partes contratantes. Efectivamente, desde 1995 en que comenzó su proceso de negociación y su firma en 1998, el **Convenio de**

Aarhus sobre el Acceso a la Información, la Participación Ciudadana para la toma de Decisiones y la Justicia en materia ambiental se convirtió en la expresión más concreta de cómo el Principio 10 de la Declaración de Río podía aplicarse a partir de un régimen jurídico internacional.

Permítannos detenernos brevemente en el contenido de la Convención, dado que su lectura arroja luces muy interesantes sobre la forma en que un régimen jurídico puede garantizar la aplicación del Principio de Acceso. En su contenido pueden distinguirse una serie de disposiciones generales, aspectos relativos a los derechos de acceso a la información, a la participación ciudadana y a la justicia como un derecho a un medio ambiente adecuado para la salud y para el bienestar de los ciudadanos de los países contratantes.³

La Convención es reconocida como una “base” y no como un “techo”, por lo tanto los países contratantes pueden hacer más estrictas las disposiciones contenidas en la misma. También se reconoce una definición amplia de quienes pueden ser sujetos activos de los derechos reconocidos en la Convención por lo que “el público” engloba a todas las personas, ya sean naturales o legales, lo cual refuerza la dimensión global de la Convención.

Asimismo, también en lo que son llamadas las disposiciones generales, se hace una definición amplia de las denominadas “autoridades públicas”, con el fin de abarcar a todos los sectores y todos los niveles de la organización ejecutiva de los Estados, incluyendo organismos autónomos o autárquicos. Sin embargo, quedan fuera del alcance de la Convención los organismos que actúan con capacidad legislativa o judicial.

En lo que hace al **acceso a la información**, la Convención reconoce una presunción a favor del acceso del público a cualquier información ambiental que obre en poder de las autoridades públicas, con ciertas excepciones. La legitimación del acceso es amplia y toda persona tiene derecho al acceso a la información: no se necesita demostrar, ni siquiera mencionar, un interés especial. También es amplia la definición de lo que se entiende por “información ambiental”, lo que hace que el alcance del derecho sea extenso.

La Convención es bastante estricta en lo que respecta a límite de tiempo para atender una solicitud: la respuesta debe ser hecha “tan pronto como sea posible”, fijando el plazo máximo de un mes, prorrogándose adicionalmente un mes si se dan circunstancias excepcionales. En lo que hace a la *forma* en que la información debe ser proporcionada, el Convenio fija la obligación de suministrar la información en el formato en que fue requerida (electrónica, impresa, etc.).

En lo que hace al **acceso a la participación ciudadana**, el convenio viene a garantizar el derecho del público a participar y opinar sobre proyectos o actividades específicas que puedan tener un efecto significativo en el ambiente y/o en la salud y lista en el Anexo I de la Convención una serie de actividades que son *obligatoriamente* sujetas a la participación de la ciudadanía; además, se mencionan otras actividades que puedan tener un efecto importante en el medio ambiente, expresión que deja abierta un cierto grado de actuar discrecional para las partes contratantes del Convenio. Están exentas de esta garantía de acceso a la participación a actividades o proyectos relacionados con la defensa.

La *forma* en la que este derecho queda garantizado implica que la notificación para garantizar la participación ciudadana debe ser hecha a tiempo y de manera efectiva. Además, los plazos de tiempo deben ser razonables y deben permitir que la participación de la ciudadanía se haga en etapa *temprana* de la actividad o proyecto que se está analizando.

El Convenio también reconoce el derecho del público a participar en la discusión de políticas y programas específicos, incluyendo proyectos de normas y reglamentos. En octubre de 2002, durante la primera Reunión de las Partes del Convenio de Aarhus,⁴ se aprobaron las Directrices relativas al Acceso a Información, Participación Ciudadana y Justicia en Materia ambiental relativa a los Organismos Vivos Genéticamente Modificados, la que regula un tema muy sensible en el marco de Europa y que presentó numerosos debates y dificultades previa a su aprobación.

En materia de **acceso a la justicia en materia ambiental**, el Convenio reconoce una serie de procedimientos que permiten garantizar el derecho del público a acceder a la justicia ambiental:

- ▶ Procedimiento de revisión para impugnar el trámite de las solicitudes de información (el que está abierto para cualquier persona);
- ▶ Procedimiento de revisión para cuestionar la legalidad de decisiones referentes a proyectos en los que se requiera la participación pública (restringido al público interesado);
- ▶ Procedimiento de revisión para denunciar violaciones en general de las leyes ambientales nacionales (los países firmantes pueden ser demandantes).

En cuanto a las características de estos procedimientos, éstos deben ser claros, equitativos, oportunos y su costo no debe ser prohibitivo, por lo tanto, accesible a cualquier ciudadano. Además, las decisiones deben ser hechas por escrito y siendo consecuente con el es-

³ Adaptado de una presentación hecha por el Sr. Jeremy Wates, Secretario del Convenio de Aarhus, en ocasión del *Diálogo Gobiernos – Sociedad Civil “Hacia la aplicación de los Derechos de Acceso en América Latina y el Caribe”*, llevado a cabo en CEPAL, Santiago de Chile, los días 8 y 9 de octubre de 2002.

⁴ Primera Reunión de las Partes del Convenio de Aarhus, Lucca, Italia, 23 al 25 de octubre de 2002.

píritu del Convenio, deben estar a disposición del público.

El Convenio de Aarhus, de joven factura y de reciente puesta en práctica, es un instrumento novedoso en el sentido de comprometer, supranacionalmente, a sus partes contratantes para garantizar una serie de nuevos derechos relativos a las personas y su vínculo con el medio ambiente que fue entendido como prioritario por parte de un grupo importante de países europeos. Nuevas democracias emergentes del ex-bloque soviético, así como antiguas democracias del occidente europeo, adhirieron rápidamente al mismo reconociendo la relevancia que tiene para la gobernabilidad democrática y ambiental y del desarrollo sostenible, lograr garantizar ciertos derechos de las personas, particularmente, el derecho a estar informados en materias que presentan aún ciertas incertidumbres.

Esta experiencia de Aarhus, mirada desde nuestra región con sana envidia, puede ser un ejemplo a tener en cuenta, quizás no en su extensa magnitud, pero sí desde algunas de sus líneas de acción, cuando pensamos en garantizar los derechos de acceso en nuestros países latinoamericanos.

3. La aplicación del Principio de Acceso en países latinoamericanos

La aplicación del Principio de Acceso en América Latina y el Caribe ha sido bastante heterogénea. Algunos países han avanzado bastante en términos relativos, a partir del reconocimiento legal de estos derechos; otros países, de mayor tradición democrática y poseedores de una gestión ambiental más experimentada, tuvieron una temprana tradición de participación ciudadana a través del uso de algunos instrumentos como la Evaluación del Impacto Ambiental o los instrumentos de la planificación de los usos del suelo. La experiencia en acceso a la justicia en materia ambiental ha sido, de los tres derechos de acceso, el de más reciente evolución y reconocimiento.

Veamos seguidamente algunas experiencias de aplicación del Principio de Acceso en países latinoamericanos:

En **Argentina**, la aplicación del Principio de Acceso tiene su fundamento en un marco jurídico de tipo general y no particular. La Constitución faculta a los ciudadanos a presentar proyectos de ley al Congreso de la Nación y este podrá someter a plebiscito público todo proyecto bajo consideración; así, la participación de la ciudadanía en lo que a generación de normas tiene garanti-

zado un espacio significativo. Un poco más específicamente, ya con relación al acceso a información, los artículos 41 y 42 de la Constitución reformada en 1994, se incorporó específicamente la garantía del derecho a "*acceso a información y capacitación ambiental*".

Puede decirse también que la estructura federal de la organización del Estado y los cambios producidos en los últimos 10 - 15 años, potenciaron de alguna manera los procesos de participación social y de acceso a la información: como producto de ello, las organizaciones de la sociedad civil lograron generar audiencias públicas ambientales para opinar sobre ciertos proyectos. También consensuaron intereses diversos y presentaron conjuntamente un proyecto de Ley de Acceso a la Información Pública, no ya sobre la materia ambiental sino en materias generales. Además de ello, la experiencia argentina en acceso a la justicia ha sido muy prolífica, toda vez que se han logrado decisiones judiciales destinadas a revertir decisiones administrativas que eran particularmente dañosas para el medio ambiente y la calidad de vida de los ciudadanos.⁵

Bolivia es otro país latinoamericano que posee una larga experiencia y tradición en procesos de participación que incluso han llevado, en algunos casos, a procesos muy determinantes en la vida política y social de ese país.⁶

El Principio de Acceso se refleja en Bolivia más en sus componentes de información y de participación. Desde un punto de vista general, existe un marco normativo que fue y es trascendental en impulsar la participación ciudadana: la Ley de Participación Popular, aprobada en los 90's que fue un fuerte vector para hacer operativo el proceso de descentralización que vivió ese país. Esta ley reconoce la importancia que tienen las organizaciones de la sociedad civil (campesinos, gremios, juntas vecinales, etc.) en la vida pública del país; además, reconoce mayor autoridad a los municipios y los dota de mayores recursos para la gestión local.

En una perspectiva más acotada a la materia ambiental, el Principio de Acceso tiene visibilidad en la Ley Marco de Medio Ambiente, aprobada en la primera mitad de los años 90s: este marco normativo general reconoce tanto el derecho a acceder a la participación en gestión ambiental como el derecho a acceder a información veraz en materia ambiental, la que debiera surgir del Sistema Nacional de Información Ambiental (SNIA); también esta garantía queda plasmada en la obligación del poder ejecutivo de realizar un informe periódico sobre el estado del medio ambiente del país. Los reglamentos específicos que la Ley Marco originó también reconocieron la participación de la ciudadanía en los procesos de Evaluación de Impacto Ambiental a partir del instrumento de la audiencia pública.

⁵ Véase en particular la frondosa experiencia que la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN) posee en la materia. Visite el sitio: www.farn.org.ar donde se puede acceder a documentos específicos sobre el tema.

⁶ Baste recordar los levantamientos sociales que tomaron irreversible la renuncia del presidente Gonzalo Sánchez de Losada en 2003.

El caso de **Brasil** es muy significativo dado que es un país que ha desarrollado ampliamente los derechos de acceso tanto en materia de información como participación ciudadana y justicia, siendo además uno de los países de la región que más han hecho ejercicio de estos derechos garantizados.

En lo que respecta al acceso a información y participación en materia ambiental, existen numerosos mecanismos y espacios garantizados por leyes y procedimientos. En primer lugar, la obligatoriedad de la publicidad de los actos públicos facilita la toma de información por parte de la ciudadanía; también es ampliamente difundido el uso de las audiencias públicas en materias generales y ambientales, como las evaluaciones de impacto ambiental. Este instrumento (EIA) es utilizado también como "EIA de vecindad" en el marco de los procedimientos de autorización que la Comisión Técnica Nacional de Biodiversidad tiene bajo su órbita. También están garantizados derechos de acceso a información y participación en el diseño de los Planes Directores, en la gestión presupuestaria (ampliamente reconocida en nuestra región por su eficacia y generación de consensos entre diversos actores sociales) y finalmente en distintas Comisiones y Consejos Nacionales.

Al igual que en Argentina, en Brasil también se consideran espacios de participación en el proceso legislativo: tres mecanismos, la iniciativa popular, el referéndum y el plebiscito facultan a los ciudadanos a participar y emitir opiniones acerca de propuestas normativas a ser consideradas por el Parlamento.

En lo que respecta al acceso a la justicia, los procedimientos judiciales permiten el uso de diversos tipos de acciones que facilitan la aplicación de justicia: la Acción Popular, la Acción Directa de Inconstitucionalidad, y la Acción Civil Pública. Esta última es la de mayor uso en causas de tipo ambiental y la que particularmente ha sido de muy frecuente aplicación en asuntos relacionados con la liberación, cultivo y comercialización no experimental de organismos vivos genéticamente modificados (transgenia), tema candente en los últimos tiempos en el Brasil por la férrea oposición de la comunidad en general y de organizaciones de la sociedad civil a la liberalización del uso, producción y venta de transgénicos dentro del país. Finalmente, una parte importante de la tarea de promoción del acceso a la justicia en materias ambientales la llevan adelante los Ministerios Públicos en el Brasil, quienes como cuarto poder del Estado y de manera independiente informan a la ciudadanía sobre sus derechos y los apoyan en la búsqueda de justicia.⁷

Como se señaló en los párrafos iniciales, **Chile** ha sido un país que a pesar de haber comenzado tardíamente su proceso de ordenamiento normativo e institucional en materia ambiental, después del advenimiento de la democracia en 1990, ha dado pasos significativos y rápidos tratando de contar con una gestión ambiental adecuada a las necesidades de un país con una economía muy abierta y con fuertes procesos de relacionamiento en los planos comerciales.

Chile cuenta con un marco jurídico relevante que permite la aplicación del Principio de Acceso de diversas maneras. En primer lugar, La Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, ley marco aprobada en 1994, reconoce diferentes derechos de acceso a la información y a la participación ciudadana. La misma ley crea el Sistema Nacional de Información Ambiental (SINIA) y obliga al Estado a la elaboración de informes periódicos sobre el estado del medio ambiente. Vale la pena señalar que Chile ha sido uno de los pocos países que ha cumplido con esta obligación legal, si se lo compara con muchos otros países de la región que tienen el mismo mandato, pero incumplido. Una de las justificaciones que se hace al respecto es la obligatoriedad de conocer la situación ambiental del país, la que surge del Acuerdo de Cooperación Ambiental entre Chile y Canadá, acuerdo complementario al tratado de Libre Comercio entre los dos países.

Otro marco normativo de referencia e importancia, pero ya en materia general y no solo ambiental, es el de la Ley sobre Probidad Administrativa aprobada en 1999, que vino a tratar de generar mayor transparencia en los actos de la administración pública y facilitar el conocimiento de los mismos por parte de la ciudadanía.

Un estudio desarrollado entre los años 2001 – 2002 por una organización de la sociedad civil chilena puso de manifiesto una serie de debilidades existentes en la realidad del país en lo que a materias de acceso se refiere⁸:

- ▶ Los mecanismos existentes son mayormente restrictivos y no vinculantes de participación;
- ▶ Es escaso el desarrollo de jurisprudencia sobre la aplicación y uso de estos derechos;
- ▶ Es manifiesta la carencia de sanciones consagradas en la Ley sobre Probidad Administrativa que prevengan el incumplimiento de los deberes de difusión de información.

El estudio también arrojó luces acerca de los importantes desafíos que el país tiene por delante si pretende hacer un ejercicio más activo de los derechos de acce-

⁷ La tarea de los Ministerios Públicos en este tema puede ser conocida visitando, por ejemplo, el sitio de internet del Ministerio Público del estado de Río Grande do Sul: www.mprs.gov.br

⁸ Este estudio fue elaborado por la Corporación Participa en conjunto con otras organizaciones locales, en el marco de la Iniciativa de Acceso, proyecto internacional destinado a conocer el estado de situación de los derechos de acceso en diversos países del mundo y promover su reconocimiento y aplicación. El estudio completo sobre Chile puede ser obtenido en: www.participa.cl

so. Por un lado, y como elemento común en todos los países de la región, persiste la idea o cultura del “secreto de la información”, fundamentalmente en la administración pública. Como contrapartida, la ciudadanía no conoce sus derechos ni tampoco cuales pueden ser las fuentes de información existentes y disponibles. Asociado a ello, es visible una falta de integración de los sistemas de información ambiental entre los distintos órganos desconcentrados de la gestión ambiental del país (recordemos que Chile cuenta con un modelo institucional coordinador de la gestión ambiental por lo que la misma es llevada a cabo directamente por los distintos servicios y órganos descentralizados). Por ello, no es fácil integrar la información y hacerla disponible de manera sistematizada.

México es uno de los países de la región que también ha desarrollado un importante marco normativo para la aplicación del Principio de Acceso. A igual que Chile, formó parte de la Iniciativa de Acceso por lo que se dispone de información sobre como este Principio ha estado presente en la realidad del país en los últimos tiempos.

En materia de acceso a la información, además de la Constitución Nacional que garantiza el acceso a la información en poder del Estado Mexicano, dos marcos normativos se refieren a la materia en particular. En primer lugar, la Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección del Ambiente (LGEEPA) de 1994 (y sus sucesivas reformas) cuenta con un capítulo denominado “Derecho a la Información Ambiental”, la que estaría garantizada por dos vías: a través de la difusión de la información ambiental, como obligación de la Administración y también por el derecho subjetivo de cualquier particular de acceder a la información ambiental en manos poder del Estado. La obligación que la ley marca es para la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT), para los estados miembros de la federación mexicana, los municipios y las autoridades del Distrito Federal.

En segundo lugar, el acceso a la información de manera más general estaría garantizado por la *Ley Federal de Transparencia Pública y Acceso a la Información Gubernamental*, ley de reciente aprobación que garantiza el acceso de toda persona a la información de la gestión pública en posesión de los poderes de la Unión y cualquier otra entidad federal. La obligación emanada de la Ley es mandato para toda la *administración federal*. La aplicación de esta ley ha obligado a que toda la administración pública federal mexicana genere unidades de Transparencia y Acceso a la Información y que la información disponible esté sistematizada e informatizada, lo que ha implicado una importante alocación de recursos para tal fin.

En lo que respecta al acceso a la participación ciudadana, diferentes marcos normativos reconocen este derecho, partiendo de la Constitución Nacional. Otros importantes marcos normativos, como la Ley de Planeación, la Ley Marco de Medio Ambiente (LGEEPA, que reco-

noce la participación en particular en los mecanismos consultivos existentes en la Ley), la Ley Forestal, la Ley de Vida Silvestre y la Ley de Participación Ciudadana del Distrito Federal, entre otras. Este derecho también está garantizado en el diseño de planes y políticas específicas, tales como el Plan Nacional de Desarrollo y el Plan Nacional de Medio Ambiente, que incluyen numerosos espacios activos para la participación.

Finalmente, en lo que respecta al acceso a justicia en materia ambiental, el estudio realizado por la Iniciativa de Acceso para México reconoció una serie de importantes desafíos y retos para una mejor aplicación de este derecho. En primer lugar, el conocimiento limitado que tiene la magistratura de ella legislación ambiental, problema común también a otros países de la región. En segundo lugar, el papel que juega la Procuraduría Federal de Protección del Medio Ambiente, que sin ser un Ministerio Público, promueve la aplicación de la ley desde la jurisdicción administrativa dentro del poder ejecutivo. También es necesario demostrar el interés jurídico legalmente reconocido (afectación directa), lo que limita las posibilidades de defensa ambiental. En último lugar, el estudio puso de manifiesto los altos costos procesales y de carga de la prueba, lo que dificulta la posibilidad que los ciudadanos busquen el reconocimiento de la justicia frente a materias ambientales.

Otro de los países de los que contamos con información acerca de alguna experiencia en materia de aplicación del Principio de Acceso es **Perú**. La experiencia peruana está más consolidada en el componente de *acceso a la información*.

Tanto el Código de los Recursos Naturales y Medio Ambiente de 1990, como la Ley Marco de Inversión Privada de 1991 y la Constitución Nacional (reformada) de 1993 reconocen el derecho a acceder a la información existente en manos de los órganos públicos.

El proceso de acceso a la información se vio, sin embargo, más consolidado a partir de la dictación de dos normas reglamentarias, de materias distintas a la ambiental pero de amplia aplicación, aparecidas en 2001: se trata del Decreto sobre Información Disponible en el Sector Público y el Decreto sobre Acceso a Información sobre Finanzas Públicas.

Una norma bastante reciente (2002), la Ley sobre Transparencia y Acceso a la Información Pública, de criterio general y por supuesto aplicable a lo ambiental, incluso reconociendo mecanismos de acceso a procesos judiciales, viene, de la misma manera que en la similar norma mexicana, a hacer transversal esta obligación por parte de la administración pública de poner a disposición de los ciudadanos la información que esté en sus manos, reconociendo obviamente ciertas excepciones (en materia de seguridad, defensa nacional y propiedad intelectual).

Otras experiencias de acceso que se han dado y que implican ya no a países sino a grupos o pares de paí-

ses de la región las encontramos en los fenómenos de asociativismo comercial y en otros fenómenos de integración. Por ejemplo, el Foro Ciudadano existente en la Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo (CCAD), en el marco de la integración centroamericana, es un espacio para la participación social que permite a los representantes no de gobiernos a que emitan sus opiniones y alimenten el proceso de toma de decisiones que se hace en el nivel ministerial. Otra experiencia supranacional, ya ligada a temas de comercio, es la existente entre México, Estados Unidos y Canadá en el marco de la Comisión de Cooperación Ambiental del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Este espacio para la participación de la ciudadanía se ha ido consolidando como marco para la presentación de reclamos y quejas respecto al incumplimiento o cumplimiento parcial de la normativa ambiental por parte de los estados partes.

Ya en el plano bilateral, mencionado anteriormente, Chile ha activado procesos de participación y consulta ciudadana en sus acuerdos paralelos de medio ambiente firmados, más allá de lo comercial, con Canadá en 1997 y con Estados Unidos más recientemente.

Tampoco hay que dejar de mencionar la importancia que el proceso global de desarrollo sostenible le está dando al tema: la Cumbre de Johannesburgo en 2002 hizo especial énfasis al tema de los derechos de acceso tanto en su declaración política como en el Plan de Aplicación.⁹ En efecto, los resultados asociados a la Cumbre, como fueron los asociamientos o “*partenariatos*” implicaron un fuerte impulso a la discusión y reconocimiento de este tema en el plano internacional. La Iniciativa de Acceso jugó también un papel importante en este sentido, al promover estudios de diagnóstico sobre la aplicación del Principio de Acceso en diversas regiones del mundo.

4. Reflexiones para nuestra región: ¿De qué manera el Principio de Acceso se constituye en un “nuevo” derecho?

Es importante tener en cuenta que la aplicación del Principio de Acceso en nuestra región, tal como hemos visto, arroja una serie de claros y oscuros, estos últimos más en el territorio de los desafíos por superar, que permitan lograr una mejor aplicación de estos derechos. Y decimos derechos porque de alguna manera, en su expresión y en su aplicación, estamos reconociendo para todos los ciudadanos, una suerte de derecho a *conocer*, para *poder intervenir* y así *reclamar* lo que se considera justo, en materia ambiental y en el fondo, en general en cualquier materia que tenga que ver con la cosa pública y el interés general.

Vemos que en nuestra región la aplicación de este principio ha estado asociada a la importancia que tiene este derecho con relación al mantenimiento de la paz, la estabilidad democrática y la búsqueda del desarrollo sostenible de la región.

Otro elemento que aparece asociado en nuestra región al tema de los derechos de acceso es la necesidad de hacer una valoración de los procesos multilaterales y de la cooperación que debiera existir entre *Gobiernos y organizaciones de la sociedad civil*, como herramienta para abordar asuntos de interés común pero que trascienden la órbita de lo nacional (por ejemplo, el movimiento transfronterizo de organismos vivos genéticamente modificados).

Por cierto, hay que reconocer que al igual que en los países desarrollados, los impulsos más fuertes que se han dado en nuestros países para la aplicación del Principio de Acceso han estado más del lado del accionar de las organizaciones de la sociedad civil que al accionar de los gobiernos. Sin embargo, hay que destacar que los gobiernos también han hecho lo suyo en la medida en que se han esforzado en desarrollar legislación e institucionalidad permitiendo hacer operativos los anhelos de la sociedad civil. Esto último se ha hecho a partir de reconocer derechos ambientales en distintos niveles de la jerarquía legal: reconocimiento como garantías constitucionales, en normas generales (Leyes de base o marco) y en reglamentos específicos de aplicación general en diversos estamentos de la administración pública.

Por el lado de los *oscuros*, persisten una serie de desafíos por superar y que en la mayoría de las veces, la débil aplicación del Principio de Acceso debe asociarse al desconocimiento que la ciudadanía tiene sobre sus derechos, por un lado, y a la tremenda cultura del “oscurantismo” persistente en general en las administraciones públicas de los Estados.

Como se señaló en párrafos anteriores, el tema del acceso juega un papel muy importante en las materias de comercio y desarrollo sostenible y por lo tanto no debe ser dejado de lado cuando pensamos en un “espacio” donde poder hacer valer estos derechos.

Un elemento importante a tener en cuenta es la necesidad de que existan *políticas públicas* claras al respecto: por un lado, una agenda ciudadana consolidada, en donde la ciudadanía pueda, entre otras cosas, hacer una evaluación periódica de la *sostenibilidad* de la agenda de desarrollo de un país, revisando metas y acordando indicadores. Por el otro lado, una política pública que consolide instrumentos de gestión que tienen un fuerte componente de participación, tales como la EIA, la audiencia pública, los planes de ordenamiento territorial, etc.

⁹ Véase la Declaración y el Plan de Aplicación de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible (Johannesburgo, 2002), además de información complementaria en: www.un.org/esa/sustdev

Finalmente, la visión regional del tema debiera hacer pensar en la necesidad de articular (o armonizar, si las circunstancias lo permiten) las inconsistencias que existen entre las legislaciones nacionales respecto de los derechos de acceso. Una estrategia intergubernamental regional, con acuerdos e instrumentos que promuevan una mayor transparencia de la gestión pública y privada, puede ser un punto de partida interesante para nuestra región.

5. Bibliografía

- Acuña, Guillermo. (2000). *Marcos regulatorios e institucionales ambientales de países de América Latina y el Caribe en el contexto del proceso de reformas macroeconómicas: 1980's y 1990's*. Santiago de Chile: CEPAL.
- CEPAL / PNUMA. (2002). *La sostenibilidad del desarrollo en América Latina y el Caribe: desafíos y oportunidades*. Santiago de Chile: CEPAL, Naciones Unidas.
- Curso – Taller de *Implementación del Principio de Acceso a la Información, Participación Ciudadana y Justicia en Materia Ambiental para el Desarrollo Sostenible de América Latina y el Caribe*, llevado a cabo en la Ciudad de México, del 21 al 24 de octubre de 2003. Materiales disponibles en: www.cepal.org/ddisah
- Convenio de Aarhus – Primera Reunión de las Partes, Lucca, Italia, 23 al 25 de octubre de 2002; información disponible en: www.unece.org/publicparticipation
- Corporación Participa. (2002). *Estudio de la Iniciativa de Acceso en Chile*. Disponible en: www.participa.cl
- Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN), ver material disponible sobre acceso a la participación ciudadana y justicia en materia ambiental: www.farn.org.ar
- Wates, Jeremy. (2002). *El Convenio de Aarhus: contenido y aplicación*, presentación hecha en el Diálogo Gobiernos – Sociedad Civil *Hacia la aplicación de los Derechos de Acceso en América Latina y el Caribe*, llevado a cabo en CEPAL, Santiago de Chile, los días 8 y 9 de octubre de 2002. Presentación disponible en: www.cepal.org/ddisah



↑ La organización
de la justicia y
las competencias ambientales.
Fueros generales y especializados.
El rol de los jueces y
fiscales en los procesos
de integración regional.

SISTEMA CONSTITUCIONAL ARGENTINO Y DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS AMBIENTALES

por Eduardo Pablo Jiménez*

La incorporación de la dimensión ambiental en las políticas, prioridades y actividades de los sectores económicos para avanzar en el proceso de cimentación de un desarrollo sostenible, es quizá el desafío más importante que tiene la comunidad internacional en los próximos años

Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible, Johannesburgo

1. El federalismo argentino

Es sabido que la viabilidad política de un pueblo implica, esencialmente, la posibilidad de que él mismo genere su propia tarea de elaboración, diseño y gestión de aquello que sus posibilidades históricas hoy le permiten. No hay duda de que ello lo hace responsable de su futuro, y por supuesto amos por sentado que tal camino involucra tanto sus triunfos como sus derrotas.

En este contexto, cabe resaltar que los ordenamientos jurídico-constitucionales son creaciones culturales humanas, condicionadas social e históricamente, y de ello puede concluirse que son “resultados” de determinadas condiciones particulares de cada país y ciertas necesidades reales aportadas por la teoría (política, económica, etc.) en cada momento de la historia.

Por ello, concordamos con Juan Carlos Agulla¹ en cuanto expresa que “Todo ordenamiento jurídico-constitucional tiene “su” tiempo, dado por el desarrollo de las necesidades sociales y por el desarrollo de las soluciones que le ofrecen las diversas teorías”.

Es claro entonces, que un somero análisis del funcionamiento real del federalismo en la República Argentina como forma elegida por el constituyente para regular las relaciones de poder entre el Gobierno Federal y los Gobiernos Provinciales, y especialmente, de la funcionalidad de ése sistema para el logro de determinadas metas de integración nacional y de desarrollo so-

cial del país, sólo puede apuntar a verificar su eficacia y factibilidad, particularmente en el contexto que actualmente propone la idea del desarrollo sustentable.

El reconocimiento de las regulaciones formales de poder entre el Gobierno Nacional y las provincias, establecidas por la Constitución Nacional Argentina, ha determinado que ella adopte para sí la forma Federal,² tomando como base el modelo estadounidense. Cabe reconocer —aun luego de lo expuesto—, que la plasmación instrumental de esta modalidad de forma de Estado en relación al territorio, demostraría en los hechos, la vocación centralista de nuestros constituyentes, institucionalizada por las sucesivas estructuras políticas que dieron vida al sistema.

Así las cosas, al proponer el convencional Zabalía en 1852 que se suprimiera la propuesta de otorgar al Congreso de la Nación la potestad de legislar en materia civil, comercial y de minería, siguiendo así la estructura del modelo estadounidense, su posición fue fuertemente objetada por el propio informante del proyecto, Benjamín Gorostiaga, quien sostuvo que la legislación del país sería un laberinto de donde resultarían males incalculables si se dejaba darse a las provincias, leyes destinadas a reemplazar a las españolas, aclarando también que las provincias tendrían la posibilidad de reflejar sus peculiaridades en los respectivos códigos de procedimientos.³

En ésta misma línea argumental, ha expuesto Alberto Spota, que fue con Rosas cuando comenzó el fin

* Juez Federal 1º Instancia de Mar del Plata, Argentina.

¹ Agulla, Juan Carlos. *Federalismo y Centralismo*. Buenos Aires: Edit. Libera. (p.15).

² Tal lo establece el Artículo 1 de la Constitución.

³ Ver un desarrollo más amplio de la cuestión en la obra de José María Rosa “Nos, los representantes del Pueblo”, Edit. Peña Lillo. Agrega en su obra, el autor señalado, que “Finalmente, y con solo una sustitución de palabras sugerida por el propio miembro informante, quedó aprobado éste punto, plasmado finalmente en el Art. 67 inciso 11 del texto fundamental (hoy, con la reforma de 1994, Art. 75 inciso 11).

total de lo que pudo haber sido el federalismo, agregando luego que “Los caudillos provinciales aprendieron así a vivir exclusivamente de los fondos que Rosas les giraba permanentemente todos los años, y sentenciando finalmente, que “mientras haya partidocracia en el país, no habrá ninguna posibilidad de federalismo”.⁴

Enfatizando tan aciaga como realista perspectiva referida a la efectiva vigencia del federalismo en Argentina, ha expresado el propio Spota en una obra póstuma, y dejando de lado por un momento aspectos debatibles de nuestra realidad histórica, que aun desde el punto de vista jurídico nuestro federalismo es centrípeto, auspiciando que por efecto de los niveles crecientes de globalización, nuestras provincias irán perdiendo sentido en la realidad política y fáctica del futuro inmediato.⁵

Otros autores, críticos del federalismo, han apuntado la realidad de su paulatino desmoronamiento en los hechos, asumiendo su total modificación en vigencia y esencia, asumiendo que la técnica, la demografía y la economía han puesto fin a la distribución de Poder Político que el federalismo ha significado en sus inicios.

Así, Jorge Vanossi, claramente influenciado en las originales percepciones de Spota, señaló a su tiempo que en éste punto, existe un tremendo divorcio entre el sistema de la Constitución y las tendencias orgánicas que se debaten en el ser nacional.⁶ Afirmó también Vanossi en la obra indicada, la marcha hacia un trípode de sustentación del estado Moderno, consistente en la unidad, planificación y regulación, con el necesario complemento de la vigorización del régimen municipal.

Diremos, para finalizar éste acápite, y siguiendo a la más destacada doctrina constitucionalista actual, que nuestra constitución real refleja una situación totalmente diferente de aquella plasmada por el constituyente en 1853, al adoptar la forma federal de Estado. Los factores antes apuntados por nosotros, y que han generado éste estado de cosas, son en realidad de índole diversa, respondiendo a distintas motivaciones.⁷

2. Federalismo, tutela ambiental y distribución de competencias en la reforma constitucional de 1994

El Estado es –según nuestra concepción– el principal garante del derecho ciudadano a un medio ambiente adecuado. Partiendo de éste hecho central, cabe entonces explicitar que la actividad de la Administración vinculada con la protección ambiental utiliza usualmente, dos caminos diferentes: por un lado, actúa directamente sobre el medio, atmósfera, aguas, suelos y biodiversidad, y además trabaja sobre las causas de su degradación, productos tóxicos, agricultura, residuos, biotecnología o radioactividad.

Es claro que no cabe aquí desentenderse de otra cuestión trascendente, vinculada a los distintos niveles de actuación administrativa, y aun al reparto competencial de las agencias estatales actuantes en la materia, lo que a partir de la reforma constitucional de 1994, se intenta estatuir rediseñando nuestro federalismo ambiental con una mayor precisión conceptual, acondicionando el concepto de “conurrencia”.

Cabe acotar –aclarado lo antes expuesto– que, como lo han resaltado nuestros propios convencionales en 1853, la originaria “conurrencia” instituida para la distribución de competencias ambientales por parte del texto fundamental, hacía que lo relativo a la legislación “de fondo” incumbiese al Congreso nacional, reservándose los Estados Provinciales toda la regulación ambiental procesal.

En realidad, si bien desde lo normativo la reforma de 1994, no ofreció en materia de federalismo variaciones sustanciales respecto del sistema anteriormente vigente, no podemos dejar de hacer notar que aún así, las modificaciones introducidas han implicado **en el contexto sustancial referido al medio ambiente**, un giro copernicano, que –reivindicando las potestades estatales en el punto–, se aleja hoy de las ideas de “fondo” para el Gobierno Federal y de “forma” para las Provincias, remitiéndose a las más aggiornadas formulaciones, consistentes en que la Nación dicte normas de “presupuestos mínimos” que las Provincias deben luego “complementar”.⁸

⁴ Spota, Alberto, en carta dirigida al profesor Benito Garzón en fecha 16 de abril de 2001, y que el propio maestro hizo pública. Allí, enfatizó sin dejar lugar a duda, que “Estoy convencido de que jamás hubo federalismo, pues faltaron las condiciones básicas para ello”.

⁵ Spota, Alberto. (2001). *Ensayo sobre la declinación de la supremacía constitucional y del federalismo como consecuencia de la globalización y de las grandes comunidades político-económicas en La Constitución Real*. Buenos Aires: Edit. La Ley. (p.121). Fundamenta su postura, señalando que “(...)los estados locales, o las provincias significaron en su momento, o pretendieron significar, realidades políticas, económicas, financieras y culturales que justificaron su existencia y capacidades decisorias, pero resulta que, tanto la globalización como las grandes comunidades político-económicas, hacen sujeto, cada una a su manera, a los estados Naciones y sus poderes locales estatales y provinciales, no van a tener lugar en el mundo que se avecina”.

⁶ Vanossi, Reynaldo. (1964). *Situación actual del federalismo*. Edit. Desalma. (p. 23). Recomendamos en particular, la lectura del magnífico prólogo que produce allí Alberto Spota.

⁷ Sabsay, Daniel. (1999). *El Federalismo Argentino. Reflexiones luego de la Reforma Constitucional*. En AAVV (Juan Carlos Agulla compilador) *Ciencias sociales: Presencia y Continuidades*. Academia Nacional de Ciencias. Instituto de Derecho Público, Ciencia Política y Sociología. Buenos Aires. (1999). p.425 y ss.).

O sea, que el diseño constitucional actualmente vigente, sin dejar de lado las ideas anteriores de “concurrencia competencial” en materia ambiental, es actualizado y reformulado por la reforma constitucional de 1994, invitando al legislador común a regular en forma coordinada y armónica con las provincias, ciudad autónoma de Buenos Aires y municipios Argentinos, el obrar ambiental de éstas distintas jurisdicciones territoriales del país.

Es esta una de las más felices modalidades de federalismo concertado que ha propuesto la enmienda constitucional, y que ahora pareciese comenzar a ser plasmada política y jurídicamente. Creemos en consecuencia, que las modificaciones aquí aportadas por el constituyente reformador han sido positivas para realzar la precaria salud de nuestro alicaído federalismo, al haber incorporado herramientas valiosas, aptas para rehabilitarlo, y particularmente en lo concerniente a la materia ambiental.

La nueva modalidad atributiva de competencias entre la Nación y las Provincias, ha adquirido entonces un definido matiz transversal que reedifica potestades propias de la construcción sistémica e integradora de la materia ambiental.

Cabe señalar en consecuencia, que la reforma constitucional de 1994, habilitó al legislador nacional para el dictado de un particular tipo de normas: las de “presupuestos mínimos”, que rompen con la clásica modalidad de articulación que en materia de atribución competencial para legislar había dispuesto nuestra Constitución histórica de 1853.

En éste contexto, al regular la materia ambiental, el legislador nacional se encuentra hoy en condiciones de regular cuestiones “de forma”, en tanto y en cuanto su tratamiento implique la generación de “presupuestos mínimos”, y las provincias y la Ciudad de Buenos Aires lo están para legislar ciertas cuestiones “de fondo”, siempre y cuando ellas resulten complementarias de los mentados “presupuestos mínimos” que el Congre-

so de la Nación debe establecer por imperativo del texto fundamental.

A partir de lo antes expuesto, es propicio señalar aquí, siguiendo a Silvia Jaquenod de Zsölgón⁹, que “todo ordenamiento jurídico ambiental debe tener como principal objetivo que se pueda vivir, y también cómo se pueda vivir (calidad de vida); y en éste sentido debe incluir en sus normas la advertencia de que los bienes ambientales, con sus procesos naturales constituyen por sí, por la necesidad de su conservación y por la grave puesta en peligro de los últimos años, un interés supra-individual por tratarse de fuentes de riqueza insustituibles y necesarias, no sólo para el desarrollo del hombre, sino también para la vida de todos los seres”.

Por ello es prioritario promover la generación de un nuevo sistema jurídico ambiental para instrumentación de políticas públicas con base en las cuales nuestros gobiernos procuren revertir la degradación ambiental, estableciendo sólidas bases para el desarrollo sostenible.¹⁰

Así, el legislador común,¹¹ no exento de alguna incongruencia conceptual en su formulación y desde un notorio retraso para cumplimentar la manda constitucional que le impusiera el Artículo 41 del texto fundamental, determinó ciertas reglas básicas de actuación en ésta materia al momento de sancionar la denominada Ley General del Ambiente, dejando en claro que en materia de competencia para juzgar, aquella atribuida a la justicia federal persistirá en cuanto la cuestión ambiental llevada a juicio implique la idea de “interjurisdiccionalidad”, reservando para los restantes supuestos, la competencia de la justicia local.¹²

Esta regla había sido ya antes adelantada por la jurisprudencia en forma conteste, al señalar el sentido de tal “concurrencia”,¹³ ratificando la regla general antes indicada, en el sentido de que si predomina en una causa judicial la materia ambiental, la competencia es en primer término, local, resaltando el principio de excepcionalidad en la competencia federal.¹⁴

⁸ A lo que he de agregar un mayor nivel de complejidad, ya que al sancionar la Ley General del Ambiente, el Congreso de la Nación ha producido una norma “marco” que deberá guiar el dictado de las pertinentes leyes de presupuestos mínimos, y los complementos que también legislen al efecto las provincias. La doctrina coincide aquí en señalar que la Ley 25.675 (ADLA 2003-A, Pág.4) es una norma de carácter “mixto” que congrega en su texto presupuestos mínimos de protección ambiental y también normativa de fondo (Ver, por todos de Daniel Alberto Sabsay y María Eugenia Di Paola *El Daño Ambiental Colectivo y la nueva Ley General del Ambiente*. ADLA 17/2003).

⁹ Zsölgón, Silvia. *Concepto, caracteres y principios rectores del Derecho Ambiental*. Revista Española de Derecho Ambiental. N° 4 (incorporado al Módulo II del Master MIDA de Derecho Ambiental 2000/2001). (p.29).

¹⁰ Tal se lo ha concluido en la Declaración de México, producida por jueces de nueve países de América Latina, con participación de Argentina, el 28 de enero del 2000 (en particular, Declaración 5°).

¹¹ Recuerdo aquí lo antes dicho, en el sentido de que esta Ley es mixta, por lo que al regular los diversos aspectos del daño ambiental y la legitimación para obrar en éste sentido, el Congreso de la Nación ha obrado como legislador común o de “fondo”.

¹² Lo que en cierta forma, realiza el concepto constitucional de que la justicia federal es limitada y de excepción. La Ley General del Ambiente, que lleva el N° 25.675 (Sanción: 11/6/2002, Promulgación: 27/11/2002, Publicación en BO. 28/11/2002, puede ser consultada, con su pertinente debate en el Congreso de la Nación, en Revista La Ley/Antecedentes Parlamentarios 2003-A, p. 589 y ss.).

¹³ Cfr. CSJN Autos *Griet Hnos c/ Provincia de Tucumán*, del 3/11/92; id *Saladeristas de Barracas* del 14/5/87 En el primer precedente mencionado se sostuvo que “El verbo concurrir significa contribuir a un fin, prestar ayuda, influjo, asistencia, dirigir os o más fuerzas a un mismo sitio o hacia igual finalidad”.

¹⁴ Cfr. CSJN Autos *Roca, Magdalena c/ Pcia. De Buenos Aires*, dictada el miércoles 3 de abril de 1995, La Ley del 3/4/1996. Allí se dijo que “En principio, 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”.

Todo lo antes expuesto, ha sido de alguna manera debidamente acotado con el dictado de la denominada "Ley General del Ambiente" que ratificó en lo pertinente las reglas ya enunciadas, al señalar en su Artículo 7° que "la aplicación de esta ley corresponde a los tribunales ordinarios según corresponda por el territorio, la materia o las personas", agregando luego que "En los casos que el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales, la competencia será federal."¹⁵

Luego de una serie de indefiniciones jurisprudenciales, la regla general de atribución de competencia también fue impuesta en lo referente a actuaciones vinculadas con residuos peligrosos.

Así, al fallar los obrados Lubricentro Belgrano", la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció que la intención del legislador en la sanción de la Ley N° 24.051¹⁶, puesta de manifiesto en el debate parlamentario, de respetar las atribuciones de las provincias para dictar normas de igual naturaleza, quedó plasmada en la redacción final del Artículo 67 de la Ley citada¹⁷, enfatizando allí que era competente la justicia local para entender "en el secuestro de materiales con restos derivados de hidrocarburos, arrojados dentro de un contenedor para residuos domiciliarios, si no se acredita en la causa que los desechos secuestrados pudieron haber afectado a las personas o al ambiente, fuera de los límites de la provincia en que fueron hallados, pues al no presentarse alguno de los supuestos de excepción contemplados en el Artículo 1° de la Ley 24.051 (ADLA LII-A, 52) –no obstante tratarse de residuos peligrosos por estar incluidos en la categoría Y-9 del Anexo I de la Ley citada– debe considerarse aplicable la Ley provincial N° 11.720 (ADLA 1920-1940,431) en virtud de lo establecido por el Artículo 41 de la Constitución Nacional, el cual deslinda las competencias entre Nación y Provincias, sin que la atribución de facultades al Gobierno Federal pueda alterar las jurisdicciones locales"¹⁸.

Siguiendo éste camino rector aunque en una votación no unánime, estableció más recientemente la Corte Suprema de Justicia en los obrados "Costa, Ricardo"¹⁹ que "Resulta competente la justicia local –en el caso la de la Provincia de Buenos Aires– y no la federal para entender en una causa por existencia de líquidos cloacales en la vía pública provenientes de una planta de tratamiento en desuso si no se ha verificado en la causa, sin perjuicio de lo que surja después en la investigación, ninguno de los supuestos que permita la aplicación de la Ley N° 24.051 (ADLA, LII-A-52) - ley de residuos peligrosos, conforme lo dispuesto en su Artículo 1°"²⁰.

Más recientemente, y aduciendo una modalidad de potencial interjurisdiccional en el vertido, la Corte sostiene en el caso "Maleira, Carlos A."²¹ que "Resulta competente la justicia federal y no la provincial para entender en una causa por presunta violación a la ley de residuos peligrosos N° 24.051 (ADLA LII-A,52), si las sustancias peligrosas en los términos de su Artículo 2°, vertidas por el imputado, lo eran al arroyo Basualdo, el cual desemboca en el Río Reconquista, y éste a su vez en el Río Luján, que es parte integrante de la cuenca del Río de la Plata, pues la contaminación de las aguas puede afectar otras jurisdicciones, más allá de las fronteras de la Provincia de Buenos Aires.

Por último, en los obrados "Municipalidad de Magdalena c/ Shell Cia. De Petróleo y otro"²², la corte, casa por arbitraria la sentencia que no aplicó el fuero de atracción del juicio por abordaje, manteniendo la causa en el fuero provincial en un pleito por recomposición ambiental.

Advertimos entonces aquí que en realidad, la regla básica instituida por la Ley y la originaria jurisprudencia, que somete este tipo de causas al fuero federal sólo en caso de interjurisdiccionalidad, parece haber sido "flexibilizada", según los supuestos a tratarse, aunque las recientes novedades en la composición de la Corte, invitan a esperar con atención nuevos pronunciamientos al respecto.

¹⁵ Así, señaló la miembro informante en la exposición de motivos del proyecto, que "En concordancia con lo que siempre hemos sostenido, se establece que la justicia competente para el juzgamiento de los ilícitos ambientales civiles, no es otra que la justicia ordinaria, procurando se revierta la actual e injustificada tendencia de federalizar el tratamiento de los ilícitos ambientales" (La Ley, Antecedentes Parlamentarios, 2003-A, Pág.634). Esta postura ha sido corroborada por Daniel Sabsay y María Eugenia Di Paola, en cuanto sostuvieron que "En cuanto al lugar de radicación de la demanda, y la preeminencia de la jurisdicción local, la jurisprudencia ha sido conteste en el relevante caso Roca, por el cual se reconoció que correspondía a la justicia local resolver un conflicto entre una norma local y un tratado internacional (De los autores citados *El daño ambiental colectivo y la nueva Ley General del Ambiente* ADLA. Vol. 17.2003).

¹⁶ ADLA LII-A,52

¹⁷ Cfr. CSJN 15/2/2000, L.L. 2000-C-236- RC. y S 2001-1, 119. en dictamen del Procurador General de la Nación.

¹⁸ Cfr. Autos *Lubricentro Belgrano* citado en nota anterior, en el dictamen del Procurador General, que la Corte Suprema hizo propio.

¹⁹ CSJN Autos *Costa, Ricardo*, del 26/2/2002 L.L. 2002-D-289, en voto dividido.

²⁰ Allí expresó el ministro Moliné O'Connor al producir voto disidente, que "Cabe reconocer competencia a la justicia federal –y no a la local– para entender en una causa donde se investiga la presencia de residuos cloacales en la vía pública provenientes de una planta de tratamiento en desuso, si no pudo descartarse que dicha sustancia pudiera contener alguno de los componentes incluidos en el Anexo 1 de la Ley 24.051 (ADLA LII-A,52) pues si el objeto de la causa es determinar si la contaminación resultante de la emanación de líquidos cloacales a la vía pública constituye un hecho punible de los previstos en la Ley 24.051, en razón de lo dispuesto por su Art. 58, corresponde su conocimiento al fuero de excepción".

²¹ CSJN *Maleira, Carlos A.* 23/4/2002, L.L. 2002-E-569. En éste caso, nuevamente la Corte Suprema de Justicia hace suyo el dictamen del Sr. Procurador General de la Nación.

²² CSJN del 19/11/2002; L.L. 2003-C; 165, J.A. 19/2/2003, 88.

3. Conclusiones preliminares respecto del nuevo diseño

Cierto es que más allá de algunas ambigüedades y defectos técnicos, la reforma constitucional de 1994, vinculada al dictado de esta nueva batería normativa en materia ambiental, posee, como lo hemos visto, aptitud para recrear nuestro alicaído federalismo, aportándole importantes matices vinculados a la idea de “concertación”, lo que es por demás propicio.

Respecto de la necesaria adecuada gestión de los recursos naturales, estimamos que el nuevo modelo abriga esperanzas ciertas de encontrar un serio camino hacia la sustentabilidad de nuestra democracia, si es que podemos evitar las siempre presentes rémoras administrativas y superposiciones competenciales.

Creemos también que más allá de las posibles colisio-

nes interpretativas al momento de definirse la competencia judicial en materia ambiental, en términos que hemos expuesto en párrafos anteriores, ellas deberán respetar en el trance de su resolución, el infranqueable valladar que implica la necesidad de que los juicios se resuelvan en tiempos útiles, y respetando el derecho de defensa de las partes involucradas, actuando la regla de cooperación ambiental, y haciendo prevalecer la directriz constitucional que impone las autonomías locales y la propiedad de las Provincias sobre sus recursos naturales.

En fin, como en todo planteo respecto de la actuación del nuevo derecho, las dudas siempre superan a los aportes.

Aun así, creemos que en ello va la utilidad –si es que realmente alguna tiene– de nuestro trabajo, que ahora presentamos a la consideración del lector.



**Evaluación de
la aplicación y el
cumplimiento de la
normativa ambiental
por parte del Poder Judicial
y del Ministerio Público.**

**El acceso a la justicia ambiental,
la eficacia del procedimiento
judicial y la eficiencia de las
decisiones ambientales.**

Indicadores.



A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO POR BACIA HIDROGRÁFICA E A EXPERIÊNCIA MINEIRA

por Jarbas Soares Júnior*

1. Introdução

Há muitos anos, os Promotores e Procuradores de Justiça que militam na seara ambiental notaram que o modelo ortodoxo de atuação do Ministério Público não se adequava à realidade da complexa missão que o constituinte outorgou à Instituição. Defender em juízo, e fora dele, o meio ambiente para esta e também para as futuras gerações, num mundo globalizado, cheio de contradições, em que se busca o lucro a qualquer custo, se tornava um objetivo quase intangível com a estrutura existente no Ministério Público.

O Procurador de Justiça Antônio Herman Vasconcelos e Benjamin, um dos precursores do Direito Ambiental no Brasil e, notoriamente, um dos maiores estudiosos do tema, vendo sempre além do seu tempo, vislumbrou essa questão e propôs a mudança do formato tradicional de atuação das Promotorias de Meio Ambiente para um outro que ele chamou de "Promotoria Regional ou por Ecosistema ou Bacia Hidrográfica"¹

Em resumo, entendia Benjamin, com propriedade, que o modelo vigente trazia em si um isolacionismo. Cada órgão do Ministério Público se isolava em sua Comarca ou Promotoria, subtraindo-se da atuação da instituição um dos seus mais importantes pilares: a unidade de atuação.

Além disto, acentuava que a acumulação das várias atribuições nas Promotorias, dentre elas a função de defender o meio ambiente, impedia ao membro do Ministério Público a especialização sobre a matéria ambiental, que, como se sabe, tem múltiplas faces, impedindo-se uma atuação eficiente do órgão de execução.

Lado outro, essa não especialização, ou generalismo, como se referiu o autor, tornava a ação ministerial atécnica, imprecisa e, portanto, pouco eficiente. A falta de um planejamento para sua atuação em defesa dos recursos ambientais, inclusive pela ausência de uma coordenação de Promotorias do Meio Ambiente em ní-

vel estadual, impedia essa ação mais holística do Ministério Público na matéria ambiental.

Enfim, a conclusão lógica que chegou era de que, sem especialização, estrutura adequada e uma atuação coordenada e integrada das diversas Promotorias de Justiça do Meio Ambiente, o Ministério Público continuaria patinando, enquanto a devastação do meio ambiente avançava a cada dia, inclusive em razão da criminalidade organizada, que era um novo componente que se apresentava ao *Parquet*, também na matéria ambiental.

Pois foi assim que Benjamin, já como Coordenador das Promotorias de Justiça do Meio Ambiente do Ministério Público do Estado de São Paulo, buscou alternativas para viabilizar o que anteriormente defendera em tese no Congresso Nacional do Ministério Público do ano de 1994.

Sem condições políticas internas para implantar, na totalidade, o modelo que imaginou, inclusive porque esbarrava sempre na posição, defendida por alguns, de que a sua proposta feriria o princípio do promotor natural, o então Coordenador do Centro de Apoio buscou alternativas para modificar e tornar mais eficiente o modelo vigente. Instalou grupos especiais de Promotorias por assunto, ecossistema e bacias hidrográficas, buscando uniformizar e otimizar a atuação das Promotorias das mais variadas regiões do Estado de São Paulo. Mas, não satisfeito, deu início ao seu projeto de *Promotorias Regionais de Meio Ambiente* com a designação, pelo Procurador-Geral de Justiça, de um Promotor de Justiça para atuar, com exclusividade, na defesa do meio ambiente em determinada região do Estado, salvo engano no Vale do Ribeira, e em cooperação com os seus colegas.

Embora precária a designação, dava-se início à mudança de paradigma da atuação do Ministério Público na questão ambiental.

* Procurador de Justiça/MG, Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa do Meio Ambiente, Patrimônio Cultural Urbanismo e Habitação do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (CAO-MA) e Coordenador da Coordenadoria Interestadual das Promotorias de Justiça de Meio Ambiente da Bacia do Rio São Francisco.

¹ Benjamin, Antônio Herman V. (1998). *Um Novo Modelo para o Ministério Público na Proteção do Meio Ambiente*. In *Revista de Direito Ambiental*, nº. 10, ano 3, abril - junho de 1998. São Paulo: Revista dos Tribunais. (pp. 7-13).

2. Atuação do ministério público por bacia hidrográfica e a experiência mineira

A mudança de foco de atuação do Ministério Público na matéria ambiental, que se iniciou em São Paulo com a introdução de novas formas de atuação dos órgãos de execução, pela formação de grupos especiais de Promotorias, ou por meio da referida Promotoria Regional, despertou os agentes ministeriais para os desafios que se apresentavam.

Ainda em 1997, foi realizado em Minas Gerais, precisamente na Cidade de São Francisco, que se localiza no Norte do Estado e é banhada pelo Rio São Francisco, o “Encontro do São Francisco, o Rio da Unidade Nacional”, com a participação de juristas, técnicos e membros do Ministério Público de vários estados, com objetivo de verificar a possibilidade de se implementar uma Promotoria de Justiça regional para a defesa dos recursos ambientais do Rio São Francisco. Embora as discussões tivessem avançado nessa direção, a idéia, que contou com a adesão inclusive do Ministro José Paulo Sepúlveda Pertence, do Supremo Tribunal Federal, que participou do evento, não vingou em virtude de óbices posteriormente apresentados pelo então Procurador-Geral de Justiça de Minas Gerais.

O certo é que ficou clara a necessidade do Ministério Público rever a sua forma de atuação na defesa do meio ambiente, sob pena de continuar sendo pouco efetiva a sua ação.

A idéia foi posta de lado, até que em meados de 2001, o projeto de transposição das águas do Rio São Francisco para regiões do nordeste brasileiro perdeu força pela absoluta impossibilidade de se obter a vazão necessária capaz de atender à demanda prevista. Ao contrário do que se imaginava, o Rio São Francisco, já sem forças e assoreado em quase todo o seu percurso, pedia socorro. Precisa ele, o São Francisco, de água, das águas de seus tributários.

O Governo Federal, então, pressionado, desistiu do projeto e iniciou um outro, mais lógico, de revitalização do velho rio.

Foi nesse momento, com a sinalização positiva do Ministério do Meio Ambiente (MMA), que buscava aparelhar os órgãos ambientais com atuação na bacia hidrográfica do Rio São Francisco, que foi vislumbrada a oportunidade de, efetivamente, ser instalada a primeira Promotoria de Justiça para atuar, exclusivamente, em defesa dos recursos ambientais de uma bacia hidrográfica, a “Promotoria de Justiça da Bacia do Rio São Francisco”.

O MMA oferecera ao Ministério Público, por intermédio da sua Secretaria Executiva, à época sob o comando daquele que futuramente assumiria a pasta, o Ministro

José Carlos Carvalho, a possibilidade de se assinar um convênio com a União para a criação de Promotorias do Meio Ambiente para a defesa, proteção e recuperação da qualidade e da quantidade dos recursos hídricos da bacia do Rio São Francisco.

Era a oportunidade de transformar em realidade o sonho acalentado por tantos, a partir da visão de Benjamin, de se criar efetivamente uma Promotoria por bacia hidrográfica, como é o caso do modelo mineiro.

A concepção dessa Promotoria, é certo, passava por uma discussão ainda maior, sobre qual o formato a ser instalado.

A partir das discussões iniciadas em São Paulo, detectou-se quatro possibilidades de atuação uniforme do Ministério Público na matéria ambiental. A primeira, após a identificação de um problema ambiental comum, com a especialização e uniformização de atuação das diversas Promotorias envolvidas para o seu enfrentamento. Lembro-me que, em São Paulo, foi criado um Grupo Especial de Promotorias de Meio Ambiente para enfrentar o grave problema da queima da palha de cana-de-açúcar, cujas conseqüências eram, e são, nefastas ao meio ambiente. O outro modelo era o regional. Dividia-se o estado em regiões e promovia-se a articulação das Promotorias, naquelas regiões, para a solução de questões ambientais comuns. O terceiro modelo seria de atuação por ecossistema. Exemplos de ecossistemas que exigem uma atuação mais efetiva do Ministério Público são muitos. Podemos citar a urgente necessidade de se proteger o rico ecossistema do Cerrado, da Mata Atlântica, já quase dizimada, ou mesmo da Floresta Amazônica.

A quarta possibilidade, a de atuação do Ministério Público por bacia hidrográfica, mostrou-se mais completa e consentânea com a legislação em vigor, com a ação administrativa do Poder Executivo, seja federal ou estadual, e com os próprios elementos que compõem o meio ambiente.

A idéia de uma proteção holística do meio ambiente, ou seja, que considera em conjunto os elementos água, flora, fauna e solo, defendida por Benjamin, ganharia mais força com uma atuação por bacia hidrográfica do Ministério Público, que, na verdade, foi a alternativa privilegiada pelo legislador ordinário, ao instituir a Política Nacional de Recursos Hídricos.

A Lei Nacional de Recursos Hídricos (Lei n.º 9.433, de 08 de janeiro de 1997), que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos e criou o Sistema Nacional de Recursos Hídricos, definiu a bacia hidrográfica como “a unidade territorial de atuação e de planejamento do sistema nacional”, conforme acentua o Professor Paulo Affonso Leme Machado.²

A partir da análise da Lei nº 9.433/1997, pode-se verificar que o legislador tomou a bacia hidrográfica como

² Machado, Paulo Affonso Leme. (2002). *Recursos Hídricos. Direito Brasileiro e Internacional*. São Paulo: Malheiros. (p. 45).

referencial para a política de recursos hídricos, ao preceituar, por exemplo, que os Planos de Recursos Hídricos serão elaborados por bacia hidrográfica, por Estado e para o País (art. 8º) e que os valores arrecadados com a cobrança pelo uso de recursos hídricos serão aplicados prioritariamente na bacia hidrográfica em que foram gerados (art. 22).

Ora, se a gestão dos recursos hídricos deve se integrar à gestão ambiental, como define o artigo 3º, III, da Lei n.º 9.433/1997, e a bacia hidrográfica serve como referência à atuação do Poder Público, torna-se imperioso que essa unidade de ação pública se estenda à estratégia de uma instituição que tem como missão a defesa do meio ambiente em Juízo, e fora dele, que é o Ministério Público.

E várias são as razões. Mas uma delas apenas esgotava a discussão, por absoluta praticidade. Se todos os órgãos ambientais trabalham numa direção, não há razão para o Ministério Público, instituição que, inclusive, deve zelar pelo princípio da eficiência insculpido no artigo 37, da Constituição Federal, adotar outro caminho.

Outro ponto que serve como suporte, como sempre lembra Benjamin, é que, realmente, não tendo o meio ambiente uma fronteira, a bacia hidrográfica é a referência mais razoável para, pelo menos, definirmos a atuação dos órgãos públicos envolvidos, por meio de políticas públicas ou mesmo de planos gerenciais.

E foi exatamente esse o caminho que o Ministério Público trilhou para implementar a sua primeira Promotoria de Justiça por bacia hidrográfica, a chamada “Promotoria de Justiça da Bacia Hidrográfica do Rio São Francisco”.

A nova geração de Promotores e Procuradores de Justiça de Minas Gerais, representada no comando da Procuradoria Geral de Justiça pelo atual Chefe do Ministério Público de Minas Gerais, Nedens Ulisses Freire Vieira, que curiosamente é paulista, deu início ao novo modelo de atuação do Ministério Público para a proteção do meio ambiente, em suas várias faces, na bacia do Rio São Francisco, que corresponde a praticamente um terço do território do Estado de Minas Gerais e a 40% (quarenta por cento) de toda a bacia hidrográfica do Rio São Francisco, que ainda é composta por parcelas dos territórios dos Estados de Goiás, Bahia, Pernambuco, Alagoas, Sergipe e Distrito Federal.

Tendo por ponto inicial o convênio celebrado com o Ministério do Meio Ambiente, no valor de R\$ 1.500.0000,00 (hum milhão e quinhentos mil reais), foi criada a Promotoria de Justiça do Meio Ambiente do Rio São Francisco, por meio de resolução do Procurador-Geral de Justiça, que designou, em fevereiro de

2002, 05 (cinco) Promotores de Justiça para atuação exclusiva em defesa do Rio da Integração Nacional.

Primeiramente, esses Promotores foram designados para atuarem distribuídos nas diversas regiões da bacia do Rio São Francisco, exatamente nas suas principais sub-bacias.

A preocupação inicial, ao dividirmos a atuação do Ministério Público nas sub-bacias do Rio São Francisco, era evitar a discussão, indesejável no momento, sobre a dominialidade do rio e, conseqüentemente, sobre a competência para as ações civis e penais que seriam apresentadas. Ora, se se considerar o Rio São Francisco como bem da União, a competência se deslocaria para a Justiça Federal e a atribuição para agir ao Ministério Público Federal, o que dificultaria a presença da instituição Ministério Público nas diversas sub-bacias. Felizmente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça caminha em sentido diverso, abrindo a oportunidade de uma atuação mais efetiva dos Ministérios Públicos estaduais na defesa dos recursos naturais que compõem os rios de domínio –apenas de domínio– da União.

Essa divisão por sub-bacias é analisada pelo Professor Paulo Affonso Leme Machado na obra citada,³ quando faz uma breve exposição sobre a bacia principal, seus tributários e competências.

O certo é que a posição adotada em Minas Gerais teve respaldo técnico-jurídico. A bacia do Rio São Francisco foi dividida em 04 (quatro) grandes sub-bacias hidrográficas que, enfim, abastecem a sua calha. Aliás, a calha é a conseqüência de tudo que ocorre nos seus tributários.

Temos, portanto, 04 (quatro) Coordenadorias de Promotorias de Justiça do Meio Ambiente nas 04 (quatro) sub-divisões a que chegamos. Uma, chamada de “Coordenadoria das Promotorias de Justiça de Meio Ambiente do Alto do São Francisco”, que engloba a região da Serra da Canastra e, portanto, a nascente do “Velho Rio” e uma extensa região de Minas Gerais. A outra, denominada “Coordenadoria das Promotorias de Justiça de Meio Ambiente das Bacias dos Rios Paracatu e Urucuia”, que abrange a região noroeste de Minas Gerais e faz divisa com o Estado de Goiás. A terceira atende toda a região central mineira, inclusive a região metropolitana, a mais poluidora do Rio São Francisco, e é denominada “Coordenadoria das Promotorias de Justiça de Defesa do Meio Ambiente das Bacias do Rio das Velhas e Paraopeba”, o maior afluente do São Francisco. A quarta Promotoria atende a região norte do Estado, na divisa com o Estado da Bahia, chamada de “Coordenadoria de Promotorias de Justiça de Defesa do Meio Ambiente da Bacia do Rio Verde Grande”, onde há conflitos graves pelo uso

³ Machado, Paulo Affonso Leme. (2002). *Recursos Hídricos. Direito Brasileiro e Internacional*. São Paulo: Malheiros. (pp. 34 a 36 e p. 46).

das suas águas, já tão escassas. Além dessas 04 (quatro) coordenadorias, foi criada uma outra, e principal, chamada de Coordenadoria-Geral, com sede em Belo Horizonte, para estreitar uma interlocução permanente com os órgãos ambientais, com a Administração Superior do Ministério Público e, sobretudo, para manter a necessária integração das demais coordenadorias e promotorias, uma vez que o território da bacia do Rio São Francisco é superior a muitos países europeus.

Esses Promotores de Justiça são Coordenadores das Promotorias de Meio Ambiente localizadas em cada sub-bacia, e, por designação formal do PGJ, cumulam a função de coordenadores dessas Promotorias com aquelas próprias de órgãos de execução. Ou seja, além de serem responsáveis pela coordenação e uniformização das ações do Ministério Público naquela sub-bacia, e entre todas as coordenadorias de sub-bacias, também respondem, em cooperação, com cada Promotoria individualmente. O objetivo, além da integração das Promotorias e da unidade de sua atuação, era fortalecer o trabalho local com a figura do cooperador, já que teríamos, doravante, em tese, pelo menos 02 (dois) Promotores de Justiça de defesa do meio ambiente em cada Comarca. Isto também impossibilitou a chamada solução de continuidade, pois embora o avanço na carreira promovesse a substituição do titular da Promotoria, o coordenador continuava a par das ações iniciadas em conjunto com o Promotor de Justiça que foi promovido ou removido de Promotoria.

Nesse momento, também se esvaziava qualquer discussão sobre eventual violação ao princípio do promotor natural. A independência funcional do Promotor de Justiça local fora mantida com a designação do cooperador, que é também o coordenador das ações ambientais do Ministério Público na região.

Assim, sem embargo da atuação dos Promotores de Justiça em exercício nas Comarcas situadas na bacia do Rio São Francisco, e sem ferir o princípio do promotor natural, que continuava com as suas atribuições obviamente, inclusive na questão ambiental, os coordenadores passaram a ter a possibilidade de manter o trabalho ainda não concluído e instaurar e instruir inquéritos civis públicos.

Permitiu-se, portanto, uma atuação ministerial por bacia hidrográfica, e, como tal, uniforme, e não mais pon-

tual (restrita aos limites de cada Comarca), conferindo-se maior agilidade e amplitude à solução das demandas ambientais, por meio, notadamente, da celebração de uma série de convênios e termos de ajustamento de conduta, no formato tradicional ou por bacia hidrográfica.⁴

Por fim, é bom registrar que, com recursos do MMA, foi disponibilizada estrutura material adequada à Coordenadoria Geral (Belo Horizonte) e às Coordenadorias Regionais (cujas sedes são localizadas em Montes Claros, Sete Lagoas, Paracatu e Divinópolis, que são cidades-pólo de suas regiões), com sedes próprias, veículos *pick up* 4x4, microcomputadores (encaminhados a todas as 84 Promotorias de Justiça da bacia do Rio São Francisco), *notebooks*, *scanners*, mobiliário completo, máquinas fotográficas digitais, filmadoras, aparelhos GPS, TV, vídeo, além de bibliotecas de Direito Ambiental e técnicos especializados.

Em razão do êxito alcançado, a experiência mineira está sendo adotada pelos Estados da Bahia, Alagoas, Pernambuco, Sergipe, Goiás e Distrito Federal, que têm parte de seus territórios inseridos na bacia do Rio São Francisco, o que ocasionou, por iniciativa dos Procuradores-Gerais de Justiça desses Estados, a criação da "Coordenadoria Interestadual das Promotorias Justiça de Defesa do Rio São Francisco", cujo objetivo é articular as ações dos Ministérios Públicos envolvidos no trabalho e uniformizar, dentro do possível, suas ações em defesa dos recursos ambientais da bacia hidrográfica do Rio São Francisco.

Eu tenho dito que o rio que um dia integrou nosso país, e não integra mais devido ao seu assoreamento, integra hoje, na busca de sua revitalização, os Ministérios Públicos dos Estados abrangidos por sua bacia, ajudando, assim, a suplantare os óbices existentes a uma ação comum da instituição Ministério Público como um todo, tal qual defendeu Benjamin em seu estudo.

3. Conclusão

Como corolário dessas ações, o Promotor de Justiça Luciano Luz Badini Martins,⁵ que é o Coordenador-Geral das Promotorias de Justiça de Meio Ambiente da Bacia do Rio São Francisco, acentua que a adoção do modelo utilizado em Minas Gerais permite a) a espe-

⁴ As Coordenadorias das Promotorias de Justiça de Defesa do Rio São Francisco celebraram, em 2002, 130 (cento e trinta) compromissos de ajustamento de conduta, propuseram 04 (quatro) ações civis públicas e 01 (uma) ação por ato de improbidade administrativa ambiental, instauraram 552 (quinhentos e cinquenta e dois) inquéritos civis, procedimentos administrativos ou investigatórios, realizaram 261 (duzentas e sessenta e uma) reuniões, efetuaram 312 (trezentas e doze) vistorias e viagens às Comarcas da Bacia do Rio São Francisco para realização de audiências, diligências, auxílio aos Promotores de Justiça na celebração de termos de ajustamento de conduta e efetuaram 112 (cento e doze) consultorias ambientais na bacia hidrográfica do Rio São Francisco. Os dados, além de demonstrarem que a expressiva maioria das demandas à Promotoria do Rio São Francisco são solucionadas extrajudicialmente, mediante a celebração de termos de ajustamento de conduta, evidenciam a consistência e a efetividade de tal órgão do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Fonte: Relatório de Atividades das Promotorias de Justiça de Defesa do Rio São Francisco – 2002. Acesso em www.pjg.mg.gov.br/pjsf/index.html.

⁵ Palestra proferida no Curso de Capacitação para Coordenadores de Promotorias de Justiça de Defesa do Meio Ambiente da Bacia do Rio São Francisco, realizado em Três Marias, Minas Gerais, em 12 de setembro de 2002.

cialização técnica e jurídica dos Promotores de Justiça de Meio Ambiente; b) a uniformização da atuação das diversas Promotorias de Justiça envolvidas na questão ambiental da bacia hidrográfica; c) a atuação conjunta dos diversos Promotores de Justiça em um mesmo inquérito ou ação civil, sem ferir o princípio do promotor natural; d) a instauração de inquéritos civis “guarda-chuva” para apurar fatos ambientais de interesse de várias Comarcas, em que as informações coligidas e provas técnicas podem ser utilizadas por todos os órgãos de execução; e) a celebração de termos de ajustamento de conduta tendo como referência toda a extensão da bacia hidrográfica e f) a criação de uma estrutura própria para cada região ou sub-bacia, descentralizando a organização do Ministério Público.

Chega-se, enfim, às seguintes conclusões:

- a) “As bacias hidrográficas constituem-se em unidades básicas de planejamento do uso, de conservação e de recuperação dos recursos naturais”, (artigo 20, da Lei n.º 9.433/1997), e devem servir de referência à organização do Ministério Público na questão ambiental;
- b) A atuação do Ministério Público na questão ambiental por regiões, que normalmente têm problemas ambientais comuns, por ecossistema, que pressupõe toda uma conexão de flora, ou, sobretudo, por bacia hidrográfica, cujos parâmetros são os recursos hídricos, mas não isoladamente, e assim com a uniformização, coerência e continuidade de suas iniciativas, e consequente especialização dos Promotores de Justiça, talvez seja a única forma de se atender o princípio da eficiência insculpido na Carta Magna em se tratando de atuação do Ministério Público para a defesa do meio ambiente;
- c) A nova estrutura do Ministério Público do Estado de Minas Gerais tem se revelado eficaz para a adequada solução das demandas ambientais, notadamente por combater as tradicionais mazelas do modelo original da atuação institucional, como o centralismo executório, comarquismo, estadualismo, judicialismo, atecnicismo, espontaneísmo, isolacionismo, fragmentação recursal, cumulatividade e generalismo, como acentuava, em seu trabalho, Benjamin.

EL ACCESO A LA JUSTICIA AMBIENTAL, LA EFICACIA DEL PROCEDIMIENTO JUDICIAL Y LA EFICIENCIA DE LAS DECISIONES AMBIENTALES. LA EXPERIENCIA DE LOS TRIBUNALES ARGENTINOS

por Sergio Dugo*, con la colaboración de Emilio Faggi

1. Acceso a la justicia. Planteamiento del problema

Con la reciente sanción de la Ley General del Ambiente N° 25.675 se garantiza el acceso jurisdiccional por cuestiones ambientales sin cortapisa alguna. El artículo 32 dispone expresamente que “el acceso a la jurisdicción no admitirá restricciones de ningún tipo o especie”.

Más allá de esta clara disposición, los tribunales argentinos –verdaderos artífices e impulsores del desarrollo del derecho ambiental en nuestro país–, reconocieron, incluso antes de la Reforma Constitucional de 1994, e hicieron efectivo el derecho a vivir en un ambiente sano, antes reconocido por el artículo 33 de la Constitución Nacional y ahora garantizado expresamente en su artículo 41. Particularmente esta materia, encontraba variada dificultad, no sólo por las cuestiones referidas a la legitimación procesal activa sino por los costos que demandan este tipo de procesos en materia probatorias y costas.

2. La legitimación procesal activa

a. Intereses protegidos. Derechos de incidencia colectiva

En materia de legitimación la jurisprudencia argentina ya sostenía antes de la reforma constitucional de 1994 que “en el campo de los ‘intereses difusos’ es evidente que no es sólo la cosa pública la que aparece directamente dañada sino que es el conjunto de los habitantes de una manera personal y directa la víctima respecto de la cual el derecho objetivo tiene necesariamente que acordar un esquema de protección dando legitimación para obrar al grupo o individuo que alegue

su representación sin necesidad de norma específica al respecto”.¹ “Será menester dejar de lado el concepto iusprivatista individualista del daño resarcible dejando paso a una ‘tendencia nueva pública, colectiva de tipo preventiva y represiva’, donde se busque no tanto la reparación personal del lesionado, sino la paralización de los efectos dañosos. Uno de los medios para resolver la cuestión está en la dilatación de la legitimación de las personas afectadas para consagrar una expansividad horizontal, con fundamento en la protección de intereses legítimos o humanos que envuelven a una colmena de perjudicados”.²

Ahora bien, desde el año 1994 con la incorporación en la Carta Magna de los denominados “derechos humanos de tercera generación o de incidencia colectiva” se reconoce directamente la legitimación para interponer acción de amparo en causas concernientes al medio ambiente tanto al afectado como al defensor del pueblo y a las asociaciones que propendan a esos fines registradas conforme a la ley (art. 41 de la Constitución Nacional).

b. El caso de los particulares

En particular, el vocablo “afectado” no puede ser interpretado sino de manera de permitir que todo aquel sujeto de derecho, se trate de persona física o jurídica, que sienta vulnerado, en forma directa o refleja, un interés colectivo, pueda lograr una efectiva y concreta protección de su porción subjetiva del interés común (arts. 41 y 43 de la Constitución Nacional). Para ello resulta necesario garantizar el derecho a la jurisdicción de los ciudadanos mediante el acceso a una efectiva tutela judicial de los derechos amenazados o conculcados, ya no en favor de un interés individual sino que en resguardo de un interés eminentemente público.

Así, por ejemplo, se encontró al propietario del fundo en el que se construiría un electroducto y a los vecinos

* Juez de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Argentina

¹ Cám. Nac. Civil, Sala K, *Cartañá, Antonio y otros c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*, fallo del 28/2/91, publicado en E.D. 142-666.

² Cám. Fed. La Plata, Sala III, *Giménez Domingo y otra c/ Estado Nacional, Ejército Argentino*, fallo del 8/8/88, publicado en L.L. 1989-C-116.

de la zona, legitimados para accionar contra el organismo que dispuso la construcción de dicha obra en defensa de intereses propios y colectivos, y por estar encuadrados en el concepto de “afectados” al que hace referencia el artículo 41 de la Constitución Nacional.³ Se ha dicho también que el derecho a vivir en un medio ambiente apto y gozar de una adecuada calidad de vida –artículos 41 y 33, Constitución Nacional– debe ser interpretado con criterio amplio, a fin de otorgarle legitimación a toda persona que alegue y pruebe la conculcación de tales valores –en el caso, debido a la obstrucción visual del entorno marítimo provocada por el levantamiento de un muro de hormigón armado sobre la franja costera de una ciudad–, ya que en materia ambiental no sólo se aspira a restaurar lo dañado, sino también –y fundamentalmente– a prevenir eventuales daños.⁴ Asimismo, se ha legitimado al habitante de una ciudad para reclamar al gobierno provincial el cumplimiento de las leyes cuya omisión causa un daño al medio ambiente y a la salud de la población.⁵ Más recientemente, se ha reconocido legitimidad para accionar en un amparo en el que se pretendía poner en práctica las acciones necesarias para mitigar la contaminación sonora provocada por la Autopista 25 de Mayo situada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a un habitante que residía en las adyacencias de dicha autovía. Aún más, el juez de la causa dispuso, a fin de otorgar una mayor satisfacción a los intereses colectivos vulnerados, la apertura en la sede del Juzgado de un registro de vecinos cuyos domicilios resultaren lindantes o aledaños a la Autopista 25 de Mayo por un plazo determinado y, asimismo, convocó a las asociaciones u organizaciones no gubernamentales que por la naturaleza de la cuestión tuvieran interés en integrarse a la *litis*.⁶

Desde el punto de vista del derecho penal, se ha tenido por parte querellante a un vecino de la ciudad balnearia de Miramar que denunció la contaminación de las napas de agua subterráneas y del arroyo “El Durazno” que produciría el depósito de residuos peligrosos por parte del municipio en un predio ubicado al norte de un terreno de su propiedad, lindero, a su vez, con el mencionado arroyo. Además de ello, advirtió la posibilidad de ampliar la legitimación a las asociaciones intermedias e, incluso, al resto de los habitantes que pudiesen verse afectados en su derecho a gozar de un ambiente sano.⁷

Para así decidir, el voto de la mayoría sostuvo: “la norma penal (art. 55 de la ley 24.051) tipifica acciones que

lesionan bienes jurídicos colectivos –la salud pública y el medio ambiente–. Esta circunstancia no implica que de ellas no resulten víctimas particularmente ofendidas, sino que las mismas aparecen de una forma novedosa. En efecto, los posibles ofendidos o afectados por esta clase de delitos se dan de manera expandida e indeterminada, lo que no quiere decir que no existan. Estamos a priori ante ofendidos de carácter difuso, pero que pueden establecerse concretamente en cada caso particular. Es por eso que lejos de negar la posibilidad de constituirse en parte querellante a persona alguna, como lo hace el a quo, esta debe ampliarse a todos aquellos que resultan afectados como consecuencia de la lesión a esos bienes colectivos.” En ese sentido, “el artículo 82 del C.P.P.N debe ser interpretado, conforme la nueva realidad social y jurídica, de manera que comprenda a los titulares de los intereses difusos que surgen en torno a esta clase de bienes jurídicos.”

Pues “su legitimidad (la del querellante) aparece justificada desde dos ángulos; por un lado, como miramarense expuesto a un potencial perjuicio en su salud por el consumo de aguas supuestamente contaminadas. Y por otro, como simple habitante con derecho reconocido expresamente por nuestra Constitución Nacional a gozar de un medio ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras (...). Este doble frente de legitimación obedece a que el artículo 55 de la ley 24.051 si bien sanciona conductas que atentan directamente contra la salud pública, implican, a su vez, un daño al medio ambiente (...). Es decir, si bien la norma penal se refiere de manera indirecta al medio ambiente, ya que la penalización tiene lugar cuando hay peligro para la salud pública, vemos que logra influir positivamente a la hora de establecer los posibles ofendidos, ampliando el margen de legitimados para actuar como querellante en el proceso penal (...). En ambos casos, el carácter de ofendido por el delito lo determina la circunstancia de ser afectado por la lesión al bien colectivo, pues esta es la forma de víctimas que ésta engendra. Y se es afectado cuando esa lesión ha incidido concretamente en la esfera particular del reclamante que, en este caso, puede darse en su salud, o en su derecho a un medio ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano.”

“Así, la contaminación en cuestión afecta al denunciante que, como toda la comunidad de Miramar, se

³ Cám. Fed. Bahía Blanca, sala II, *Don Benjamín S.A. v. Ente Nacional de Regulación de la Electricidad*, fallo del 24/2/1999, publicado en JA 1999-III-242.

⁴ Cámara de Garantías en lo Penal, Mar del Plata, Sala I, *Sociedad de Fomento Barrio Félix U. Camet y otros*, fallo del 09-09-99, publicado en LLBA, 2000-991.

⁵ Juzgado Civil y Comercial y Laboral 1a Nom., Villa Constitución, *B., J. M. c. Provincia de Santa Fe*, fallado el 24/4/98.

⁶ Juzgado de 1º Instancia Cont. Adm. y Trib. N° 2 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, *Barragán, José Pedro c/ GCBA y otros s/ amparo*, resolución del 17-09-01.

⁷ Cám. Fed. Apel. Mar del Plata, *Yane, Salvador s/ denuncia*.

encontraría expuesto a la ingestión de aguas no aptas para el consumo humano, con peligro para su salud. No obstante ello, también resulta afectado por la lesión al bien jurídico medio ambiente cuya incidencia en la esfera particular es mucho más expandida que en el caso anterior porque alcanza, más allá del pueblo miramarense, a todos los habitantes que, de esta forma, ven vulnerado el derecho que la Constitución Nacional les reconoce expresamente en su artículo 41 (...). Cada uno de nosotros, inclusive las generaciones presentes y futuras, somos afectados por aquellas conductas que dañan el medio ambiente como tal, sin que ese daño deba vincularse con ninguna otra circunstancia personal más que la de ser habitante.”

“La legitimación en esta materia supera entonces, a mi criterio, la que pudiera resultar de la lesión al bien jurídico salud pública donde el interés particular aparece con el peligro de perjuicio en la salud individual. Por el contrario, el bien jurídico medio ambiente, erguido en un derecho de todos sobre lo que ni material ni jurídicamente es susceptible de fragmentación, otorga a cada habitante un interés particular frente a aquellas conductas que de alguna forma atentan contra ese bien común (...) En consecuencia, la aptitud del denunciante para constituirse en parte querellante debe ser apreciada también desde esta perspectiva significando que, cuando se trata de delitos que lesionan al bien jurídico medio ambiente, todos los habitantes son particularmente ofendidos en los términos del artículo 82 del C.P.P.N.”

Por su parte, el voto por la minoría rechazó la posibilidad del denunciante de constituirse en parte querellante en el proceso, delegando esa posibilidad en el Ministerio Público Fiscal.

c. Las asociaciones civiles y las organizaciones no gubernamentales

En el caso particular de las asociaciones, la jurisprudencia nacional y, en especial, la doctrina sentada por el Alto Tribunal, ha reconocido esa legitimación con el sólo cumplimiento de los requisitos enunciados en la norma constitucional y sin la necesidad de una ley específica —que aún no ha sido dictada por el Congreso Nacional— que establezca los requisitos y formas de su organización.⁸ Esta legitimación se funda no sólo en el interés difuso que se cumpla la Constitución y las leyes, sino en su carácter de titulares de un derecho de incidencia colectiva, en este caso la protección a la sa-

lud, además del que les asiste para accionar por el cumplimiento de las finalidades por las que han sido creadas.⁹

Bajo tales condiciones, ha sido reconocida esa legitimación procesal en una causa en la que se reclamaba una solución a la emergencia hídrica registrada en el conurbano bonaerense a raíz del ascenso de las napas freáticas; y en otra en la que la pretensión consistía en el cese del cableado eléctrico de alta tensión y el traslado de una sub-estación transformadora, ambos cercanos a la localidad de Ezpeleta, provincia de Buenos Aires, por los eventuales perjuicios que puedan ocasionar en la salud de los habitantes la exposición continua y prolongada a los campos electromagnéticos.¹⁰

Incluso, esta legitimación ha sido reconocida internacionalmente en el caso de las asociaciones vinculadas a la representación y a la defensa de los derechos humanos.¹¹

d. El defensor del pueblo de la nación

Con relación a esta nueva e importante figura, instaurada en el país a partir de la Reforma Constitucional de 1994, se ha dicho que la legitimación procesal otorgada por la Constitución no alcanza a las acciones cuyo finalidad sea el resarcimiento de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los afectados, sino que se limita exclusivamente a los casos que tengan por objeto asegurar la protección de un derecho de incidencia colectiva. En tal sentido, si bien no lo ha sido en una “causa ambiental”, se ha rechazado la legitimación para accionar de dicho funcionario, en los términos del artículo 43 de la Constitución, en una causa en la que se demandaba la responsabilidad de la concesionaria del servicio público de electricidad a raíz de un corte de energía y la reparación de los daños y perjuicios sufridos por los usuarios y terceros. Se sostuvo: “cuando no se afectan intereses comunitarios o generales, sino un derecho subjetivo, de modo que el damnificado se encuentra en condiciones de reclamar judicialmente el resarcimiento del perjuicio sufrido, el Defensor de Pueblo no puede invocar la legitimación del artículo 43 de la Constitución Nacional para interponer acciones que su titular dejó de utilizar, ello, aunque se trate de un daño masivo —p. ej., un corte de luz que afectó a gran cantidad de personas—, habida cuenta de que la intención del constituyente ha sido crear una categoría especial de legitimados para cir-

⁸ Fallos: 320:690 y 323:1339.

⁹ Fallos: 320:690; 323:1339 y *Mignone, Emilio*, fallo del 9/4/02, publicado en Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, suplemento J.A. 2002-III, del fascículo n° 1, del 3 de julio 2002.

¹⁰ Cám. Fed. Apel. La Plata, Sala II, *Asociación para la Protección del Medio Ambiente y Educación Ecológica '18 de Octubre' c/ Aguas Argentinas SA y otros s/ amparo y Asociación Coordinadora de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes c/ ENRE - EDESUR s/ cese de obra de cableado y traslado de Subestación Transformadora*, ambos fallados el 8 de julio del 2003, publicados en www.diariojudicial.com.ar, Noticias del 22-7-03 y 15-8-03, respectivamente.

¹¹ Conf. Tribunal Europeo en el caso *Austria v. Italia*, citado en el voto del doctor Nogueira en la Resol. de la Cám. Fed. La Plata N° 18/98, Tribunal de Superintendencia, del 21-4-98; con referencia a los denominados “Juicios de la Verdad”.

cunstancias en donde el dato caracterizante pasa por la proyección del agravio concreto, y no necesariamente por la concurrencia de perjudicados".¹²

e. La legitimación estatal

A esta altura del crecimiento del derecho ambiental, resulta necesario dilatar el espectro de legitimación procesal previsto en el artículo 43 de la Constitución y, de esta manera, ampliarlo al Estado nacional, provincial o municipal. En este sentido, "el Municipio actúa como 'afectado' y en representación de los habitantes del Partido de Berazategui, pues ejerce su poder de policía no sólo a través del dictado de decretos y ordenanzas sino también mediante la adopción de aquellas medidas preventivas tendientes a evitar su incumplimiento (conf. arts. 27, inc. 17, y 108, inc. 12, de la Ley Orgánica de las Municipalidades –decreto ley 6.768/58–). El derecho al ambiente sano exige el ejercicio del deber de preservación que compete a las autoridades, ya sean públicas o a las cuales el Estado les ha concesionado prerrogativas de poder público (conf. art. 41 de la Constitución Nacional). Así, cuando el interés es difuso y afecta a toda la comunidad, ese interés es público, el titular es la comunidad y el legitimado el Estado, nacional, provincial o municipal, según el caso".¹³

Concordemente con este criterio, la reciente Ley N° 25.675 legitima al Estado nacional, provincial y municipal para obtener la recomposición del ambiente dañado.¹⁴

f. Los costos del proceso ambiental

Otro elemento que indudablemente favorece el ejercicio concreto de la justicia ambiental es el "Beneficio de Litigar sin Gastos", que permite probar la falta de recursos para obtener la gratuidad del proceso. En general, los procesos ambientales en los que se defienden intereses difusos son eximidos del pago de la tasa de justicia y de la contracautela en el supuesto de que se otorguen medidas cautelares, como condición de posibilidad del ejercicio efectivo de estas acciones que muchas veces comprometen valores económicos suma-

mente importantes.¹⁵ En otras ocasiones lisa y llanamente se les ha concedido el beneficio de litigar sin gastos, lo que supone la exención en el pago de las costas del juicio en caso de resultar vencido quien reclama por daño ambiental.¹⁶

También por ejemplo, se ha otorgado el beneficio de litigar sin gastos a un municipio en el marco de una demanda tendiente a la recomposición del medio ambiente deducida en representación de intereses difusos o colectivos, a raíz de un derrame de petróleo ocurrido en su zona costera, pues en supuestos como el del caso en los que se invocan graves y económicamente cuantiosos daños ambientales, parece razonable conceder dicho beneficio, como que de lo contrario la protección y la legitimación prevista ni más ni menos que por el propio texto constitucional se tornarían ilusorios por la imposibilidad de asumir los elevados gastos propios de este tipo de juicios.¹⁷

3. Eficacia del procedimiento judicial

a. La nueva Ley General del Ambiente N° 25.675. Sus normas de procedimiento

Sin dudas la Ley N° 25.675 constituye, después de la Constitución Nacional, la norma más importante en la materia. Dicha ley de Política Ambiental Nacional, al fijar los presupuestos mínimos establecidos en el artículo 41 de la Constitución Nacional, ha introducido decisivas novedades en el campo del derecho procesal, pero excepcionalmente para ser aplicadas en todo el territorio nacional. Sin duda, se trata de normas procesales que también se han considerado presupuestos mínimos. Sucede que el legislador nacional puede traer excepcionalmente materias propias del derecho común o local y establecer sobre ellas la jurisdicción federal, con el propósito de asegurar la eficacia de la legislación federal.¹⁸

b. Énfasis preventivo

Prevé específicamente la acción de amparo como vía sumarísima para la cesación de actividades de daño ambiental colectivo.¹⁹

¹² Cám. Nac. Civ. y Com. Fed., Sala 1°, *Defensor del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ EDESUR SA*, fallado el 16-03-00, publicado en J.A. 2000-II, 221.

¹³ Cám. Fed. Apel. La Plata, Sala II, *Municipalidad de Berazategui c/ Aguas Argentinas SA s/ ordinario*, resolución del 8/9/03; *Biondo, Esteban c/ Secretaría de Recursos Naturales y Ambiente Humano - Poder Ejecutivo Nacional s/ amparo* (expte. n°1225/99), resolución del 25/4/00; y *Municipalidad de Magdalena c/ Shell C.A.P.S.A. s/ Beneficio de litigar sin gastos*, expte N° 1302/00.

¹⁴ Art. 30 de la Ley N° 25.675.

¹⁵ Cám. Fed. Bahía Blanca, Sala II, *Bretí, Miguel A. y otros c/ Ente Nacional de Regulación de la Electricidad*, fallo del 17/3/1999, publicado en J.A. 1999-III-247.

¹⁶ Cám. Fed. La Plata, Sala I, *Maceroni, Francisco y otros c/ Dirección General de Fabricaciones Militares*, fallo del 3-9-96, publicado en J.A. 1998-III, 261.

¹⁷ Cám. Fed. La Plata, Sala II, *Municipalidad de Magdalena c. Shell C.A.P.S.A.*, fallado el 1/2/01, publicado en J.A. 2001-I-343.

¹⁸ Fallos 292:534; 283:31 y sus citas; 296:343; 307:1457, entre muchos otros.

¹⁹ Art. 30 de la Ley N° 25.675.

Se pretende, decisivamente, modificar el perfil del juez de la legislación procesal civil. Aparece un juez casi inquisitivo, con mayores poderes y deberes; así con facultad 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”. Se regla que, de oficio, sin petición alguna de parte, en cualquier estado del proceso, disponga con carácter de medida preparatoria, medidas de urgencia, sin audiencia de la parte contraria.²⁰ El sacrosanto principio de congruencia tiene un giro fundamental cuando se autoriza al juez, “en su sentencia, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, a extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente a su consideración por las partes”; aunque ello fue observado por el Poder Ejecutivo de la Nación a través del decreto de promulgación 2413/02.

Concretamente, el actuar preventivo de los jueces se ha convertido en la pieza fundamental de la tutela efectiva al medio ambiente. “Frente a las modernas tendencias a nivel internacional en favor de los derechos fundamentales del hombre, como son el derecho a la salud y a un ambiente sano, que han superado notoriamente los agotados principios del derecho decimonónico e iusprivatista del siglo pasado la situación hídrica descrita, es imperativo transformar las concepciones judiciales para brindar tutela a los fenómenos reales de la vida colectiva, típicos de la sociedad moderna, que ponen en escena intereses impersonales y difusos, incuestionablemente dignos de la más enérgica y anticipada protección y, en ese marco, el derecho a vivir en un medio ambiente agradable, viene entendiéndose como una ampliación de la esfera de la personalidad humana: un atributo fundamental de los individuos. Frente a ello, **el Derecho Ambiental requiere de una participación activa de la judicatura**, la que si bien de alguna manera pudiera afectar el clásico principio de congruencia, en definitiva se traduce en un obrar preventivo acorde con la naturaleza de los derechos afectados y a la medida de sus requerimientos. Por lo que el órgano judicial debe desplegar técnicas dirigidas a evitar que el daño temido que preannuncia el riesgo se torne real o, en todo caso, a neutralizar o aminorar en lo posible las consecuencias lesivas que puedan producirse con su advenimiento” (énfasis agregado).²¹

Esta tendencia a prevenir antes que curar, finalmente fue receptada legislativamente a través no sólo del artículo 32 de la Ley de Política Ambiental antes mencionado sino también de los principios de prevención y precautorio que, junto al resto de los principios expuestos en el artículo 4° de dicha ley, constituyen el eje principal para la interpretación y la aplicación de la normativa ambiental.

En efecto, el principio preventivo y el precautorio suponen, por una lado, la atención prioritaria e integrada a las causas y a las fuentes de los problemas ambientales, tratando de prevenir los efectos negativos que se puedan producir sobre el ambiente y, por el otro, que la falta de certeza científica no puede utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del ambiente cuando haya peligro de un daño grave o irreversible.

Sobre esa base, en una causa donde se discutía los posibles efectos negativos a la salud de la población que podría tener la exposición a los campos electromagnéticos que derivan de los cables de alta tensión, aún a los niveles permitidos legalmente, se sostuvo que “si bien las investigaciones realizadas hasta el momento han indicado que las exposiciones a niveles inferiores a los límites recomendados en las directrices sobre campos electromagnéticos de frecuencia extremadamente baja de la INCIRP (1998) no producen, en principio, ningún efecto perjudicial para la salud, existe en la actualidad incertidumbre en el conocimiento científico respecto de los efectos en la salud cuando la exposición aún a estos niveles resulta prolongada en el tiempo, lo cual es objeto de modernas y continuas evaluaciones cuyos resultados no estarán disponibles, según lo advierte la propia Organización Mundial de la Salud, hasta dentro de unos años. Por tanto, esta falta de certeza respecto en una cuestión de la que, además ya existen indicios importantes sobre sus efectos negativos, no puede obstar a la adopción de medidas preventivas” y, en tal sentido, se ordenó suspender las obras de cableado y que tanto la empresa prestataria del servicio eléctrico como el organismo de control nacional informen las medidas que deberán poner en práctica para proteger a los residentes del lugar afectado de los efectos potencialmente nocivos de los cables de alta tensión y de la subestación transformadora en cuestión.²²

Con igual orden de ideas, en ese mismo expediente –días más tarde–, se ordenó al juez de primera instancia que ejerza el mismo control y requerir igual informe sobre el resto de las subestaciones transformadoras utilizadas por EDESUR y existentes en la jurisdicción del circuito. “Asimismo, deberá solicitarse a la empresa concesionaria que indique sobre la utilización o no de PCBs y, en su caso, en qué medida lo hace, en la prestación del servicio público que brinda y, en particular, en lo que se vincula a la distribución y transformación de energía eléctrica; siempre con el alcance territorial señalado anteriormente. También tendrá que acreditar, mediante copia que se agregue a la causa, el efectivo cumplimiento de lo ordenado en el artículo 17 de la Ley de Gestión y Eliminación de los PCBs N° 25.670 (B.O. 19-11-02). En tal sentido, dicha norma

²⁰ Art. 32 de la Ley N° 25.675.

²¹ SCJBA, caso *Almada c/ COPETRO*, fallo del 19-05-98, publicado en J.A. 1999-I-259.

²² Causa *Asociación Coordinadora de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes*, op. cit.

dispone la obligación del poseedor de PCBs, en un plazo máximo de sesenta (60) días corridos a partir de su publicación en el Boletín Oficial, de: "...a) Identificar claramente todos los equipos y recipientes que contengan PCBs y PCBs usados, debe leerse claramente 'CONTIENE PCBs'; b) Instrumentar un registro interno de actividades en las que estén involucrados PCBs; c) Adecuar los equipos que contengan y los lugares de almacenamiento de PCBs y PCBs usados e instrumentar las medidas necesarias para evitar poner en riesgo la salud de las personas y la contaminación del medio ambiente...". Todo ello, sin perjuicio de las eventuales responsabilidades en que pueda incurrir la demandada y las medidas correctivas y preventivas que adopte ante el menor indicio de escapes, fugas o pérdidas de dicha sustancia en cualquier equipo o instalación que posea (conf. arts. 18 a 20 de la citada ley). Cabe precisar que las medidas ordenadas en autos deberán ser verificadas y, además, comunicada su observancia por parte del Ente Nacional Regulador de la Energía Eléctrica (ENRE) –en su calidad de controlador del servicio público en cuestión– y de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable, dependiente del Ministerio de Salud –según decreto 295/03–.²³

c. Poderes - deberes de los jueces en materia ambiental

En cuanto a las amplias facultades de dirección del proceso que otorga la Ley N° 25.675 a la autoridad judicial interviniente en esta clase de procesos a fin de proteger efectivamente el interés general²⁴, debe mencionarse que los tribunales argentinos ya venían ejerciendo y cumpliendo estas facultades y deberes procesales, en virtud del artículo 34 del CPCCN. Así es, en una causa iniciada por el entonces concejal del Partido de Berazategui, señor Esteban Biondo, contra la Secretaría de Recursos Naturales y Ambiente Humano, dependiente del Poder Ejecutivo Nacional, la adopción de medidas tendientes a evitar y repeler la contaminación que sufre la cuenca del Río de la Plata por la disposición final de residuos cloacales e industriales sin tratamiento previo, la Sala II de la Cámara Federal platense dispuso ordinarizar el proceso e integrar la litis con los intendentes de Avellaneda, Quilmes, Berazategui, Ensenada, Berisso, La Plata y Magdalena –representantes naturales de los intereses colectivos y difusos de los habitantes de los municipios– y con la empresa Aguas Argentinas S.A. y el E.T.T.O.S., con el fin de celebrar una audiencia con la presencia de las partes litigantes y los mencionados organismos y entidades para encontrar una solución al conflicto de la contaminación del Río de la Plata. Asimismo, en el marco del mencionado expediente, recientemente se

requirió a los demandados y a distintos organismos oficiales, tanto nacionales, provinciales como municipales, un informe acerca de las acciones realizadas por éstos para la fiscalización, evaluación, conservación y tratamiento de las aguas que nutren al Río de la Plata.

En la causa "Barragán" ya mencionada, se convocó a las partes a una audiencia, en uso de las facultades del artículo 29 inciso 2 apartado a) del Código Contencioso Administrativo y Tributario. En esa oportunidad se decidió, luego de un intercambio de opiniones con las partes, la realización de una pericia, aclarándose aspectos de la etapa probatoria a los fines de la mejor tramitación de la causa. Sobre esa base, las partes propusieron puntos de pericia y tuvieron la oportunidad de impugnar los puntos ofrecidos por sus adversarias. Sustanciadas las oposiciones, el Tribunal resolvió al respecto y se fijaron los puntos que serían objeto del dictamen pericial, se designaron los expertos y se fijaron las pautas a las que debían ajustar su informe.

La Ley N° 25.675 fortalece a los dictámenes emitidos por organismos del Estado sobre daño ambiental incorporados al proceso, al otorgarse la fuerza probatoria de los informes periciales.

En conclusión, con las herramientas procesales brindadas a los jueces por la Ley General del Ambiente en materia de medidas precautorias y la dirección e instrucción del proceso y la prueba, junto al activismo preventivo de la judicatura, demostrado incluso con anterioridad a la Reforma Constitucional de 1994, es de esperar con buenos augurios una adaptación de los procesos judiciales actuales a las nuevas tendencias que pretenden tutelar expedita y eficazmente el derecho constitucional a gozar de un ambiente sano (art. 41 de la Constitución Nacional), y que desplazan limitaciones previstas por normas infraconstitucionales anteriores a la reforma y, esencialmente, pensadas para otro tipo de procesos.

4. Eficiencia de las decisiones judiciales

a. El principal desafío

Una de las cuestiones que suscita mayores inconvenientes en la actualidad consiste en dotar a la sentencia dictada en los procesos ambientales de canales o medios suficientemente adecuados e idóneos para asegurar su efectivo cumplimiento. Asimismo, la adopción de estas medidas debe ser con un criterio de razonabilidad que no interfiera en las políticas desarrolladas por los otros poderes, cuidando de no afectar el principio republicano de división de poderes.²⁵

²³ Resolución del 28-10-03.

²⁴ Art. 32 de la Ley N° 25.675.

²⁵ Peyrano, Guillermo. (1997). *El cumplimiento efectivo de la sentencia ambiental*. Revista Jurisprudencia Argentina – IV. (p. 1036).

A tales fines, son variados los métodos que eventualmente podrían utilizarse para lograr el acatamiento de la sentencia dictada en un juicio de naturaleza ambiental y que ésta no se convierta en una mera ficción jurídica cargada de buenas intenciones.

b. Los efectos de la sentencia ambiental

El primer paso es cambiar el concepto tradicional de cosa juzgada otorgándole un efecto que exceda a las partes, es decir *erga omnes*, a excepción de que la acción sea rechazada por cuestiones probatorias, tal como lo autoriza el artículo 33, segundo párrafo, de la Ley N° 25.675. Así, se ha extendido en sus efectos la sentencia dictada en una causa donde se discutía la responsabilidad de la empresa concesionaria del servicio de agua potable y desagües cloacales, del municipio concedente y del estado provincial por el ascenso continuo del nivel de las napas freáticas, a todos los involucrados en la cuestión, ya sea en la faz activa o pasiva de la relación jurídica; es decir, sobre los restantes Partidos del Conurbano Bonaerense afectados y el Estado Nacional, éste último en su carácter de concedente del servicio público de agua potable y red cloacal y de autoridad de control del Régimen de Gestión Ambiental de Aguas.

En tal sentido, se sostuvo que “el juicio iniciado por cualquier afectado beneficia a los demás ya que ‘sería vana y absurda una sentencia que amparada en el carácter individual de las acciones y tras comprobar los efectos contaminantes denunciados pretendiera limitar los alcances de su mandato, a la relación jurídico procesal bilateral nacida en cada proceso individual y mandara que los efectos cesaran tan solo _cual si fuera posible_ para los accionantes mas no para el resto de la comunidad afectada, es obvio que dicha sentencia ha de tener efectos *erga omnes*. De forma tal que, la satisfacción del fragmento o porción de interés que atañe a cada individuo, se extiende por naturaleza a todos, del mismo modo que la lesión a cada uno afecta, simultánea y globalmente, a los integrantes del conjunto comunitario. Por otro lado, tampoco se afecta el derecho de defensa de aquellos que no han sido parte, pues al decidir se ha tenido en cuenta la prueba producida por el demandado que ocupa un puesto igual y suficientemente representativo de aquellos”.²⁶

Asimismo, cuando el daño ambiental sea generado por una persona de existencia ideal o jurídica podrá extenderse la responsabilidad y, en su caso, el cumplimiento efectivo de la eventual sentencia de reparación que se dicte, a las personas físicas que la dirijan o representen, vale decir al funcionario público o al director o gerente, según se trate de una entidad pública o privada.²⁷

Por otra parte, la expansión de la sentencia en sus efectos a otras personas que no han sido parte en el juicio ambiental, en virtud del señalado efecto *erga omnes*, permite –frente a los casos de inacción del juez o la parte actora– que cualquier persona ajena al proceso (tercero) que tenga interés en la cuestión por considerarse afectada, pueda controlar y/o exigir su efectivo cumplimiento. De igual manera, por la especial naturaleza de los intereses difusos en pugna, el Ministerio Público –en su función de tutor de la legalidad y representante de la sociedad–, como así también el Defensor del Pueblo –por su legitimación para accionar judicialmente en cuestiones colectivas– pueden, y deberían, requerir del juez las medidas tendientes a lograr el efectivo e integral cumplimiento de la sentencia. Más aún, cuando esta facultad encuentra acabado fundamento en el deber genérico de preservar el ambiente que pesa sobre todos los habitantes y las autoridades públicas.²⁸

En ese sentido, en un juicio iniciado en virtud de la Ley 10.000 de la Provincia de Santa Fe –que otorga una amplia legitimación a los habitantes de la provincia para la protección de los intereses difusos y colectivos– un vecino de la ciudad de Villa Constitución obtuvo una sentencia que condenó a la mencionada Provincia a ejecutar determinadas obras tendientes a la recuperación ambiental del Arroyo Pavón. Frente al incumplimiento estatal, el actor promovió un proceso tendiente a lograr el cumplimiento de aquélla, aunque más tarde, pese a obtener un resultado positivo en el incidente, desistió de su pretensión, variando públicamente su posición con relación a la cuestión. Sin embargo, un grupo de conciudadanos del actor solicitó al Juzgado interviniente participar en el proceso de ejecución de la sentencia a fin de interceder de manera activa en la pronta realización de las obras ordenadas, a lo que el Juez accedió.

c. Otros medios alternativos de ejecución de la sentencia

También se ha utilizado como medio preventivo o de disuasión para futuras conductas contaminantes a la imposición de **montos indemnizatorios elevados**. Estas indemnizaciones sustitutivas, es decir impuestas en el hipotético caso que la reparación en especie resulte imposible, debe ser “integral”, vale decir de los daños y perjuicios resultantes de las consecuencias mediatas o inmediatas del hecho generador del daño ambiental. El incumplimiento del pago podría derivar en su ejecución forzada.²⁹

Para que la indemnización cumpla con los objetivos para los que fue impuesta, es decir, no termine en el

²⁶ Causa *Asociación para la Protección del Medio Ambiente y Educación Ecológica ‘18 de Octubre’*, op. cit.

²⁷ Art. 31, segundo párrafo, de la Ley N° 25.675.

²⁸ Art. 41 de la Constitución Nacional.

²⁹ Art. 499 y siguientes del CPCCN.

patrimonio individual del actor sino que sea destinada a prevenir otros efectos nocivos para el ambiente, preservarlo y atender las emergencias ambientales que se puedan suscitar, la Ley N° 25.675 dispone que deberá depositarse en un Fondo de Compensación Ambiental administrado por la autoridad competente de cada jurisdicción pero garantizando la amplia participación comunitaria en su manejo.³⁰

Pues frente a los problemas de ausencia de un responsable, la imposibilidad de demostrar el nexo causal y la contaminación histórica, crónica o autorizada por el ente público, el fondo de garantía se presenta como un mecanismo ideal para superar estos inconvenientes. Sin embargo, es probable que estos fondos de garantía colectiva conduzcan a una socialización del riesgo indeseable, es decir, que induzca a los responsables a una menor diligencia que si se les hiciera directamente responsables de sus conductas dañosas, aunque dichos fondos posean una acción de regreso frente al verdadero responsable.³¹

Con similar propósito, se estableció la obligación para aquellas personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que realicen actividades riesgosas para el ambiente, los ecosistemas y sus elementos constitutivos, de contratar un seguro de cobertura con entidad suficiente para garantizar el financiamiento de la recomposición del daño que eventualmente pudiere producir por su actividad, como así también la posibilidad de integrar un fondo de restauración ambiental que permita la instrumentación de acciones de reparación.³² Sin embargo, las experiencias internacionales, en particular la norteamericana y la española, no han sido las mejores pues las pólizas de responsabilidad general de explotación han ido excluyendo, desde mediados de la década del '80, el riesgo por contaminación.

Otro de los mecanismos idóneos para obtener el cumplimiento de las sentencias recaídas en procesos ambientales es la aplicación de **astreintes**.³³ Lo más lógico y conveniente en estos casos es que su monto sea administrado por un fideicomiso, que pueden ser de la especie de los fondos de garantía mencionados anteriormente. Asimismo, puede extenderse su aplicación a las personas físicas en los casos de organismos públicos o personas jurídicas.

En ese sentido, se ha condenado a un municipio a que en el plazo prudencial de tres meses brinde una solución definitiva a su sistema de disposición final de residuos con plena adecuación a las normas de derecho ambiental, bajo apercibimiento de imponer astreintes

diarios de \$ 30, los que aumentarán en progresión geométrica por cada día de retardo, y sin que sirva de excusa la demora de respuestas por parte de la autoridad provincial, habida cuenta los retardos ya producidos.³⁴

También, en una causa que si bien no era de las denominadas "ambientales" pero en la que se pretendía tutelar derechos de incidencia colectiva, más precisamente el acondicionamiento de las estaciones de trenes administradas por la demandada a fin de garantizar el libre y normal tránsito de las personas discapacitadas, se resolvió que "para otorgar una efectiva tutela a los intereses difusos que protege la asociación accionante y asegurar el cumplimiento de sus fines sociales, resulta necesario lograr sin más el efectivo cumplimiento de la sentencia dictada por este Tribunal y, de esta manera, brindar una adecuada y precisa disposición a los fondos originados por la imposición de astreintes dispuesta para que sean destinados a la concreción de tales objetivos. Con ese sentido, parece razonable ordenar que dicha suma sea depositada en una cuenta bancaria a nombre de autos y a la orden del Juzgado interviniente con carácter de cuenta judicial. Asimismo, a los fines de un efectivo y continuo control del destino que se brinde a dichos fondos, la empresa concesionaria –Empresa Transportes Metropolitanos General Roca SA– deberá presentar ante el a quo, en oportunidad de solicitar los correspondientes giros, un informe pormenorizado de la aplicación que se le suministrará a la suma retirada y, dentro de los 30 días posteriores al libramiento, deberá comunicar y acreditar las obras realizadas, las que, lógicamente, deberán estar dirigidas a garantizar el libre tránsito de las personas discapacitadas entre los distintos andenes de las estaciones ferroviarias a cargo de dicha empresa. Todo ello, claro está, sin perjuicio del control que ejerza la asociación civil actora sobre la inversión desplegada".³⁵

Cuando la sentencia disponga una obligación de hacer es posible ante la reticencia del condenado encomendar a un **tercero** su cumplimiento a su costa –en los términos de los artículos 629 y 630 del Código Civil–, sin perjuicio de aplicarse este mecanismo directamente, es decir, sin la necesidad de intimar previamente a aquél.

La **rendición de informes** ante el juez constituye otra alternativa para asegurar la efectiva ejecución de su decisión. En este sentido, se ha dispuesto: "los demandados –en su calidad de prestador y ente controlador del servicio público en cuestión, respectivamente

³⁰ Arts. 28 y 34.

³¹ Confr. Cafferatta, Néstor. *Ley 25.675 General del Ambiente. Comentada, interpretada y concordada*.

³² Art. 22 de la Ley N° 25.675.

³³ Art. 666 bis del Código Civil y arts. 37 y 513 del CPCCN.

³⁴ Cám. Civ. y Com. Mar del Plata, Sala II, *Yane, Salvador c/ Municipalidad de General Alvarado*, fallo del 18-8-03.

³⁵ Cám. Fed. Apel. La Plata, Sala II, *Sociedad Abierta Asociación Civil c/ Empresa Transportes Metropolitanos General Roca SA y otro*, fallo del 16/9/03.

te— deberán presentar un informe en el plazo de 15 días a fin de indicar las medidas que deberán poner en práctica para proteger a los residentes de Ezpeleta de los efectos potencialmente nocivos de los cables de alta tensión y de la subestación transformadora en cuestión. Todo lo cual, obviamente, con la participación de la parte actora y la decisión del juez de primera instancia en la concreta efectivización posterior de la cautela dispuesta”. Igualmente, en otro precedente recientemente fallado, se sostuvo: “los obligados deberán presentar quincenalmente ante el a quo un informe sobre el avance de tales obras —previstas en un Convenio anterior celebrado entre los litigantes— a fin de lograr el efectivo cumplimiento de la medida cautelar dictada (...) bajo apercibimiento de las sanciones administrativas, civiles y penales que pudieran corresponder”.³⁶

También se ha ordenado a la Coordinación Ecológica Área Metropolitana Sociedad del Estado (CEAMSE) que prosiga con la disposición temporaria de residuos domiciliarios en una finca distinta a la habitualmente usada por el plazo de 10 días pero con sujeción a los principios de política ambiental del artículo 4° de la Ley N° 25.675, sin perjuicio de la adopción, ante el cambio nocivo de las circunstancias, de las medidas de urgencia que autoriza el artículo 32 de la citada norma.³⁷

En la misma línea, se encuentra en el reciente fallo dictado en la causa “Barragán” por contaminación sonora proveniente de los ruidos generados por la Autopista 25 de Mayo, mediante el cual se ordenó a la empresa concesionaria presentar, en un plazo de 35 días, al Gobierno de la Ciudad, un Estudio Técnico de Impacto Ambiental y un Plan de Adecuación Ambiental, en el que se deberá especificar: los niveles de ruido en el espacio público, en el interior de las viviendas y edificios en general (incluidas escuelas ubicadas en las zonas linderas) y soluciones técnicas para reducir los niveles de ruidos en ambos espacios. Dentro de los 35 días posteriores a la presentación de dicho estudio, el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires deberá emitir un dictamen para la conformación de un Plan destinado a disminuir el nivel de sonoridad existente en la autopista; el que deberá ser presentado en la causa para su aprobación por parte del juez y controlada su ejecución por el Gobierno porteño. Todo ello, sin perjuicio de las facultades procesales del juez de la causa para tramitar adecuadamente la ejecución de esta sentencia.³⁸

Desde otro punto de vista, la falta de acatamiento de

la orden judicial puede derivar en una **sanción penal**, pudiendo configurar alguno de los tipos penales previstos por el Código Penal, ya sea el de incumplimiento de los deberes del funcionario público o, para el caso de los particulares, el de desobediencia.³⁹ Para que esto sea posible, resulta imprescindible identificar a la persona física sobre quien pese la obligación de efectivizar lo resuelto. En conclusión, en la República Argentina son variadas las alternativas y los mecanismos que la judicatura puede utilizar, sea en el marco del derecho civil, administrativo, procesal o penal, para asegurar y, sobre todo, vigilar el efectivo y rápido cumplimiento de las sentencias dictadas en los procesos ambientales, bajo los términos garantizados por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales que la integran.⁴⁰

APÉNDICE LEGISLATIVO

Constitución de la Nación Argentina

Artículo 33: Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

Artículo 41: Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementirlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales.

Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

³⁶ Causas Asociación para la Protección del Medio Ambiente y Educación Ecológica ‘18 de Octubre’ y Asociación Coordinadora de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes, op. cit.

³⁷ Cám. Fed. Apel. La Plata, Sala I, *Municipalidad de Quilmes c/ CEAMSE s/ amparo*, fallo del 22-05-03.

³⁸ Cám. Cont. Adm. y Trib. De la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, *Barragán, José Pedro c/ GCBA y otros s/ amparo*, octubre de 2003.

³⁹ Arts. 248 y 239 del Código Penal.

⁴⁰ Arts. 41 y 43 de la Carta Magna; arts. 11 y 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 8 y 25.1. de la Declaración Universal de Derechos Humanos; y arts. 5.1 y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Artículo 43: Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

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.

Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de habeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato aun durante la vigencia del estado de sitio.

Código Civil

Artículo 666 bis: Los jueces podrán imponer en beneficio del titular del derecho, condenaciones de carácter pecuniario a quienes no cumplieron deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial.

Las condenas se graduarán en proporción al caudal económico de quien deba satisfacerlas y podrán ser dejadas sin efecto o reajustadas si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder.

Código Penal

Artículo 239: Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de una obligación legal.

Artículo 248: Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, el

funcionario público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales o ejecutare las órdenes o resoluciones de esta clase existentes o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere.

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación

Artículo 37 (Sanciones conminatorias): Los jueces y tribunales podrán imponer sanciones pecuniarias compulsivas y progresivas tendientes a que las partes cumplan sus mandatos, cuyo importe será a favor del litigante perjudicado por el incumplimiento.

Podrán aplicarse sanciones conminatorias a terceros, en los casos en que la ley lo establezca.

Las condenas se graduarán en proporción al caudal económico de quien deba satisfacerlas y podrán ser dejadas sin efecto, o ser objeto de reajuste, si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder.

Artículo 499 (Resoluciones ejecutables): Consentida o ejecutoriada la sentencia de un tribunal judicial o arbitral y vencido el plazo fijado para su cumplimiento, se procederá a ejecutarla, a instancia de parte, de conformidad con las reglas que se establecen en este Capítulo.

NOTA: Se refiere al Capítulo 1 (Sentencias de tribunales argentinos) del Título 1 (Ejecución de sentencias) del Libro tercero (Procesos de ejecución).

Artículo 513 (Condena a hacer): En caso de que la sentencia contuviese condena a hacer alguna cosa, si la parte no cumpliera con lo que se le ordenó para su ejecución dentro del plazo señalado por el juez, se hará a su costa o se le obligará a resarcir los daños y perjuicios provenientes de la inejecución, a elección del acreedor.

Podrán imponerse las sanciones conminatorias que autoriza el artículo 37.

La obligación se resolverá también en la forma que establece este artículo, cuando no fuere posible el cumplimiento por el deudor.

Para hacer efectiva la indemnización se aplicarán las reglas establecidas según que la sentencia haya fijado o no su monto para el caso de inejecución.

La determinación del monto de los daños tramitará ante el mismo juez por las normas de los artículos 503 y 504, o por juicio sumario, según aquél lo establezca. La resolución será irrecurrible.

Ley General del Ambiente N° 25.675 (B.O.: 28/11/02)

Artículo 4 (Principios Ambientales): La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a

través de la cual se ejecute la política Ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios:

(...) Principio de prevención: Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir.

Principio precautorio: 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.

Artículo 22 (Seguro ambiental y fondo de restauración): Toda persona física o jurídica, pública o privada, que realice actividades riesgosas para el ambiente, los ecosistemas y sus elementos constitutivos, deberá contratar un seguro de cobertura con entidad suficiente para garantizar el financiamiento de la recomposición del daño que en su tipo pudiere producir; asimismo, según el caso y las posibilidades, podrá integrar un fondo de restauración ambiental que posibilite la instrumentación de acciones de reparación.

Artículo 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.

Artículo 30: 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.

Artículo 31: (...) En el caso de que el daño sea producido por personas jurídicas la responsabilidad se haga extensiva a sus autoridades y profesionales, en la medida de su participación.

Artículo 32: 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 de ningún tipo o especie. 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. *Asimismo, en su Sentencia, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, el juez podrá extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente su consideración por las partes* (Texto observado por Decreto 2413/02).

En cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá, asimismo, disponerlas, sin petición de parte.

Artículo 33: 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.

La sentencia hará cosa juzgada y tendrá efecto erga omnes, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias.

Artículo 34 (Del Fondo de Compensación Ambiental): Créase el Fondo de Compensación Ambiental que será administrado por la autoridad competente de cada jurisdicción y estará destinado a garantizar la calidad ambiental, la prevención y mitigación de efectos nocivos o peligrosos sobre el ambiente, la atención de emergencias ambientales; asimismo, a la protección, preservación, conservación o compensación de los sistemas ecológicos y el ambiente.

Las autoridades podrán determinar que dicho fondo contribuya a sustentar los costos de las acciones de restauración que puedan minimizar el daño generado.

La integración, composición, administración y destino de dicho fondo serán tratados por ley especial.

Ley de Residuos Peligrosos N° 24.051 (B.O.: 17/1/92) Capítulo IX – Régimen Penal

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.

Artículo 57: 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.

Artículo 58: Será competente para conocer de las acciones penales que deriven de la presente ley la Justicia Federal.



La acción civil
y el proceso
por daño ambiental
en Latinoamérica
(legitimación, medidas de
urgencia y prueba,
costos y costas,
efectos de la sentencia).



AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL: A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA, ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA

por *Silvia Capelli**

1. Resumo

A Lei da Ação Civil Pública é o principal instrumento processual utilizado no Brasil para a defesa do meio ambiente. Os legitimados ativos incluem o Poder Público, as ONGs e o Ministério Público, este último, responsável por mais de 90% das demandas. Embora não haja adiantamento de custas, a grande dificuldade é conciliar a gratuidade com a ausência de peritos oficiais custeados pelo Estado para realizarem as perícias nas ações ambientais, normalmente onerosas e especializadas. A ação civil pública tem como objeto a condenação do réu a uma obrigação de fazer, não-fazer não ou a indenização em dinheiro. A finalidade principal da ação é a recuperação *in natura*, através de medidas fáticas tendentes a evitar, debelar ou mitigar o dano ambiental. Haverá situações, porém, que a condenação nestas obrigações de fazer ou não-fazer mostrar-se-ão insuficientes para recompor o dano, havendo necessidade de cumulação dos pedidos de indenizar e recuperar *in natura*. A Lei permite que o juiz conceda medida liminar que, atualmente, em razão da reforma do Código de Processo Civil, poderá ter o caráter executivo *lato sensu* ou mandamental, ou seja, pode o juiz ordenar qualquer providência para tornar efetivo o cumprimento da decisão judicial. A ação segue a regra geral do Código de Processo Civil com relação à prova, ou seja, incumbe ao autor o ônus de provar o dano ambiental, embora a doutrina e alguns julgados já reconheçam a possibilidade de inverter o ônus da prova, aplicando-se, analogicamente, regra do Código de Defesa do Consumidor, bem como os princípios de Direito Ambiental da precaução, prevenção e poluidor-pagador. A sentença da ação civil pública que verse sobre interesses difusos fará coisa julgada *erga omnes*, exceto na hipótese de *non liquet*, isto

é, julgamento de improcedência por falta de provas. Mais recentemente houve algumas tentativas de reduzir o alcance das decisões judiciais proferidas nas ações civis públicas, com leis modificativas que tentaram impedir o deferimento de liminares contra a fazenda pública ou que pretendiam limitar os efeitos da coisa julgada ao limite territorial de atuação do juízo. Quanto à primeira hipótese, doutrina e tribunais têm se manifestado pela inconstitucionalidade; quanto à segunda, é ineficaz porque se faz necessário compatibilizar a regra de competência com a da coisa julgada. Enfim, a ação civil pública continua a ser o instrumento processual, por excelência, para a defesa do meio ambiente no Brasil, mesmo que nos últimos anos a tendência seja a solução extrajudicial dos conflitos.

2. A Lei da Ação Civil Pública

A Lei da Ação Civil Pública ingressou no cenário legislativo brasileiro na década de oitenta, período marcado pela introdução de instrumentos processuais norteados à facilitação do acesso à justiça.¹

Nesse sentido, o legislador ofereceu, pela primeira vez, um instrumento processual apto à defesa dos interesses supraindividuais capaz de recompor o meio ambiente – a ação civil pública², como, também, desburocratizou o acesso à justiça, sem exigir a presença de advogado para demandas de pequeno valor – do Juizado Especial Cível.³

Antes da publicação da LACP, a defesa do meio ambiente estava restrita às ações individuais (normalmente embasadas no direito de vizinhança) e à atividade administrativa do Poder Público no exercício do poder de polícia administrativa. O trato dos interesses difu-

* Procuradora de Justiça, Coordenadora do Centro de Apoio de Defesa do Meio Ambiente do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Secretária-Geral do Instituto “O Direito por um Planeta Verde”, ex-presidente da Associação Brasileira do Ministério Público do Meio Ambiente – ABRAMPA, professora de Direito Ambiental. Meus agradecimentos pelo auxílio na pesquisa aos estagiários do Centro de Apoio, Cristiane, Michele, Guilherme, Leticia e à assessora Ana Paula. Também agradeço ao colega Paulo Valério Dal Pai Moraes pela lição sobre coisa julgada.

¹ Nesse sentido de Assis Rodrigues, Geisa. (2002). *Ação civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta, Forense*. (p. 2).

² Lei Nº 7.347, de 24.7.85.

³ Lei Nº 7.244/84.

sos era circunscrito aos limites estabelecidos pela Lei da Ação Popular⁴ que visa exclusivamente a anular ato do poder público lesivo, entre outros, ao meio ambiente (art. 5º, inciso LXXIII, da CF). A Lei da Ação Popular, diante da limitação de seu objeto, é pouco utilizada para proteger o meio ambiente. Hoje a Lei de Improbidade Administrativa⁵ permite responsabilizar diretamente o administrador público que deu causa ao dano ambiental.

a. Origens

A primeira menção à ação civil pública ocorreu na Lei Orgânica do Ministério Público - a Lei Complementar n. 40/81, cujo art. 3º, utilizava o termo para diferenciá-lo da ação penal pública⁶, mas ainda sem qualquer disciplina quanto ao procedimento, legitimação, objeto, etc. A omissão permaneceu mesmo com a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente⁷, que se limitou a prever a legitimação do Ministério Público, Federal e Estadual, para agir, assim como a responsabilidade civil independente de culpa.⁸

A origem da Ação Civil Pública foi o projeto nº 3.034/84, posteriormente alterado pelo Executivo Federal, para incluir a ação cautelar, a tutela dos consumidores, o inquérito civil e o controle de seu arquivamento, além de um crime de desobediência às requisições do Ministério Público de documentos essenciais ao ajuizamento da ação.

b. Legitimação ativa

A legitimação ativa para a ação civil pública está prevista em seu art. 5º. Verifica-se a intenção do legis-

lador de ampliar a legitimidade para defesa do meio ambiente, antes restrita ao Ministério Público.

Trata-se de uma legitimidade *concorrente e disjuntiva*, na feliz expressão de Barbosa Moreira, significando dizer que União, Estados, Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e associações⁹, além do Ministério Público¹⁰, podem ingressar em conjunto ou separadamente com as ações. Atualmente, por força da interação do Código de Defesa do Consumidor e da Ação Civil Pública, até os entes despersonalizados da administração pública têm legitimidade para propô-la¹¹ nas ações de proteção ao consumidor.¹²

b.1. O papel do Ministério Público

O Ministério Público ocupa o papel de maior destaque no cenário jurídico nacional na defesa dos interesses supraindividuais, sendo responsável pelo ajuizamento de mais de 90%¹³ das ações civis públicas na defesa do meio ambiente.

O Ministério Público desenvolveu considerável capacitação para fazer frente às novas atribuições de tutela de interesses supraindividuais, entre eles, o do meio ambiente. Essa atribuição mudou o perfil da Instituição, que de coadjuvante do processo civil, na posição de interveniente ou *custos legis*, recebeu a incumbência legal¹⁴ e, depois, constitucional¹⁵, de realizar a tutela coletiva da sociedade na proteção do meio ambiente. Ao contrário do que ocorreu com as outras instituições legitimadas, o Ministério Público criou Promotorias Especializadas,¹⁶ Centros de Apoio Operacional,¹⁷ 4ª Câmara de Coordenação e

⁴ Lei Nº 4.717, de 29.6.65.

⁵ Lei Nº 8.429/92.

⁶ Cappelli, Sílvia. (2000). *Novos Rumos do Direito Ambiental*, in *Temas de Direito Ambiental*, org. Orci Teixeira. Porto Alegre: AEBA. (p. 54).

⁷ Lei Nº 6.938/81.

⁸ Art. 14, parágrafo 1º, da Lei Nº 6.938/81.

⁹ As associações devem existir há pelo menos um ano, nos termos da lei civil e terem como finalidade institucional a defesa do meio ambiente, de acordo com o art. 5º, I e II.

¹⁰ Admite-se, também, o litisconsórcio entre o Ministério Público Federal e dos Estados no parágrafo 5º do art. 5º.

¹¹ Art. 82, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor. É que, por força do art. 117 da Lei 8078/90, todo o título III do CDC passa a integrar a Lei da Ação Civil Pública, acrescentando-lhe o art. 21.

¹² Esses entes despersonalizados são os PROCONs, órgãos ligados à administração direta dos estados, que atendem os consumidores, resolvendo os conflitos extrajudicialmente ou encaminhando-os ao Judiciário.

¹³ Documento "O Ministério Público e a Defesa do Meio Ambiente", Confederação Nacional do Ministério Público – CONAMP, evento paralelo à RIO-92. (p. 9).

¹⁴ Lei Nº 7.347/85, art. 5º.

¹⁵ Art. 129, III, da Constituição Federal – "São funções institucionais do Ministério Público:...III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do **meio ambiente** e de outros interesses difusos e coletivos;" (grifado).

¹⁶ Somente no Rio Grande do Sul, o Ministério Público estadual possui 37 Promotorias Especializadas. As atribuições dos Promotores de Justiça nelas lotados são de defesa do meio ambiente, infância e juventude e consumidor, conforme Anexo II, do Provimento PGJ 12/2000 (pode ser obtido na página do MP: www.mp.rs.gov.br, no link GAP, Atos Normativos da PGJ, Provimentos. Lei Estadual Nº 11.486, de 12/06/2000.

¹⁷ Os Centros de Apoio Operacional são órgãos que prestam assessoria jurídica e técnica aos Promotores de Justiça, auxiliando-os com pesquisas, elaborando modelos de peças jurídicas, bem como definindo as estratégias e prioridades de atuação, o planejamento institucional na área especializada e o fomento constante da capacitação, através de oficinas de trabalho, seminários, congressos, etc. Conferir a página do Centro de Apoio Operacional de Defesa do Meio Ambiente do RS no endereço www.mp.rs.gov.br

Revisão¹⁸ e assessorias ambientais,¹⁹ entre outros órgãos.²⁰ Para além das instituições, surgiu a Associação Brasileira do Ministério Público de Meio Ambiente - ABRAMPA,²¹ que reúne membros do Ministério Público Federal e Estadual brasileiro, já tendo realizado três congressos nacionais e inúmeros eventos regionais. Hoje os representantes do Ministério Público brasileiro da área ambiental encontram-se com frequência para troca de informações e aprimoramento do trabalho.

Em razão da absoluta primazia do Ministério Público no ingresso de ações civis públicas na defesa do meio ambiente é preciso referir, minimamente, o processo de investigação civil anterior à propositura da demanda, por tratar-se de uma peculiaridade brasileira. Trata-se do inquérito civil.

b.2. O inquérito civil:

O inquérito civil pode ser definido como um procedimento administrativo, de caráter pré-processual e inquisitorial, de âmbito interno do Ministério Público que, presidido diretamente pelo Promotor de Justiça ou Procurador da República, permite a coleta de provas para embasar o ajuizamento das ações cabíveis à tutela dos bens para os quais a legislação o legitime, especialmente, para a ação civil pública.²² Está previsto no art. 8º, parágrafo 1º, da Lei nº 7.347/85, nos seguintes termos: “o Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis”.

Hoje está consagrada a utilização do inquérito civil pelo Ministério Público. Presidindo as investigações, sem intermediários, o Promotor de Justiça se livra das amarras da prova pré-constituída por outros órgãos, que muitas vezes contribui para o insucesso das ações, a exemplo do que ocorre na área penal. Servindo para a coleta das provas necessárias ao ajuizamento seguro, e não temerário, da ação civil pública ou de outras, o inquérito civil também poderá subsidiar o compromisso de ajustamento, como adiante se verá, ou redundar no seu arquivamento.

O membro do Ministério Público pode instaurar a investigação a partir do comparecimento de qualquer reclamante na Promotoria, reduzindo a reclamação a termo; mediante representação, ou mesmo, de ofício, a partir de notícias veiculadas pela imprensa escrita, falada ou televisada, nestas últimas hipóteses requisitando o material.

A instauração do inquérito civil é facultativa. Havendo elementos suficientes com a representação ou com as peças de informação, poderá o Ministério Público, desde já, ajuizar a ação. E de que ação se fala? Toda e qualquer ação cabível na defesa do meio ambiente, quer civil, quer penal. As investigações procedidas em âmbito de inquérito civil, se suficientes, podem dispensar a prévia apuração criminal.

Os inquéritos civis têm natureza inquisitiva, não se lhes aplicando o disposto no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal que prevê a obrigatoriedade de observação do princípio do contraditório no processo administrativo.

Conforme BURLE F⁰²³, comentando a referida norma constitucional, “obviamente, no texto, ‘processo’ não foi empregado com o mesmo significado de ‘procedimento’”. Não o foi porque a própria Constituição, que deve ser interpretada pelo método sistemático, emprega terminologia ‘processo’ para indicar o meio de apuração para a aplicação de pena ou sanção, na esfera administrativa ou judicial, como ocorre nos arts. 41, parágrafo 1º; 86, parágrafo 1º, II; e no próprio art. 5º, LV; e ‘procedimento’ quando a finalidade não é a aplicação de pena ou sanções, mas apenas a apuração dos fatos, como ocorre, por exemplo, no art. 129, VI.”

Isso porque o inquérito civil, como antes mencionado, é procedimento administrativo e, não processo. Ao seu cabo, nenhuma sanção é aplicável ao investigado, daí que não há falar-se na necessidade de contraditório ou ampla defesa. Ao contrário, tal situação poderá prejudicar a condução do inquérito civil, retardando o real conhecimento dos fatos.

Diferentemente dos demais legitimados à propositura da ação civil pública, o Ministério Público tem o poder de requisitar a apresentação de documentos, exames, certidões e perícias. A recusa, a omissão ou o retarda-

¹⁸ Trata-se da 4ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. Criada pelo art. 58 da Lei Complementar Nº 75/93, é composta por três membros titulares e três suplentes, com sede em Brasília. Essa Câmara, tem atribuição para meio ambiente e patrimônio cultural, competindo-lhe auxiliar no trabalho dos Procuradores da República, especialmente revisando os compromissos de ajustamento e conferindo-lhes apoio técnico pericial. Mais detalhes podem ser obtidos no site www.pgr.mpf.gov.br

¹⁹ Encarregadas de auxiliar os membros do Ministério Público na realização de relatórios de vistorias, e perícias.

²⁰ Para uma enumeração mais completa consulte o nosso *Atuação Extrajudicial do Ministério Público na Tutela do Meio Ambiente*, in *Direito Ambiental na Visão da Magistratura e do Ministério Público*. Del Rey. (2003.)

²¹ A ABRAMPA, que teve a honra de presidir entre 2000 e 2003, foi criada em 1997, consulte site www.abrampa.org.br.

²² De Camargo Ferraz, Antonio Augusto. (1995). No artigo *Inquérito Civil: dez anos de um instrumento de cidadania*, in *Ação Civil Pública, Reminiscências e Reflexões após dez anos de aplicação*, coord. Édís Milaré. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais. (1995), reporta a origem do inquérito civil à palestra proferida pelo Promotor de Justiça José Fernando da Silva Lopes, em Reunião do Grupo de Estudos Média Sorocaba, em 1980.

²³ Burle Filho, José Emmanuel. *Principais aspectos do Inquérito Civil*, in *Ação Civil Pública, dez anos*. Op. cit. (p. 323).

mento doloso das informações indispensáveis à propositura da ação civil pública tipifica o delito previsto no art. 10, da Lei n. 7.347/85.

Como o Ministério Público não é titular do interesse/direito cuja lesão investiga, não lhe seria lícito, caso não encontrasse elementos suficientes ao ajuizamento da demanda, simplesmente arquivar o inquérito civil, sem dar ciência aos interessados.

Sabidamente, a Lei da Ação Civil Pública criou um sistema de freios e contrapesos que garante a revisão da promoção de arquivamento pelo Conselho Superior do Ministério Público.

Dessa forma, os autos do inquérito civil ou das peças de informação, em caso de arquivamento²⁴, deverão ser submetidos, em três dias, sob pena de falta grave, à apreciação do Conselho Superior do Ministério Público que poderá homologar a promoção de arquivamento ou baixar os autos para a realização de diligências.

Outrossim, deve-se cientificar os reclamantes, da promoção de arquivamento, antes mesmo da publicação do edital no Diário Oficial, pois têm eles o direito de apresentar razões escritas perante o Conselho Superior contra a promoção de arquivamento.

3. Os demais legitimados

Lamentavelmente, e por diversas razões, entre as quais se destaca a ausência de recursos materiais para a propositura de demandas, as associações de defesa ambiental têm tido pouca atuação judicial.

Vivemos um período democrático no Brasil, desde o início da década do oitenta, mas nem por isso as desigualdades sociais foram reduzidas. Ao contrário, a cada dia que passa, a concentração da renda parece aumentar e a ideologia neoliberal que prega o enxugamento da máquina estatal é responsável pelo aumento maciço do desemprego, dificultando o exercício da cidadania. Percebe-se nítida diferença entre as ONGS com atuação mundial, como, por exemplo, *Greenpeace*, *WWF* ou *Friends of Earth*, que se destacam pelo profissionalismo e qualidade das representações, de outras, limitadas a uma atuação nacional ou regional que, sem recursos financeiros para custear advogado e arcar com os custos gerais de uma ação, limitam-se a denunciar ao Ministério Público as agressões ambientais verificadas. Eventualmente

essas ONGs auxiliam o Ministério Público com a realização de perícias e outras atividades. Essa situação contribui para a hipertrofia do Ministério Público disparando como o maior autor de demandas ambientais no Brasil.

Não é outra a realidade do Poder Público.²⁵ Embora legitimado ao ajuizamento das ações civis públicas, vive a dificuldade própria de orçamentos enxutos para a área ambiental, nunca prioritária em países periféricos, sempre às voltas com a fome, o desemprego, a violência e outras tantas mazelas a que estamos acostumados. O orçamento estatal para meio ambiente limita os investimentos em pessoal e equipamentos. Ademais, inúmeras outras dificuldades são enfrentadas pelo Poder Público, como a necessária priorização da atuação administrativa ante à judicial, a superposição de atuações entre os órgãos da federação de um lado e a omissão geral de outro, especialmente após o deferimento das licenças. Enfim, a falta de integração de ações, típica do federalismo brasileiro.

4. Objeto

O art. 3º dispõe: “a ação civil pública poderá ter por objeto a condenação em dinheiro **ou** o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer” (grifado). Com relação à responsabilidade civil pelo dano ambiental, o art. 14, parágrafo 1º, da Lei nº 6.938/81 afirma que “sem obstar as penalidades previstas neste artigo²⁶, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar **ou** reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade...” (grifado).

O Superior Tribunal de Justiça²⁷, tem se manifestado pela impossibilidade de cumulação das obrigações de fazer ou não-fazer com a condenação em dinheiro nas ações civis públicas.

Nesse sentido os arestos a seguir colacionados:

“Ação Civil Pública - Condenação Cumulativa - Impossibilidade. A ação civil pública não pode ter por objeto a condenação cumulativa em dinheiro e cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. Se o legislador ordinário disse **ou**, estabeleceu ele a alternativa. Recurso de fls. 415/425 improvido” (Recurso Especial nº 94.298, julgado em 6.5.99, Relator Ministro Garcia Vieira).

²⁴ Penso que a celebração do compromisso de ajustamento equivale ao arquivamento implícito do inquérito civil, malgrado a posição do Provimento Nº 12/00 que prevê a necessidade de apreciação do Conselho Superior do Ministério Público do RS, após satisfeitas as obrigações previstas no título. Conferir o texto do provimento em www.mp.rs.gov.br link para GAPP/provimentos.

²⁵ Expressão genérica aqui utilizada em para significar União, Estados e Municípios. A mesma crítica aplica-se às fundações e empresas públicas.

²⁶ Referindo-se às penalidades administrativas.

²⁷ STJ.

“Ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente. Queimada. Cana-de-açúcar. Cessação da atividade. Pena de multa. Imposição de indenização. Lei 7.347/85. Impossibilidade.

- Conforme o art. 3º da Lei nº 7.347/85, não pode a ação civil pública ter por objeto a condenação cumulativa de cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer e dinheiro. Agravo regimental improvido”. Agravo regimental em recurso especial 180620/SP (1998/0048769-7) Relator Min. Francisco Falcão, DJ 26/03/2001, T1 – Primeira Turma.

“Ação Civil Pública de Responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente. Violação ao art. 11. Cessação de atividade. Cominação de multa. Imposição legal. 1. A determinação legal contida no artigo 11, da Lei 7.347/85, tem o objetivo imanente de fazer valer a obrigação, uma vez que retirada da mensagem legal a imposição de pena, é consecutório lógico a mitigação da ordem, à mingua de punição ante seu descumprimento. 2. Conforme o artigo 3º da Lei nº 7347/85, não pode a ação civil pública ter por objeto a condenação cumulativa de cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer e dinheiro. 3. Recurso parcialmente provido”. RESP 205153/GO (1999/0017102-0), 20/6/2000, Min. Francisco Falcão. T1 Primeira Turma.

Data venia dos precedentes do STJ, a melhor exegese dos arts. 3º da LACP²⁸ e 14, parágrafo 1º, da Lei nº 6.938/81 é a da possibilidade jurídica de cumular a imposição de obrigações de fazer e/ou não fazer com indenização pelos danos ambientais. A condição para que ocorra a cumulação é a de que a causa de pedir seja distinta para a condenação em dinheiro e para a obrigação de fazer - fatos-fundamentos diversos -, ou quando o dano não puder ser totalmente recuperado através das obrigações de fazer e/ou não fazer²⁹, por haver parcela irreparável faticamente ou pela cumulação com o dano moral ambiental.

A primeira vista, diante da conjunção “ou”, a indenização parece ser subsidiária da condenação à reparação *in natura*. Porém, considerando-se os princípios reitores do Direito Ambiental da prevenção, do poluidor-pagador e a reparação integral do dano ambiental, bem como por ser fundamental o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, não permitindo

barganha sobre seu conteúdo, conclui-se que a cumulação dos pedidos se impõe quando houver dano irreversível ou extrapatrimonial ou, ainda, quando os pedidos fundarem-se em causas distintas.

Os Tribunais dos Estados do Rio Grande do Sul, Paraná e São Paulo já reconheceram a possibilidade de cumulação nos seguintes arestos:

“Ação civil pública. Uso de praça. Pedidos cumulados. Art. 3º, da Lei 7347/85. Pagar ou fazer. A conjunção ‘ou’ não é simplesmente exclusiva, pois há de se ver na norma possibilidade de cumulação objetiva de ações, por fatos-fundamentos diversos, como inclusive pedido eventual em ordem sucessiva” (AI 592088082), 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Milton dos Santos Martins, j. 22.09.92);³⁰

“Apelação Cível. Reexame necessário. Ação civil pública. Dano ambiental. Sítio arqueológico. Retirada de areia. Demonstrados nos autos os danos causados em decorrência do proceder da demandada e da falta de fiscalização do Município, impunha-se a procedência da ação. A perícia atesta danos irreversíveis, de modo que é cabível a restauração do que for possível mais a indenização dos danos. Apelação improvida. Sentença confirmada em reexame”.³¹ (Ap. 70000687921, Capão da Canoa, 1ª Câmara Especial Cível, Rel. Des. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, j. 20.06.01);

“Agravo de instrumento. Ação civil pública. Cumulação de pedidos. obrigação de fazer ou não fazer e indenização. Possibilidade. Recurso desprovido. O art. 3º da Lei nº 7.347/85, antes de determinar que o pedido seja alternativo, prevê a possibilidade de ambos. Ou seja, permite a cumulatidade do pedido de fazer ou não fazer com o de indenização, sendo possível conhecer-se a Ação Civil Pública que a isto intenta. Pela relevância do bem que se pretende defender –o meio ambiente– urge que se permita a incidência dos dois tipos de tutela previstos na lei: repressiva e preventiva” (Agravo de Instrumento nº 124.187-6 de Curitiba, julgado em 21/10/02, Rel. Des. Celso Rotoli de Macedo);

“Indenização. Responsabilidade civil - Ato ilícito - Dano causado por desmatamento de mata natural Atlântica em propriedade particular - Comprovação

²⁸ Lei da Ação Civil Pública – Nº 7.347/85.

²⁹ Já tivemos a oportunidade de sustentar a cumulação de pedidos no artigo *Atuação Extrajudicial do Ministério Público na Tutela do Meio Ambiente*, in *Direito Ambiental na visão da Magistratura e do Ministério Público*. Belo Horizonte, Del Rey. (2003.) (p. 249) e noutro, denominado *Possibilidade De Cumulação de Obrigação de Fazer ou não fazer com Indenização nas Ações Cíveis Públicas para Reparação de Danos Ambientais – Análise Dos Pressupostos*, em co-autoria com Ana Marchesan e Annelise Steigleder, in *Direito Água e Vida*, Anais do 7º Congresso Internacional de Direito Ambiental, Instituto ‘O Direito por um Planeta Verde’, volume 2, São Paulo. 2003. (p. 23/500.)

³⁰ Nesse caso os fatos-fundamentos eram diversos. A ação pedia a demolição de posto de gasolina edificado sobre área de praça e a reconstituição do bem (dano ambiental) e a indenização pelos anos em que usufruiu do bem gratuitamente (nulidade do contrato de cessão do bem).

³¹ Aqui a hipótese era de parte do dano irreparável. Tratava-se de loteamento residencial que atingiu parte de um sítio arqueológico em município litorâneo.

efetiva do dano ecológico - Art. 186, II, da Constituição da República - Verba a ser fixada na fase de liquidação, por arbitramento - Sentença confirmada - Recurso não provido. A obrigação de recompor em parte área desmatada não exclui a obrigação de indenizar os irreversíveis danos ambientais. Agredindo-a, embora em seu próprio domínio rural, o réu fica sujeito à intervenção do Estado para a devida recomposição do dano que causou" (TJSP – 3ª Câ. Cível – Ap. Cível nº 200.388-1 – j. em 7.12.1993 – JTJ – LEX 153/123).

Quando parte do dano for irreparável é preciso que a perícia destinada a demonstrá-lo e mensurá-lo aponte os danos reparáveis e os irreparáveis, para que esta parcela possa ser quantificada pecuniariamente. Na hipótese de desmatamento em área à margem de um curso d'água, é possível, mediante obrigações de fazer, o replantio das árvores no local. Mas o que fazer com relação à perda do solo, da fauna e da biodiversidade? Existe uma parcela irrecuperável, pelo menos a curto e médio prazos, que deverá ser ressarcida em virtude do caráter de direito fundamental da pessoa humana atribuído pelo art. 225, *caput*, da Constituição Federal de 1988 ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e em razão do princípio da reparabilidade integral dos danos ambientais assegurado pelo mesmo art. 225, parágrafo 3º.

5. Competência

A ação civil pública deverá ser proposta no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.³² A mesma regra se aplica ao dano iminente.

Trata-se de competência absoluta, improrrogável, que não admite eleição de foro. A justificativa para a previsão de competência absoluta é a da facilitação do acesso à justiça pelas vítimas da poluição/ degradação, para a coleta de prova pericial e testemunhal e para possibilitar ao juízo melhor conhecimento do fato.

Na hipótese de o dano atingir mais de uma comarca, a ação poderá ser proposta em qualquer delas, aplicando-se o princípio da prevenção. Entende-se por juiz prevento aquele que despachou em primeiro lugar³³ quando as ações tramitam na mesma comarca. Na hipótese de comarcas distintas, o critério é o da citação

válida. Torna-se prevento o juízo no qual ocorrer em primeiro lugar a citação válida do réu.³⁴

A Lei da Ação Civil Pública sofreu alguns reveses com a edição da Lei nº 9.494/97, com relação à coisa julgada, e com Medida Provisória nº 2.180-35, de 26 de agosto de 2000, alterando dispositivos referentes à competência.

A MP³⁵ acrescentou um parágrafo único no art. 2º, com a seguinte redação:

“A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriores intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto”.

A Lei nº 9.494/97, por sua vez, disse que o trânsito em julgado da sentença ficará restrito aos limites da competência territorial do órgão prolator da decisão, como isso pretendendo que a coisa julgada ficasse restrita aos limites da competência territorial do juiz.

Percebe-se, nitidamente, como aponta ABELHA³⁶ a “tentativa de fragmentar as ações coletivas e difusas, cindindo o incidível, na medida em que pouco importa se o objeto difuso ou coletivo é indivisível, porque o legislador disse que só vale a decisão, para fins de formação da coisa julgada, nos limites da competência territorial”.

Veja-se a redação do art. 16:

“A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”.

Ocorre que a regra da coisa julgada tem que ser, necessariamente, conjugada com a regra de competência.

Ora, quando o dano tiver alcance regional, como por exemplo, uma usina hidrelétrica construída entre dois estados-membros ou a poluição hídrica ou atmosférica que alcance várias cidades, a ação deverá ser proposta no foro da capital do Estado porque, de acordo com o art. 93³⁷, inciso II, do CDC, ressalvada a competência da justiça federal, é competente para a causa a justiça local:

³² Esta é a dicção do art. 2º, da Lei Nº 7.347/85.

³³ Art. 106, do Código de Processo Civil.

³⁴ Art. 219, do CPC.

³⁵ Medida Provisória.

³⁶ Abelha, Marcelo. (2003). *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. (p. 127).

³⁷ O art. 93 do CDC, assim como todo o capítulo da defesa do consumidor em juízo da Lei 8078/90 aplica-se à Lei da Ação Civil Pública de acordo com seu art. 21: “aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III DA Lei 8078, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”.

“II – do foro da Capital do Estado ou do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente”.

Assim, a pergunta que deve ser feita, como lembra DAL PAI MORAES³⁸ é qual a extensão da competência territorial do juiz; ou seja, de nada adianta o legislador pretender restringir os efeitos da coisa julgada – e da eventual antecipação de tutela -, aos limites territoriais de sua jurisdição se esse juízo tem competência para as ações de âmbito regional ou nacional, à luz do que dita o art. 93, II, do CDC. Pode-se afirmar, assim, ser inócua a leitura isolada do art. 16 da LACP e, conseqüentemente, a tentativa de restrição preconizada pela Lei 9.494/97 que alterou o mencionado artigo.

Interpretando o art. 93, o STJ já manifestou a posição de que o foro da capital dos Estados é competente para as ações cujos danos sejam de âmbito nacional.

“Competência Ação Civil Pública. Defesa dos Consumidores. Interpretação do art. 93, II, do CDC. Dano de âmbito nacional. Em se tratando de ação civil coletiva para o controle de âmbito nacional, a competência não é exclusiva do foro do Distrito Federal. Competência do juízo de Direito da Vara Especializada na Defesa do Consumidor de Vitória/ES”. Conflito de Competência 26842-DF, DJ 5.8.02, Rel. Min. Waldemar Zveiter.

Neste segundo julgado, o STF reconheceu a eficácia *erga omnes* de decisão proferida por juízo da capital de Estado para ação civil pública que versava sobre dano de âmbito nacional:

“Processual Civil. Ação rescisória em ação civil pública interposta por associação do consumidor. Empréstimo compulsório sobre combustíveis. DL nº 2288/86. Restituição do indébito. Indicação de contrariedade a dispositivo constitucional. Impossibilidade de apreciação. Competência expressa no art. 105, III, “a”, da CF/88. Dissídio jurisprudencial do STJ. Ausência de prequestionamento. Efeitos da sentença. Legitimidade ativa.

7. O argumento de que a extensão da eficácia *erga omnes* somente é cabível nas hipóteses previstas originalmente na Lei 7347/85 cai por terra diante da autorização para a interação entre a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor (art. 21 da Lei 7347/85, com a redação que lhe foi dada pelo art. 117 da Lei 8078/90). Assim, afasta-se a alegação de incompetência do juízo da 4ª Vara Federal de Curitiba para a concessão de amplitude territorial à sentença, porquanto tal amplitude

está prevista no ordenamento jurídico, nos arts. 16 da Lei 7347/85 e 103 da Lei 8078/90 e é efeito da sentença de ação deste gênero”.

(RESP 294021/PR, Ministro José Delgado, 1ª Turma, j. 2.4.01).

Assim, conclui-se que a competência para o ajuizamento da ACP é do local onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, que se tornará preventivo para as ações posteriores. Para os danos de âmbito regional ou nacional, deverá ser proposta a ação na Capital do Estado ou no Distrito Federal. Quanto à limitação dos efeitos da coisa julgada *erga omnes* para os limites da jurisdição do magistrado que proferiu a decisão, o STJ já se manifestou contrariamente, embora a matéria não esteja consolidada.

Quanto à competência da justiça federal, até novembro de 2000, vigia a súmula nº 183 do STJ, que possibilitava o ajuizamento e processamento de ação civil pública na justiça estadual, mesmo quando houvesse interesse da União³⁹ na condição de autora, ré, assistente ou oponente, ou de qualquer outra entidade da administração indireta ou paraestatal federal. Essa súmula foi cancelada, de maneira que, atualmente, as ações deverão ser propostas na justiça federal mais próxima ao local do dano.

A definição da competência jurisdicional entre a justiça estadual e federal, assim como a competência administrativa é um dos temas mais árduos do federalismo brasileiro. A Constituição Federal previu uma competência concorrente para legislar sobre meio ambiente e comum para preservá-lo. Entretanto, os conflitos se agigantam nesta área. Na esfera jurisdicional o problema não é menor.

O STJ definiu como competente a Justiça Federal no caso de **transporte de madeira**, entendendo estar presente possível lesão a bens, serviços ou interesses da União, em conflito de competência publicado no DJU de 11.10.99, CC 24214/MA, 3ª Seção, Min. Felix Fischer. Também reconheceu a competência da Justiça Federal no caso de **pesca predatória em rio interestadual**⁴⁰ no conflito de competência 38.036-SP, Min. Gilson Dipp, DJU 22.4.03.

Porém, o mesmo Tribunal já se manifestou no sentido de não reconhecer como competente a Justiça Federal nas hipóteses de danos que atinjam ecossistemas considerados pela Constituição Federal como patrimônio nacional. Entendeu aquela Corte que não se deve confundir a expressão patrimônio nacional com patrimônio da União. Neste sentido, o aresto abaixo:

³⁸ Valério Dal Pai Moraes, Paulo. (2001). *A coisa julgada ‘erga omnes’ nas ações coletivas (Código do Consumidor) e a Lei Nº 9.494/97. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, 44, jan/mar. (p.40).

³⁹ O art. 109, I, da CF determina a competência da Justiça Federal para as ações em que haja interesse da União, mas o parágrafo 4º do mesmo artigo permite que as ações pudessem ser propostas no foro do domicílio do segurado, na justiça estadual, quando na cidade não houver justiça federal. Esta regra vinha sendo ampliada à ação civil pública por força da jurisprudência, redundando na súmula 83 do STJ, cancelada em novembro de 2000.

⁴⁰ Rio interestadual é bem da União, nos termos do art. 20, III, da CF.

“Processual Penal. Conflito de Competência. Crime contra a **flora**. Artigo 50 da Lei nº 9.605/98. **Mata Atlântica**. Não-demonstração de lesão a bem, interesse ou serviço da União. Competência da Justiça Estadual.” CC 38.386-BA, Ministro Felix Fischer, DJ 16.6.03.

Não é outra a posição do Supremo Tribunal Federal:

“Penal. Acórdão que concluiu pela competência da justiça comum para julgar o crime previsto no art. 46, parágrafo único, da Lei nº 9605/98. Alegada violação aos arts. 109, IV; e 225, parágrafo 4º, da CF. Inexistência das inconstitucionalidades apontadas, haja vista não se enquadrar a **Mata Atlântica** na definição de bem da União e não se estar diante de interesse direto e específico desta a ensejar a competência da Justiça Federal. Precedente. Recurso extraordinário não conhecido.” (RE 299.856/SC, 1ª Turma, Min. Ilmar Galvão, DJU 1.3.02).

“Recurso extraordinário. Crime previsto no artigo 38 da Lei 9605/98. Competência da Justiça Estadual comum. Esta Primeira Turma, em 20.11.2001, ao julgar o RE 300.244, em caso semelhante ao presente, decidiu que, não havendo em causa bem da União (a hipótese então em julgamento dizia respeito a desmatamento e depósito de madeira proveniente da **Mata Atlântica** que se entendeu não ser bem da União), nem interesse direto e específico da União (o interesse desta na proteção do meio ambiente só é genérico), nem decorrer a competência da Justiça Federal da circunstância de caber ao IBAMA, que é órgão federal, a fiscalização da preservação do meio ambiente, a competência para julgar o crime que estava em causa (artigo 46, parágrafo único, da Lei 9605/98, na modalidade de manter em depósito produtos de origem vegetal integrantes da flora nativa, sem licença para armazenamento) era da Justiça estadual comum. Nesse mesmo sentido e, posteriormente, em 18.12.2001, voltou a manifestar-se, no RE 299.856, esta Primeira Turma, no que foi seguida, no RE 335.929, por decisão do eminente Ministro Carlos Velloso da 2ª Turma, e no HC 81916, 2ª Turma. (RE 349.184/TO, 1ª Turma, Min. Moreira Alves, DJU 7.3.03).

Por fim, assentou que de regra a competência para os crimes ambientais é da Justiça Estadual, cancelada a súmula 91/STJ que dizia competir à Justiça Federal os crimes contra a **fauna**.

“Crime contra o meio ambiente. Competência. Conflito negativo. Caso em que não se apresenta circunstância convocadora da competência da Justiça Federal. Reconhecimento da competência da Justiça Estadual.” *A hipótese era a de pesca com pe-*

trechos proibidos em rio pertencente ao Estado de São Paulo. CC 29.508/SP, Min. Fontes de Alencar, j. 11.10.00;

“Processual Penal. Conflito negativo de competência. Crimes contra a **flora**. Inaplicabilidade da súmula 91/STJ após a Lei nº 9605/98. Inexistência de interesse, em princípio, da União. Competência da justiça comum estadual”. CC 34366/SP, 3ª seção, DJU 17.6.02;

“Criminal – Conflito de Competência – Crime contra o meio ambiente⁴¹ – terras particulares não-oneradas – inexistência de lesão a bens, serviços ou interesses da União – competência da justiça estadual”. CC 30284/MG, Min. Jorge Scartezini, DJU 5.3.01.

De outro lado, igual orientação não se firmou nas matérias que dizem respeito aos bens da União, definidos no art. 20 da Constituição Federal como, por exemplo, as praias, o mar territorial, os cursos d’água transfronteiriços ou regionais, o subsolo, etc.

Também decidiu o STJ que a **flora** não é um bem de titularidade exclusiva da União. “Por sua natureza difusa, pertence a um número indeterminado de pessoas” (conflito de competência 30.110, Min. José Arnaldo da Fonseca) ou ainda, noutra julgada, “se houve a repartição do dever entre os entes federativos é porque a nenhum deles cabe a propriedade exclusiva deste bem” (conflito de competência 29.745, Min. Edson Vidigal).⁴²

Resumidamente, e sem comprometimento maior, neste contexto, com as inúmeras particularidades, poder-se-ia dizer que, de regra, a competência é da Justiça Estadual, havendo competência da Justiça Federal nas ações em que se comprovar lesão a bens, serviços ou interesse da União⁴³, bem assim nas causas fundadas em tratados internacionais. Mas, repisa-se, a matéria não está pacificada, exceto algumas exceções.

6. Medidas de Urgência

O art. 12 da Lei permite a antecipação de tutela ao afirmar: “poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo”.

A liminar é uma providência de cunho emergencial, que tem como finalidade salvaguardar a eficácia da futura decisão definitiva.

Ao contrário do que ocorre em outros remédios jurídicos que também prevêem a antecipação de tutela, co-

⁴¹ A hipótese era de crime contra a flora.

⁴² Citações de Abelha, Marcelo, *op. cit.*, (pp. 123/124).

⁴³ Art. 109, I, II e IV, da CF.

mo é o caso do mandado de segurança, na ação civil pública o requerimento de antecipação de tutela é a regra porque dificilmente o meio ambiente, diante de lesão ou ameaçada de lesão, pode aguardar o devido processo legal até a prolação da sentença. De fato, a experiência tem demonstrado que ou o Judiciário deferir e mantém a liminar ou o *statu quo ante* não poderá ser restabelecido após o período de instrução e recursos. Assim, a liminar na ação civil pública, como adverte FERRAZ⁴⁴ “não é um provimento excepcional, a ser restritivamente examinado e concedido. Ou seja, a liminar não é uma exceção à idéia do *due process of law*. Pelo contrário: ela constitui uma etapa naturalmente integrante do devido processo legal da ação civil pública”.

Como já dito anteriormente, o capítulo da defesa do consumidor em juízo do CDC, aplicado integralmente à ação civil pública, trouxe-lhe inúmeras inovações. Entre elas, a do art. 84, parágrafo 5º, que dispõe:

“Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.”

Ocorre que o regime da execução das obrigações de fazer ou não fazer previstas pelo Código de Processo Civil mostrou-se insuficiente para obtenção da tutela específica. Descumprida a medida liminar, impunha-se ao autor da ação duas vias: a execução por terceiro, à custa do devedor – e não há terceiro que implante uma estação de tratamento de efluentes industriais ou faça a reposição florestal de mata derrubada -, e a execução da *astreinte* fixada pelo juiz para a hipótese de descumprimento da decisão liminar. Porém, esta multa diária só é exequível após o trânsito em julgado da sentença⁴⁵, demonstrando a insuficiência das medidas processuais para a efetividade da liminar.

A partir da tutela específica⁴⁶ permitida pelo Código de Defesa do Consumidor é possível ao juiz determinar, –apenas a título de exemplo–, a interdição de estabelecimento ao réu condenado a se abster de produzir ruídos em casa de espetáculos ou bar até que implemente as obras de contenção acústica que permaneça inerte diante do comando da sentença ou da liminar.

Por fim, com a recente reforma do Código de Processo Civil⁴⁷, art. 273, parágrafo 6º, permite-se concessão de tutela antecipada quando restarem incontroversos um ou mais dos pedidos formulados. Essa tutela se utiliza de técnicas mandamentais e executivas *latu sensu*.

O legislador brasileiro tentou, em duas oportunidades, limitar a concessão de liminares em ação civil pública contra a Fazenda Pública, através das Leis nº 8.437/92 e nº 9.494/97. Essas leis, no que tange à limitação à concessão de liminares, têm sido consideradas inconstitucionais pela doutrina⁴⁸, isso porque a tutela liminar é estabelecida na CF, art. 5º, XXXV. Tanto a lesão, como a ameaça a direito, merecem guarda do Poder Judiciário, sendo garantia individual básica esse acesso. Ademais, proibir a concessão de liminar contra o Poder Público viola o princípio da isonomia.⁴⁹

Por fim, também pecou o legislador ao prever no parágrafo 1º do art. 12 a suspensão da execução da liminar, pelo Presidente do Tribunal, para evitar “grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”. A suspensão da liminar por autoridade diversa da que a concedeu é constitucionalmente inadmissível, segundo Ferraz,⁵⁰ por ferimento aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Ressalte-se que tal decisão independe de audiência, e dispensa o colegiado para o qual deverá subir o recurso próprio, que é o agravo de instrumento. Na prática, porém, dificilmente o expediente é utilizado pelo Estado.

⁴⁴ Ferraz, Sergio. (2002). *Provimentos Antecipatórios na Ação Civil Pública*, in *Ação Civil Pública*, 15 anos, coord. Édis Milaré, 2ª edição. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais. (p. 833).

⁴⁵ Art. 12, parágrafo 2º, da LACP.

⁴⁶ Nesse sentido, decisão monocrática proferida pelo Juiz Irineu Mariani, nos autos da ação civil pública proposta pelo Ministério Público contra Glória Tênis Clube (processo nº 01194118079) que entendeu ter a ré incorrido em crime de desobediência por não haver cumprido a sentença que a obrigava à implantação de contenção acústica determinando, com base no CDC, a interdição do estabelecimento. Segue transcrição de parte da decisão. “..Segundo, considerando que (a) o que interessa não é o dinheiro e sim cesse a atividade nociva; (b) a multa se mostrou ineficaz; (c) a execução específica depende da própria ré; e (d) é necessária uma tutela que assegure resultado prático, só resta a interdição total do prédio, que deverá ser devidamente lacrado, o que determino com base no art. 11 da Lei 7347/85, combinado com o art. 21, da mesma Lei, e o art. 84, parágrafo 5º, da Lei 8078/90. Expeça-se mandado de interdição, com lacre, intimando-se o seu Presidente para o devido cumprimento, pena de prisão em flagrante, por desobediência, além do delito específico. Face à urgência, cumpra-se pelo Plantão.” Em 12.5.94, Irineu Mariane. Juiz de Direito 3ª Vara da Fazenda Pública de Porto Alegre. Desta decisão foi interposto mandado de segurança, não concedido pelo TJRS (processo nº 594057465).

⁴⁷ Lei Nº 10.444/2002.

⁴⁸ Marinoni A, Luiz Guilherme. (2000). *Antecipação de Tutela*. Malheiros, 6ª edição. (pp. 217/223).

⁴⁹ Conferir os seguintes arestos sobre o assunto: Resp. 171.258-SP, 6ª Turma, Min. Anselmo Santiago, j. 10.11.98, DJU 18.12.98 e Resp 447.335-RS, Min. Luiz Fux, j. 11.2.03, DJU 24.3.03.

⁵⁰ Ferraz, Sergio. *Op.cit.* (p. 835).

7. Prova

De acordo com o art. 333, I e II, do CPC, incumbe ao autor provar o direito que alega e, ao réu o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito daquele. Não há na Lei da Ação Civil Pública nenhuma exceção a essa regra.

a. A inversão do ônus da prova

Porém, o ponto nevrálgico da tutela jurídico-ambiental é a prova do dano, por vários motivos: perícias complexas, envolvendo muitas vezes a necessidade de atuação conjunta de *experts*; inexistência de padrões uniformes para o cálculo do prejuízo ambiental; dificuldade de provar o nexo causal quando vários poluidores contribuem para o dano; quando a prova tenha alto custo ou inexista técnica ou parâmetros de aferição do dano. A maior dificuldade, entretanto, resulta da carência de recursos materiais aos legitimados ativos.

A constatação de tal estado de coisas, antes de levar ao impasse, demanda a análise crítica, na busca de soluções que possibilitem a continuidade e o aperfeiçoamento do Direito, proporcionando a realização do ditame constitucional garantidor de um meio ambiente ecologicamente equilibrado às presentes e futuras gerações.⁵¹

Dentre as características dos interesses difusos encontramos a desigualdade entre as partes.⁵²

Do reconhecimento de dita desigualdade resultou o conceito de hipossuficiência que, inscrito no art. 6º, inciso VIII, do CDC, permite, aliado à verossimilhança das alegações do consumidor, a inversão do ônus da prova a seu favor.

O conceito de hipossuficiência, segundo NERY JR.⁵³, envolve aspectos econômicos e técnico-científicos: o primeiro, relacionado à carência econômica do consumidor face ao fornecedor de produtos e serviços e, o segundo, pertinente ao desconhecimento técnico-científico que o adquirente final, via de regra, enfrenta na aquisição do produto ou serviço.

A hipossuficiência é um dos requisitos que, reconhecido, permite ao juiz inverter o ônus da prova em favor do consumidor. A inversão do ônus da prova resultou do reconhecimento da desigualdade dos litigantes, circunstância típica dos interesses difusos.

De acordo com a Constituição Federal brasileira, todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de direito difuso por excelência. Essa titularidade difusa é, normalmente, desaparelhada economicamente e, principalmente, desconhecida dos processos produtivos que acarretam danos ecológicos, a ela se aplicando o conceito de hipossuficiência.

De outro lado, embora o permissivo legal da inversão *ope judicis* do ônus da prova conste no CDC fora do título III⁵⁴, não há dúvida de que o conceito de hipossuficiência, que embasa aquela inversão, é um conceito de natureza processual. Por isso é possível inverter o ônus da prova também na ação civil pública que verse sobre meio ambiente.

Modernamente, outro forte argumento veio a se somar ao anterior: trata-se da obrigação do réu ou investigado de demonstrar que sua atividade, potencialmente poluidora, não degrada o meio ambiente, por força dos princípios de Direito Ambiental da prevenção, precaução e poluidor-pagador.⁵⁵

Veja-se interessante acórdão do TJRS que acolheu a inversão do ônus da prova em ação civil pública proposta pelo Ministério Público contra o Departamento de Limpeza Urbana⁵⁶ do Município de Porto Alegre:

“Processual Civil. Embargos de Declaração. (Administrativo e Processual Civil). Dano ambiental. Aterro sanitário da Extrema. Bairro Lami, Município de Porto Alegre. Inquérito civil. Ação cautelar de vistoria ‘*ad perpetuam rei memoriam*’...Ação julgada procedente. Prova pericial deferida. **Inversão do ônus da prova** para impor aos requeridos os custos da perícia. Pedido constante da inicial. Previsão legal (art. 6º, VIII, da Lei 8078/90 e art. 18 da Lei 7347/85). Omissão do julgado. Acolhimento.” (Embargos de Declaração, 4ª Câmara Cível, Des. Wellington Pacheco de Barros, processo 70002338473, j. 4.4.2001).

Noutro julgamento, o TJRS entendeu que incumbia ao réu provar os fatos impeditivos ou modificativos do direito do autor, nos termos do art. 333, II, do CPC. Como a atividade nociva havia cessado tão somente por força da liminar, a sentença tornou-a definitiva. Assim, incumbia ao réu demonstrar a inexistência de dano. Tratava-se de uma criação irregular de suínos. O demandado foi condenado aos encargos processuais (Apelação Cível nº 70004581781, 1ª Câmara Especial Cível, Dr. Eduardo Uhlein, j. 29.4.2003).

⁵¹ Art. 225, *caput*, da CF.

⁵² Consulte-se a respeito das características dos interesses difusos a excelente síntese doutrinária apresentada no artigo de autoria de Valery Mirra, Álvaro. *A Coisa Julgada nas ações para a tutela de interesses difusos*. Publicado na RT 631. (p. 71).

⁵³ Nery Jr., Nelson. (1992). *Revista Direito do Consumidor*, vol. 1. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais. (p. 205).

⁵⁴ Como se viu anteriormente, todo o título III do Código de Defesa do Consumidor (Lei Nº 8078/90) que trata da Defesa do Consumidor em Juízo (parte processual do Código) ingressou na Lei da Ação Civil Pública, pela combinação do art. 117 do CDC com o art. 21 da LACP.

⁵⁵ Assim, Annelise Monteiro Steigleder in *Áreas Contaminadas* e a obrigação do poluidor de custear um diagnóstico para dimensionar o dano ambiental, RDA 25, jan/mar 2002. (p.59).

⁵⁶ Autarquia municipal.

Percebe-se, então, que embora não exista previsão legal expressa na Lei da Ação Civil Pública para a inversão do ônus da prova é possível adotar a providência utilizando-se de uma interpretação sistemática do Código de Defesa do Consumidor, bem como apoiando-se nos princípios da precaução, prevenção e poluidor-pagador.

b. A judicialização da prova produzida no âmbito do inquérito civil

Não obstante as considerações antes tecidas, outra solução pode vir a auxiliar na produção da prova do dano ambiental em juízo. É a judicialização da prova produzida no âmbito do inquérito civil.

Como já se viu em tópico anterior deste texto, o art. 8º, parágrafo 1º, da Lei nº 7.347/85 faculta o Ministério Público à instauração de inquérito civil, procedimento cuja finalidade é colher os elementos indispensáveis à propositura da ação civil pública. No dizer de MANCUSO⁵⁷, o inquérito civil possibilita uma “triagem das várias denúncias que chegam ao conhecimento do Ministério Público: somente as que resultarem fundadas e relevantes acarretarão, por certo, a propositura da ação”.

Se, de regra, como dissemos, a prova produzida em âmbito de inquérito civil deve ser renovada em juízo, tal não se nos afigura necessário em todas as hipóteses.

Ocorre que, no mais das vezes, o Ministério Público vale-se do poder de requisição de documentos, vistorias e perícias⁵⁸ oriundos de órgãos da Administração que exercem o poder de polícia administrativo em matéria ambiental.

Ora, os atos administrativos formadores daqueles elementos de prova gozam de presunção de legitimidade e veracidade.

Segundo Di Pietro⁵⁹ “a presunção de legitimidade diz respeito à conformidade do ato com a lei; em decorrência desse atributo, presumem-se, até prova em contrário, que os atos administrativos foram emitidos com observância da lei. A presunção de veracidade diz respeito aos fatos; em decorrência desse atributo presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração. Assim ocorre com relação às certidões, atestados, declarações, informações por ela fornecidos, todos com fé pública”.

Uma das conseqüências da presunção *juris tantum* de legalidade dos atos administrativos é a da inversão do

ônus da prova, sobre a qual não há divergência doutrinária.⁶⁰

De outro lado, exigir a repetição da prova em Juízo, não havendo impugnação daquela existente no inquérito civil e que se vale de elementos colhidos pelos órgãos públicos, dotados do poder de polícia administrativo na área ambiental, seria impor excessivo ônus ao Ministério Público.

Assim, propõe-se a judicialização da prova coligida em sede de inquérito civil quando derivar de requisição a órgãos públicos dotados de atribuição para exercer o poder de polícia administrativo em matéria ambiental, à similitude do que ocorre no processo penal, com os autos de exame de corpo de delito.

Nesse sentido, já se pronunciou o TJRS, por sua 5ª Câmara Cível, no julgamento de apelação interposta em ação civil pública (processo nº 589077148), ocasião em que o então Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior exarou voto nestes termos:

“Relativamente à questão do ônus da prova, penso que, nessas atividades administrativas de controle e fiscalização, que não tenham executoriedade, –isto é, que dependem, para sua imposição aos cidadãos, de prévia intervenção do Poder Judiciário,– nesses casos cabe à administração praticar os atos necessários ao cumprimento de suas finalidades, investigando as circunstâncias do fato, efetuando perícias, levantamentos, lançando notificações, autos de infrações, etc., com o que aparelha o órgão estatal legitimado a propor a medida judicial cabível.

Essa prova pré-constituída, elaborada no âmbito da administração, judicializa-se na medida em que é submetida ao crivo do contraditório, como acontece também no âmbito criminal, quando as perícias realizadas na fase inquisitorial, sem o contraditório e sem a participação da defesa, servem de fundamento ao juízo final de condenação, pois, que submetida ao exame e à impugnação da parte, com a possibilidade de produzir contraprova.

Seria praticamente inviabilizar a eficácia da proteção dos direitos dos cidadãos, na área dos direitos civis, exigir-se que o Ministério Público, além de obter esses levantamentos prévios, ainda tivesse que repetir a mesma prova em juízo, o que significaria ônus excessivo e repetição desnecessária do que já está provado nos autos”.

Aqui, pois, não se trata de inverter o ônus da prova *ope iudicis*, conforme antes aludido. Trata-se do apro-

⁵⁷ De Camargo Mancuso, Rodolfo. (1992). Em *Ação Civil Pública*. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais. 2ª edição. (p. 86).

⁵⁸ Arts. 129, VI, da CF; 8º, § 1º, da Lei Nº 7.347/85; e 26, da Lei Nº 8625/93.

⁵⁹ Zanella Di Pietro, Maria Sílvia. (1993). *Direito Administrativo*. São Paulo: ed. Atlas. (p. 150).

⁶⁰ Confira-se em Lopes Meirelles, Hely. (1993). *Direito Administrativo Brasileiro*. 18ª edição. Malheiros, São Paulo. (p. 143); Zanella Di Pietro, Maria Sílvia. Ob. cit. (p. 151); e Valle Figueiredo, Lúcia. (1994). *Curso de Direito Administrativo*. Malheiros. São Paulo. (pp. 99 e 100).

veitamento da prova coligida em âmbito do inquérito civil. Não qualquer prova, senão aquela vinda de órgãos públicos com atribuições na tutela ambiental, cujos atos gozam de presunção de legalidade. Não há qualquer óbice ou contradição com o sistema legislativo brasileiro para que a judicialização da prova do inquérito civil seja acolhida.

8. Custas

Diz o art. 18 da LACP: “nas ações de que trata esta Lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais”.

Em julgamento de ACP proposta pelo Ministério Público, a 1ª Câmara Cível do TJRS que o autor, caso sucumbente, deveria suportar os ônus daí decorrentes - na espécie se questionava honorários periciais, sob a justificativa de que ao MP, no exercício da ação civil, tocavam os mesmos poderes e ônus que às partes, ficando apenas eximido de antecipar as despesas processuais enquanto fiscal da lei. A mencionada Câmara excluiu a regra especial da LACP, considerando-a inaplicável e incidente, na espécie, o CPC. (AP nº 592006688, Des. Araken de Assis, j. 16.3.93).

O julgado contrariou a Lei nº 7347/85. Somente haverá condenação em honorários advocatícios, custas e despesas processuais para a associação autora que se houver conduzido com má-fé, vale dizer, que houver ajuizado ação temerária.

No TJRS há farta jurisprudência isentando a parte autora do pagamento de custas e honorários periciais e advocatícios, quando sucumbente na ação, valendo relacionar alguns arestos: AP 70002595775, 2ª CamCiv, Desª Maria Isabel Azevedo Souza, j. 15.8.2002; AI 70004729471, 1ª CamCiv, Dr. Eduardo Uhlein, j. 3.4.2003; AI 70004111712, 4ª CamCiv, Des. Vasco Della Giustina, j. 5.6.2002; AP 70005419585, 3ª CamCiv, Des. Nelson Monteiro Pacheco, j. 13.3.2003.

O STJ, por sua vez, entende haver ofensa à LACP quando os ônus da sucumbência são carreados ao Ministério Público, mas admite possa a Instituição ser nele condenado se tiver agido temerariamente, com má fé:

“Processual Civil. Honorários. Ministério Público. Ação Civil Pública. O Ministério Público não responde por honorários de advogado, em caso de im-

procedência do pedido em ação civil pública, a não ser em caso de comprovada má-fé. Precedentes.” (Resp 422.801, Min. Garcia Vieira, j. 27.8.2002).

Já decidiu, o mesmo Tribunal, porém, que a isenção de custas e honorários não se estende ao processo de execução da ação civil pública.⁶¹

Apesar da clareza da Lei sobre o não adiantamento de custas e honorários, sabe-se que, na prática, reside aí o maior problema de aplicação prática da ação civil pública. É que o Poder Judiciário não conta com um quadro oficial de peritos para a área de meio ambiente, valendo-se, os juízes, de profissionais de sua confiança. Ocorre, então a incompatibilidade do sistema com a realidade. É que, embora não exista adiantamento de honorários, muitos dos experts nomeados pelo juiz acabam declinando do encargo diante de uma parte autora que não adianta honorários periciais. Essa situação, além de estar inviabilizando o ajuizamento de ações pelas associações civis, prejudica a boa formação da prova, avaliada pelos poucos profissionais que aceitam o encargo sem receber adiantamento pelo trabalho. Trata-se de uma verdadeira desqualificação da prestação jurisdicional e comprometimento do acesso à justiça. Outro problema é que essa situação não permite que os peritos se especializem na área ambiental. É muito comum o juiz confiar uma perícia altamente especializada a um profissional inexperiente quando não, inabilitado para a tarefa. É possível mensurar o quanto a indicação de um assistente técnico gabaritado pode influenciar no resultado final da prova.

9. Alcance da sentença

Talvez a grande contribuição que o direito brasileiro possa ter dado ao meio ambiente, além da responsabilidade civil objetiva, da responsabilidade penal da pessoa jurídica e do compromisso de ajustamento, seja a solução legal para a tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, aí incluindo-se os efeitos da sentença nas ações coletivas.

A legislação consagra três espécies de direitos supraindividuais: os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos.⁶²

No contexto deste trabalho é impossível desenvolver a doutrina sobre os interesses difusos. Entretanto, pode-se dizer que a quase totalidade das ações civis públicas ambientais versam sobre interesses difusos e alguma pequena parte, sobre difusos cumulados com individuais homogêneos.

⁶¹ Trata-se do Resp 358.884-RS, Min, Fernando Gonçalves, que entendeu inaplicável a isenção de custas ao processo de execução da ação civil pública, diante de sua autonomia e porque os exequentes eram pessoas físicas e, não o autor da ACP, o Ministério Público (j. 23.4.2002, DJU 13.5.2002).

⁶² Conceituados no art. 81, I, II e III, do CDC.

Como os interesses difusos pertencem a uma pluralidade de titulares, indeterminados e indetermináveis, ligados por circunstâncias acidentais e mutáveis, a sentença de procedência a todos eles aproveita.

É certo, também, que a ação civil pública não pode prejudicar as ações das pessoas que foram lesadas pela mesma atividade ou obra poluidora objeto da ação coletiva.

Então, como ficam os efeitos da ação civil pública com relação a terceiros? Podem eles se aproveitar da sentença de procedência? E, em caso de improcedência, sua ação individual ficaria prejudicada?

A LACP resolveu esta situação dispondo que: “a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”.⁶³

Segundo classificação de DAL PAI MORAES⁶⁴, a solução, é a seguinte para as ações civis públicas que versam sobre **interesse difuso**:

- a. julgada procedente - fará coisa julgada *erga omnes* e qualquer pessoa poderá aproveitar a sentença para, demonstrando o nexo de causalidade de seu direito individual com o dano reconhecido na decisão judicial, fazer sua liquidação por artigos. Caso não queira beneficiar-se da sentença, poderá simplesmente optar pela ação individual;
- b. julgada improcedente por falta de provas⁶⁵ - o ente coletivo que ingressou com a ação pode renová-la, assim como os outros entes coletivos, que não ajuizaram a ação, podem propô-la. É o chamado *non liquet* – não faz coisa julgada *erga omnes*;
- c. julgada improcedente com apreciação da prova⁶⁶ - faz coisa julgada *erga omnes* somente para os entes coletivos (para preservar a segurança jurídica). Não faz coisa julgada para os indivíduos. É o que se denomina de coisa julgada *secundum eventum litis, in utilibus* (esta expressão se aplica aos indivíduos).

Quando a ação versar sobre interesse **individual homogêneo**:

- a. para os entes coletivos - faz coisa julgada tanto no caso de procedência, quanto de improcedência;
- b. para os indivíduos :
 - b.1. - se não há ação individual em trâmite – pode esperar e liquidar a sentença posteriormente;

- b.2. - se já tem ação individual em trâmite – pode **suspender** sua ação individual, aguardando a procedência da ação coletiva para liquidá-la ou **não suspender**, e então, continuando em sua ação individual, abrir mão de qualquer eficácia da sentença coletiva; pode ainda, **se habilitar** na ação coletiva, hipótese em que se submete à coisa julgada *erga omnes* tanto *in utilibus* quanto *in pejus*.

Por fim, a Lei 9.494/97 alterou o art. 16 da LACP para limitar os efeitos da coisa julgada “nos limites da competência territorial do órgão prolator”. Já dissemos anteriormente neste texto que a tentativa de limitação dos efeitos da decisão judicial é ineficaz porque deve-se perquirir qual é a competência do juízo para, então, verificar qual o limite da decisão. Como vimos, para as ações cujo dano seja regional ou nacional, será competente o juízo da Capital de qualquer Estado onde ocorrer o dano, ou do Distrito Federal.

10. Conclusão

Passados 18 anos da promulgação da Lei da Ação Civil Pública já há margem para reflexão sobre sua efetividade como instrumento de garantia dos direitos sociais e transindividuais, bem como ousar prognosticar-se seu futuro na sociedade brasileira.

A Lei nº 7.347/85 foi um marco histórico em nossa legislação. Com as alterações procedidas pelo Código de Defesa do Consumidor, pode-se afirmar que é meio processual extremamente idôneo e efetivo para a defesa dos interesses pertinentes a questões de alta relevância social, de legítimo interesse público, como o meio ambiente.

Se os foros convivem com inúmeras ações civis e se elas contribuem, inclusive, para reduzir o abarrotamento do Judiciário com um sem número de ações individuais, é de questionar-se, qual o futuro da ação civil pública? Está ela consolidada ou sofre algum perigo de enfraquecimento?

A resposta para tal consideração é complexa, na medida em que hoje convivemos com o início do desmantelamento de alguns importantes direitos insculpidos na Constituição democrática de 88, como, v.g., a aposentaria integral do funcionário público por tempo de serviço. Um diploma legal só se consolida e se mantém, se o povo dele se utilizar, ou, como se diz em gíria forense, *se a lei pegar*.

⁶³ Art. 16.

⁶⁴ Op. cit.

⁶⁵ Ver, também, art. 103, I, do CDC.

⁶⁶ A ação é julgada descabida.

Ações civis são propostas e inquéritos civis são instaurados para apurar danos perpetrados nas mais diversas áreas, demandando ou investigando poderosos grupos econômicos, improbos, poder público, poluidores, etc. As reações desses grupos não tardaram a chegar. Limitações ao alcance da sentença, tentativas de impedir o deferimento de liminares contra a Fazenda Pública, foro privilegiado a algumas autoridades, etc. Outros perigos rondam a ação civil pública, como a dificuldade de provar o dano ambiental por ausência de investimento estatal na área e uma defasagem ainda grande do Judiciário na compreensão e aplicação de institutos jurídicos próprios do Direito Ambiental que não sintonizam com uma visão clássica do direito de propriedade.

Em suma, a consolidação da ação civil pública ou seu enfraquecimento depende não só da utilização do instrumento pelos legitimados, como do poder de pressão da sociedade civil sobre os parlamentares, do investimento estatal em meio ambiente, da redução das desigualdades sociais, da repartição do poder político e econômico. Num País como o Brasil, cuja concentração de renda é uma das mais flagrantes em todo o mundo, não se pode ter a ingenuidade de que direitos sociais serão tutelados pela elite política e econômica. O conhecimento e a aplicação da lei precisa ser disseminada ao usuário, sob pena de encastelar-se e não cumprir sua função social.

11. Abreviaturas

AI	– Agravo de instrumento
AP	– Apelação
CamCiv	– Câmara Cível
CC	– Conflito de Competência
CDC	– Código de Defesa do Consumidor
CF	– Constituição Federal
CPC	– Código de Processo Civil
DES	– Desembargador
DJU	– Diário da Justiça da União
J	– Julgado
LACP	– Lei da Ação Civil Pública
MIN	– Ministro
MP	– Ministério Público
MP	– Medida Provisória
MS	– Mandado de segurança
RE	– Recurso Extraordinário
RESP	– Recurso Especial

12. Referências bibliográficas

- Abelha, Marcelo. (2003). *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária.
- Araújo, Lílian Alves de. (2001). *Ação Civil Pública Ambiental*. Rio de Janeiro. Lúmen Júris.
- Burle Filho, José Emmanuel e Gama, Antônio Carlos Augusto. *Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público e Ônus da Sucumbência*. *Revista de Direito Ambiental*, nº 1. São Paulo, RT, jan.-mar. 96. (p.67).
- Campos, Ronaldo Cunha. (1989). *Ação Civil Pública*. Rio de Janeiro: AIDE.
- Cappelli, Sílvia. *A necessidade de inversão do ônus da prova e a responsabilidade do poluidor-degradador do meio ambiente*, tese apresentada no 9º Congresso Nacional do Ministério Público em co-autoria com os colegas Claudio Bonatto e Orci Paulino Bretanha Teixeira. Livro de Teses, tomo I, Salvador, 1º a 4 de setembro de 1992. (pp. 389/397).
- _____. (2000). *Novos Rumos do Direito Ambiental*, in *Temas de Direito Ambiental*. Porto Alegre: ed. AEBA.
- _____. (2003). *Atuação Extrajudicial do Ministério Público na Tutela do Meio Ambiente*, in *Direito Ambiental na Visão da Magistratura e do Ministério Público*. Belo Horizonte: ed. Del Rey.
- _____, Marchesan, Ana Maria e Steigleder, Annelise. (2003). *Possibilidade De Cumulação De Obrigação De Fazer Ou Não Fazer Com Indenização Nas Ações Cíveis Públicas Para Reparação De Danos Ambientais – Análise Dos Pressupostos, Direito Água e Vida*. Anais do 7º Congresso Internacional de Direito Ambiental, volume 2. São Paulo. (p. 23/50).
- Ferraz, Sergio. (2002). *Provimentos Antecipatórios na Ação Civil Pública*, in *Ação Civil Pública*. 15 anos, coord. Edis Milaré. 2ª edição. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais.
- Mancuso, Rodolfo de Camargo. (1992). *Ação Civil Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2ª edição.
- Marinoni, Luiz Guilherme. (2000). *A Antecipação de Tutela*. São Paulo, Malheiros. 6ª edição.
- Mazzilli, Hugo Nigro. (2001). *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. São Paulo, Saraiva. 13ª edição.
- Milaré, Édis. (1995). *Ação Civil Pública*, 10 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- _____. (2001). *Ação Civil Pública*, 15 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Mirra, Álvaro Luiz Valery. (2002). *Ação Civil Pública e Reparação do Dano ao Meio Ambiente*. São Paulo, Jurarez de Oliveira.

- _____. *A Coisa Julgada nas ações para a tutela de interesses difusos*, *Revista dos Tribunais* 631. (p. 71).
- Moraes, Paulo Valério Dal Pai. *A coisa julgada “erga omnes” nas ações coletivas (Código do Consumidor) e a Lei nº 9.494/97*. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, 44, Jan/Mar/2001.
- Nery JRº, Nelson. (1992). *Revista Direito do Consumidor*, vol. 1. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais.
- Revista do Ministério Público. Ação Civil Pública, Tutela dos Interesses Difusos*. Estado do Rio Grande do Sul. Edição Especial, 1986, nº 19. Porto Alegre.
- Revista do Ministério Público*. Edição Especial sobre *Meio Ambiente* nº 27. Porto Alegre, 1992.
- Rodrigues, Geisa de Assis. (2002). *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta*. Rio de Janeiro: Forense.
- Steigleder, Annelise Monteiro. (2002). *Áreas Contaminadas e a obrigação do poluidor de custear um diagnóstico para dimensionar o dano ambiental*. RDA 25, jan/mar.
- Silva, Cláudio Barros. (1996). *Os efeitos da sucumbência ao Ministério Público na ação civil pública*. *Revista do Ministério Público do RS*, n. 36. São Paulo, RT. (p. 259).
- Vigliar, José Marcelo Menezes. (2001). *Ação Civil Pública*. São Paulo: Atlas.

EL CONCEPTO JURÍDICO DE MEDIO AMBIENTE. COMENTARIO AL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA DE 19 DE DICIEMBRE DE 2002, DICTADO EN LA CAUSA ROL N° 612-99, CARATULADA “FISCO DE CHILE CON COMPAÑÍA INDUSTRIAL PUERTO MONTT S.A.”

*por Juan Carlos Silva Opazo**

1. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto realizar una aproximación al concepto de medio ambiente, desde la perspectiva jurisprudencial y en especial al bien jurídico protegido por nuestra legislación ambiental. Tomando para ello el concepto recogido en el fallo de primera instancia que me correspondió redactar, como Juez Subrogante del Segundo Juzgado de Letras de Puerto Montt, en la causa caratulada “Fisco de Chile con Compañía Industrial Puerto Montt”.¹

Sin él animó de ser auto referente, estas notas pretenden plasmar la dificultad que existe en el ámbito jurídico actual, para determinar un concepto definido y claro del bien jurídico protegido por la Ley N° 19.300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente, obstáculo al que me vi enfrentado precisamente al momento de elaborar la decisión y redacción de la sentencia antes señalada.

La preocupación que actualmente conlleva la problemática medioambiental, no tan sólo en el ámbito del Derecho, sino que, en todos los sectores de la sociedad, lo convierte en uno de los temas más sensibles y prioritarios para la actividad del país, tanto en los aspectos sociales, culturales y económicos.

Imprescindible resulta para ello, la existencia de un concepto claro y definido del medio ambiente, a fin de que, estableciendo los elementos que lo integran, sea posible para la labor jurisdiccional determinar con meridiana precisión el bien jurídico amparado por la legislación vigente en Chile.

A través del presente texto pretendo evidenciar el importante papel que le corresponde desempeñar a la Judicatura, específicamente por medio de la institución de la responsabilidad civil extracontractual, instrumen-

to del Derecho Civil para reparar hoy día los daños medioambientales, ya que es precisamente la jurisprudencia de nuestros Tribunales, sobre la base de las pretensiones que se le presenten, la llamada a crear un concepto dinámico y flexible que pueda ser aplicable a cada caso en particular.

Sin embargo, para realizar el análisis anteriormente descrito, será necesario previamente establecer las diversas concepciones que se han dado del medio ambiente, tanto por la doctrina nacional y extranjera, así como por la jurisprudencia nacional y comparada, para posteriormente centrarnos específicamente en la contienda suscitada a raíz de la implementación en la Décima Región del denominado “Proyecto Cascada Chile”, que dio origen a al conflicto jurídico entre el Estado de Chile y la Compañía Industrial Puerto Montt, que culminó con la sentencia de primera instancia de 19 de diciembre de 2002.

2. La definición de medio ambiente en la doctrina y la jurisprudencia

Es del todo evidente tanto en la doctrina como en la jurisprudencia no existe un concepto válido y único de “medio ambiente”.

En concepto de Achurra González la problemática de su conceptualización se da por dos motivos fundamentales: por un lado la extensión que ha alcanzado el término medio ambiente; por otro, la gran variedad de elementos que lo integran.²

A lo anterior se debe agregar la fuerza política y cultural que dicha expresión ha alcanzado en nuestra sociedad y que hace que hoy tal concepto se esté asimilando a tendencias reformistas de nuestra sociedad.

* Juez del Juzgado de Letras y Garantía de Calbuco

¹ Actualmente la sentencia dictada en el proceso Rol Nro. 612-99 “Fisco de Chile con Compañía Industrial Puerto Montt” se encuentra elevada en apelación ante la I. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, por recursos deducidos tanto por el Consejo de Defensa del Estado como por los representantes de la Compañía Industrial Puerto Montt.

² Achurra Gonzales Francisco Javier. (1999). *La Responsabilidad Civil por Daño Ambiental*. Edición Congreso. (p.49).

Se han presentado variadas definiciones, en las cuales es posible encontrar dos elementos fundamentales, los elementos que lo integran y las interrelaciones entre ellos.

La Real Academia Española, de aplicación supletoria en la interpretación de la ley en Chile, define el medio ambiente como “el conjunto de circunstancias físicas que rodean a los seres vivos”, contraponiendo lo físico a lo moral, y haciendo concretamente énfasis en el continente y no en el contenido: animales, plantas y microorganismos que componen los sistemas. Parece ser que lo fundamental es la interacción de continente y contenido funcionando aquél como medio provisor de elementos bióticos y básicos, lo que parece no recoger la definición de la Real Academia.

Sin embargo, para el Derecho lo relevante es la alteración externamente inducida a los ecosistemas, inhabilitándolos o perjudicándolos en la materialización de sus imprescindibles funciones de apoyo a los ecosistemas menores, efecto que puede producirse por causas ajenas al hombre, como las que han desencadenado, por ejemplo, la extinción de especies, pero sobre todo como consecuencia de conductas humanas, que el Derecho Ambiental se propone impedir o reducir.

La doctrina española, atendiendo al bien jurídico protegido, ha distinguido entre concepciones amplias, restringidas e intermedias:

a. Concepciones Amplias

A través de postulados genéricos y abstractos, se ha buscado una protección más intensa del medio ambiente, en este sentido, en palabras de Mateo Rodríguez, el medio ambiente sería “todo aquello que rodea al hombre, lo que le puede influenciar y puede ser influenciado por él”.³

En el mismo sentido el medio ambiente es el “conjunto de los factores que influyen sobre el medio sobre el cual el hombre vive”. A su vez, María Sánchez Migallón lo concibe como “un conjunto de elementos interrelacionados entre sí que hacen posible la vida en general y la humana en particular con perspectivas de futuro”.⁴

En nuestra doctrina nacional, Osvaldo Sunkel señala que el medio ambiente es “el entorno biofísico natural y sus sucesivas transformaciones artificiales, así como su despliegue espacial”. José Luis Cea, al referirse a

nuestra consagración constitucional, lo define como “el sistema compuesto por elementos bióticos y abióticos que rodean naturalmente al hombre y le permiten el desarrollo de su vida”.⁵

Dentro de estas concepciones amplias, destaca el concepto omnicompreensivo adoptado por la Comisión Económica para Europa, en su reunión de Congresos Gubernamentales, celebrada en Ginebra el 25 de agosto de 1970 y que define el medio ambiente como “un conjunto de sistemas compuesto de objetos y condiciones físicamente definibles que comprenden, particularmente, ecosistemas equilibrados, bajo la forma que los conocemos y que son susceptibles de adoptar en un futuro previsible, y con los que el hombre, en cuanto punto focal dominante, ha establecido relaciones directas”.

b. Concepciones Restringidas

Básicamente estas, en términos simples, limitan la protección ambiental a la tutela del aire y del agua, con exclusión del resto de la naturaleza.

En la doctrina Italiana, los delitos contra el medio ambiente representan la ofensa a un conjunto de bienes, que se resumen en los elementos fundamentales del ambiente biológico en el que nacen y se conservan los seres vivos; ambiente que está especialmente representado por la atmósfera y por el agua, que son condiciones imprescindibles de la vida sobre el planeta.⁶

En la doctrina española, Ramón Martín Mateo define el medio ambiente como “los elementos naturales de titularidad común y de características dinámicas; el agua y el aire, a cuya tutela reconduce toda la problemática de la protección ambiental”.⁷

c. Concepciones Intermedias

Frente a estas definiciones omnicompreensivas y estrictas, la doctrina mayoritaria ha optado por definiciones intermedias y de carácter descriptivo.

Dentro de la doctrina alemana, Albin Eser, define el medio ambiente como “los elementos biológicos que constituyen el entorno natural dentro del cual se desenvuelve la vida del hombre”.⁸

Por su parte los autores italianos, encabezados por Giannini, individualizan tres vertientes en las cuales el término ambiente recibiría significados diversos, en cuanto conservación del paisaje, ya sea natural u obra

³ Mateos Rodríguez Arias Antonio. (1992). *Derecho Penal y Protección del Medio Ambiente*. Madrid: Editorial Colex. (p.32).

⁴ Sánchez Migallón María. (1986). *El Bien Jurídico Protegido en el Delito Ecológico*. Editorial Edersa. (p. 335).

⁵ Cea, José Luis. (1988). *Tratado de la Constitución de 1980*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. (p.331)

⁶ Pizarro Torrealba, Eduardo; Pino Reyes Octavio. (2001). *Responsabilidad Civil Extracontractual por Daño Ambiental*. Editorial Cono Sur. (p.42).

⁷ Pizarro Torrealba, Eduardo; Pino Reyes Octavio. ob.cit. (p.42).

⁸ Albin Eser, cita de Achurra Gonzalez, Francisco José. Ob.cit. (p.53).

del hombre, en cuanto normativa relacionada con la defensa del suelo, del aire y del agua; y en cuanto objeto de disciplina urbanística. Es decir, expresa la idea de medio ambiente, como objeto de normas jurídicas, objeto que se diversifica en tres tipos de elementos, paisaje, recursos naturales y urbanismo.

Finalmente, en España Enrique Bacigalupo define el medio ambiente como “el mantenimiento de las propiedades del suelo, el aire y el agua. Así como de la fauna y de la flora y de las condiciones ambientales de desarrollo de estas especies, de tal forma que el sistema ecológico se mantenga con sus sistemas subordinados y no sufra alteraciones perjudiciales”.⁹

d. Definiciones Legales y Jurisprudenciales en Nuestro Derecho

Nuestra Carta Fundamental en su artículo 19 N° 8, conjuntamente con la Ley N° 19.300, establecen lo que se entenderá por medio ambiente.

En efecto la Constitución “asegura a todas las personas... el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza”.

La Ley de Bases del Medio Ambiente, en su artículo 2 letra II), lo define como “El sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química, o biológica, socioculturales y sus interacciones en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones”.

Del texto legal podemos inferir que la norma positiva recoge un concepto amplio u omnicompreensivo de medio ambiente, pues sin enumerar sus elementos, subordina la idoneidad del medio ambiente al desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones.

En consecuencia, no encontramos en posición de afirmar que la disposición legal citada, postula la integración dentro del ambiente de los elementos materiales e inmateriales: urbanísticos, paisajísticos, estéticos, histórico-patrimoniales, artísticos, sociales, culturales, políticos, educativos y lúdicos, así como las propias relaciones entre todos los elementos medioambientales. En suma, nuestra Ley de Bases, a nuestro juicio, postula como medio ambiente, todo aquello que pueda influir, positiva o negativamente, en la vida del hombre o en la propia calidad de la misma.

A diferencia de lo anterior, la Excelentísima Corte Suprema, al pronunciarse sobre una acción de protección

en el caso hoy emblemático del Lago Chungará, señala que “el medio ambiente, el patrimonio ambiental, la preservación de la naturaleza de que habla la Constitución y que ella asegura y protege, es todo lo que naturalmente nos rodea y que permite el desarrollo de la vida y tanto se refiere a la atmósfera y la tierra y sus aguas, flora y fauna, todo lo cual conforma la naturaleza, con sus sistemas ecológicos de equilibrio entre los organismos y medio en que viven”.¹⁰

A nuestro entender, a diferencia del legislador, nuestro más alto Tribunal conceptúa el medio ambiente, sólo desde una perspectiva física y biológica, centrando su definición en una concepción biótica, pues solo integra en dicha definición elementos relacionados con el desarrollo de los seres vivos (hombres, animales y plantas) y la preservación de los ecosistemas naturales, representados fundamentalmente por la atmósfera, sus tierras y aguas.

Como se ha podido apreciar en nuestro derecho, por un lado tenemos una concepción normativa legal amplia de medio ambiente y, por otro, nuestra incipiente jurisprudencia, sobre todo en materia de recurso de protección, ha restringido el concepto sólo a aquello que dice relación con el entorno natural o mejor dicho a los ecosistemas en los que se desenvuelve la vida, pero sólo en su aspecto biológico, dejando de lado los elementos inmateriales: urbanísticos, paisajísticos, estéticos, histórico-patrimoniales, artísticos, sociales, culturales y políticos, que anteriormente señalamos, como integrantes también del patrimonio medioambiental, y que cobran especial importancia en el caso del llamado Proyecto Cascada Chile, que analizaremos en las líneas siguientes.

3. El proyecto Cascada Chile

a. Los Hechos

El año 1998 la Empresa Compañía Industrial Puerto Montt S.A., representada por Robert R. Crawford, comenzó a desarrollar un proyecto de construcción de una planta astilladora, una fábrica de tableros de madera y un puerto industrial en la zona denominada Bahía Ilque, ubicada a 20 kilómetros al sudeste de la ciudad de Puerto Montt. Para llevar adelante dicho proyecto, conocido como “Cascada” o “Cascada Chile”, la empresa realizó obras de apertura de caminos utilizando para tal fin maquinaria pesada, con lo que causó la destrucción de los sitios arqueológicos emplazados en el lugar, identificados como Ilque 1 e Ilque 2, constatándose dichos daños en el mes de agosto de 1998.

Los sitios arqueológicos señalados se encuentran localizados en la denominada Bahía Ilque y consisten en

⁹ Bacigalupo Enrique. (1981). *La instrumentación Técnico Legislativa de la Protección del Medio Ambiente*. Estudios Penales y Criminológicos. Vol. V. (p.200)

¹⁰ Revista “Gaceta Jurídica”. (1985). Issue 66. (p.29)

un extenso Conchal de un largo cercano a los 350 metros por un ancho promedio de 50 metros, con una potencia estratigráfica máxima de 3 metros. El Conchal, a su vez, se subdivide en dos sectores al Oeste y al Este de un estero que los separa. Distinguiéndose tres capas mayores de Conchales superpuestas y separadas entre sí por estratos estériles. A su vez, el sitio arqueológico Ilque 2, se compone de diez concentraciones discontinuas de conchas dispuestas en un área de 100 metros por 95 metros. Las concentraciones aparecen en una sola plana, aproximadamente a 40 metros sobre el nivel del mar, cerca de 200 metros al sur de la Bahía Ilque 1.

Dichos sitios arqueológicos corresponden a restos de antiguos asentamientos humanos presumiblemente de la época del arcaico en torno a 5.000 o 6.000 años antes de nuestra era. El estudio de esta clase de restos arqueológicos ha sido determinante en el entendimiento de los hábitos, costumbres y evolución de las tribus que ahí habitaban, constituyendo depósitos de restos bivalvos marinos, principalmente almejas, navajuelas, cholgas, ostras y lapas, además de restos otáridos (lobos marinos, aves y peces).

El daño denunciado se tradujo en que, a través de la intervención de maquinaria pesada, se había ocasionado un daño significativo al patrimonio arqueológico nacional, pues la destrucción de dichos restos arqueológicos significaba la imposibilidad de generar una investigación completa de las condiciones de vida de los habitantes primitivos del sector. Dicho daño se materializó en una zanja de 3 metros de profundidad que corta en dos la parte más gruesa del Conchal de Ilque 1, la excavación de un canal de 110 metros de largo por 1,4 metros de ancho en el sector sud este, una excavación de 6 por 6 metros con una profundidad de 1,60 metros que expuso el perfil del sitio de 50 centímetros, y la excavación de dos pozos de 1,5 por 2,0 metros con una profundidad de 1,2 metros.

En el mes de diciembre de 1998 el Consejo de Defensa del Estado, por intermedio de la Procuraduría Fiscal de Puerto Montt, dedujo demanda civil, en juicio sumario, de reparación del daño ambiental y de indemnización de perjuicios por daño ambiental en contra de la Empresa Compañía Industrial Puerto Montt S.A., por la grave afectación inferida a los sitios arqueológicos Ilque 1 e Ilque 2.

b. Presupuestos de la Acción Ambiental Deducida por el Estado de Chile

Según la demanda deducida por el Fisco de Chile, los sitios arqueológicos destruidos, detentan una doble protección, pues constituyen bienes nacionales con el carácter específico de monumentos arqueológicos de propiedad del Estado y al mismo tiempo, forman parte invaluable del medio ambiente al que pertenecen, según el concepto de medio ambiente establecido por el artículo 2 letra II) de la Ley N° 19.300 sobre Bases del Medio Ambiente.

Señaló el demandante que, concurrían todos los presupuestos para hacer efectiva la responsabilidad ambiental de la Compañía Industrial Puerto Montt. S.A., toda vez que existió culpa o dolo de la demandada, ya que teniendo conocimiento de la existencia y valor arqueológico de los sitios Ilque 1 e Ilque 2 realizó trabajos de apertura de caminos dañando en forma significativa e imprudente dichos sitios de valor arqueológico, con lo que se habrá materializado un daño ambiental significativo, entendido éste como el perjuicio o menoscabo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus elementos.

Finalmente, el Fisco de Chile sostuvo que ha existía relación de causalidad, puesto que la intervención de la maquinaria pesada, provocó en forma directa los daños irreparables a dicho monumento arqueológico. Tales daños quedaban en evidencia en atención a la cantidad de material removido y a la profundidad de la fosa. De esta forma, si la empresa demandada no hubiere iniciado los trabajos de apertura de caminos sobre los sitios arqueológicos el daño no se habría producido.

El demandante solicitó en su oportunidad la reparación inmediata e integral, en la manera de que fuere posible revertir el daño, de los sitios arqueológicos Ilque 1 e Ilque 2 y una indemnización de perjuicios ascendente a la suma de \$ 400.000.000.

c. Defensas esgrimidas por la Compañía Industrial Puerto Montt S.A.

En la oportunidad procesal correspondiente la empresa demandada sostuvo, en primer lugar, que adoptó todas las medidas necesarias para impedir los daños sucesivos a los sitios arqueológicos situados en la Bahía Ilque, informando oportunamente a las autoridades competentes el hallazgo de los mismos y solicitando las instrucciones o la adopción de medidas concretas para su preservación.

Igualmente, señaló que no existió culpa en su actuar, toda vez que no existió la intención inequívoca de causar el daño, descuido o negligencia imputable, pues no estuvo en condiciones de representarse anticipadamente las consecuencias que ocasionaría el movimiento de tierras a raíz de la cual se produce el hallazgo de los Conchales, pues ni ella ni autoridad alguna tenía antecedentes sobre el presunto valor arqueológico de los sitios Ilque 1 e Ilque 2.

Finalmente, sostuvo que no existió un daño significativo a los sitios arqueológicos Ilque 1 y 2, pues sólo afectó a una parte ínfima de los mismos, todo ello sin perjuicio que la intervención de los Conchales se ha visto profundizada y exacerbada por la acción de la naturaleza y por la inacción que ha demostrado el Consejo de Monumentos Nacionales, quien no demostró ningún interés por llevar a cabo medidas de mitigación de los presuntos daños a los Conchales intervenidos o de conservación de los mismos.

4. Análisis de la sentencia de primera instancia recaída en el proceso caratulado “Fisco de Chile con Compañía Industrial Puerto Montt S.A.”

a. Concepto de Medio Ambiente Recogido en la Sentencia

En primer término, al momento de resolver el conflicto jurídico sometido al conocimiento del Tribunal, correspondía establecer si efectivamente los denominados sitios arqueológicos de Bahía Ilque se encontraban dentro de la esfera de protección de la ley positiva, atendido los diversos conceptos y elementos integrantes del medio ambiente, reconocidos por la doctrina y la jurisprudencia, y atendida la falta de uniformidad existente en la materia, situación ya apreciada en los párrafos precedentes.

En éste sentido, el fallo en su considerando decimotercero, luego de reseñar las diversas concepciones doctrinales y jurisprudenciales respecto de la definición de medio ambiente, afirma que nuestra ley positiva a partir del concepto recogido en la Ley 19.300 sobre Bases del Medio Ambiente, extiende su campo de aplicación y protección a una serie de elementos integrantes del entorno en que se desarrolla la vida del hombre, dejando de lado las concepciones restrictivas del medio ambiente y optando por una concepción amplia del mismo.

Considerando DECIMOTERCERO: “Que, para los efectos de este fallo, obviamente el concepto de medio ambiente que nos interesa, es el establecido en la Ley de Bases del Medio Ambiente, el cual se engloba dentro de aquellas concepciones amplias que hemos señalado, razón por la cual el ámbito de protección del mismo del daño sufrido, no solo se restringe a los aspectos biológicos o físicos, si no por el contrario extiende su protección a aquellos elementos que dicen relación con el Medio Ambiente en su sentido socio cultural, es decir, protege también el aspecto urbanístico, los monumentos, el paisaje, las realizaciones de ingeniería y todos aquellos aspectos sociales y culturales en general”.

Es posible advertir, en consecuencia que, dicha sentencia de primera instancia no sólo restringe la protección medioambiental, a los elementos biológicos, bióticos o físicos del entorno, sino que, por el contrario encuadra la protección dada por el legislador a los aspectos inmateriales: urbanísticos, paisajísticos, estéticos, histórico-patrimoniales, artísticos, sociales, culturales y políticos.

Desde ese punto de vista, queda claro que los monumentos arqueológicos de Bahía Ilque son objeto de protección por parte del Derecho. En efecto, se concluye que dichos sitios arqueológicos de Bahía Ilque 1 y 2 constituyen elementos determinantes y fundamentales para la comprensión de los hábitos, costumbres y evolución de las tribus que ahí habitaban. Así, los sitios dañados forman parte de un contexto de lugares de alto valor arqueológico que analizados en su con-

junto permiten conocer la vida cotidiana de los antiguos habitantes de nuestro territorio.

Lo anterior se ve reafirmado por la disposición del artículo 11 letra f) del Decreto Supremo N° 30 Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, publicado en el Diario Oficial de 3 de abril de 1997, al establecer la pertinencia y obligación de contar con un Estudio de Impacto Ambiental a las actividades y proyectos enumerados en el artículo precedente, cuando “exista alteración de monumentos, sitios con valor arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural.”

b. Elementos de la Responsabilidad por Daño en la Ejecución del Proyecto Cascada Chile

Establecido el concepto de medio ambiente atinente al conflicto sometido al conocimiento del Tribunal, en los considerandos siguientes el fallo de la instancia establece los supuestos de la responsabilidad por daños, que configuran la obligación de la demandada Compañía Industrial Puerto Montt S.A. de indemnizar al Estado por la afectación de los sitios Ilque 1 e Ilque 2.

Al respecto el considerando decimonoveno señala **“Que, de ésta forma, a partir de los artículos 1437, 2284, 2319 y 2329 del Código Civil, se ha establecido como elementos en nuestro medio nacional constitutivos de responsabilidad civil los siguientes:**

a.- Una acción u omisión ilícita, b.- causada con dolo o culpa; c.- por una persona capaz; d.- que esta actuación u omisión produzca un daño; y e.- que entre la acción u omisión ilícita y el daño exista una relación de causalidad.

Queda claro entonces, que nuestra legislación positiva, obedece a la adopción de la teoría clásica de la culpa o sistema subjetivo, en contraposición al llamado sistema objetivo que ha estado en boga en la doctrina en los últimos años, y que en materia ambiental ha propugnado por imponerse para los efectos de establecer la responsabilidad por daños producidos al medio ambiente.

En este sentido, la Ley de Bases del Medio Ambiente en su artículo tercero señala: “Sin perjuicio de las sanciones que señala la Ley, todo el que culposa o dolosamente cause daño al medio ambiente, estará obligado a repararlo materialmente a su costo, si ello fuera posible, e indemnizarlo en conformidad a la Ley”. Queda claro entonces, que no se ha apartado del sistema de responsabilidad por culpa establecido por el Código Civil.”

b.1. El Daño Ambiental Significativo

El primer elemento generador de la responsabilidad extracontractual de la compañía demandada lo constituye el daño entendido este en los términos del artículo 2 de la Ley N° 19.300 sobre Bases del Medio Ambiente como:

“toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes”.

En este punto, para efectuar la calificación del contenido del daño ambiental establecido en la Ley, en especial la concurrencia de la característica de “significación”, se han sostenido dos posiciones: la primera de ellas consiste en encomendar a la jurisprudencia, sobre la base de las acciones que promueven los particulares, el ir fijando caso a caso el contenido del daño. La segunda consiste, en fijar legislativamente normas de calificación, cuya satisfacción constituya, de pleno derecho, un daño ambiental, con lo que se entregaría a los Tribunales elementos objetivos respecto de los cuales decidir. Sin embargo, se ha estimado por los autores que han tratado el tema, que esta solución adolece de un grave defecto consistente en que generalmente estas normas quedarán obsoletas ante la velocidad con que la vida actual va creando nuevas formas de alteración de nuestro medio ambiente.

Que, atendido lo anterior se ha estimado que corresponde, precisamente, a la jurisprudencia, sobre la base de las pretensiones que se le presenten, ir creando un concepto dinámico y flexible que pueda ser aplicable a cada caso en particular. En este sentido, tomando en consideración el concepto global de medio ambiente que se estableció en la sentencia que resolvió la situación provocada por afectación del patrimonio arqueológico de Bahía Ilque y el concepto de daño ambiental dado por la Ley, se estimó que el menoscabo o detrimento significativo del medio ambiente, no sólo dice relación con el aspecto biológico o físico de los elementos que constituyen el medio ambiente, sino que también constituye daño ambiental significativo, la pérdida, detrimento o menoscabo de aquellos elementos socio-culturales que interactúan con el sujeto como ente individual o colectivo y el ámbito que lo rodea.

Razonando del modo expuesto, la sentencia de primera instancia en el llamado caso “Cascada”, en su considerando vigésimo sexto dio por establecido el daño ambiental significativo a los sitios arqueológicos de Bahía Ilque en los siguientes términos: **“Que, teniendo presente el concepto de daño ambiental establecido en el considerando precedente, a través de la prueba rendida en autos, se encuentra establecido que los sitios de Bahía de Ilque, en cuanto sitios de valor arqueológico, han sufrido un daño de carácter significativo en los términos antes señalados. En efecto, el valor arqueológico de los sitios de Bahía de Ilque, ha quedado demostrado por los informes agregados a autos, emitidos por los arqueólogos doña Ximena Navarro y don Mario Vásquez M., informes que coinciden en señalar que tales sitios demuestran la existencia de asentamientos humanos desde épocas pre-cerámicas, lugares habitacionales de multi actividad, en donde se procesaron y descartaron alimentos (restos de conchas - fogones), se elaboraron y descartaron artefactos y se realizaron enterramientos humanos. De esta forma, tales sitios**

documentan más de cinco mil años de historia, siendo un hito clave para entender la prehistoria del área y la región.

Igualmente, el estudio de Impacto Ambiental elaborado por la Consultora contratada por la propia Empresa demandada, en el documento denominado “Aspectos Arqueológicos y Culturales del Proyecto Cascada Chile”, elaborado por la arqueóloga Nuriluz Hermosilla, da cuenta del hallazgo de un sitio de valor arqueológico, dentro de los Estudios que se hacían por encargo de la propia demandada en el lugar, que describen el valor arqueológico y científico de tales sitios en el cual, se encuentran diversos estratos de conchas acumuladas, restos fósiles, punta de proyectil y otro. Califica el lugar en la página 20 de su informe como sitio arqueológico indicando que las obras proyectadas por la Empresa tendrán un impacto negativo de largo plazo, de extensión puntual, de intensidad muy alta, produciendo un grado de perturbación de carácter fuerte y de tipo irreversible.

Que, en el mismo sentido, las declaraciones prestadas como testigos de los propios arqueólogos que elaboraron los informes señalados precedentemente, son coincidentes en señalar el valor arqueológico patrimonial de los sitios Bahía Ilque 1 y 2, pues no existen estudios previos arqueológicos en la zona de tal extensión, sitios únicos que permiten la conservación de restos orgánicos, lo que posibilita la oportunidad única de establecer reconstrucciones paleo ambientales y culturales, de las cuales no se tiene conocimiento y constituyen un patrimonio de la Nación. En el mismo sentido, representan un testimonio único e irremplazable de la ocupación prehistórica del área, destacando que el Conchal presenta un tremendo potencial arqueológico por el gran volumen de bio-masa representado en los restos allí depositados.

Que, de esta forma, acreditado el valor arqueológico patrimonial de los sitios en cuestión y habiendo la propia Empresa reconocido en su escrito de contestación la afectación de tales lugares, a juicio del Tribunal ha quedado demostrado que tal intervención ha producido un daño significativo en los términos que establece la Ley de Bases del Medio Ambiente, pues se ha afectado y menoscabado recursos que tienen un valor intrínseco para el estudio, análisis y comprensión de los elementos socio-culturales de asentamientos humanos de carácter arcaico, los que obviamente revisten la mayor importancia para el Estudio Arqueológico y entendimiento de los mismos, los cuales, se vieron afectados de manera importante por efecto de la intervención realizada por la Empresa demandada.”

b.2. El Elemento Culpa en el Accionar del Autor del Daño

En éste aspecto, lo relevante dice relación con el conocimiento que la empresa demandada tenía sobre el

valor arqueológico de los Conchales de Bahía Ilque y, por otra parte si se representó y le era posible prever el daño que podría ocasionar a los mismos, al momento de ejecutar las obras del proyecto. Puesto que uno de los argumentos principales de su defensa se funda precisamente en el desconocimiento de la existencia y valor arqueológico de los Conchales de Bahía Ilque, pues los mismos, no se encontraban incluidos en el catastro elaborado por el Consejo de Monumentos Nacionales ni por otra autoridad competente.

Sin embargo, tal argumentación fue descartada por cuanto en el juicio se logró establecer que al momento de la intervención de los Conchales de Bahía Ilque, la demandada conocía previamente su valor patrimonial y arqueológico, así como el irreparable daño que se causaría a los mismos con la ejecución de las obras del proyecto.

Considerando vigésimo noveno **“Que, en este ámbito de la responsabilidad, debemos determinar si efectivamente la conducta dañosa le es imputable a la Empresa demandada. En ese sentido, es menester dejar establecido que, a través de la prueba rendida en autos, en especial, el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Cascada Chile, en el informe elaborado por la Arqueóloga doña Nuriluz Hermosilla, se dejó constancia del hallazgo de Ilque 1 como sitio de valor arqueológico el día 3 de diciembre de 1997, así dan cuenta las páginas 1-12, 8-47 y el acápite 8.4.4, Arqueología, que expresa que se detectó la presencia de dos sitios arqueológicos que resultarían directamente impactados por las obras, con el resultado cierto de su demolición total. Según dicho documento, a esa fecha aún no se había producido la mayor parte de los daños que se señalan en este juicio, pues la zanja que señala el Fisco de Chile, como fundamento de su demanda, no aparece dentro de dicho informe.**

Que, de esta forma, encontrándose establecido en el propio informe elaborado por la Consultora contratada por la Empresa demandada para elaborar su Estudio de Impacto Ambiental, la circunstancia de que los sitios de Bahía de Ilque presentaban un valor arqueológico y que se verían afectados por la intervención de las obras del proyecto, es dable estimar que en ese momento, al ser informada la Empresa de tal hallazgo, debía tomar todas las precauciones y providencias necesarias para evitar los daños que se produjeron con su intervención posterior, al fijar las líneas de base del Proyecto Cascada Chile. En este sentido, con el instrumento antes señalado, el cual se aprecia conforme a las reglas de la sana crítica, ha quedado demostrado que pese a tener conocimiento previo del hallazgo de los sitios arqueológicos de Bahía Ilque, igualmente, no tomó en su oportunidad las medidas o prevenciones necesarias para evitar el daño posterior que se le imputa.

Que, de esta forma, la defensa de la demandada en cuanto a que el daño se produjo, precisamente con ocasión de las labores efectuadas para el Estudio de Impacto Ambiental, debe ser desestimada, pues se ha probado en juicio que la Empresa tenía conocimiento del valor arqueológico de tales sitios, antes de su intervención posterior. Igualmente, se deberá desestimar la circunstancia de que los sitios de Bahía Ilque, no se encontraban catastrados por los organismos públicos pertinentes, ya sea Ministerio de Obras Públicas y Consejo de Monumentos Nacionales, pues ésta argumentación no puede ser una excusa para su falta de cuidado y prevención en cuanto a la intervención de los sitios, pues ya tenía conocimiento previo del valor arqueológico y patrimonial de los mismos.

Que, de esta forma ha quedado establecido que la demandada obró con culpa, en los términos señalados en el considerando vigésimo séptimo, pues ha habido falta de diligencia, en cuanto ha existido omisión de la diligencia o cuidado exigibles en la situación de hecho tratada, pues si hubiera existido ésta, podría haberse evitado el resultado dañoso y no querido que se causó a los sitios de Bahía Ilque 1 y 2. En el mismo sentido, ha existido una falta de previsibilidad de las consecuencias de sus actos, pues la Empresa se encontraba en condiciones de haber podido o debido prever el resultado dañoso que se le imputa”.

b.3. Relación de Causalidad

Finalmente, respecto a la concurrencia de relación de causalidad entre el hecho doloso o culposo y el daño, de acuerdo a la prueba que se rindió en el proceso y lo dispuesto en la norma del artículo 52 de la Ley N° 19.300, la relación de causalidad entre la acción de la Empresa demandada y el daño producido a los sitios de Bahía Ilque, se encuentra amparada por la presunción de responsabilidad de tal norma, pues con su actuar infringió normas que dicen relación con la conservación, preservación y protección ambiental. Igualmente, no respetó las normas pertinentes de la Ley N° 17.228, pues intervino un sitio arqueológico que por sus características socio-culturales se encuentra contemplado dentro de la definición que la Ley ha dado de medio ambiente.

En efecto, la sentencia de primera instancia estableció que la empresa demandada efectuó una acción culposa que provocó daños en el medio ambiente en su concepto socio-cultural, pues su intervención directa en los sitios de Bahía Ilque provocó la alteración significativa de los mismos, lo que conlleva la pérdida de parte de los contextos culturales allí presentes y de indicadores paleo-ambientales y restos de materiales significativos para el estudio científico de los asentamientos preexistentes en la zona.

Hemos visto en consecuencia, que en el llamado caso “Cascada” concurrieron todos los elementos estableci-

dos por el Derecho, para hacer efectiva la responsabilidad de la empresa Compañía Industrial Puerto Montt S.A. y, en consecuencia, su obligación de indemnizar al Estado por la afectación significativa del patrimonio arqueológico nacional, representado en este caso concreto, por los Conchales de Bahía Ilque, con lo cual correspondía entonces al sentenciador hacerse cargo de determinar la cuantía de la indemnización, proceso complejo que fue asumido tomando en consideración los diferentes aspectos de las posiciones jurídicas de ambas partes, en la forma que a continuación se reproduce:

Considerando trigésimo tercero **“Que, establecida la obligación de indemnizar para la demandada, es menester determinar la cuantía de tal indemnización. Que, para tales efectos este sentenciador considerará diversos factores que han sido acreditados en el proceso:**

- a.- La existencia efectiva del daño el cual se encuentra acreditado tanto por los informes arqueológicos ya reseñados, las declaraciones de los testigos y por las fotografías agregadas al proceso. A partir de ello consta que efectivamente, en los sitios de Bahía Ilque, se produjo una intervención con maquinaria pesada lo que provocó la apertura de una zanja de 110 metros de largo, de 1,4 metros, la excavación de dos pozos de 1,5 por 2,0 metros con una profundidad de 1,2 metros y la remoción de una extensa superficie de los estratos superiores del Conchal.
- b.- Que, la reparación del daño debe ser íntegra, en este sentido ésta debe ser completa, igual al daño que se produjo debiendo quedar el patrimonio de la víctima como si el daño no se hubiera producido.
- c.- Que, en este sentido se encuentra probado igualmente en autos, el valor arqueológico y patrimonial de los sitios afectados, de tal manera que la reparación debe necesariamente apreciar tal elemento al momento de fijar la cuantía de la indemnización.
- d.- Que, igualmente, se tendrá especialmente presente que si bien es cierto ha existido por parte de la Empresa demandada una acción imputable a la misma que ha provocado un daño ambiental, no es menos cierto que de los antecedentes que arroja el proceso, una vez producida la intervención, por parte de la demandada, las autoridades competentes no tomaron las medidas pertinentes a objeto de resguardar y evitar que dichos daños aumentaran o evolucionarán por efecto de los fenómenos propios de la naturaleza. Que, en este sentido la demandada acreditó en juicio, a través, de los documentos rolantes a fs. 195 y siguientes y las declaraciones de sus testigos de fs. 403 y siguientes, que en diversas ocasiones se dirigió a los organismos

pertinentes a fin de que éstos le proporcionaran los medios o indicaciones técnicas con el objeto de evitar que la envergadura de los daños de los Conchales de Bahía Ilque aumentara por efecto de los fenómenos naturales de la zona.

Que, atendido lo anterior, tal como se encuentra acreditado en el proceso, y aplicando las normas de la sana crítica, entendida ésta como las normas lógicas de la recta razón, no es posible para este Sentenciador fijar la cuantía de la indemnización en un monto como el solicitado en la demanda, pues igualmente estima que los organismos estatales, llámese Consejo de Monumentos Nacionales y COREMA, tampoco, según los datos que arroja el proceso, tomaron en su oportunidad las medidas necesarias tendientes a evitar que el daño provocado por la intervención de la Empresa demandada aumentare a grados tales que hicieran irreversible los efectos causados a los sitios Arqueológicos de Bahía Ilque 1 y 2, cuestión ésta última, que el Tribunal apreciará al momento de regular la cuantía de la indemnización por el daño provocado”.

5. Conclusiones

- a. La necesidad de conceptuar lo que debe entenderse por medio ambiente, resulta del todo necesaria, para limitar su ámbito de estudio y poder así establecer qué conductas le pueden resultar lesivas y determinar así hasta donde llega la obligación de reparar el daño ocasionado.
- b. La dificultad para dar un concepto único y satisfactorio esta dado por el hecho que el medio ambiente es una realidad compleja conformada por distintos elementos, naturales o producidos por la obra del hombre.
- c. La legislación positiva chilena, en especial la Ley de Bases del Medio Ambiente, postula la integración dentro del concepto de medio ambiente de los elementos materiales e inmateriales: urbanísticos, paisajísticos, estéticos, histórico-patrimoniales, artísticos, sociales, culturales y políticos, educativos y lúdicos, así como las propias relaciones entre todos los elementos medioambientales. En suma, nuestra Ley de Bases, a nuestro juicio, postula como medio ambiente, todo aquello que pueda influir, positiva o negativamente, en la vida del hombre o en la calidad de la misma.
- d. Corresponde precisamente a la jurisprudencia de nuestros Tribunales, la adaptación del concepto de medio ambiente y de los elementos que lo integran en forma casuista a las nuevas situaciones que se presenten como resultado de la evolución del hombre y su entorno social, de manera de brindar al medio ambiente la efectiva protección que nuestra Constitución Política asegura.



Procesos constitucionales
y protección ambiental
en Latinoamérica
(legitimación, medidas
de urgencia y prueba,
costos y costas,
efectos de la sentencia).



PROCESOS CONSTITUCIONALES Y PROTECCIÓN AMBIENTAL EN MÉXICO

Legitimación, medidas de urgencia y prueba, costos y costas, alcance de la sentencia

por Neófito López Ramos*

1. Introducción

La tendencia hacia la constitucionalización del derecho al ambiente sano y adecuado para el bienestar y desarrollo de la persona, es muestra de su carácter prioritario como valor social y cultural predominante que ha motivado en Latinoamérica los procesos de reforma constitucional.¹ El objeto de este derecho es el ambiente, entorno vital del hombre, que comprende elementos bióticos y abióticos² y la reparación del daño causado a los recursos naturales.

Ese reconocimiento genera la cuestión de si tiene o no la naturaleza propia de un derecho fundamental; de ser así, dado su contenido quedaría en un primer nivel, al lado del derecho a la vida y la libertad, porque sin ellos la persona no podría gozar plenamente de los otros derechos tanto patrimoniales como no patrimoniales; por tanto, los demás derechos del hombre quedarían supeditados al del medio ambiente. El núcleo de protección que se irradia por ese objeto tiende a limitar, por la particular dimensión de su contenido interdisciplinario, los demás derechos.

Para Carmona Lara³, se trata de un principio general del derecho que ha sido constitucionalizado, lo que implica que es un principio rector o guía para el ejercicio de otros derechos fundamentales.

Como principio nuclear, proyecta y redimensiona otros derechos constitucionales: el derecho de propiedad; el derecho al desarrollo sustentable; a la educación; a la familia; a la igualdad; al trabajo e industria, el derecho de tránsito y residencia, esto es, afecta el ejercicio de los derechos citados y les dota de nuevas modalidades de disfrute.⁴

El derecho al medio ambiente sano, tal y como se encuentra en diversos ordenamientos constitucionales, implica que se reconoce a cada persona la existencia y titularidad de un derecho que trasciende al interés particular o individual, porque atañe a una materia que es de grupo o colectiva, y por ende, atribuye un derecho que también es colectivo o difuso, por lo que requiere una defensa adecuada mediante procesos constitucionales; y en vía ordinaria, judicialmente o en sede administrativa a través de acciones o recursos, y la ley los debe desarrollar y establecer expresamente para su protección.

Esta tendencia de reconocer derechos colectivos o de grupo queda comprendida en la ideología de un pleno Estado de derecho y de democratización del poder, existente en el mundo, cuya apertura permite la introducción de nuevos valores políticos y sociales; de manera que no es ajeno a ese movimiento, el aspecto de la protección al ambiente.

Raúl Canosa Usera, señala al respecto:

“La regulación constitucional de lo ambiental es un acontecimiento reciente (en los años setenta) y tiene lugar, paradójicamente, no en los países más sensibilizados con los problemas ambientales sino en aquellos otros cuyos procesos de transición a la democracia (Grecia, Portugal y España) vinieron acompañados del prurito regulador de todo lo nuevo. La siguiente oleada ya viene en los años noventa en los países del Este de Europa y en las reformas constitucionales iberoamericanas. El contexto en los años noventa es más acuciante al haber alcanzado los problemas ambientales una nitidez indiscutible.”⁵

* Magistrado del Poder Judicial Federal, México.

¹ Véase Carbonell, Miguel. (2001). *La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*. México: Porrúa. (p. 203).

² Cafferatta, Néstor A. (septiembre 2003). *Ambiente y patrimonio común: Bienes Públicos Colectivos*. Argentina: obra inédita. (p. 2).

³ Carmona Lara, María del Carmen. *Derechos en relación con el medio ambiente*. México: UNAM. (p. 20).

⁴ También de Carmona Lara, María del Carmen. (2002). *El derecho a un medio ambiente adecuado en México. Evolución, avances y perspectivas*. En *Derechos fundamentales y estado*. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. *Serie doctrina jurídica* N° 96. México: UNAM y otros. (pp. 3-5).

⁵ V. Canosa Usera, Raúl. (2002). *Protección constitucional de derechos subjetivos ambientales en Derechos fundamentales y estado*. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. *Serie doctrina jurídica* N° 96. México: UNAM y otros. (Pp. 5-6).

En América Latina la protección ambiental también obedece a una conciencia global en relación directa con tales procesos de reforma constitucional reciente, que la ubican como materia de una disciplina jurídica que reclama autonomía y constituye motivo de discusión que permite desplegar a partir del reconocimiento normativo, una vertiente de activismo judicial, y que es el contexto en que se ubica la experiencia mexicana.

2. Planteamiento del problema

Así, este trabajo se limitará a establecer que la Constitución Mexicana reconoce el derecho al medio ambiente adecuado para el bienestar y desarrollo, y, si en su caso, existe un proceso constitucional que lo garantice; cómo se refleja en la ley secundaria o si establece las bases para ello, a fin de identificar el tipo de acciones que pueden entablarse por los gobernados en defensa de ese bien jurídico; la legitimación para acceder a la tutela judicial, las medidas de urgencia y prueba; los costos y costas en el proceso; y el alcance de la sentencia; todo ello teniendo como base empírica el criterio contenido en sentencias y jurisprudencia sobre la materia emitidas por los órganos jurisdiccionales respectivos.

a. Proceso constitucional

La premisa es que el proceso constitucional se manifiesta como una serie de momentos graduales que se suceden en el tiempo con la intervención de determinados sujetos y culmina –por regla general– con una resolución vinculatoria; la actuación de las partes está determinada en normas procesales que sirven de medio para la realización de las normas objetivas o materiales;⁶ esto es, el proceso resulta un cauce para hacer efectivo el derecho sustantivo.

Ese proceso tiene una finalidad específica, la defensa de la Constitución, la cual tiene una dimensión relativa al sostenimiento de las normas fundamentales con proyección sobre la realidad política y social que regula; de esa manera, la jurisdicción constitucional tiene sustento en la medida en que la Carta Magna prevea instrumentos jurídico-procesales que sean garantía efectiva de su protección y defensa, con lo cual la sentencia estimatoria que resulte, tiene un claro efecto reparador.⁷

b. Los presupuestos del proceso constitucional

Héctor Fix-Zamudio ha establecido con claridad tres presupuestos del derecho procesal constitucional:

- ▶ Jurisdicción.
- ▶ Garantías jurisdiccionales.
- ▶ Garantías de las partes.⁸

El primer aspecto alude a esa función pública desarrollada por un órgano del Estado, cuyo objeto es resolver las controversias jurídicas que se le planteen acerca del respeto a la supremacía de la constitución. Las garantías jurisdiccionales deben identificarse con los instrumentos de que se dota al juzgador para realizar su tarea de definición e individualización del derecho y su forma de aplicarlo. Las garantías de las partes, radican en el derecho a obtener una tutela judicial efectiva; en esta última se encuentra el tópico relacionado a la defensa de los intereses particulares y colectivos o difusos.⁹

En esa tesitura, la alusión a los procesos constitucionales previstos en la Constitución Federal Mexicana en relación con la protección ambiental implica plantearse las siguientes interrogantes:

¿Existe un conjunto de normas específicas que den cuerpo a un proceso constitucional?

¿Existe un proceso constitucional que garantice la eficacia del derecho fundamental a un medio ambiente adecuado ?

¿De no existir un proceso constitucional especial para la protección del derecho al medio ambiente, puede tutelarse a través de otro, aplicando las reglas generales que establece el ordenamiento constitucional?

¿Si el texto constitucional en su integridad no contiene un instrumento jurisdiccional idóneo que sea eficaz para respetar ese derecho, cómo se subsana la omisión?

3. La acción de amparo

De conformidad con los artículos 17, 103 y 107 de la Constitución Federal Mexicana, existe un proceso constitucional relativo a la acción de amparo, que tiene como propósito la defensa de los derechos fundamentales de los gobernados frente a actos del poder público, el cual se articula bajo cinco principios nucleares:

⁶ Devis Echandía, Hernando. *Teoría general del proceso. Aplicable a toda clase de procesos. Nociones generales. Sujetos de la relación jurídica procesal. Objeto, iniciación, desarrollo y terminación del proceso.* Buenos Aires: Editorial Universidad. 2ª Ed. (pp. 10-11).

⁷ Mena Adame, Carlos. (2003). *La Suprema Corte de Justicia de la Nación como tribunal constitucional.* México: Porrúa. (pp. 141-142).

⁸ Vid. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. (2001). *Los tribunales constitucionales y la Suprema Corte de Justicia de México en Derecho Procesal Constitucional Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C.* México: Porrúa. (p.65). Coord. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. Prólogo de Fix-Zamudio, Héctor.

⁹ Véase Fix-Zamudio, Héctor y Cossío, José Ramón. *El Poder Judicial en el ordenamiento mexicano.* México: Fondo de Cultura Económica. (pp. 18-44).

- a. De iniciativa o instancia de parte.
- b. Existencia de agravio personal o directo.
- c. De relatividad de las sentencias.
- d. De definitividad del acto reclamado.
- e. De estricto derecho, con excepciones cuando sobre el tema exista jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en materia agraria si el quejoso es un ente de derecho agrario; penal cuando el promovente es el reo; laboral cuando el accionante es el trabajador; en caso de menores e incapaces o en materias civil y administrativa, cuando exista una violación manifiesta de la ley que haya dejado sin defensa al quejoso.

4. La controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad

En el artículo 105 de la Constitución Federal, se regula tanto la controversia constitucional, como la acción de inconstitucionalidad.

a. La controversia constitucional

La controversia¹⁰ constitucional es un juicio que se promueve en única instancia ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuando se suscitan conflictos entre poderes (ejecutivo, legislativo o judicial) o niveles de gobierno (federal, local o municipal), el objeto de la controversia es determinar si alguno de esos poderes afectó a otro en su esfera competencial, contraviniendo la Constitución Federal. El efecto de esa controversia es la invalidación de normas generales o de actos no legislativos (con excepción de leyes electorales y resoluciones de carácter jurisdiccional).

José de Jesús Gudiño Pelayo, considera que el propósito fundamental de ese medio de control constitucional es la defensa del federalismo y la supremacía constitucional, bajo la idea de que la figura del federalismo se encuentra inserta dentro del concepto amplio de supremacía constitucional en tanto que es uno de los principios rectores de la organización política nacional.¹¹

Por tanto, su objeto de tutela es la parte orgánica de la Constitución, expresada como un sistema de compe-

tencias y asignación de funciones a los órganos constituidos del Estado.

b. Legitimación en la controversia constitucional

Mediante ese proceso constitucional, salvo que se trate de materia electoral, los órganos titulares del poder público, a excepción del Poder Judicial de la Federación; en los tres niveles de gobierno: la Federación, los Estados o Municipios y el Distrito Federal, así como los órganos de gobierno y los poderes de un Estado o del Distrito Federal, pueden impugnar la constitucionalidad de los actos o disposiciones generales que emitió otro en su perjuicio.

5. La acción de inconstitucionalidad

La acción de inconstitucionalidad es un juicio que se tramita en única instancia ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el cual puede iniciarse por el treinta y tres por ciento – 33% – de los integrantes del órgano legislativo federal o local, que haya expedido la norma, el Procurador General de la República y los partidos políticos –de carácter estatal o federal– que cuenten con registro.

a. Legitimación en la acción de inconstitucionalidad

Por tanto, la acción de inconstitucionalidad es un proceso constitucional donde la titularidad de la acción se otorga a una minoría de las cámaras del Congreso de la Unión, al Procurador General de la República y a los partidos políticos, con registro ante el Instituto Federal Electoral o registro estatal, respecto de leyes electorales –resulta la única vía para plantear la no conformidad de leyes electorales a la Constitución. Su objeto de tutela directa es la Constitución como totalidad, e indirecta en relación con el derecho fundamental al medio ambiente sano al tratarse de una parte del ordenamiento máximo.

Esa legitimación en los tres procesos constitucionales surge para quien es afectado en forma directa y actual o inminente por un acto de autoridad positivo o de abstención que incide en el derecho al medio ambiente y la legitimación exclusiva para una minoría en las cá-

¹⁰ Si bien la controversia constitucional tiene una larga data –Constitución de 1824–, su configuración actual proviene de la reforma a ese artículo publicada el 31 de diciembre de 1994 en el Diario Oficial de la Federación. Sobre sus antecedentes véase Mena Adame, Op. Cit. (p.153). La redacción anterior de ese precepto comprendía sólo la controversia entre los poderes de un Estado, entre dos o más Estados sobre la constitucionalidad de sus actos y los conflictos entre Federación y Estados, y en los que la Federación fuese parte. V. Góngora Pimentel, Genaro David y Acosta Romero, Miguel. (1992). *Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos. Doctrina Jurisprudencial*. 4ª Ed. México: Porrúa. (p.1002). García Castillo, Tonatiuh (1997) en *La defensa de la Constitución. El artículo 105 y el juicio constitucional*. México: Asbe en referencia a la figura jurídica prevista en el precepto citado lo plantea como un litigio o conflicto constitucional que mostraba uno de los controles jurisdiccionales consagrados por la Constitución Federal, el cual opone a los controles políticos previstos en ese ordenamiento.

¹¹ V. Gudiño Pelayo, José de Jesús. (2000). *Controversia sobre controversia. Discusión en torno al alcance de la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en controversias constitucionales*. México: Porrúa. (p. 260).

maras o legislaturas estatales y el Procurador General de la República, limita la tutela y eficacia del derecho al ambiente, porque no permite una adecuada defensa.

6. Medidas precautorias

a. Medida cautelar en el juicio de amparo

Dentro del sistema que regula la acción de amparo, también se prevé una medida precautoria que es de naturaleza incidental y procede de oficio o a petición de parte. Esta figura de la suspensión del acto reclamado cobra especial importancia porque detiene o paraliza la ejecución o aplicación de un acto que contravenga la garantía fundamental que se pretende tutelar mediante el proceso constitucional principal. Esa medida cautelar procede de oficio cuando la ejecución del acto tenga como consecuencia la privación de la vida, deportación, destierro, marcas, azotes, mutilación, tormento o alguna pena inusitada y trascendental, o si es que de consumarse resulta físicamente imposible restituir al quejoso en el uso y goce del derecho de que se trate.

En cambio la suspensión debe pedirse por el quejoso cuando la ejecución pueda producir daños y perjuicios de difícil reparación, y procede concederla siempre que no se puedan contrariar disposiciones de orden público¹², si se causa perjuicio al interés social; y para que la medida suspensiva surta sus efectos, por regla general, debe otorgarse garantía suficiente que responda de los daños y perjuicios que con motivo de la suspensión pudieran ocasionarse a la parte tercera perjudicada (que es quien tiene un interés contrario al quejoso y por ende, de que subsista el acto reclamado; tiene legitimación para intervenir en el proceso de amparo para defender la constitucionalidad del acto, porque éste se haya producido a su solicitud y le produzca un beneficio).

b. Medida cautelar en la controversia constitucional

En la controversia constitucional también pueden dictarse medidas cautelares; así para el otorgamiento de la suspensión deberán tomarse en cuenta las circunstancias y características particulares de la controversia constitucional; la resolución que la decreta deberá señalar con precisión los alcances y efectos de la suspensión, los órganos obligados a cumplirla, los actos

suspendidos, el territorio respecto del cual opere, el día en que deba surtir sus efectos y, en su caso, los requisitos para que sea efectiva. La suspensión no podrá concederse en los casos en que se pongan en peligro la seguridad o economía nacionales, las instituciones fundamentales del orden jurídico mexicano o pueda afectarse gravemente a la sociedad en una proporción mayor a los beneficios que con ella pudiera obtener el solicitante, ni en aquellos casos en que la controversia se hubiere planteado respecto de normas generales.

c. Medida precautoria en la acción de inconstitucionalidad

En el caso de la acción de inconstitucionalidad, el artículo 105 de la Constitución Federal ni su ley reglamentaria regulan la institución de la suspensión, de manera que la ley impugnada debe aplicarse hasta que se declare su invalidez.

7. Control difuso

Aunque el artículo 133 de la constitución federal alude a que los Jueces de cada Estado deben ajustar sus actos a lo que aquélla disponga, la interpretación actual ha sido en el sentido de que en México no existe el denominado control difuso y que el Juez Local o Federal ordinario, no tienen facultades para declarar la inconstitucionalidad de una ley y dejar de aplicarla al caso concreto que resuelve, y que tal facultad está reservada a los órganos jurisdiccionales federales de amparo; por lo que de los procesos constitucionales conoce el Poder Judicial Federal¹³, y en el caso de la controversia constitucional y acción de inconstitucionalidad el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en forma exclusiva.

8. Proceso constitucional electoral

También se regula un proceso constitucional para tutelar derechos político electorales, cuyo conocimiento en última instancia, corresponde al Tribunal Federal Electoral. En efecto, de conformidad con el artículo 99 de la Constitución Federal, corresponde al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, conocer de forma definitiva e inatacable sobre impugnaciones de elecciones de diputados y senadores, Presidente de la República, de las resoluciones de la autoridad federal

¹² En otra parte he sostenido que "el *orden público*, en sentido general, designa el estado de coexistencia pacífica entre los miembros de una comunidad. En un sentido técnico, la dogmática jurídica con relación al orden público, se refiere al conjunto de instituciones jurídicas que identifican o distinguen el derecho de una comunidad; principios, normas e instituciones que no pueden ser alteradas ni por la voluntad de los individuos, ni por la aplicación del derecho extranjero." Véase *Votos y conferencias*. (2003). Col. *Reflexiones Jurídicas* N° 1. México: INCIJA. (p. 25).

¹³ Esto es, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en Pleno o en Salas, los Tribunales Colegiados de Circuito, los Tribunales Unitarios de Circuito y los Juzgados de Distrito.

electoral, de los actos y resoluciones de las autoridades competentes de las entidades federativas. Sin embargo, la materia de este proceso es exclusiva y excluyente de cualquier otra.

9. Procesos constitucionales

De acuerdo con lo anterior, la Constitución Federal Mexicana regula expresamente procesos constitucionales, cuyas normas constituyen un sistema con autonomía propia para regular cada acción, en función de los sujetos intervinientes –con legitimación procesal– activa y pasiva; la previsión del órgano jurisdiccional constitucional especializado para resolver sobre esas materias, y la precisión del efecto de las sentencias que resuelven cada una de ellas.

En síntesis, existen cuatro procesos constitucionales perfectamente delimitados en cuanto a su alcance y modo de operación:

- a. Juicio de amparo.
- b. Controversia constitucional.
- c. Acción de inconstitucionalidad.
- d. Procesal Constitucional Electoral.

10. Los procesos constitucionales y la protección del derecho al medio ambiente adecuado

Dado el proceso como instrumento necesario para la tutela del derecho sustantivo, surge la necesidad de establecer que el artículo 4º constitucional cuando precisa que todo gobernado tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su bienestar y desarrollo, es un derecho sustantivo de carácter fundamental –como se argumentó en la introducción de este ensayo– porque es el producto de un principio constitucionalizado que encarna un valor social determinado por las condiciones socio-históricas de la realidad mexicana, influenciada por una corriente global.

Como derecho sustantivo y de contenido multiforme, ya se anotó que condiciona y resignifica otros diversos derechos fundamentales del individuo.

De esa manera, debe tener preeminencia o mayor peso por grado sobre los derechos de propiedad o de industria, por ejemplo, y ese efecto irradia el texto constitucional,¹⁴ e influye en su interpretación en sede judicial o administrativa sobre el contenido y alcance de esos derechos.

El derecho al medio ambiente adecuado es de carácter sustantivo y como tal, objeto del proceso constitucional. No obsta que ello implique que en su relación con otras normas constitucionales adquiera un sentido programático, pues ello no le hace perder su proyección principialista fundamental, dado que no sólo se presenta como derecho en tanto que formalmente es producto del poder reformador de la Constitución, sino como valor que define los cometidos y la ejecución de los actos del Estado en la materia.¹⁵

Así pues, estamos de acuerdo con la postura de Luis Prieto Sanchís cuando afirma que “una norma es fundamental y por tanto un principio, cuando, de faltar cambiaría el carácter de una institución o de todo el derecho, la consecuencia práctica es o debe ser que el principio se erige en criterio preferente para la interpretación de las normas singulares de su grupo o institución, por cuanto se supone que dota de sentido unitario y coherente al conjunto normativo”¹⁶

11. Eficacia de los procesos constitucionales en materia de medio ambiente

La hipótesis de trabajo de la cual debe partirse ahora tiene dos vertientes:

- a. La acción de amparo constituye el instrumento de defensa idóneo, establecido como proceso constitucional, y mecanismo de control constitucional para la defensa de la garantía fundamental relativa al derecho a un medio ambiente adecuado consagra-

¹⁴ Ese efecto irradiación es identificado por Robert Alexy en su Teoría de los derechos fundamentales. Versión castellana de Garzón Valdés, Ernesto. (2001). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. (p.507 y ss). Ese efecto presupone que los derechos fundamentales contienen no solo derechos subjetivos de defensa frente a la autoridad pública sino que son un orden objeto que vale para todo el mundo del derecho y proporciona directrices e impulsos para la legislación, la administración y la justicia. En adición a lo anterior, conviene traer al caso la afirmación de Ronald Dworkin relativa a que el principio es una norma utilizada por el juez para identificar normas o principios de derecho particularizados. Vid, *Los derechos en serio*. (1993). España: Planeta. (p.119).

¹⁵ En este aspecto, como una forma de directriz, Robert Alexy concibe a los principios como mandatos de optimización, y sostiene que el punto decisivo entre reglas y principios es que estos últimos son normas que ordenan que algo “sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”, vid., de este autor, *Op.Cit.* (p.86).

¹⁶ Véase Betegón, Jerónimo, et al. (1997). *Lecciones de teoría del derecho*. Madrid: McGraw-Hill. (p.341).

¹⁷ El cuarto párrafo, del artículo 4, de la Constitución Federal Mexicana establece: “Artículo 4.- ... Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar”. Como agregado a la dimensión de este derecho fundamental, Lemos Dos Santos, Roberto –Juez Federal brasileño-. (Octubre-diciembre, 2000) en *Normas Ambientais en Revista do Tribunal Regional Federal, 3ª regio, Nº 44*. (pp. 37-42), advierte que el combate a los sistemas de degradación del medio ambiente en forma creciente pasa a ser preocupación de todos, en razón de la concientización de que la preservación de la naturaleza y el mantenimiento del equilibrio ecológico constituye una tutela de la vida, entendida esa forma como un derecho fundamental del la persona humana.

da por el artículo 4 de la Constitución Federal¹⁷ y su contraste con la hipótesis prevista por el artículo 2 de ese mismo ordenamiento en relación con los pueblos indígenas y el uso y disfrute de los recursos naturales de los lugares que habitan; y

- b. El juicio de amparo es un instrumento que puede ser usado por cualquier gobernado —a diferencia de la acción de inconstitucionalidad y la controversia constitucional donde los legitimados que la ejercen y participan en el proceso, son entes titulares de poder público, una parte de ellos o instituciones de interés público como los partidos políticos, u órganos de poder legislativo o ejecutivo en los tres niveles de gobierno, considerado éste como persona física o moral, sujeto a un orden estatal —que es distinto de la figura de la ciudadanía¹⁸— para exigir la efectiva tutela judicial sobre ese aspecto.

En materia de medio ambiente, es obligado tener en cuenta que los sistemas jurídicos con sus instituciones de derecho civil sustantivo y procesal tradicionales, constituyen un obstáculo para lograr una real aplicación de las normas protectoras del ambiente, porque el concepto de legitimación activa exige la titularidad de un derecho subjetivo que supone una relación jurídica donde hay un sujeto titular del derecho correlativo de una obligación actual y exigible, cuyo titular es el sujeto pasivo, obligado a la prestación de un hecho o acto positivo o negativo, esto es, a un hacer, no hacer o dar; mientras que en tratándose de la protección, prevención del medio ambiente y restauración del equilibrio ecológico, se ha reconocido que todos estamos interesados y nos conviene la aplicación de la norma ambiental, pero en México no hay un proceso constitucional expreso, ni en la ley ordinaria una acción especial, ante Tribunales especializados, o una norma legal que reconozca a un sujeto concreto titular de un derecho frente al Estado o ante otro particular que pueda incoar una acción precautoria o de reparación del daño ambiental; es lo que se ha denominado interés colectivo o interés difuso.

Por tanto, es preciso determinar si lo establecido en la Constitución mexicana relacionado con el medio ambiente tiene una aplicación directa e inmediata o si es mediata y en su caso, cuál es el instrumento procesal constitucional idóneo y necesario para dar eficacia a la norma constitucional de que se trate.

En el artículo 2º, apartado A, se reconoce la composición pluricultural de la Nación mexicana y se otorga autonomía a las comunidades indígenas para conser-

var y mejorar el hábitat y preservar la integridad de sus tierras; así como para acceder en forma preferente al uso y disfrute de los recursos naturales de los lugares que habitan, salvo que se trate de recursos que correspondan a áreas estratégicas definidas en la propia Constitución; por tanto, se trata de una garantía constitucional, porque reconoce una entidad jurídica con determinadas prerrogativas.

El apartado B, del artículo 2º, consagra para la Federación, Estados y Municipios, la obligación de establecer instituciones y determinar las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades, las cuales deben ser diseñadas y operadas conjuntamente con ellos.

También es obligación de los tres niveles de gobierno, apoyar las actividades productivas y el desarrollo sustentable de las comunidades indígenas.

El contenido del apartado B de ese precepto, es un claro ejemplo de norma constitucional que no constituye un derecho fundamental para el individuo, sino una norma organizativa, direccional, con un mandato y encargo que vincula a los tres niveles de gobierno en los ámbitos Legislativo y Ejecutivo, porque precisa de una ley reglamentaria que genere o cree las instituciones necesarias que puedan realizar las políticas administrativas y sociales adecuadas para dar efectividad al mandato constitucional; de ahí que se trate de una norma de eficacia mediata, donde los poderes constituidos para no truncar esa directriz constitucional deben actuar en ejercicio de sus facultades correspondientes establecidas en la parte orgánica de la Constitución; lo que implica que se trata de una facultad —deber, que de no cumplirse constituye una omisión que defrauda el propósito del poder reformador de la Carta Magna.

El artículo 4, resulta muy importante para la materia ambiental, porque establece con toda claridad: *“Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar.”*

En ese mismo artículo 4º están también dos párrafos que constituyen dos enunciados parecidos en su redacción: *“Toda persona tiene derecho a la protección de la salud... Toda persona tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa.”*¹⁹

En ambos casos el Poder reformador de la Constitución remite a la ley para que desarrolle esos derechos, estableciendo las bases y modalidades para el acceso a la salud, en el primer caso, y para el segundo, le en-

¹⁸ Véase Ferrajoli, Luigi. (2001). *Derechos y garantías. La ley del mas débil*. Prólogo de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, (pp. 116-117). 2ª Ed.

¹⁹ No debe perderse de vista que la idea de medio ambiente como objeto de derecho y un deber consagrados a nivel constitucional, tiene un desarrollo legislativo y doctrinal en los países europeos cuyas connotaciones se proyectan sobre el caso mexicano. En ese sentido Jordano Fraga, Jesús (1995) en *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*. Barcelona: Bosch Editor. (p.81), sostiene que *“(E)s precisamente el reconocimiento con rango constitucional del derecho a un medio ambiente adecuado al desarrollo de la persona el que eleva a bien constitucional el medio ambiente.”*

comienda al legislador ordinario, la creación de leyes que establezcan los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.²⁰

El contenido de ese artículo 4° en general, hace referencia a dos tipos de normas:

- ▶ Mandatos que vinculan expresamente al legislador para expedir leyes que logren el propósito de la norma constitucional; lo que la convierte en una directriz o programa del Estado mexicano.
- ▶ Una norma donde el Estado reconoce un derecho de las personas a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar; sin vincular al legislador para que expida leyes tendientes a garantizar y hacer efectivo ese derecho.

La adición a ese precepto constitucional, que se publicó en el Diario Oficial de la Federación del mes de junio de 1999, debe ser considerada con la intención de crear un derecho subjetivo público, o un derecho fundamental de la persona, correlativo de la obligación a cargo del poder público de respetarlo a través de llevar a cabo actos positivos y de abstenciones, con la sanción de anulación o invalidez en caso de demostrarse su trasgresión.

De no ser considerado como un “derecho” tutelable de manera real y efectiva, pasaría a ser otra directriz del Estado mexicano, que debe orientar su actividad como poder público al legislar y crear su política económica y de desarrollo social; lo cual no redundaría en aplicación efectiva, directa e inmediata de la norma constitucional, porque una característica fundamental, esencial, del derecho subjetivo público, es su respeto y aplicación directa, susceptible de exigirse por la vía jurisdiccional en una acción procesal constitucional de reparación de la infracción por un acto u omisión del Estado a través de sus poderes constituidos, y que comprende a su administración pública en general.

Pero la sola afirmación de que es un derecho sustantivo y su contenido multiforme, no bastan para lograr la tutela mediante un instrumento jurisdiccional que haga posible la aplicación concreta de la norma constitucional; el solo derecho sustantivo, sin el cauce procesal adecuado, donde el titular del derecho pueda exigir su respeto, resulta estéril.

La adición constitucional al artículo 4°, debe considerarse un logro que corrobora la importancia de la materia del medio ambiente y responde a una corriente generalizada de los países latinoamericanos que influenciados por los foros mundiales, incluyen en sus constituciones el reconocimiento a ese derecho; por lo que en las tres últimas décadas del siglo pasado, hu-

bo un importante esfuerzo legislativo sobre la materia ambiental.

En México, con muchos años de antelación a la adición constitucional, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, que actualmente es la Ley marco, reglamentaria de las disposiciones constitucionales relativas al medio ambiente, ya establecía en su artículo 1, fracción I, que su objeto es propiciar el desarrollo sustentable y establecer las bases para: “(g)arantizar el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente adecuado para su desarrollo, salud y bienestar...”; lo que coincide substancialmente con el texto constitucional del artículo 4.

Por tanto, no hay duda de que primero la ley y ahora la norma constitucional reconocen el derecho a un medio ambiente adecuado para el desarrollo, salud y bienestar de todas las personas.

El contenido de tal derecho no es de una materia singular sino que es multiforme y muestra varios matices, cuya afectación se puede producir tanto por actos de particulares que carecen del poder de coerción estatal y de la facultad de crear, modificar o extinguir ante sí, unilateral y válidamente, la situación jurídica de otro sujeto de derecho o provenir de personas físicas o morales o por alguna de las entidades de la administración pública que pueden o no revestir la calidad de autoridades.

12. Naturaleza del derecho

De modo que si en la ley y la norma constitucional se utilizó la palabra derecho, podría pensarse que es inútil indagar sobre si realmente es un derecho o no, puesto que no podemos suponer que el Poder reformador de la Constitución ignorara el significado de ese vocablo y menos que al plasmarlo, quedará ahí, lejos de su voluntad, para ser objeto de aplicación por los poderes constituidos; pero al invocarse por cualquier persona, existe la necesidad de determinar su alcance y a los titulares de la obligación correspondiente, que puede ser derivada atendiendo a la naturaleza propia de quienes tienen que respetarlo, con un actuar o con una abstención, y en su caso sancionar su trasgresión con la anulación o invalidez, y hasta responder por los daños y perjuicios que el acto o la omisión produzcan.

Si el texto constitucional es claro en cuanto a que toda persona tiene ese derecho, por su contenido, resulta que no encomienda al legislador el desarrollo de ese derecho, para crear instrumentos, bases o apoyos necesarios tendientes a su cabal respeto y realización,

²⁰ En el mismo sentido se pronuncian Acosta Toledo, Daniel y otros. (1997). En *El derecho ambiental en América del Norte y el sector eléctrico mexicano*. México: UNAM-CFE. (p.150). Así, sostienen que: “(l)as bases constitucionales de la legislación ambiental mexicana son tres. Éstas se encuentran (en orden de importancia) en los artículos 4, 27, 73, 25 y 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. La primera base se refiere a la idea de la protección de la salud que se complementa con la de conservación de los recursos naturales, que está plasmada en el párrafo tercero del artículo 27 constitucional. Esta idea forma parte del texto original y permanece intacta, a pesar de los cambios que ha registrado la Constitución desde su promulgación en 1917.”

como sí lo hace tratándose de los derechos a la salud y a la vivienda.

La cuestión es nuevamente compleja, porque si hay normas constitucionales que no requieren de reglamentación en leyes ordinarias (las cuales son tutelables a través del juicio de amparo, como en el caso del artículo 21 constitucional en cuanto a la impugnación de la actuación del Ministerio Público de no ejercicio de la acción penal, o la tutela de la garantía de audiencia, que respecto de la autoridad administrativa no es necesario que haya regulación expresa para que las respete) y normas que como el derecho a la salud sí requieren de esa reglamentación, y por tanto, son de aplicación mediata y la realización depende de la voluntad del legislador; en ambos casos el contenido del derecho de cualquier manera es analizable a través del juicio de amparo, cuando se impugna la ley reglamentaria respectiva.

Es en este derecho al medio ambiente, donde se hace muy patente la necesidad de que la norma jurídica atienda a una situación social que forzosamente amerita ser regulada, con una directriz específica de construir ese derecho al medio ambiente adecuado para el bienestar y el desarrollo.

13. Eficacia de la acción de amparo

Por esa naturaleza del derecho al medio ambiente que se expande para delimitar otros derechos de carácter patrimonial, resulta muy difícil que sea objeto de tutela directa y eficaz a través de uno de los procesos constitucionales como el amparo, porque éste exige la titularidad de un sujeto de derecho específico, que es un gobernado frente a un acto positivo o de abstención, proveniente de una autoridad que pueda ser reclamado en la medida en que se afecta a esa persona de modo directo, actual o en forma inminente.

Ese mismo derecho es tutelable de modo indirecto limitado por la calidad de los sujetos legitimados para ejercerlo, a través de la acción de inconstitucionalidad, en tanto que una ley que incide en su contenido puede ser impugnada por la minoría legislativa o el Procurador General de la República.

14. Propuesta para subsanar la omisión

Por ello, aunque esté reconocido en la Constitución como derecho y que por su contenido puede incidir en otros derechos queda pendiente su eficacia mediante

un proceso constitucional que tenga expresamente ese objeto, creando una acción con un titular especial a cargo de un ente reconocido en la propia Constitución, y en su caso, tal legitimación también debe otorgarse a cualquier persona para que ante un órgano jurisdiccional se pueda demostrar la transgresión a ese derecho y dictarse medidas precautorias en un proceso que culmine con una resolución vinculatoria por la cual coactivamente se pueda restaurar el derecho al medio ambiente o prevenir su afectación y destrucción.

También queda pendiente de complementar la tutela de ese derecho en sede jurisdiccional, porque actualmente los instrumentos de tutela directa, con la aplicación de medidas precautorias, son del resorte exclusivo de la autoridad administrativa, y como caso singular hay una acción civil de reparación del daño ambiental en una ley sectorial federal, cuyo conocimiento corresponde a un juez federal en materia civil.

Por tanto el derecho reconocido en la Constitución debe descender a la ley ordinaria para subsanar la falta de regulación efectiva ante un órgano jurisdiccional y en las demás materias relacionadas con este derecho cuya naturaleza compleja irradia otros derechos y requieren de regulación sistemática y unidad de ordenamiento en todas las materias en que se manifiesta e incide para lograr su construcción porque es poliédrico y estructural, puesto que en la materia penal da lugar al delito ambiental y a la reparación del daño causado; en la materia administrativa, existen medidas de seguridad, sanciones y algunos instrumentos tendientes a dar la participación social en el ejercicio de ese derecho; en la materia fiscal puede dar lugar a contribuciones con fines extrafiscales, exenciones o impuestos que incidan en su respeto y preservación o restauración; en la materia civil es preciso legislar sobre la responsabilidad objetiva del daño ambiental, porque actualmente la Ley General de Vida Silvestre en los artículos 106 a 109, regula la acción de responsabilidad por daño a la vida silvestre y su hábitat, de la cual conocerá un Juzgado de Distrito en Materia Civil²¹ y conforme al Código Federal de Procedimientos Civiles; finalmente en el Plan Nacional de Desarrollo como una prioridad y cuestión de seguridad nacional debe indicarse como objetivo prioritario del Estado mexicano, con instrumentos adecuados.

15. Eficacia del derecho en la ley ordinaria

Actualmente con la ley marco ya mencionada y las leyes sectoriales, existen instrumentos en la sede administrativa que pueden tender a dar eficacia a esas nor-

²¹ La *Ley General de Vida Silvestre* en el título VIII, capítulo II, en los artículos 106 a 109, establece que toda persona que cause daños a la vida silvestre o su hábitat, estará obligada a repararlos en los términos del Código Civil para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal; así como que los propietarios y legítimos poseedores de los predios, y los terceros que realicen el aprovechamiento serán responsables solidarios. Lo importante y trascendente de estas disposiciones es que regula la legitimación activa de cualquier persona física o moral para denunciar ante la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente daños a la vida silvestre y su hábitat, sin necesidad de demostrar que sufre una afectación personal y directa en razón de dichos daños. Al respecto véase mi comentario en Op.Cit. (pp.67 a 69).

mas constitucionales sobre la materia del medio ambiente, pero no hay una acción ni un procedimiento civil específico que responda a las necesidades y objeto del derecho al medio ambiente en sus principios precautorios y de preservación y restauración del daño ecológico.

En ese aspecto, la aplicación de la legislación secundaria únicamente se da en sede administrativa a través de la Procuraduría Federal de Protección al Medio Ambiente, cuyas resoluciones impugnadas por los particulares dan lugar a juicios contenciosos administrativos que van a decidirse en el ámbito jurisdiccional en vía de anulación (conforme a la competencia establecida a favor del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa o tribunales administrativos locales) o el juicio de amparo, como remedio extraordinario según ya se ha precisado. Esos juicios de nulidad han tenido un trámite creciente, y permiten establecer la adecuación del acto administrativo a la ley por parte de la administración pública, cuya eficacia se ha reflejado en la mínima cantidad de juicios resueltos en forma desfavorable para la administración, que es un indicador de que se ha aplicado de manera correcta la legislación vigente en la materia.²²

16. Causas de la ineficacia

Esa insuficiencia de la tutela constitucional o mediante acción ordinaria tiene como origen un aspecto económico y otro jurídico. En el primero porque el ejercicio de la acción implica erogación patrimonial e inversión de tiempo, porque aún cuando el particular está exento de pagar costas judiciales entendidas como honorarios a los servidores públicos que administran justicia, puesto que ésta es a cargo del Estado, las actuaciones del proceso suponen gastos que pesan sobre quien ejerce una acción en los procesos constitucionales u ordinarios administrativos; mientras que en el proceso ordinario civil se acoge la teoría de la condena para el vencido.

De ahí que son las organizaciones no gubernamentales quienes en la realidad tienen acceso a la justicia ambiental y no el individuo aislado.

En el aspecto jurídico la limitante surge desde la perspectiva jurisdiccional porque si bien existe el texto

constitucional en cuanto al derecho a un medio ambiente adecuado, su tutela judicial a través del proceso constitucional de amparo, como una cuestión de legalidad o inconstitucionalidad, no es un instrumento procesal idóneo que proporcione una adecuada defensa, por la noción imperante de la categoría de interés jurídico ya que al plantearse la afectación a aquél derecho surge la opinión de que en realidad se trata de proteger intereses colectivos.

Ello se ejemplifica con la sentencia emitida por el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, con sede en el Distrito Federal, México, en el juicio de amparo en revisión número 2885/97, en la que aparecieron como actores quejosos Regina Barba Pires; Unión de Grupos Ambientalistas, IAP.; Consejo para la Defensa de la Costa del Pacífico, AC.; Greenpeace México, A.C.; Centro Mexicano de Derecho Ambiental, A.C.; en esa demanda de amparo se combatieron actos de la Secretaría de Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca y del Presidente del Instituto Nacional de Ecología consistentes en "El acuerdo por el cual se simplifica el trámite de la presentación de la manifestación de impacto ambiental a las industrias que se mencionan, sujetándolas a la presentación de un informe preventivo publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 23 de octubre de 1995", y "la ejecución y cumplimiento del acto reclamado en el presente juicio", el cual agilizaba el trámite para el establecimiento de industrias sin tornar como necesario los estudios de impacto ambiental sino sólo sujetaba a las industrias a un trámite previo.

El tribunal federal sobreesayó el juicio, bajo la tesis de que no existía un derecho subjetivo tutelado por la ley a favor de los demandantes, argumentando que se trataba de un derecho colectivo, de manera que los quejosos no reciben esa protección individualizada de la ley y por ello carecen de interés jurídico, aunado a que no promovieron el juicio con el objeto de salvaguardar un interés particular sino de una colectividad que no representan.²³

Conforme a ello, la naturaleza propia del interés que se pide se proteja como lo es el derecho a un medio ambiente adecuado de naturaleza y proyección colectiva, no puede ser efectivamente tutelado por la acción de amparo, de raigambre eminentemente individualis-

²² Véase al respecto de Martínez, Isabel. (2000). *El acceso a la justicia ambiental en Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México y Venezuela durante la década de 1990*. México: Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. (pp. 22 y 23).

²³ En sentido contrario a esa resolución, está el antecedente establecido en el juicio de amparo en revisión número RA 861/96 promovido por Homero Aridjis Fuentes por sí mismo y en representación del Grupo de los Cien Internacional, en que figuró como autoridad responsable demandada la Secretaría de Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca; en este caso, el acto que fue materia de litis consistió en el desechamiento de un recurso de revisión por parte de la autoridad administrativa para combatir el acuerdo mediante el cual se simplifica el trámite de la presentación de la manifestación de impacto ambiental a las industrias que se mencionan en el acuerdo de fecha 23 de octubre de 1995 en el Diario Oficial de la Federación. El tema de controversia fue la existencia de interés jurídico de los accionantes; en primera instancia, el Juez de Distrito negó que existiera para reclamar el desechamiento de ese recurso; en la revisión a esa determinación de primer grado el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito sostuvo que sí existía en cuanto a que podían reclamar el acuerdo impugnado ante la autoridad administrativa, pues se trataba de un derecho establecido en el artículo 4 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, que le permitía formular observaciones sobre el tema de impacto ambiental. Véase, Martínez, Isabel, Op. Cit. (pp. 72-73).

ta (salvo excepción hecha del amparo agrario, el cual tiene sus propias características y modalidades ya que es un instrumento de protección contra actos de desposesión de bienes comunales o ejidales y bajo esa óptica de manera indirecta el amparo podría ser procedente si el acto que se reclame de la autoridad incide en una cuestión conexas con el aspecto ambiental).

17. Perspectiva de la acción de amparo como instrumento de tutela

Por ello, en la exposición de motivos del nuevo proyecto de Ley de Amparo se ha establecido la figura del interés legítimo, a fin de evitar la aplicación rigurosa del interés jurídico. Aquélla tiene una especial referencia al caso administrativo y el tema ambiental, pues permite que cualquier persona por su especial posición de hecho, pueda combatir actos de autoridad que le agraven. En esa exposición de motivos se establece:

“Como se menciona en la exposición de motivos de la reforma constitucional, se pretende ampliar las posibilidades para que las personas puedan acudir al amparo. En tal virtud, se pretende otorgar al quejoso legitimidad (sic) para acudir al juicio cuando sea titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo. En el primero de los casos se trata del interés jurídico que hasta ahora ha prevalecido en el juicio de amparo, es decir, el quejoso podrá acudir al juicio cuando se haya violado una garantía individual o alguno de los derechos consagrados por los instrumentos internacionales de carácter general y esa violación le afecte de manera personal y directa. En el segundo caso, el sistema es innovador, ya que se ha introducido el concepto de interés legítimo.

El interés legítimo es una institución jurídica ya desarrollada en otros países. Consiste en una legitimación intermedia entre el interés jurídico y el interés simple. El interés legítimo se ha desenvuelto de manera preferente en el derecho administrativo y parte de la base de que existen normas que imponen una conducta obligatoria de la administración, pero tal obligación no se corresponde con el derecho subjetivo de que sean titulares determinados particulares. Si se tratara de proteger un interés simple, cualquier persona podría exigir que se cum-

plan esas normas por conducto de la acción popular. Este tipo de interés no es el que se quiere proteger. Puede haber gobernados para los que la observancia o no de este tipo de normas de la administración pública resulte una ventaja o desventaja de modo particular respecto de los demás. Esto puede ocurrir por dos razones, en primer lugar puede ser el resultado de la particular posición de hecho en que alguna persona se encuentre, que la hace más sensible que otras frente a un determinado acto administrativo; en segundo lugar, puede ser el resultado de que ciertos particulares sean los destinatarios del acto administrativo que se discute. Ésta es la noción del interés legítimo, es decir, que ciertos gobernados puedan tener un interés cualificado respecto a la legalidad de determinados actos administrativos.

La posibilidad de acudir al amparo mediante el interés legítimo abre enormes oportunidades de control de actos de la administración pública que hasta ahora sólo en algunos casos es factible proteger.

...

En cuanto al tema del interés legítimo, no se le da contenido en la ley puesto que dada su amplitud eso será materia de desarrollo jurisprudencial que de dará por virtud de la entrada en vigor del nuevo texto legal”²⁴

La idea del interés legítimo entonces, subsume por razones técnicas el concepto de interés difuso. De ahí se sigue que el interés legítimo no sea por naturaleza derecho subjetivo; en opinión de Lujosa Vadell: “se trata de un concepto muy discutido, pero referido, en términos generales, a un interés individual que se tutela a través del interés público”²⁵

Como se dijo, el juicio de amparo es un mecanismo indirecto para obtener la defensa del medio ambiente, cuando el contenido de esa ley atente contra ese derecho fundamental del individuo, en forma directa, actual inminente, pero actualmente queda fuera de ese ámbito de protección procesal el interés colectivo.

En cuanto a los otros mecanismos de defensa como la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad, se reduce el ámbito de legitimación para demandar la nulidad de una ley o norma general, ya que en el primer caso sólo se reconoce a las entidades del poder público, salvo el Judicial Federal; en la segunda,

²⁴ Proyecto de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de la Ley de Amparo Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2001. (pp.32-34).

²⁵ Vid, Lorenzo-Mateo LUJOSA VADELL, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*. (1995). Barcelona. Bosch Editor. (p. 35); más adelante sostiene que “los intereses legítimos no serían más que aquellos que son aceptados por el ordenamiento jurídico como dignos de tutela, aún de forma indirecta o refleja.”, p. 37. En ese mismo sentido, el Tribunal Supremo Español en la sentencia de 18 de julio de 1989 (Sala 3ª. – Sección 2ª) sostuvo como tal “el que tienen aquellas personas que, por razón de la situación objetiva en que se encuentran, son titulares de un interés propio distinto del de cualquier ciudadano, encaminado a que los poderes públicos actúen de común acuerdo con el ordenamiento cuando con motivo de la prosecución de fines de interés general inciden en el ámbito de ese interés propio, aún cuando la actuación de que se trate no les ocasione un concreto beneficio o perjuicio inmediato”, citado por Lujosa Vadell, Lorenzo-Mateo, Op.Cit. (p.40).

se requiere de una participación calificada (33%) de los representantes populares de la cámara de senadores o de diputados, el Procurador General de la República, la Asamblea de Representantes o legislaturas estatales; con ello se demuestra, que los particulares no tienen la legitimación y por ende la tutela jurisdiccional del derecho al medio ambiente, a través de tales instrumentos.

18. Costas judiciales y costos de la prueba

El principio de justicia gratuita consagrado en el artículo 17 de la Constitución Federal, de carácter absoluto, es la base sobre la que descansan estos mecanismos de control constitucional en cuanto a la protección ambiental y el derecho de un ambiente sano.

La carga de la prueba y los costos de su producción, ofrecimiento y desahogo corresponde a quien afirma, por lo cual es el titular de la acción o a quien opone excepciones sobre quien pesa la fatiga probatoria.

Como excepción a esa regla general, de conformidad con el tercer párrafo, del artículo 78, de la Ley de Amparo, el juez del proceso constitucional puede allegarse de todos los elementos necesarios para resolver la cuestión planteada.²⁶ En el caso de la controversia constitucional, esa excepción se regula en los artículos 24 a 38 de la Ley Reglamentaria del artículo 105 de la Constitución Federal.

La acción de inconstitucionalidad por su propia naturaleza –impugnación de normas de carácter general– no requiere de período de prueba.

19. Notas características de los procesos constitucionales

Una nota que caracteriza a la denominada acción de inconstitucionalidad es que para declarar la invalidez de las normas impugnadas se requiere de una mayoría de cuando menos ocho votos, mientras que en la controversia constitucional se resuelve por el principio de mayoría.

En ese proceso constitucional se plantea la contradicción entre una norma de carácter general (leyes o tratados internacionales) y la Constitución Federal, y la sentencia puede invalidar la ley o tratado que se opone al máximo ordenamiento. El diseño de esta acción obedece al margen de actuación que deben tener las

minorías parlamentarias²⁷ –como regla general frente al caso del Procurador General de la República.

En el caso de la acción de inconstitucionalidad, la Suprema Corte puede suplir la deficiencia de la queja, ya que el fin del proceso es la vigencia irrestricta del orden constitucional; a diferencia de la controversia constitucional sí puede plantearse la inconstitucionalidad de una ley en materia electoral, por lo que su campo de acción es abierto.

20. Alcance de la sentencia

La sentencia de amparo tiene como efecto invalidar o anular el acto reclamado, volviendo las cosas al estado que tenían antes de la producción del acto de autoridad, para restituir al quejoso en el uso y goce de la garantía individual violada; de manera que la autoridad responsable demandada debe dejarlo sin efecto y, en su caso, dictar otro acto en que respete los derechos fundamentales del gobernado, o se abstenga de actuar; pero solamente se protege a quien solicitó la protección constitucional y no se puede –formalmente– hacer un pronunciamiento general sobre la ley o acto respectivo.

La sentencia que se pronuncia en la acción de controversia constitucional, puede tener alcances generales si es que se pronuncia por una mayoría de ocho votos de los once ministros que integran la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

21. Conclusiones

a. Existen tres diversos procesos constitucionales en el ordenamiento mexicano que permiten la defensa de los derechos fundamentales del gobernado: la acción de amparo; la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad. El alcance de las sentencias dictadas en esos procesos consiste en invalidar el acto impugnado, por lo que se obliga a la autoridad a realizar un acto o a que se abstenga, o a dejar insubsistente el acto declarado inconstitucional, de conformidad con el texto constitucional.

Actualmente, esos procesos constitucionales no son un instrumento directo y eficaz para tutelar el derecho a un medio ambiente adecuado para el bienestar y desarrollo.

Luego, es necesario un mecanismo que permita que el carácter reparador de los instrumentos constitucionales en cita, sirvan para obligar a la autoridad a actuar en determinado sentido, para lo

²⁶ Vid Baltasar Robles, Germán E. (2000). *Controversia constitucional y acción de inconstitucionalidad*. México: Ángel Editor. (pp. 367-368).

²⁷ Idem. (p.335).

- grar la efectividad del derecho fundamental de que se trata.
- b. El juicio de amparo, de forma mediata e indirecta puede obligar según la naturaleza del acto impugnado, a que la autoridad realice actos positivos que tengan por materia el medio ambiente, y que materialmente tenga un efecto reparador, y que a través de la figura de la suspensión del acto reclamado –medida cautelar– pueda estimarse que por el peligro en la demora del dictado de la sentencia, un acto sea suspendido hasta en tanto se analiza su idoneidad con el texto constitucional.
 - c. Los sujetos para incoar esas acciones pueden ser los órganos de gobierno, los partidos políticos –minorías parlamentarias– y en la de amparo cualquier gobernado que resienta un perjuicio, quienes por regla general tienen la carga de la prueba y deben soportar los costos de su desahogo.
 - d. El derecho fundamental a un medio ambiente adecuado no se tutela de modo directo y eficaz a través de los instrumentos constitucionales citados, como una expresión de la garantía de tutela judicial efectiva, que no sólo presupone un tribunal y ley previos para resolver el acto cuestionado, sino que exige que el acto jurisdiccional sea completo, pronto y gratuito.
 - e. El juicio de amparo promovido por particulares tiene restricciones en la defensa del tema ambiental, bajo la figura del interés jurídico; la propuesta en el proyecto de nueva Ley de Amparo, pretende ampliar el campo de acción y tutela vía la figura del interés legítimo. El proyecto de Ley de Amparo, en cuanto a la figura del interés legítimo, plantea en sí mismo la base para un renovado activismo judicial, que posibilitará nuevos desarrollos jurisprudenciales sobre el tema, del que los juzgadores no pueden sustraerse, como tampoco lo están del entorno sociocultural que les rodea.

ESTADO, MEDIO AMBIENTE Y PROCESO PERTINENTE: DE LOS DEBERES ASUMIDOS Y DE LOS DERECHOS A LA OBTENCIÓN DE SU EFECTIVO CUMPLIMIENTO (Primer acercamiento a un Derecho Ambiental aplicable)

por Enrique A. Viana Ferreira*

“No basta saber, sino también aplicar el saber; no basta querer, es preciso obrar”
Goethe

“La contemplación es un lujo; la acción una necesidad”
Tomas Caryle

1. Introducción

En la República Oriental del Uruguay, es de pensar que, conscientemente, el Estado se ha *auto-impuesto* una serie de deberes de rango constitucional y legal en los últimos tiempos. Sin embargo, frente a los mismos ha aparecido, *ipso facto*, como un incumplidor contumaz.

O porque *hacer una Ley* es lo menos costoso, o porque no se sabe, a ciencia cierta, para lo que se está capacitado y para lo que no, el Estado y, cada vez con mayor frecuencia, se ha ido “*embretando*” en omisiones flagrantes.

En materia de medio ambiente, está ocurriendo algo de esto.

Y surgen, entonces, dos interrogantes centrales:

Gestionando el Estado uruguayo las empresas industriales de mayor dimensión del país, [A.N.C.A.P. (combustibles) - A.N.TEL. (telecomunicaciones) - O.S.E. (agua potable y saneamiento) - U.T.E. (energía eléctrica)], cabe preguntarse: **¿en verdad está cumpliendo con el deber de abstenerse de contaminar el ambiente?**

Y todavía, –cualquiera sea la respuesta a la anterior– **¿está en condiciones de cumplir con el poder de súper policía ambiental que se ha auto-asignado?**

Por las subsiguientes reflexiones, no se pretende responder a estas dos interrogantes, –el futuro hablará por sí solo–, pero sí demostrar algunos de los caminos para sortear las dificultades y conseguir su contestación.

2. La Constitución de la República

El relativamente novel artículo 47 de la Constitución de la República, vigente a partir de la decisión plebiscitaria del 8 de diciembre de 1996, preceptúa:

“La protección del medio ambiente es de interés general. Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente. La ley reglamentará esta disposición y podrá prever sanciones para los transgresores”.

a. La norma es de una severidad máxima.

Amén de ello, fácil es comprender que de su severidad, –*petrificación* constitucional y teoría de los derechos adquiridos, mediante–, no hay retroceso querible o posible.

Contra la benignidad de otras disposiciones constitucionales, comparativas y contemporáneas, que han previsto normas de tan sólo mera índole programática, la nacional ha estipulado una suerte de *precepto penal*.

Como se demostrará enseguida, la previsión ordena, directamente, la prohibición de determinadas conductas.

Lo actuado contra ese mandato deviene **constitucionalmente ilícito**.

De ello fluye una cierta similitud de lo establecido con los imperativos penales.

* Fiscal Letrado de la República, Nacional, en lo Civil, de Tercer Turno, Montevideo, Uruguay.

b. Al dispositivo comentado, a la calificación jurídica del medio ambiente como **de interés general**, hay que adunarle lo ya establecido en el artículo 168 (Nº 1º) de dicha Norma Fundamental:

“Al Presidente de la República, actuando con el Ministro o Ministros respectivos, o con el Consejo de Ministros, corresponde: 1) La conservación del orden y tranquilidad en lo interior (...).”

De la conjugación de ambos se extrae que la Constitución de la República identifica lo que puede denominarse **“un orden público ambiental”**, y cuya **“conservación”**, –como la de todo orden público o tranquilidad pública–, **deviene inherente, está asignada, al Estado**.

c. Ya en el año 1651 Thomas Hobbes afirmaba:

“La causa final, propósito o designio que hace que los hombres –los cuales aman por naturaleza la libertad y el dominio sobre los demás– se impongan a sí mismos esas restricciones de las que vemos que están rodeados cuando viven en Estados, es el procurar su propia conservación y, consecuentemente, una vida más grata”.¹

O, al decir de Supervielle al definir *el orden público*:

“Todo orden jurídico pretende realizar con un sistema de normas, la armonía social de la colectividad.

En los países de cultura occidental, se postula el principio general de la libertad, como medio de lograr mejor la protección de los derechos del hombre. Este último constituye el fin del derecho.

Pero desde que los seres humanos viven en una sociedad organizada política, social y económicamente, están sometidos a normas que establecen su estructura y aspiran a regular los conflictos humanos.

Nada de ello es posible sin establecer reglas imperativas o prohibitivas que aseguren o traten de lograr la justicia, la seguridad y el progreso en su sentido más amplio, es decir moral y material”.²

Y enseguida acotaba:

“Existen, pues, normas que por su contenido tienen acción directa sobre las conductas humanas y de las que no es legítimo apartarse, sin perturbar la necesaria cohesión social indispensable para la convivencia (...)

(...) El orden jurídico recibe esas normas; la ley las califica y las integra en una expresión genérica: <<el orden público>>.

*Pero en las relaciones humanas no todo se traduce en un conflicto de intereses. No es concebible una sociedad sin principios morales (...).”*³

Al preceptuar el novel precepto constitucional comentado que **“La protección del medio ambiente es de interés general”**, está significando **“interés general por “opuesto al sólo interés particular”** –como enseña Gros Espiell.⁴

Simultáneamente, se le confiere la calidad de *deber* y de *derecho*. Existe un deber del Estado a la protección del medio de ambiente, y, como contrapartida, existe un derecho a la protección de medio ambiente que puede ser reclamado a las demás personas y al Estado.

Se califica, por un lado, a la protección de medio ambiente como un aspecto limitante del goce de los otros derechos individuales (§ 7º Const.).

Por otro, se está colocando a dicha *protección* dentro de un orden intangible, tanto para los particulares, como para el mismísimo Estado; se la está concibiendo **“de orden público”**.

Su ubicación, en la cúspide normativa de una República, revela la voluntad soberana en la imposición del precepto, y sin excepción alguna permitida o posible.

Lo dicho: en realidad, con la citada expresión, se ha establecido un verdadero **“orden público ambiental”**.

Orden público ambiental, cuya connotación sustancial, –como la de todo orden público–, es su intangibilidad, o sea, que la normativa legislativa que rige al medio ambiente, así calificada, ha quedado al margen de la voluntad dispositiva de los particulares (§ 11, § 1284 y § 1286 C.C.), y también del Estado (§ 7º, § 10 y § 72). Todavía, de obrarse contra el mismo, lo actuado será nulo (§ 8º, § 1560 y § 1561 C.C.).

d. Más, el constituyente no se detuvo allí.

Apuntaló tal concepto con la peculiar previsión de un segundo precepto, –también sintomático de este **“orden público ambiental”**–, pero, como ya se expresara, de una severidad extrema.

Significativamente, estampó una norma **“imperativa”** y, a la vez, **“de prohibición”**: **“Las personas deberán**

¹ Hobbes, Thomas. (1997). *Leviathan: Or the Matter, Form and Power of a Ecclesiastical and Civil Commonwealth*. Barcelona: Altaya. (p. 141).

² Supervielle, Bernardo. (1956) *El orden público y las buenas costumbres*. Montevideo: RDJA. Vol. 54. (p. 186).

³ Ob.cit. (p.186).

⁴ Gros Espiell, Hector. (1997) *La protección del medio ambiente en el derecho constitucional in reforma constitucional 1997*, Seminar in UCUDAL. Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político. Serie Congresos y Conferencias No.16. Montevideo: Industria Gráfica Nuevo Siglo Ltda. (p.61).

abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente”.

Impuso **un deber de abstención**.

Se trata de **un deber o una obligación de no hacer, o de omitir acciones contrarias al medio ambiente**.

Concibió **una prohibición de hacer u obrar contra el medio ambiente**.

“Las leyes corrientemente denominadas imperativas y prohibitivas constituyen normas jurídicas cuya finalidad es obligar a adoptar cierta conducta o impedir determinados actos que, por su naturaleza, repugnan al derecho” —explicaba Supervielle.⁵

Comentando el novel texto constitucional, ha dicho Gros Espiell:

“Se prohíbe, mediante la imposición de un deber de abstención, depredar, destruir o contaminar el medio ambiente”.⁶

Todo lo hecho contra tal imperativo de *no hacer*, o contra tal prohibición de *hacer*, devendrá *antijurídico, ilícito, ilegítimo* por contrario a la Constitución, *inconstitucional*.

“Las conductas contrarias al deber de abstención impuesto por la Constitución, son conductas ilícitas, tanto administrativa como civilmente”, —enseña Gros Espiell.⁷

Civilmente la presente obligación en consideración *nace*, ya no *por disposición* de una simple Ley (§ 1246 C.C.), sino que, nada menos, *por disposición* de la Ley fundamental de todo Estado de Derecho, vale decir, de la Constitución.

Es una obligación constitucional que impone *un hacer omisivo (in omittendo)* bajo el verbo abstener(se), o sea que, **impone un no hacer**.

Obligaciones de no hacer son aquellas **“que imponen a su objeto pasivo el deber de abstenerse de realizar ciertos hechos”**.⁸

Por imperio de la Constitución el *hecho contaminante* y el *hecho depredatorio* son *hechos vedados*, y por vía de consecuencia, al vulnerarse la inejecución o la prohibición ordenadas, se convierten en *hechos ilícitos*.

e. Una acotación marginal necesaria (provisoria, no terminada): ¿cuáles son aquellos actos cualesquiera *prohibidos* que causan depredación, destrucción o contaminación **“graves”** al medio ambiente?

Ante el adjetivo “graves” se está ante un **“elemento normativo del tipo”**. Devienen elementos normativos de los tipos delictivos aquellos que exigen para ser comprobados en el caso concreto una valoración especial por parte del aplicador del Derecho. Imponen al aplicador del Derecho una verificación axiológica, por medio de juicios de valor. Estos pueden remitir tanto a otras normas jurídicas, como a pautas socio-culturales de conducta. Y, en esta segunda hipótesis, el propio aplicador del Derecho suple al autor de la disposición incompleta en el proceso de formación de la norma jurídica.

¿A qué pautas o valores puede acudir para calificar de “graves” a ciertos hechos contaminantes o depredatorios del medio ambiente?

Una, inicial, es tener presente aquellos *mínimos o parámetros* que fluyen de las definiciones auténticas previstas en la misma legislación ambiental.

La *Ley de Impacto Ambiental*, previa al artículo 47 de la Constitución, ya contenía una significativa definición de *impacto ambiental*, entendiéndose por tal: **a toda alteración de las propiedades físicas, químicas o biológicas del medio ambiente causada por cualquier forma de materia o energía resultantes de las actividades humanas que indirecta o directamente perjudiquen o dañen la salud, la seguridad o calidad de vida de la población, la configuración, calidad y diversidad de los recursos naturales, etc.** (§ 2º L. 16.466, de 19/1/94).

Y la *Ley de Protección del Medio Ambiente* estableció que **“Decláranse por vía interpretativa que, a efectos de los establecido en el artículo 47 de la Constitución de la República y en la presente disposición, se consideran actos que causan depredación, destrucción o contaminación graves del medio ambiente, aquellos que contravengan lo establecido en la presente ley y en las demás normas regulatorias de las materias referidas en el artículo 1º. Asimismo, se entiende por daño ambiental toda pérdida, disminución o detrimento significativo que se infiera al medio ambiente”**(VÉ. § 3º L. 17.283, de 28/XI/2000).

Otra perspectiva, muy elocuente, es la que puede derivarse del *Principio 14* de la *Declaración de Río sobre Medio Ambiente y el Desarrollo* (Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, Río de Janeiro, del 3 al 14 junio de 1992), en cuanto establece cierta equivalencia entre *degradación grave del medio ambiente* y *nocividad para la salud pública*. Aunque claro está: no necesariamente todo

⁵ Supervielle, Bernardo. (1957). *Las leyes imperativas y prohibitivas* in *Estudios Jurídicos en Memoria de Eduardo J. Couture*. Montevideo. (p.777).

⁶ Ob. cit. (p.63).

⁷ Ob. cit. (p.63).

⁸ Peirano Facio, Jorge. (Abril 1950). *Obligaciones de dar, hacer y no hacer*. Rev. Fac. de Der. y C. Soc. Year I. (p.251).

acto de degradación grave del medio tiene que conllevar a una lesión de la salud colectiva.

Otro aspecto a ser considerado es el llamado criterio de *solidaridad*, y allí habrá que recurrir al concepto de *irreparabilidad* de la pérdida ambiental que se causa o se está por causar. Si el acto depredatorio o contaminante provoca un empobrecimiento del medio de imposible o dificultosa reversión mediante otros procedimientos eficaces, obra una pista cierta para calificarlo como “grave”. De esa forma, se deriva también de los *Principios 3 y 15* de la citada Declaración de Río.

Tampoco pueden dejarse de lado las circunstancias cuantitativas. Cuánto mayor sea la reiteración de un hecho, y por más insignificante que sea en su consideración singular, si no tiene cese de continuidad, si posee un efecto de acumulación, y con nulas o muy pocas posibilidades para una reconducción inocua, indudablemente, que se estará ante una acción “grave”.

Por supuesto, la lista no se agota aquí.

f. Resulta importante detenerse en la *ejecutabilidad* de este deber constitucional relacionado con la protección del medio ambiente.

Tales *imperativos de orden público* nada son si no existen aquellos medios idóneos con los cuales pueda alcanzarse su *efectivo acatamiento*.

No olvidar que las Leyes, de por sí, obligan (§ 3º C.C.).

Y lo mismo ocurre con la Constitución de la República, de acuerdo al trascendente axioma, edictado de la siguiente manera:

“Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de las leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas” (§ 332).

Ni siquiera es necesario hacer *caer en mora* al que incumple estos mandatos.

Atiéndase a lo que al respecto acota Gros Espiell.

“El artículo 47 no es una disposición programática que requiere para su aplicación una ley posterior. Es un caso claro de norma constitucional perfecta, de aplicación directa e inmediata, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 332 de la Constitución”.⁹

Y vale la pena dar un paso más en este razonamiento.

Tratándose de un *imperativo de no hacer*, parafraseando al Código Civil (§ 1338, § 1340 y § 1368 C.C.), puede expresarse **que el obligado incurre en responsabilidad por el solo hecho de la contravención**, o sea, **desde el momento que ejecuta el acto al cual está obligado a abstenerse**.

g. La orientación finalística del comentado artículo 47 se aviene a los axiomas de la *responsabilidad-prevenición*, del *deber de precaución* y de las denominadas *acciones preventivas, negatorias o anticipatorias*.

El texto revela así una gran ventaja para su desarrollo conceptual en relación con otras fórmulas constitucionales de Derecho Comparado menos ambiciosas y meramente programáticas.

La original estipulación de un mandato constitucional *de abstención*, vale decir, de un imperativo *de no hacer*, de una *prohibición*, presupone que se ha dado preeminencia al acatamiento a un *deber de precaución o de preservación*, muy afín a un Derecho como el Ambiental, y, –he aquí lo más relevante–, aún antes que a aquellos aspectos indemnizatorios o sancionatorios en razón de la ilicitud del obrar antijurídico.

El imperativo en examen significa que **no abstenerse de dañar al ambiente**, –sin más–, es intolerable, o, como decía Supervielle, **repugna al Derecho**.

Por lo tanto, si repugna al Derecho, no basta con resarcir o punir esa no abstención, *hay que hacerla efectiva*.

<<Hacer verdaderamente efectivo ese deber de abstención de contaminar o de depredar el ambiente, previniendo>>; valórese allí la singularidad a destacar en el Derecho Ambiental.

Frente a las alternativas de reparar o indemnizar el hecho ilícito de la contaminación (“*quien contamina, paga*”), de sancionarlo (*penas criminales o civiles*), o de evitarlo, se da preferencia a esto último, es decir, al **principio de precaución**.

Evitar el daño ambiental, más que castigarlo -dice Betancor Rodríguez.¹⁰

Es el carácter *tutelar, preventivo y restaurador*, más que *indemnizatorio o represivo*, del Derecho Ambiental.

Si el objeto del Derecho Ambiental es regular las actividades humanas con incidencia ambiental para preservar la naturaleza, es lógico que el Derecho Ambiental sea preventivo y restaurador, porque se protege mejor la naturaleza evitando que el daño se produzca máxime cuando es muy frecuente que la reparación de los daños producidos sea muy difícil o imposible–, agrega el mismo autor.¹¹

⁹ Ob. cit. (p. 63).

¹⁰ Bentancor Rodríguez, Andres. (2001). *Instituciones de derecho ambiental*. Madrid: Published by La Ley. (pp. 53, 87).

¹¹ Ob. cit. (p.87).

Seguidamente se apreciará como el medular propósito de *preservación* supone accionar sobre las fuentes del *daño*, inclusive, sobre aquellas circunstancias (*impacts*), que implican un *peligro* o un *riesgo* de que el mismo se produzca.

Consciente de esto, el redactor del artículo 47 de la Constitución condujo al Derecho hacia *la ejecución in natura*. Al establecer, –sin ambages–, un imperativo de índole prohibitivo, todas las fuerzas del Derecho devienen estratégicamente orientadas hacia la efectiva consecución de ese *no hacer contra el medio ambiente*.

Se arriba, entonces, a la cuestión crucial.

Ese *no hacer*. ¿cómo se consigue?

h. Sostiene Mosset Iturraspe:

“La protección del medio ambiente no se logra con el dictado de una ley. En este tema, como en otros, pero tal vez con más claridad, se observa el distinguo entre norma vigente y norma eficaz, entre mera existencia del precepto y su aplicación (...) No basta declarar, retóricamente, la defensa ambiental”.¹²

El singular mandato constitucional nacional parece estar proporcionando con la referida *prohibición de dañar* ese impulso imprescindible para avanzar de la retórica a la acción.

Mas, si con el mandato constitucional en análisis, no se quiere incurrir en el pecado advertido por MOSSET ITURRASPE, corresponde concluir, artículo 332 de la misma Constitución mediante, que, procesalmente, su eficacia sólo puede darse a través de la debida posibilidad del ejercicio de las llamadas **“acciones preventivas, negatorias o anticipatorias”**.

Razones de texto legal, contribuyen a avalar dicha interpretación amén de las ya expresadas más arriba, pero en relación con las obligaciones *de no hacer*.

Parece relevante prestar atención a que el propio Código Civil, al referirse a las obligaciones *de hacer* y *de no hacer*, y tras preceptuar *que se resuelven en el resarcimiento de daños y perjuicios en caso de falta de cumplimiento por parte del deudor*, enseguida acota **que, sin perjuicio de esto, el acreedor tiene el derecho a exigir que se destruya lo que se hubiese hecho en contravención de la obligación y que puede obtenerse autorización judicial para destruirlo a costa del deudor** (§ 1338).

¿Qué viene a revelar esta disposición?

Fundamento de la ley análoga presente (§ 332 Constitución), **que es posible pretender la obtención de una decisión judicial que condene a la cesación, prohibición, interdicción, evitación, detención, neutralización, mitigación o disminución de lo que se hubiese hecho o se venga haciendo o se vaya a hacer en contravención de ese deber abstención de dañar al medio ambiente.**

i. En esta secuencia de ideas, *toca a la puerta* el concepto de **“responsabilidad-prevención”**.

Con el argentino HUTCHINSON, puede comenzarse diciendo que **“Responsabilidad-prevención”** no significa más que atenerse al propósito principal de cualquier Derecho Ambiental: aquel de **preservación** del equilibrio ecológico.¹³

Se parte de comprender a la responsabilidad como respuesta al riesgo, uniendo responsabilidad con riesgo y prevención. Esta responsabilidad es por el riesgo de la cosa o la actividad riesgosa en sí misma. Se trata de disminuir el riesgo (prevención) para que el daño (indemnización) no se produzca. Se es responsable por el riesgo de la cosa o de la actividad riesgosa. El riesgo es una potencia de daño. Operando sobre el riesgo, se evita el daño. Esto es prevención.¹⁴

No se procura *la compensación* de perjuicios, sino que se está ante la búsqueda **de la evitación, o detención, o neutralización o disminución del hecho contaminante o depredatorio.**

Otra vez Hutchison:

“Prevención significa considerar la posibilidad de que algo ocurra, con el objeto de intentar neutralizarlo si nos va a provocar un daño, pues no tendría sentido que pensáramos que algo pueda dañarnos y no intentar evitarlo. Preferimos utilizar el término prevención, conectado con el riesgo, con la disminución de riesgos o evitación de daños, y no con los daños, ya que éstos están relacionados con el término reparación. La prevención es el fundamento del principio de precaución.

Entre los deberes del explotador figura, antes que combatir sus efectos, el de evitar, desde su origen, las degradaciones ambientales”.¹⁵

En gran medida, el Derecho Ambiental constituyendo una rama jurídica que atiende a *la protección o la preservación del medio ambiente*, consiste en **hacer posible o efectivo el ejercicio de un deber de precaución.**

¹² Mosset Iturraspe, Jorge; Hutchinson, Tomas; Donna, Edgardo Alberto. (1999) *El daño ambiental en el derecho privado en Daño Ambiental*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal - Culzoni editores. Volumen I. (pp. 27-28).

¹³ Ob. cit. *Daño ambiental*. Vol. II. (pp. 19-20).

¹⁴ Ob. cit. *Daño ambiental*. Vol. II. (p. 65).

¹⁵ Hutchinson. Ob. cit. (p.273).

Podría decirse que, desde la teoría de *preservar* a la práctica de *precaver*, se extenderá la *longitud* de ese Derecho Ambiental.

“Preservar es “Resguardar; librar de daños o riesgos” y “Preservación es “Protección, amparo. Custodia. Conservación. Evitación de mal o peligro”.¹⁶; por su parte, **“Precaver es “Adoptar precauciones o medidas de seguridad para evitar en lo posible los males reales, amenazadores o supuestos” y “Precaución es “Actitud o medida para evitar o disminuir un mal o riesgo”.**¹⁷

En el Código Civil argentino, gracias a la sabiduría de Vélez Sarsfield, se aprecia la muy elocuente y significativa redacción de los artículos 902 y 904, los que, –podría decirse–, encartan dos verdaderos axiomas del universo jurídico y que hacen al citado *deber de precaución*:

“Cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos”;

“Las consecuencias mediatas son también imputables al autor, cuando las hubiere previsto, y cuando empleando la debida atención y conocimiento de la cosa, haya podido preverlas”.

Similar inteligencia puede llegarse a desentrañar de una interpretación armónica de los artículos 1344, 1346, 1319 y 1324 del Código Civil y 3º y 18 del Código Penal uruguayos.

Se asiste mediante ellos al concepto de *culpa como una modalidad de ausencia del deber de prudencia o de precaución, falta del debido cuidado o diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño, y aún, del causado por las cosas, establecimientos o empresas de las que el responsable se sirve o están a su cargo.*

Ahora bien, este *deber de precaución* asimismo cabe que sea *considerado*, no desde la exclusiva óptica que atiende a las consecuencias de su incumplimiento, como modalidad de la culpa y a los correlativos efectos de la reparación o de la compensación patrimonial, sino que partiendo de aquella mismísima responsabilidad en el obrar *ex ante*, es decir, **desde la efectividad directa o in natura de ese deber.**

Justamente, cuando se está ante daños ambientales consumados o, aún, frente a la posibilidad de que los mismos sucedan, –ante el riesgo o el peli-

gro de su ocurrencia–, una hipótesis de acción jurídica, –subrayamos: **la más interesante o valiosa para el Derecho Ambiental**–, es la “*de preservación*” o “*preventiva*”, o sea, es pretender la obtención de la eficaz prohibición de aquellos actos que los ocasionan o que potencialmente puedan ocasionarlos.

Enseña Mosset Iturraspe:

“El Derecho Ambiental, en el capítulo dedicado a las contaminaciones perjudiciales, no se limita, como ocurriera en tiempos pasados con otros perjuicios, a dictar decisiones o sanciones frente al menoscabo ocasionado. Preocupa el <<antes>>, la tarea de impedir o evitar que las consecuencias se desencadenen.

*En particular cuando ese <<desencadenamiento es previsible o anticipable>>, por la índole de las tareas cumplidas, por su peligrosidad. Se trata, prioritariamente, de impedir o interdictar una actividad peligrosa o ilícita que constituye una amenaza seria al ambiente”.*¹⁸

Y recuérdese:

No impedir un resultado que se tiene la obligación de evitar, equivale a producirlo –sentencia, magistralmente, el artículo 3º del Código Penal.

Y, a la luz del mismo, cabe resaltar (lo de Mosset Iturraspe):

Han de preocupar el <<antes>> y las causas, y, con ello, la tarea de prevenir se trasunta en impedir o en evitar el <<después>>, o sea, que *las consecuencias se desencadenen.*

He aquí el punto de contacto entre *el principio o deber de precaución y la acción preventiva.*

O, como gráficamente lo expresa el argentino Morello:

“<<Parar>> más que <<reparar>>”.¹⁹

Y lo explica:

“Se trastruecan las funciones y los fines de la jurisdicción en la misma medida que se corren los objetivos: de la reparación, a la prevención de daños”.²⁰

“Resulta palmario que la pretensión (colectiva) no abarca el derecho a ser indemnizado del perjuicio sufrido o del padecer (individual), sino que se dirige a evitar el daño, o a detener su secuela, lo es un estado anterior y más perfecto que el que provoca volver las cosas a su estado anterior”.²¹

¹⁶ Cabanellas, Guillermo. (1996) *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Buenos Aires: Heliasta. 24th edition. Vol. VI. (p.381).

¹⁷ Idem. (p. 346).

¹⁸ Ob. cit. *Daño ambiental*. Vol. I. (pp. 60-61)

¹⁹ Morello, Augusto M. (1999). *La tutela de los intereses difusos en el derecho argentino*. La Plata: Platense S.R.L. (p. 107).

²⁰ Ob.cit. (p.105).

²¹ Ob.cit. (pp. 185-186).

Y a ello cabe agregar todavía la razón de pura lógica esgrimida por su coterráneo SAUX:

“Es inconmensurablemente más valioso prevenir, anticipar, que resarcir”.²²

Mucho antes que permutar *destrucción* por *indemnización*, lo que se busca es impedir la destrucción.

La *prohibición de destruir* establecida procura eso mismo: *que no se destruya*, –y, no solamente obligar a indemnizar al que la vulnera haciendo lo contrario.

Por lo tanto, amén que el *destruir* devenga ilícito *en razón* de dicha prohibición, *en virtud de la misma* lo importante es conseguir que no se lo haga o que no se lo siga haciendo, o sea: que el mandato constitucional sea acatado.

A su vez, la mencionada *prohibición*, constituye el soporte para actuar sobre conductas *anteriores* a la producción del *daño*; –aquellos comportamientos humanos *capaces* de aumentar, acrecentar, o de potenciar el peligro o el riesgo de que el mismo se verifique.

Que el imperativo provenga de una norma de índole fundamental, que previamente crea *un orden público ambiental* y cuya “*conservación*”, –preservación o mantenimiento–, como la de todo *orden público*, asigna al Estado, le confiere aún más trascendencia al deber impuesto, y por sobretodo, compromete con mayor fuerza al encargado de hacer efectivo su cumplimiento.

El encargado de hacer cumplir esa obligación constitucional, el Estado, deviene, por lo tanto, el primer responsable ante la misma.

En la medida que esto sea entendido, recién el Estado *habrá abierto sus ojos* ante este novedoso universo de prestaciones que conforma el Derecho Ambiental y será conocedor de la significación de su complejo rol en el mismo.

Mientras ello no suceda por completo, la labor de lograr que vaya ocurriendo será de quienes, frente a los deberes asumidos por el Estado, hagan valer sus derechos.

Incumbirá a estos *derecho-habientes*, a los afectados (directos o eventuales) por una contaminación o destrucción no impedida, que el comentado artículo 47 de la Constitución no sea *letra muerta*.

Vayan pues aquí algunas reflexiones acerca de algunos instrumentos viables para ello.

j. Marco Tulio Cicerón decía:

“Hay dos tipos de injusticia: el primero de quien injuria a otro, y el segundo, de quien pudiendo no

defiende a los injuriados (...) Varias son las causas por las que los hombres faltan a la defensa de otros y abandonan este deber: o no quieren buscarse enemistades, fatigas, gastos, o bien por negligencia, pereza o flojedad (...).²³

La *inejecutividad* es el grave mal de los presentes tiempos.

¿Qué hacer frente a quien tiene que ser ejecutivo y no lo es, frente a quien tiene un deber y omite su cumplimiento?

La solución no puede ser diversa a otras hipótesis de incumplimiento. En un Estado de Derecho, el camino no es otro que conseguir que los Poderes del Estado *interactúen*, y que *el sistema de pesos y contrapesos*, –previsto para evitar su nulidad o inercia–, funcione.

Y, justamente, para hacer *efectivos* sus derechos o las obligaciones de los otros, Estado incluido, el individuo cuenta con los Jueces.

No hay mejor forma de *actuar el Derecho* que accionar ante *ellos*. Y *ellos*: deberían ser los primeros en saberlo.

El instrumento o vehículo para obtener su decisión –o si se quiere el Derecho Procesal–, no debe ser un estorbo para la actuación del Derecho (Sustantivo); por el contrario sólo valdrá como tal si lo ayuda a su realización.

Acceder a la Justicia supone, por lo tanto, articular el proceso adecuado, por un lado, y, por otro, convencer a quienes tienen que impartir Justicia que obstaculizarlo de plano es negar ésta.

k. ¿Para qué sirve *una acción preventiva o de preservación*?

Podría decirse que su propósito es, precisamente, hacer que el deber de precaución se haga efectivo, mucho antes que la posterior compensación o indemnización económica por su incumplimiento.

Es el bienvenido *auxilio* del Derecho adjetivo; *adjetivo* y *tutelar*, siempre al servicio de los Derechos sustanciales.

Es el ejercicio de un derecho procesal tendiente a *impedir* o a *paralizar* las causas de los efectos dañosos que perjudican el entorno ecológico, antes que a *resarcirlos*, y *sin perjuicio de resarcirlos*.

Deviene “**tutela preventiva efectiva**”, –como la define Morello.²⁴

El Derecho Ambiental es esencialmente *tutelar* (*de protección*): recurre entonces a la ley *tutelar* procesal para alcanzar su *eficacia*.

²² Saux, Edgardo Ignacio. (1994) *Acceso a la tutela de los derechos de incidencia colectiva dentro del nuevo texto constitucional*. Rev. de Der. Priv. y Com. No. 7. *Derecho Privado en la reforma constitucional*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores (p.129).

²³ *De officiis: On Duties*, 44 BC.

²⁴ Ob. cit. (p.68).

En tiempos en que por estos lares, —a contrapelo de lo que acontece en el resto del mundo—, se menosprecia a los denominados Derechos *tutelares* (en materia de Derecho de Menores, por ejemplo), su concepto vuelve a resurgir, y quizás por el lado menos sospechado.

Despojado de prejuicios ideológicos, dice Morello:

“Se trata, obviamente, de una nueva filosofía ante nuevos daños de superlativa repercusión vital: porfía por tutelar el interés general asegurando —no solo para nosotros sino para las generaciones futuras— una sana y adecuada convivencia social”.²⁵

Ahora bien, en el Uruguay, la concepción del Derecho Ambiental como un Derecho tutelar presenta una *vuelta de tuerca* que hasta el mismo Morello ha de enviar.

Tal concepción, cumple con el sabio mandato impuesto por el artículo 332 de la Constitución de la República.

Los preceptos de ésta que reconocen derechos a los individuos e imponen deberes a las autoridades públicas (y el de la protección al medio ambiente, § 47, opera en ambos sentidos: derechos, deberes) **no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de las leyes análogas, a los principios generales y a las doctrinas generalmente admitidas.**

Es una expresión *del derecho a Acceder a la Justicia, a ser escuchado por los Jueces, y como natural derivación del ejercicio irrestricto del sagrado derecho de defensa en juicio y de la materialización del resultado jurisdiccional*; es adecuar el proceso a las necesidades sustantivas, en la hipótesis, a la naturaleza *tutelar* de este Derecho ambiental y constitucional; **“garantismo teleológico que facilite, y no malogre, el Acceso a la Justicia”**; ergo, es recrear un Derecho Procesal **“funcional”**, o sea **“que sirva y que sea útil”**.²⁶

Como ya, en 1823, decía BENTHAM: *“Ley adjetiva, es decir la ley de procedimiento que únicamente será buena en tanto concurra al cumplimiento de la ley sustantiva”*.²⁷

Téngase presente lo que, respecto a ello, disponen los artículos 11.1., 14, 15 y 25 del Código General del Proceso del Uruguay.

Preceptúan que:

“... el fin del proceso es la efectividad de los derechos sustanciales ...”.

Téngase presente la expresión que emplea el artículo 42 del C.G.P., cuando refiere a la defensa del medio ambiente.

No en vano habla de:

“... proceso pertinente ...”.

El ejercicio de acciones *preventivas* o *de preservación* constituye la fórmula, tal vez, más inmediata de acceso a un *proceso eficaz* para la defensa del medio ambiente, *pertinente*.

Pertinente, vale decir, **Adecuado, Oportuno**.²⁸

k.1. El ejercicio de una acción *de preservación* puede apreciarse, también, como **tutela anticipatoria del daño**.

Es promover **un proceso anticipatorio**, —tal cual lo define Morello.²⁹

Anticiparse al daño (prevenir los peligros, precaver los riesgos), significa, como se ha dicho, colocarse en un estadio abstracto y necesariamente anterior al daño, por ello el emplazamiento conceptual es en un territorio ajeno y previo al de las acciones *indemnizatorias* (de *daños* y *perjuicios*, de *daños emergentes* y *lucros cesantes*).

Es procurar la eliminación de la fuente de resultados dañinos, sin perjuicio de que, por otras vías, se consiga el resarcimiento de los que ya hayan sido causados.

Es, en definitiva, accionar para impedir las causas del mal que se esté ocasionando, o que se pueda ocasionar o que se vaya a ocasionar al medio ambiente.

k.2. El imperativo constitucional encartado en el artículo 47 de la Constitución del Uruguay, al estar previsto **el deber de abstención**, autoriza a las **acciones negatorias, inhibitorias, de interdicción, preventivas o anticipatorias**.

La mismísima previsión de la prohibición de depredar, destruir o contaminar faculta a demandar su acatamiento *in natura*.

Sólo a través de acciones como las citadas se podrá obtener el efectivo *no hacer* ordenado. Con ellas, podrá actuarse como dispone la Constitución, impidiendo, deteniendo, paralizando o interdictando comportamientos actuales y continuados, o futuros y previsibles, y que ocasionan u ocasionarán perturba-

²⁵ Ob. cit. (p. 68).

²⁶ Morello. Ob. cit. (pp.10, 11, 12, 13, 15, 61).

²⁷ Bentham, Jeremias (1971) *Tratado de las pruebas judiciales*. Buenos Aires: Valleta Ediciones. EJE. (p.12).

²⁸ Cabanellas. Ob. cit. Volume VI. (p. 231).

²⁹ Ob. cit. (p.104).

ciones ilegítimas al ambiente, o sea, *directamente*, obteniendo que los demandados se *abstengan* o se *priven*, o se *inhiban* de realizarlos.

Es acceder a los denominados "*injunctions*" o a los "*mandamientos de cesación, de efectos paralizantes*".³⁰

Son los mandamientos sentenciables, "*writ of mandamus*", o sea, las sentencias de carácter ordenatorio, y que imponen un *hacer* o un *no hacer* (un *cesar*, un *parar*).

La finalidad primera de un reclamo o pretensión de esta índole es perseguir la obtención de un mandato que prohíba, interdicte, impida, disponga no hacer lo que se vaya a hacer o lo que ya se viene haciendo, conjurando los peligros o perjuicios que, de lo contrario, se irían acrecentando de manera constante.

Atiéndase como "*Injunction*", –conforme al Derecho anglosajón–, es "**orden, mandamiento o decreto judicial mediante el que se impone a alguna de las partes una obligación de hacer o de abstenerse de determinado acto o conducta. Es un concepto amplio, derivado del régimen de EQUITY (EQUIDAD), que abarca figuras equivalentes a las órdenes de no innovar, de cesar, de abstenerse e inhibitorias**".³¹

Otra vez, recuérdese lo que dice el artículo 25.1. del C.G.P.

Devienen buenos ejemplos de que el Derecho positivo ha reconocido y reconoce "*injunctions*", "*procesos preventivos*" o "*acciones negatorias*", "*las acciones por perturbación de la posesión, denuncia de obra nueva o de obra vieja o ruinosas*" (§ 241 y § 1190 y ss. C.P.C. y vigentes § 672 a § 675 C.C.), "*el proceso de menores*" primigenio, también *tutelar*, del Código del Niño (§ 113, § 119, § 120 y § 124), "*el proceso provocativo o de jactancia*" (§ 299 y ss. C.G.P.), en fin, hasta los mismos monitorios "*de desalojo*", "*de entrega de la cosa*", "*de entrega efectiva de la herencia*", "*de escrituración forzada*", etc.

Atiéndase a los fundamentos de las leyes procesales análogas que sustentan a estos juicios.

Pero hay más.

El Principio 15 de la "*Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*", aprobada en "*La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo reunida del 3 al 14 de junio de 1992*", al respecto, establece:

"Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades ..."

La citada *Declaración* manda complementar esto, entre otros medios, con la *promulgación de leyes eficaces sobre el medio ambiente y sobre la responsabilidad por la contaminación y otros daños ambientales (Principios 11 y 13)*, y con el *deber de proporcionar un acceso efectivo a los procedimientos judiciales (Principio 10)*.

Como indica Canter, al referir a las características de la Ley Nacional de la Política Ambiental de Estados Unidos, de 1991, el objetivo de toda política ambiental es "**Cumplir las responsabilidades que cada generación tiene como un albacea del medio ambiente para las sucesivas generaciones**".³²

"*Solidaridad de efectos diferidos*", –según Morello³³, o "*solidaridad colectiva en su vertiente intergeneracional*", como dice Canosa Usera.³⁴

El artículo 47 de la Constitución de la República, introducido en la reforma, vigente con la decisión plebiscitaria de 18 de diciembre de 1996, ha venido a cumplir y ejecutar cabalmente todos estos mandatos programáticos que conforman el substracto del Derecho Ambiental.

3. La Ley

Existen antecedentes legislativos muy significativos en materia de Derecho Ambiental.

a. Allí están lo que disponen y desde hace tiempo leyes como la Ley Orgánica Municipal, el Código de Aguas, las Leyes Forestales, etc.

Así, por ejemplo, atiéndase a lo que sigue.

La Ley Orgánica Municipal, 9.515, de 28 de octubre de 1935, sorprende gratamente en la materia al hablar (§ 35) **de que las Gobiernos Departamentales deben: velar por la conservación de los derechos individuales de los habitantes del Departamento, establecer medios preventivos de defensa para evitar inundaciones, incendios y derrumbes, y aliviar sus consecuencias, velar por conservar las playas marítimas y fluviales, por evitar la destrucción de las zonas boscosas en terrenos ribereños o adyacentes de propiedad municipal, que por su conformación hermosteen las costas o resulten para la conservación de las playas, ejercer la**

³⁰ Morello. Ob. cit. (pp. 63-64, 72-73).

³¹ Cabanellas de las Cuevas, Guillermo; Hoague, Eleanor C. *Diccionario jurídico Inglés – Español*. (pp. 323-324, 222).

³² Canter, Larry W. (2000). *Manual de evaluación del impacto ambiental*. Mc.Graw-Hill. 2nd. edition (p.4).

³³ Ob. cit. (p.66).

³⁴ Canosa Usera, Raul. (2000). *Constitucion y medio ambiente*. Madrid: Dykinson S.L. (p.202).

policía higiénica y sanitaria de las poblaciones, adoptar medidas para combatir epidemias, disminuir estragos y evitar o remover sus causas, desinfectar suelo, aire, aguas y de las ropas en uso, vigilancia y demás medidas necesarias para evitar las contaminaciones de las aguas, etc. .

Lo mismo sucede con el más cercano Código de Aguas (L. 14.859, de 15 de diciembre de 1978), al disponer (§ 4º y § 6º) **que el Ministerio competente podrá: supervisar, vigilar y regular todas las actividades y obras públicas y privadas relativas al estudio, captación, uso, conservación y evacuación de las aguas, tanto del dominio público como el privado, disponer lo pertinente para la protección contra sus efectos nocivos, incluso los que puedan alterar el equilibrio ecológico de la fauna y la flora, dañar el ambiente natural o modificar el régimen pluvial, y prohibir todos o algunos usos de determinadas aguas por el lapso que fuere necesario, en salvaguardia de la salud pública o con la finalidad de impedir o prevenir la contaminación o el deterioro del medio ambiente, sin pagarse en estos casos indemnización alguna.**

b. En cuanto a las disposiciones legales, especiales en la materia, se distinguen *las anteriores* y *la posterior* al artículo 47 de la Constitución de la República.

Entre las primeras, están sus claros antecedentes: aquella legislación de creación y de asignación de competencias al Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente, 16.112, de 30 de mayo de 1990, *de Rendición de Cuentas*, 16.170, de 28 de diciembre de 1990, y *de Impacto Ambiental*, 16.466, de 19 de enero de 1994. Entre otros preceptos, ya disponían respectivamente:

b.1. Que el M.V.O.T.M.A **“podría adoptar medidas tendientes a suspender o hacer cesar los actos que afecten el medio ambiente tanto sea de contaminación del aire, como de las aguas o similares”** (§ 453 L. 16.170).

b.2. ▶ **“Declarase de interés general y nacional la protección del medio ambiente contra cualquier tipo de depredación, destrucción o contaminación, así como la prevención del impacto ambiental negativo o nocivo y, en su caso, la recomposición del medio ambiente dañado por actividades humanas** (§ 1º L.I.A.);

▶ **que “Es deber fundamental de toda persona, física o jurídica, abstenerse de todo acto que cause impacto ambiental que se traduzca en la depredación, destrucción o contaminación graves del medio ambiente”** (§ 3º L.I.A.);

▶ **que “Sin perjuicio de las sanciones administrativas y penales que señale la Ley, quien provoque depredación, destrucción o contaminación del medio ambiente en violación de lo establecido en los artículos de la pre-**

sente ley, será civilmente responsable de todos los perjuicios que ocasione, debiendo hacerse cargo, además, si materialmente ello fuese posible, de las acciones conducentes a su recomposición” (§ 4º L.I.A.);

▶ **que “Cuando los perjuicios ocasionados por dicha violación sean irreversibles, el responsable de los mismos deberá hacerse cargo de todas las medidas tendientes a su máxima reducción o mitigación, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles o penales que pudiere corresponder** (§ 4º L.I.A.).

Atiéndase a este último: más que clara referencia a la **responsabilidad-prevención**, y con ello a todas las connotaciones sustantivas y procesales que ya se mencionaran.

Finalmente, **“de conformidad con el artículo 47 de la Constitución de la República”**, reglamentándolo, surge la Ley 17.283, de 28 de noviembre de 2000, llamada **Ley de Protección del Medio Ambiente**.

Entre sus disposiciones, *prima facie*, se destacan las siguientes:

▶ **“(Declaración). Declárase de interés general ... La protección del ambiente ... La prevención, eliminación, mitigación ... de los impactos ambientales negativos”** (§ 1º y § 5º);

▶ **(Derecho de los habitantes). Los habitantes de la República tienen el derecho a ser protegidos en el goce de un ambiente sano y equilibrado** (§ 2º);

▶ **“(Deber de las personas). Las personas físicas y jurídicas, públicas y privadas, tienen el deber de abstenerse de cualquier acto que causa depredación, destrucción o contaminación graves del medio ambiente”** (§ 3º);

▶ **“(Deber del Estado). Es deber fundamental del Estado y de las entidades públicas en general, propiciar, un modelo de desarrollo ambientalmente sostenible, protegiendo el ambiente, y si este fuere deteriorado, recuperarlo y exigir que sea recuperado”** (§ 4º);

▶ **“(Principios de política ambiental) ... La prevención y previsión son criterios prioritarios frente a cualquier otro en la gestión ambiental y cuando hubiere peligro de daño grave o irreversible, no podrá alegarse la falta de certeza técnica o científica absoluta como razón para no adoptar medidas preventivas”** (§ 6º y apart. B.);

▶ **“(Recomposición de oficio). Cuando el responsable se demore o resistiere a dar cumplimiento a la recomposición, reducción o mitigación previstas en el artículo 4º de la Ley 16.466, de 19 de enero de 1994, se podrá solicitar la imposición judicial de astreintes o hacerlo de oficio, siendo de cargo del infractor los gastos que ello ocasione”** (§ 16).

Otra vez se le confiere un sitio preferencial o de preeminencia a la **responsabilidad-prevención**, o sea al deber de prevención o de precaución y a los accionamientos administrativos y judiciales, tendientes a conseguir la efectividad en el cumplimiento del mismo, y como contrapartidas directas *al derecho de los habitantes a ser protegidos en el goce de un ambiente sano y equilibrado*.

Lo ordenado al Estado es claro e ineludible:

Es deber fundamental de las entidades públicas proteger el ambiente.

4. Conclusiones

Indica Hutchinson:

“... las obligaciones de las administraciones públicas en relación a la protección ambiental, así como el principio de responsabilidad administrativa en su más amplia y protectora concepción, están en la actualidad fuera de duda. Consecuentemente lo están, como contrapartida de lo anterior, los derechos de los particulares a un ambiente adecuado, a que la Administración tome todas las decisiones necesarias para la protección del ambiente ...”.³⁵

Decía Sayagues Laso, *al expresar que el Estado podía incurrir en actividades ilícitas*:

“La administración debe actuar ajustándose estrictamente a las reglas de derecho. Es lo normal. Si transgrede dichas reglas, la actividad administrativa se vuelve ilícita y eventualmente apareja responsabilidad”.³⁶

Pues bien, ajustarse y estrictamente a Derecho supone para el Estado, y en el caso de responsabilizarse por realizar una actividad ilícita, amén de la

obligación de reparar los daños causados, la de cesar ese obrar no tolerado, prohibido, que repugna al Derecho.

En palabras sencillas: *tener que reparar lo que se ha hecho mal*, también supone *que se debe dejar de hacerlo*, y con mayor razón, si es el Estado quien está involucrado, *por ser quien es*, y por los compromisos jurídicos que ha asumido en función de tal y que lo justifican como tal.

No resulta racional, ni compatible con ese conjunto de garantías individuales que supone la concepción de un Estado Constitucional de Derecho, que devenga ese mismo Estado quien obre *contra ius*. Y, atiéndose que también se obra *contra ius* no haciendo lo que constitucional y legalmente es debido.

Por esto, la *presión* de aquel deber ambientalista, incluido en la Constitución, deviene mayor cuando del Estado se trata. Si el Estado es *de Derecho* no puede avalar conductas propias, de sus agentes o ajenas de los particulares que lo vulneren.

Y su apartamiento de los mandatos constitucionales tiene múltiples y obvias consecuencias, pero en especial, el desprestigio. Si el Estado se tolera a sí mismo, se *auto-beneficia* con la desobediencia a las órdenes constitucionales, muy difícilmente podrá imponer el cumplimiento de las mismas respecto de los habitantes de la República.

La coherencia es un valor esencial. No hay pretexto admisible para, por un lado, aborrecer ciertos comportamientos, y, por otro, consentirlos.

Está también aquello que rescataba Cappelletti, al citar al mentor de Cesare Beccaria, Pietro Berri: **“Los últimos que ven claros los intereses de la sociedad son por lo regular lo que son pagados para verlos”.**³⁷

³⁵ Ob. cit. Volume I. (p.207)

³⁶ Sayagues Laso, Enrique. (1959). *Tratado de derecho administrativo*. Volume I. (p.383)

³⁷ Cappelletti, Mauro (1999). *La protección de intereses colectivos (Metamorfosis del procedimiento civil)* in Greif, Jaime. *El proceso- Vision y desafíos*. FCU. (p. 329)

EL DERECHO AMBIENTAL EN EL PERÚ

por José Antonio Peláez Bardales*

1. Introducción

El 60% del territorio del Perú está constituido por la denominada región de la Selva, zona de grandes recursos y potencial económico y social; con gran diversidad biológica y recursos naturales, que, sin embargo, por falta de una política de defensa del medio ambiente, sufrió, en décadas pasadas, de grandes depredaciones de su flora y fauna que hoy se intenta recuperar y preservar.

2. Marco constitucional

Recogiendo la fundamental influencia de las Declaraciones y Tratados en materia de desarrollo sostenido y protección ambiental, la Constitución de 1993 en los Arts. 66º, 67º, 68º y 69º, estableció que los Recursos Naturales constituyen patrimonio de la Nación; que el Estado fija la Política Nacional del Ambiente y promueve el uso sostenido de los Recursos Naturales; que el Estado tiene la obligación de promover la conservación de la Diversidad Biológica; promueve el desarrollo sostenible de la Amazonía y que toda persona tiene derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado.

Se definió, constitucionalmente, entonces, la teoría sobre el Derecho al medio ambiente, y se impuso la doctrina procesal de los derechos difusos, colectivos supra-individuales, en virtud de la cual, cualquier ciudadano, institución y organismo gubernamental o no gubernamental puede movilizar la acción de la justicia en defensa de los derechos vinculados al medio ambiente.

3. Normas Administrativas vigentes en el Perú Referidos al Medio Ambiente

Con fecha 16 de Diciembre de 1994 se dictó la Ley 26410, definida como Ley del Concejo Nacional del Ambiente, señala que este es el Organismo rector de

la Política Nacional Ambiental y tiene por finalidad: Planificar, promover, coordinar y velar por el ambiente y el patrimonio natural de la nación.

Sus objetivos son:

- a. Promover la conservación del ambiente a fin de coadyuvar al desarrollo integral de la persona humana sobre la base de garantizar una adecuada calidad de vida;
- b. Propiciar el equilibrio entre el desarrollo socioeconómico, el uso sostenible de los recursos naturales y la conservación del ambiente.

4. Ley 27446

Mediante este dispositivo se crea el Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental encargado de identificar, prevenir, supervisar, controlar y corregir los impactos ambientales negativos derivados de las acciones humanas expresados por medio del proyecto de inversión.

5. D. Leg. 613 Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales

Este cuerpo normativo confirió a los ciudadanos los siguientes derechos:

- ▶ Gozar de un ambiente saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida.
- ▶ La preservación del paisaje y la naturaleza.
- ▶ Conservar el ambiente.

Determinó como obligación del Estado peruano las siguientes:

- ▶ Mantener una calidad de vida compatible con la dignidad humana.

* Fiscal Adjunto Supremo; asistente al Segundo Simposio de Jueces y Fiscales de Latinoamérica, Aplicación y Cumplimiento de la Normativa Ambiental.

- ▶ Prevenir y controlar la contaminación ambiental.
- ▶ Prevenir y controlar los procesos de deterioro o depredación de Recursos Naturales.

Recogiendo la doctrina de los intereses difusos o supraindividuales trazado en la Constitución Política del Estado (Art. 2º inc.22), estableció la facultad de toda persona cuando tenga un interés moral para formular acción judicial y exigir rapidez y efectividad de la justicia en defensa del medio ambiente y los Recursos Naturales.

6. D.Leg. 757

Este Dispositivo constituye la Ley Marco para el crecimiento de la inversión privada y bajo el manto de garantizar el pluralismo económico, se elimina cualquier limitación al acceso directo o indirecto de los inversionistas a diversas actividades económicas y se deroga toda reserva a favor del Estado, ya sea parcial o total, para la realización de actividades económicas o la explotación de recursos naturales, con excepción a las referidas a las áreas naturales ya protegidas. Esta norma declara de necesidad nacional la inversión privada nacional y extranjera, en actividades realizadas o por realizar en las zonas de frontera del país.

La Décimo Primera disposición complementaria de esta norma dictada el 8 de Noviembre de 1991, al sustituir el Art. 137º del D.Leg. 613, que facultaba a cualquier ciudadano la posibilidad de integrar las acciones en defensa del medio ambiente, estableció una flagrante amenaza contra la persona que inicie la acción, al precisar que si su acción es desestimada, “será responsable por los daños y perjuicios que hubiere causado”. Sería advertencia que funciona como “espada de Damocles” contra el que demanda el respeto por la preservación del medio ambiente.

7. Acción Civil de Responsabilidad extracontractual por Daños y Perjuicios

Los Arts.1969 y siguientes del Código Civil peruano promulgado en 1983 establece los alcances de la responsabilidad extracontractual que forma parte del derecho de las obligaciones.

Este dispositivo (El Art. 1969) según los estudiosos de la materia al referirse a la causación de una daño a “**otro**” limita la posibilidad de que vía el control difuso, cualquier persona pueda interponer una acción de Responsabilidad Extracontractual por daños y perjuicios causados al medio ambiente.

De allí que a la fecha, no exista ninguna demanda incoada en ejercicio de esta facultad constitucional, como sí lo hay, vía la acción de amparo.

Por su parte el Código Procesal Peruano señala en el

Título Preliminar (Art. II), que “para ejercitar un derecho de acción es necesario tener legítimo interés económico y moral. Este último, nos dicen, autoriza la acción sólo cuando se refiere directamente al agente o a su familia, salvo disposición expresa de la Ley (Art. VI del Título Preliminar);

El mismo Código Procesal establece como únicas excepciones a esta regla en sus Artículos 512º, 559º y 622º, la intervención “de cualquier persona” en los casos de discernimiento del cargo de tutor, remoción de tutor y formación del Consejo familiar, respectivamente.

El Código además señala con normas precisas, cuando existe legítimo interés para ejercitar determinada acción. En ninguna de ellas, este cuerpo legal, establece la facultad de accionar vía el control difuso, constituyendo éste uno de los sensibles vacíos y deficiencias del Código Procesal Civil de 1993, el que siendo prácticamente contemporáneo con la Constitución del Estado promulgado también en 1993, no recogió la novedosa Doctrina Procesal de los intereses difusos, colectivos o supraindividuales.

En novísima sentencia pronunciada a los 17 días del mes de marzo del año en curso, por el Tribunal Correccional en la acción de Amparo interpuesta por Alida Cortéz Gómez de Narro contra la Empresa Nextel del Perú S.A., por violación de sus derechos a la paz, a la tranquilidad y a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, al haber colocado antenas y equipos de comunicación en un terreno aledaño a su vivienda sin contar con el informe técnico del Ministerio de Transporte, este máximo organismo de control constitucional y respecto de la legitimidad para interponer acciones legales en uso de la facultad contenida en la Constitución del Estado sobre los Derechos Difusos dice lo siguiente:

El Tribunal Constitucional estableció que “cualquier persona natural está autorizada a iniciar las acciones judiciales que se hayan previsto en el ordenamiento con el objeto de dispensar tutela, por lo que para tales casos no se requiere que exista una afectación directa al individuo que promueve la acción judicial”.

Esta Sentencia del Tribunal Constitucional hará factible entonces que pese a la limitación del Código Procesal Civil, cualquier ciudadano esté facultado en defensa de los intereses difusos a interponer la acción civil por responsabilidad extracontractual contra cualquier persona natural o jurídica que atente contra los derechos ambientales y los Recursos Naturales.

8. Acciones de garantía

El Art. 200º de la Constitución Política del Perú señala que son acciones de garantía los siguientes:

- ▶ La Acción de Habeas Corpus, cuando se vulnera o amenaza la libertad individual.

- ▶ La Acción de Amparo, cuando se produce un hecho u omisión que vulnera o amenaza otros derechos constitucionales.
- ▶ La Acción de Habeas Data contra el hecho u omisión que vulnera o amenaza derechos referidos a la información u opinión.
- ▶ La acción de inconstitucionalidad, contra las leyes y otras disposiciones que contravengan la Constitución.
- ▶ La Acción Popular, por infracción de la Constitución y la Ley contra reglas, normas administrativas y otras resoluciones.

De todas estas acciones de garantía la que procede instaurar por cualquier ciudadano vía el control difuso, contra actos que atenten contra el medio ambiente y los Recursos Naturales es la Acción de Amparo.

9. Acción de Amparo

La Ley 23506 señala que esta acción procede en defensa de “los demás derechos que consagra la Constitución”.

Puede ser interpuesta por cualquier ciudadano, asociación, Organismo No Gubernamental (ONG), o cualquier otro ente en defensa de los derechos al medio ambiente, equilibrado, sano y en defensa de los Recursos Naturales.

Se demanda ante el Juez Especializado en lo Civil de la localidad donde se haya producido el daño ambiental, la amenaza de daño o cualquier otra situación que atente contra el derecho ambiental o los Recursos Naturales.

Ante esta misma autoridad se puede solicitar una medida cautelar que pueda estar dirigida a paralizar o detener cualquier obra o hecho que se considere va en desmedro o perjuicio del medio ambiente o los Recursos Naturales.

La sentencia que declara fundada la acción, improcedente o infundada, puede ser objeto de apelación ante la Sala Superior en lo Civil del mismo Distrito Judicial, la que en un plazo de 20 días deberá, previa opinión del Fiscal Superior en lo Civil, emitir Sentencia confirmando o revocando la apelada.

Contra esta Resolución y cuando resulta contraria al demandante o accionante cabe interponer Recurso Extraordinario ante el Tribunal Constitucional. Este puede resolver por la Forma o por el Fondo; si es por la primera declara la nulidad y devolución de los actuados para que se corrija el error de forma que pudo detectar; en caso de resolver por el fondo, puede Revocar la sentencia objeto de recurso y declarar, según sea el caso, fundada o infundada la acción, quedando sólo como último recurso a la Corte Interamericana de Derechos o a cualquier otro Organismo Internacional competente.

10. Acción penal - requisito de procedibilidad

Mediante Ley 26631, dictada el 9 de junio de 1996, se estableció como requisito fundamental para la formalización de la denuncia por los delitos “Contra la Ecología” tipificados en el Código Penal, la opinión fundamentada por escrito emitida por las diversas entidades sectoriales (Ministerios) sobre si se ha infringido la legislación ambiental. Este informe deberá ser emitido en el plazo no mayor de 30 días.

El Artículo 1º de la Ley 26631 dice que el Fiscal deberá merituar los informes de las autoridades sectoriales o del Consejo Nacional del Ambiente según fuera el caso.

También el propio Juez, recibida la denuncia, merituará el informe; de igual modo la Sala Penal correspondiente al momento de sentenciar.

El Art. 2º también condiciona la acción penal por los delitos ecológicos, cuando el inversionista dueño o titular de una actividad productiva contare con programas específicos de adecuación y manejo ambiental - PAMA- y estudios de impacto ambiental y tiene en marcha dichos programas o los está ejecutando, pero infringe la legislación ambiental por no ejecución de pautas contenidas en dichos programas o estudios.

11. Código Penal

Art. 304º:

Sanciona al agente que infringe normas sobre protección del medio ambiente y lo contamina dolosamente.

También se sanciona la acción culposa cuando desconoce normas que prohíben las acciones contaminantes.

Art. 305º:

Establece las circunstancias calificativas del delito precedente. La pena se agrava cuando:

- ▶ Los actos ocasionan peligro para la salud de las personas o sus bienes.
- ▶ Cuando el perjuicio o alteración ocasionadas adquieren carácter catastrófico.
- ▶ Cuando el agente actuó clandestinamente en el ejercicio de su actividad.
- ▶ Cuando los actos afectan gravemente los recursos naturales que constituyen la base de las actividades económicas.
- ▶ En los casos precedentes la pena será privativa de la libertad no menor de 2 ni mayor de 4 años.
- ▶ Cuando se producen lesiones graves la pena no será menor de 3 no mayor de 6 años.

- Si se produce la muerte la pena no será menor de 4 ni mayor de 8 años y de setecientos treinta a mil cuatrocientos sesenta días multa.

Art. 306º:

Sanciona el otorgamiento indebido de licencias de funcionamiento por parte de funcionario o servidor público.

Igualmente se pena al funcionario que informa favorablemente para el otorgamiento de licencia.

Art. 307º:

Depósito o comercialización ilegales de derechos industriales o domésticos.

Art. 307º A:

Sanciona el ingreso ilegal al territorio nacional de Residuos Peligrosos.

Art. 308º:

Castiga la depredación de flora y fauna legalmente protegidos.

Art. 309º:

Sanciona la extracción prohibida de especies acuáticas.

Art. 310º:

Pena la depredación de Bosques protegidos.

Art. 311:

Reprime la utilización indebida de tierras agrícolas.

Art. 312º:

La autorización de actividad contraria a los planes o usos previstos por ley de terrenos para estos fines, a sabiendas de su ilegalidad es sancionado con pena privativa de libertad no mayor de dos años e inhabilitación.

Art. 313º:

La alteración del ambiente y del paisaje natural también se encuentra reprimido por este dispositivo.

Art. 314:

Por último, el Código mediante este dispositivo, faculta al Juez a disponer, como medida cautelar, la suspensión inmediata de la actividad contaminante, así como la clausura definitiva o temporal del establecimiento que infrinja las normas ambientales.

12. Conclusiones:

Como conclusiones debemos señalar las siguientes:

Primera: La Constitución Política del Estado ha definido la doctrina procesal de los Derechos difusos, colectivos o supraindividuales.

Segunda: El Código Procesal Penal no faculta expresamente a los ciudadanos de organismos no gubernamentales o asociaciones a interponer acciones civiles de responsabilidad extracontractual por daños y perjuicios en el medio ambiente.

Tercera: La acción que viene siendo utilizada por cualquier ciudadano, ONG, asociaciones, etc., para defender el medio ambiente, es la Acción de Amparo, en la que el Tribunal Constitucional viene desarrollando una interesante y activa intervención en defensa de los derechos del medio ambiente.

Cuarta: Para la interposición de Denuncias penales por delitos contra la Ecología, se requiere del informe técnico que, previamente, emitirán los organismos sectoriales administrativos.

Quinta: Los Fiscales, Jueces, deberán en todo momento evaluar el informe o informes sobre impacto ambiental que a su solicitud o de oficio, emitan los Sectores administrativos.

Sexta: El Decreto Legislativo N° 757, crea una responsabilidad por daños causados, contra el que denuncia o inicia una acción, en defensa del medio ambiente, cuando la resolución final sea contraria a la acción.

Sétima: El Tribunal Constitucional en reciente Sentencia autoriza a cualquier persona o entidad a demandar cualquier acción judicial en defensa del medio ambiente.



La acción penal
ambiental (legitimación,
medidas de urgencia y
prueba, costos y costas,
efectos de la sentencia).



LA ACCIÓN PENAL AMBIENTAL

por Antonio Gustavo Gómez*

1. Introducción y concepto

El concepto de acción penal ambiental en la República Argentina no es distinto al de cualquier acción penal que se intente en el marco del Código Procesal Penal de la Nación o en su caso de las provincias.

Ese impulso que pone en marcha el proceso penal para que la norma penal ambiental se aplique al caso y sujeto concreto tiene en principio la misma forma y sustancia que la que se utiliza para investigar un homicidio, un secuestro extorsivo o una estafa. ¿Por qué distinguirla con nombre propio, entonces?

- ▶ Por la posición que asumen los legitimados
- ▶ Por la actitud de quienes resultan sujetos del proceso, esas personas concretas que intervienen dando vida y realidad a las prescripciones del Código
- ▶ Por el alcance y repercusión que genera en la sociedad orientada por un bien jurídico protegido, de alcance universal si se quiere, como lo es el medio ambiente o la salud del medio ambiente

2. Acción, sujeto y proceso

Las normas penales que tipifican las conductas comprometidas como delito se encuentran dispersas en muchas leyes –al menos en Argentina– y eso hace que varíen los sujetos procesales, o al menos lo que pretendemos de ellos. Es que existen normas que protegen el ambiente de los residuos peligrosos como la ley Nº 24.051 que ordena la intervención de la Justicia Federal con el diseño de un “sistema mixto” –solución de compromiso entre el antiguo procedimiento inquisitivo que aún subsiste en algunas provincias y el acusatorio–. No obstante la gran mayoría establece la intervención y competencia de los juzgados locales u ordinarios, como los que se inscriben en el Código Penal con lo que dependerá del sistema procesal de cada estado provincial. No obstante lo caótico que puede re-

sultar para un extranjero esta visión, hay algunos parámetros que para bien o par mal, se repiten. Veamos:

a. La acción pública y los funcionarios

Sin excepción todos los delitos que puedan afectar al medio ambiente son de acción pública, es decir que cualquier persona enterada de un posible delito de estas características puede denunciarlo ante la autoridad (art. 174 CPPN). No se exige capacidad específica alguna. Pero dentro de este sistema facultativo aparecen como excepción sujetos que tienen la obligación de denunciar so pena de incurrir en un delito autónomo. Hablo de fiscales, policías, jueces, de funcionarios públicos nacionales, provinciales o municipales en general que por su ubicación funcional –en el ejercicio de su función– toman conocimiento de hechos presuntamente delictivos y deben denunciarlos. El artículo 277 inc. 1 del Código Penal tipifica como delito la omisión y sin embargo no se entiende que existan funcionarios públicos integrantes de cualquiera de los tres poderes que integran el Estado que, ante un presunto hecho ilícito –insisto en la “presunción” como concepto distinto a la “certeza”– contra el medio ambiente no lo denuncien. Más aún, incluso se oponen a que prosperen las denuncias que hacen particulares y organizaciones no gubernamentales.

b. Una acción minusválida

He aquí entonces, un primer rasgo distintivo. Hay una minusvalía en el accionar de los sujetos facultados y obligados cuando de delitos ambientales se trata. Y curiosamente esa minusvalía se traslada desalentadora hacia los especialistas que formulan grandes atajos procesales –léase acciones de amparo por ejemplo– cuando el hecho que se quiere detener con una medida cautelar es lisa y llanamente un delito. ¿Por qué?

En los quince años que llevo investigando este tipo de hechos ilícitos la mayoría nacieron de otras fuentes –impropias– distintas a la denuncia penal. Se caracterizaron por un impulso “de oficio” que se afinca en un

* Fiscal General ante la Cámara Federal de Tucumán, Argentina.

“voluntariado” más que en una obligación legal cuando en realidad –y como ya vimos– la respuesta normativa es inversa: Si no denuncias o investigas eres un encubridor.

¿Por qué un juez civil ante un “amparo ambiental” –como mal suele llamarse– no corre vista al fiscal penal en turno para que verifique si el hecho denunciado como lesivo no constituye alguna de las conductas atrapadas por normas penales que protegen el medio ambiente?.

Me animo a decir que hay un desprecio superlativo hacia estas denuncias que luego tiñen todo el proceso penal. ¿Cómo suponer que un proceso penal será esclarecedor si desde un comienzo, quienes tienen la obligación de denunciar, no lo hacen?

c. La instrucción

Quiero insistir en el esfuerzo que se vuelca en un proceso civil –o procesal constitucional como suele llamarse el trámite de la acción de amparo– para obtener prueba anticipada o solicitar medidas de urgencia que detengan el accionar lesivo contra el ambiente. No desprecio estos procedimientos pero existen alternativas en el proceso penal mucho más efectivas que indefectiblemente en la estrategia de un buen abogado deben tenerse en cuenta. No es una acción alternativa al amparo sino conjunta. Lo inmediato es hacer cesar el delito, ¿no es acaso más sencillo que establecer un régimen riesgoso que asomarse al mundo de las medidas cautelares y cauciones reales o juratorias?

La instrucción formal dirigida por un Derecho Penal de Acto permite que no sólo se asegure la prueba sino que incluso exige que se investigue más allá de la voluntad –cierta o presunta– de las partes incluso si una de ellas reviste el rol de querellante.

La actividad probatoria se presenta dividida en dos etapas distintas en el tiempo pero superpuestas al momento relevante de fijar el hecho atribuido con toda sus circunstancias. Tanto el sumario como el plenario –o juicio oral– coinciden en producir pruebas iguales a punto tal que muchos testigos en una y otra etapa se contradicen y terminan ellos mismos incriminados por falso testimonio. Los jueces de instrucción rara vez elevan a juicio una causa en la que no tengan la certeza de que el delito fue cometido. Ello se traduce en que menos del diez por ciento de los hechos ilícitos denunciados llegan a ser realmente juzgados con un altísimo porcentaje de condenas por aquella superposición probatoria de la que hablábamos. En los delitos contra el ambiente la exigencia probatoria es mayor aún. La sensación que nos queda es que:

► Sólo vale la pena investigar los hechos que podrían calificarse como delitos continuados y que a pesar del proceso penal iniciado siguen consumándose en un total desprecio por la ley sustantiva: contaminaciones fabriles. Los delitos instantáneos excepto

que causen un daño grave en la salud o la muerte son literalmente disculpados y la acción penal prescribe.

- Las pruebas testimoniales, documentales, informativas, etc. son de escaso valor ante la prueba pericial. Parece que aquel mandato del artículo 194 del Código Procesal Penal de la Nación de que el instructor “deberá proceder directa e inmediatamente a investigar los hechos” se limita a una sola pregunta: “¿Se hizo la pericia?”.
- Las pericias que adquieran verdadero valor probatorio –y esto lo dice el propio artículo 258 del CPPN– deben ser notificados a los imputados bajo pena de nulidad, antes de que se inicien las operaciones periciales. Nos ha ocurrido que al concurrir a una minera para recoger muestras del agua con la que desalojan sus residuos líquidos previa notificación, nos encontramos con agua pura y cristalina. Pero transcurrido un tiempo volvimos al cauce sin advertencia previa. Recogimos muestras y los valores de cadmio y cobre fueron cien veces superiores a los permitidos por la ley N° 24.051, sus decretos y resoluciones reglamentarias. Claro que este segundo muestreo es incorporado por la Fiscalía General al margen del Código Procesal Penal y en función del art 26 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, sin que tenga la fuerza propia de una pericia y sencillamente como una informativa más. Sin embargo y siempre en la etapa sumarial la exigencia del artículo 258 citado no se verifica para otros delitos como el caso de los estupefacientes y la ley antidrogas N° 23.737.

Verificamos entonces, nuestra hipótesis inicial: En los delitos contra el ambiente la exigencia probatoria por parte de los magistrados es mayor aún que en los delitos comunes.

3. Costos y costas

Las normas procesales en esta materia parecen claras pero tienen su perfil que las destaca y matiza. Según el artículo 403 del CPPN “la sentencia condenatoria fijará las penas y medidas de seguridad y resolverá sobre el pago de las costas. Dispondrá también cuando la acción civil hubiere sido ejercida... la indemnización del daño causado...”. Y también rezan los artículos 529 y 530: “En todo proceso el Estado anticipará los gastos con relación al imputado...” y “Toda resolución que ponga término a la causa o a un incidente deberá resolver sobre el pago de las costas procesales”.

El sistema en general no ofrece ninguna novedad:

- Toda resolución que ponga fin a la causa debe fijar las costas sea sentencia definitiva o interlocutoria.
- El Estado Nacional es el que debe anticipar los gastos que fuera menester.

- ▶ Para ejecutar las costas debe seguirse un proceso civil de ejecución enmarcado en el Código Procesal Civil y Comercial.

Lo importante en relación al medio ambiente es que si hay querellante o al menos, un actor civil, las costas incluirán la reparación del daño y una indemnización acorde. Es en este punto donde el Poder Ejecutivo debe representar un rol destacado. No conozco un solo caso en que el Estado Nacional, provincial o municipal se presente como querellante o actor civil teniendo como objetivo no solo hacer cesar el delito ambiental sino además reparar el daño y obtener una indemnización.

Veamos un caso puntual: La contaminación industrial que proviene de la provincia de Tucumán y se vuelca a través de sus ríos al Dique El Frontal perjudica seriamente a la provincia de Santiago del Estero, en especial al municipio de Las Termas de Río Hondo. Han hecho la denuncia penal pero no quieren presentarse ni siquiera como actor civil. El defensor del Pueblo de la provincia santiagueña ha presentado un recurso de amparo contra la provincia de Tucumán ante la Corte Suprema de Justicia que fue rechazado por falta de personería pero en las causas penales que se siguen en los tribunales federales de San Miguel de Tucumán brillan por su ausencia. Una verdadera contradicción si es que realmente se quiere hacer cesar los efectos de la contaminación y obtener un resarcimiento que permita recomponer el delicado equilibrio de toda la cuenca del Río Salí.

Finalmente un complemento interesante en materia de residuos tóxicos (ley N° 24.051) es la multa (art. 49) y el grado de responsabilidad objetiva (art. 45 a 48) aún cuando no he visto aplicado las mencionadas normas en un proceso penal o citadas en una sentencia de condena.

4. Conclusiones y propuestas

En materia procesal penal ambiental hay mucho camino por recorrer. Me permito sugerir algunas ideas y repetir lo que ya he dicho ante este mismo foro la vez anterior:

- ▶ Son varias las denuncias en esta materia y es probable que no sean más por el mismo descreimiento con el que el resto de la sociedad vive el accionar judicial. Sin embargo alcanzan los dedos de una mano para señalar fallos de condena. Como vemos, tal descreimiento no carece de fundamentos ¿Ello significará que también la administración de justicia ha caído como otrora los controles administrativos en una enredada burocracia?
- ▶ El rol encomendado por la ley N° 24.051 no es el que más se luce en la administración de justicia. Por ello propongo la creación de una oficina pública que registre todos los casos de contaminación que infrinjan la ley penal federal, autorizándola a realizar un monitoreo permanente sobre los expedientes y casos. A tales registros tendrán acceso las ONGs inscriptas.
- ▶ También creo que debe sumarse una actividad científica por parte del sector privado y organismos no gubernamentales que nucleen a los especialistas en las más diversas áreas a las que pueda recurrirse en los distintos casos, sin que ello implique costos para la administración de justicia dada la crisis económica que nos afecta.
- ▶ Las pericias que se ordenen en el marco de un juicio penal deben mencionar al momento de ser presentadas un detalle de los gastos en que se han incurrido –incluido los honorarios pretendidos por el perito– para que sean tenidos en cuenta al momento de dictarse sentencia.
- ▶ El Estado nacional, provincial y municipal deben tener un rol más activo –sea querellante, actor civil o la figura procesal adecuada que el régimen procesal provincial permita– participando activamente en las investigaciones.

Por último vuelvo a reiterar mi aliento para la concreción de otras conferencias como estas, la realización de cursos de perfeccionamiento y el intercambio permanente de ideas a través de foros y revistas.

AMBIENTE, DELITO Y PROCESO PENAL

por Mario Gustavo Costa*

Sumario

Ante los continuos reclamos sociales para la penalización de delitos ambientales, se analiza la cuestión desde una clave escéptica sobre la utilidad del Derecho Penal para la solución de esos conflictos. Se pasa revista a la política criminal como parte de la política social y las definiciones de la comunidad sobre su desarrollo, así como respecto del costo ambiental asociado; ídem a las relaciones entre normas penales y ordenamiento administrativo en sus diversas hipótesis, a lo vinculado con el bien jurídico protegido y los temas de autoría, en especial las hipótesis de penalización de personas jurídicas que se proponen doctrinariamente.

En la segunda parte se consideran puntos vinculados al proceso penal ambiental, tales como la legitimación para accionar, la eventual creación de tribunales especializados y problemas de adquisición probatoria. Por último, se tratan la mediación y/o facilitación, la suspensión del juicio a prueba, sugerencias sobre alternativas a la pena, el principio de congruencia y los límites de la intervención judicial en este tipo de causas.

1. Introducción

En el marco de la convocatoria a este simposio no se puede soslayar la existencia de una reiterativa demanda social respecto a la penalización de los actos lesivos contra el ambiente, término en el que intento comprender la variada gama de aspectos que se le adscriben, en especial los relacionados con la calidad de la vida y la salud humanas. El símil entre el envenamiento "a lo Borgia" y los efectos de la contaminación es ya tópico, a veces pero no siempre en paralelo con reclamos más generales que buscan en la sanción penal una suerte de panacea para problemas propios del complejo mundo actual.

Tales protestas han alcanzado entidad significativa en la Argentina. Así, poco antes de la reforma constitucional de 1994 una importante ONG recolectó más de 1.200.000 firmas pidiendo al Congreso de la Nación se incorporase al Código Penal "*la figura del delito ecológico*".¹ La cuestión se reedita con puntualidad en cada situación donde se discuten problemas asociados a daños ambientales y está por cierto presente cuando en esos debates nos hallamos involucrados quienes tenemos participación en el sistema judicial.² La inactividad del legislador (o sus producciones inviables) sólo ha contribuido a reforzar ese clamor, mientras que el escepticismo que la mayoría de quienes buceamos en las oscuras aguas del Derecho Penal acrecentamos día a día sobre su utilidad para solucionar los conflictos sociales no parece tener eco en la comunidad.

El propósito de este trabajo es pasar somera revista a las principales cuestiones de política criminal relacionadas con el ambiente, tocar algunos de los aspectos esenciales que deben ser considerados a la hora de una eventual modificación de las normas penales en esa materia y analizar tanto ejemplos de alternativas a la pena cuanto criterios procesales que pudieran ser idóneos para obtener los resultados que subyacen bajo tan machacona insistencia. Surtir, de tal modo, ideas que sirvan de catalizadores para esta reunión. De esos enfoques los primeros fluirán en la clave escéptica que adelanté.

2. Ambiente y Política Criminal

Ya hace un cuarto de siglo, al producir una ponencia pionera Baigún señalaba que las cuestiones de política criminal no pueden obviamente apartarse del marco fijado por la política general de una sociedad, añadiendo que en tanto sus miembros no definieran cabalmente qué modelo de desarrollo y cuál el costo

* Juez de Cámara- Tribunal Oral Federal nº 1, Buenos Aires, R. Argentina.

¹ Campaña *Por el más débil, firme por el delito*, de la Fundación Vida Silvestre Argentina, efectuada entre el 4/V y el 27/X/93.

² Así, en varias de las intervenciones enviadas al reciente *Diálogo Electrónico: Aplicación y Cumplimiento de las Normas Ambientales en América Latina – Rol de los Jueces y Fiscales*, que precedió a este encuentro (11/VIII al 1º/IX/03), coordinado por el Comité Organizador.

ambiental que consideraban adecuado, la hipótesis de penalización aparecía como contraindicada al conducir a los conocidos efectos negativos de concretar la persecución de hechos menores (“*de bagatela*”), dejar impunes a los de mayor gravedad y seleccionar a los sujetos punibles a través del “*congelamiento*” de una estructura económico-social deformada, “*donde la intimidación obrará a modo de guardián ideológico; inclusive para los propios sectores empresarios el riesgo de la punición es menor que el costo que demandaría la reconversión de las infraestructuras, con lo que la represión penal se transformará en una cobertura ideológica de otros tantos comportamientos ilegales*”. En el mismo contexto, señalaba que sin la previa puesta en práctica de un ordenamiento administrativo adecuado (compuesto de reglas precisas y aplicado por un aparato estatal dotado de los medios humanos y técnicos necesarios), carecía de sentido la criminalización de conductas por similares razones, máxime cuando en más de un supuesto el propio Estado actuaba como agente contaminante.³

Más allá del cambio de criterio que el maestro viene sosteniendo en los últimos años, con fuerte acento en los deterioros ambientales que devienen de la actividad sistemática de grandes corporaciones,⁴ cabe reflexionar acerca de si se dan o no los cimientos entonces considerados, asunto sobre el que en aquellos años aciagos los argentinos carecíamos de toda posibilidad de opinar.

Contesto con renovadas dudas al interrogante. Aún cuando contamos con innegables avances y la comunidad parece haber internalizado la cuestión ambiental como atinente a las condiciones primarias para un crecimiento racionalmente ordenado, que el concepto de desarrollo sustentable resulta de uso común y que hasta se alcanzó la premisa básica para avanzar por esos caminos al incluirse las cláusulas constitucionales respectivas (arts. 41/43 y 124 CN), hay otros indicadores menos concluyentes.

Los vaivenes de las políticas socio-económicas que en los últimos quince años han obtenido sucesivas adhesiones mayoritarias de los electores nacionales surgen como primer dato en tal sentido; la obvia dificultad de

afirmar la preservación del ambiente frente la prioridad otorgada a decisiones que a la postre implicaban desvirtuarla, conciliar la letra de la Carta Magna con el abandono explícito de la función del Estado en la tutela de los recursos naturales, etc. no denotan una preocupación social suficientemente firme.⁵

Tampoco ha existido una presión comunitaria ostensible para el dictado de las normas derivadas directamente de la letra constitucional, que contribuyó a la demora de más de ocho años en la sanción de las primeras leyes de presupuestos mínimos y también para que ello ocurriera sin el amplio debate previo que su importancia imponía, que desde ya magnificó el desorden provocado por la precedencia de las nuevas reglas.⁶

A la fecha, el nuevo gobierno todavía no ha definido claramente su política ambiental y la ubicación institucional del organismo respectivo se halla debilitada de modo notorio, a tal punto que la virtual vacancia de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable no ha sido registrada por los medios de comunicación, medios que de igual manera no han recogido las inquietudes comunes de sectores compenetrados con la materia volcadas en un documento específico, fruto de una especial deliberación.⁷ El tema, entonces, está ausente tanto en la agenda pública cuanto en la preocupación ciudadana.

En lo que hace a la legislación penal, el único atisbo luego de una década de dictada la Ley de Residuos Peligrosos (Nº 24.051) concluyó en un acertado veto del Poder Ejecutivo ante la desmesurada extensión de los preceptos con los que se la pretendía reemplazar (arts. 51 a 54 ley Nº 25.612, observados por el decreto Nº 1343/02). Sin embargo, otra de las observaciones efectuadas (al art. 60 ídem) introdujo incertidumbre respecto a la subsistencia de las normas punitivas del régimen anterior, lo que redundó en otra causal de confusión que ha de sumarse a las reseñadas.⁸ La praxis jurisprudencial fundada en la ley Nº 24.051 no ha sido, por otro lado, tan categórica como para sostener grandes expectativas en el respaldo a la gestión ambiental; lo mismo cabe decir de otras normas afines (sobre todo las de la ley Nº 22.421 de Fauna Silvestre, arts. 24 a 27).

³ Baigún, David. (1978). *Política criminal y tutela del medio ambiente en la República Argentina*. Doctrina Penal. Buenos Aires. 1:1.

⁴ Baigún, David. (1994). *Enfoques sobre la criminalización de los comportamientos lesivos del medio ambiente en Protección Jurídico-Penal del Medio Ambiente*. U. Católica de Cuyo. San Juan. (pp.95/113); (2000). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Buenos Aires: Depalma.

⁵ La incidencia de las políticas neoliberales no ha sido, por cierto, exclusiva de la Argentina; a mero título de ejemplo, por su directa relación con el tema tratado véase que las normas penales ambientales vigentes en Perú fueron derogadas en su gran mayoría por el Decreto Legislativo nº 757 (13/XI/91) *Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada*.

⁶ Recuérdese que primero se dictaron las leyes de Gestión Integral de Residuos Industriales y Actividades de Servicios (Nº 25.612) y de PCB's (Nº 25.670), para a posteriori sancionarse la que debió antecederlas, la Ley General del Ambiente (Nº 25.675)

⁷ Es el que contiene las conclusiones del Primer Taller de la Mesa Temática Ambiental del Diálogo Argentino, celebrado en San Nicolás los días 17 y 18 de junio ppdo., con la participación de representantes del sector público (nacional y provincial), académico, empresarial y sociedad civil (ONG's)

⁸ Sobre el punto, el debate está planteado en diversos trabajos: Cafferatta, Néstor. *Del aparente conflicto de leyes en materia de residuos...* en www.lexisnexis.com.ar; Di Paola, María Eugenia. *Presupuestos Mínimos sobre Residuos Industriales*; Costa, Mario Gustavo. *Residuos y principio de legalidad*, los dos últimos en prensa.

Con lo expresado fluye con presteza que aquellas nebulosas entonces tomadas en cuenta por Baigún no se han disipado totalmente. Y habrá que ser más que precavido de acometerse la inclusión en los catálogos penales de figuras mal llamadas “ecológicas”. En ese supuesto, será cuestión de recordar que los injertos en los códigos resultan una epidemia a la que hay que poner fin, que las redacciones armónicas y plausibles son las que derivan del trabajo de los especialistas para ser cotejadas con la realidad social, que no son las amenazas draconianas —sino la adecuada prevención— lo que inhibe a los potenciales autores de delitos y que, por consecuencia, debe primar el respeto a rajatabla de las reglas constitucionales antes que resbalar por el tobogán de la “anticipación punitiva”.⁹

3. Normas penales ambientales y accesoriadad administrativa

Sin pretender, ni mucho menos, agotar un punto central de esta temática, recuerdo que los diversos modelos sobre los que discurren la teoría y las legislaciones parten de reconocer que la intervención penal en materia ambiental se halla estrechamente relacionada con el ordenamiento administrativo, que de modo necesario le debe anteceder (*vid supra*, C.II. primer párrafo).

Y ello atento que la sociedad moderna, en la que se desarrollan múltiples actividades que a la vez de riesgosas resultan deseables y fomentadas para el bien común, es impensable sin la existencia de regulaciones que limiten tales riesgos; reglas que antepongan los intereses generales de largo plazo (incluso intergeneracional) a los particulares basados en la obtención de ventajas más o menos inmediatas, arbitren criterios consistentes para prevenir los conflictos y permitan, por ese cauce, arrumbar hacia el difuso puerto del desarrollo sostenido. Si esa sociedad está conformada dentro de un Estado de Derecho en el que ese enfoque del desarrollo armónico con la preservación ambiental configura una premisa constitucional, la necesidad de tal normativa está fuera de toda discusión.

De su lado, el Derecho Penal en ese tipo de Estado se encuentra restringido por los principios de mínima intervención y *ultima ratio*, por lo que la determinación de los actos que se tipificarán como pasibles de pena no puede estar librada al capricho del legislador sino pasada por el tamiz de la afectación significativa de bienes jurídicos y, según concepciones predominantes a las que adhiero, por la criba más compleja de supeditar su penalización a la conveniencia social del castigo.

A la luz de tales parámetros, parece claro que si lo relativo al ambiente reviste la característica de ser transversal a todo el quehacer social, rechinaría como incongruente un paralelismo de absoluta independencia entre lo regulado en el ámbito administrativo y lo que se sanciona penalmente (¿autismo legal?). Un primer modelo que, en general, carece de aceptación.

La pugna, por ello, se da entre quienes propician una protección penal ambiental totalmente accesoria y los que la entienden como admisible en forma relativa, de modo tal que los casos de mayor gravedad, aquellos en los cuales la vulneración del bien jurídico es mayúscula, queden al margen de la dependencia derivada de lo que disponen las normas administrativas y la aplicación del sistema penal no resulte bloqueada por éstas. Resumido al máximo el concepto de modo suficiente para lo aquí analizado, envío a la abundante doctrina elaborada alrededor de esta cuestión.¹⁰

A mi juicio, tampoco se advierte en nuestro medio suficiente definición sobre un punto dirimente. No son muchos los fallos que se han expedido en términos concretos al respecto, si bien parece predominar la modalidad de accesoriadad relativa, al igual que en la doctrina pero donde no faltan voces a favor del criterio absoluto.¹¹ Sin embargo, en ese debate todavía no parecen haber calado en profundidad aspectos relevantes que según sea la óptica conducen a diferentes soluciones de índole penal. Así, la distinción entre accesoriadad respecto de leyes o de reglamentaciones administrativas, por caso si ese supuesto debe darse entre las leyes de presupuestos mínimos o de sus decretos reglamentarios; aún más, cabe también preguntarse si la situación debe analizarse en otros niveles todavía de menor detalle, cuales son los concretos actos de las autoridades de contralor que autorizan o hasta pasivamente habilitan para la práctica de actividades riesgosas.

Con su habitual capacidad, Jesús M. Silva Sánchez ha considerado los distintos supuestos descriptos más arriba. Con oportuna cita del sociólogo Ulrich Beck (“*El que eleva los valores límite convierte, por acto administrativo, lo negro en blanco, el peligro en normalidad*”), el catedrático de la Univ. Pompeu Fabra señala que “*mucho más criticable que dicho sistema de accesoriadad (el de índole total) respecto a normas administrativas resulta la accesoriadad respecto a actos administrativos que puede advertirse, por ejemplo, en el Derecho alemán*”, para de seguido explayarse con detenimiento digno de lectura sobre cada uno de los argumentos atinentes.¹²

⁹ Envío a: Baigún, D. op. cit. N.º. 3; Palazzo, Francesco. (1999). *Principios fundamentales y opciones político-criminales en la tutela penal del ambiente en Italia*. Revista Penal. Barcelona: Praxis. 4:68/83.

¹⁰ Vid, por todos: de la Mata Barranco, Norberto J. (1996). *Protección Penal del Ambiente y Accesoriadad Administrativa*. Barcelona: Cedecs.

¹¹ Freeland López Lecube, Alejandro. *Apuntes sobre la problemática penal ambiental*. ED del 31/V/99

¹² Silva Sánchez, Jesús M. (1997). *Política criminal y técnica legislativa en materia de delitos contra el medio ambiente en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*. Buenos Aires: Ad-hoc. N.ºs. 4/5. (p. 121 y ss.)

Es conocida la discusión respecto a cómo inciden cada uno de esos enfoques en la verificación de los presupuestos para la aplicación de una reacción propia del derecho penal (penas o medidas de seguridad, éstas últimas supeditadas a la concurrencia como mínimo de un injusto). Según sea la concepción de la teoría del delito que se siga, repercutirán en sus diversos estratos para sustentar o excluir la tipicidad, la antijuricidad o la reprochabilidad, conforme una variedad de supuestos que aquí no habrán de precisarse.

Cae de su peso, entonces, que deberían consolidarse criterios sobre los alcances de dichos temas si se optase por las reformas legislativas mentadas. Al elaborarse los proyectos, además, sería esencial experimentar con casos hipotéticos basados en las normas administrativas vigentes para lograr la necesaria congruencia del sistema.¹³

Asimismo, el adoptar pautas donde juegue la accesoriidad importa la inexorable construcción de tipos a partir de leyes penales en blanco, tema que en el que tampoco he de abundar por razones de brevedad. Sí cabe apuntar que para enmarcarlas constitucionalmente dichas normas deben satisfacer los requisitos fijados por la doctrina de la Corte Suprema a partir del conocido caso "*Mouviel*"¹⁴ y recordar que contamos con numerosos precedentes en los que tales pautas han sido de algún modo erosionadas con deterioro de las garantías inherentes.¹⁵

Otra vertiente a considerar se relaciona con el aparente antagonismo entre ciertos principios y nuevas instituciones que se abren paso en las relaciones económicas internacionales. Poca o ninguna controversia existe sobre la razonabilidad de sujetar a la autorización estatal lo que se hace en ciertos ámbitos. Sea por los riesgos asociados (v.gr. en la utilización de armas o explosivos), por éstos y la necesaria regulación ordenada de las prácticas que exige un adecuado poder de policía (v.gr. actividades industriales, etc.) o por las características de los recursos naturales afectados (el ejemplo clásico es la fauna silvestre), no se discute que tales restricciones son armónicas con el principio de reserva (art. 19 de la C.N.) pese a que la regla invertiría el precepto según el cual las prohibiciones son expresas y las permisiones genéricas.

Sin embargo, la enorme presión desatada a favor de prácticas comerciales cada vez menos restrictivas (originalmente en el marco del GATT, hoy en el de la OMC), demanda no dejar de lado los eventuales conflictos que la adopción de un criterio de accesoriidad pudiera generar a la luz de esas modernas institucio-

nes, de cuya normativa se deriva la posibilidad de sancionar a los países miembros por no acompañar sus decisiones y la de hacerlo, además, sobre la base de procedimientos cuya oscuridad no ha de tratarse aquí. Baste con la reflexión para señalar una arista más del problema.¹⁶ Todavía más ostensible parece tomar en cuenta los procesos regionales de integración, la necesaria congruencia de legislaciones internas en países que asumen decisiones tan complejas y que si como es el caso del Mercosur tienen extensas fronteras comunes inexorablemente comparten también un patrimonio ambiental con sus avatares.

Si las autorizaciones administrativas han de pesar lo suyo en la configuración de un ilícito ambiental, no habrá que olvidar lo relativo al sujeto autorizante. Prácticas consolidadas en nuestro medio vienen tornando letra muerta las normas que fijan la responsabilidad del Estado y la de sus funcionarios en la provocación de daños; pocos más dignos de sanción, me parece, que los actos estatales que conducen a deterioros de difícil cuando no imposible reparación (o recomposición, como reza la regla constitucional). No hace mucho, hubo quien basó su gestión como máxima autoridad ambiental de la Argentina en la ausencia del Estado como regulador o controlador. Sin entrar a deslindar los componentes ideológicos o de otra laya a los que respondía esa tesitura, viene al caso parafrasear al personaje en una de sus ya famosas bravatas y sentar una que avance de vuelta encontrada: "funcionario que autoriza mal o no controla, funcionario que responde".

Y el funcionario debe responder no sólo administrativamente, sino incluso penal y patrimonialmente, siendo un deber del Estado –como mandatario de la comunidad– accionar contra sus agentes en consecuencia de los detrimentos causados por desempeño irresponsable, desidia o cualquiera de las modalidades dolosas que pudieran darse. Otra virtual *desuetudo* que debe revertirse la advierto en el delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público (arts. 248 y 249 del C. Penal). Cualquier ciudadano común conoce de seguro casos flagrantes que caerían dentro de esos tipos, pero en los registros de sentencias son verdaderas moscas blancas y, para peor, el efecto desalentador confluye para que se promuevan cada vez menos denuncias.

Se impone, parece claro, seguir el ejemplo de legislaciones comparadas. Para los supuestos donde el problema de la accesoriidad administrativa revista la trascendencia mencionada el obrar doloso del funcionario

¹³ Experimentación que entiendo debería superar el mero análisis académico y recurrir a lo que surge de los debates con participación ciudadana, que a la par de retroalimentar a los expertos ("*la realidad que supera la ficción*") facilitaría el encuadre desde las miras de conciliación de políticas que señalé (ver II).

¹⁴ Fallos 237:636.

¹⁵ Vid O'Farrell, Jorge E. *Consideraciones sobre las leyes penales en blanco y la responsabilidad penal objetiva*. L.L. 1982-D-718

¹⁶ El conocido caso de las "barreras para-arancelarias", suscitado por la actividad de los atuneros mexicanos y la captura incidental de del-fines ante la aplicación de la ley de protección de mamíferos marinos de los E.E.U.U. de Norteamérica ejemplifica el tema.

tendrá una figura específica. La técnica del Código Penal de España (art. 329, según la reforma de 1995) parece útil para encaminar nuestras modificaciones al sancionar la prevaricación del agente estatal en diversas formas. Reza: *“la autoridad o funcionario público que, a sabiendas, hubiere informado favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes a que se refieren los artículos anteriores, o que con motivo de sus inspecciones hubieren silenciado la infracción de Leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de seis meses a tres años o la de multa de ocho a veinticuatro meses. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado hubiese resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia”*.¹⁷

Quedará por ver si la culpa grave del funcionario no merece también alguna reacción penal. Con la bendición, incluso, de la Academia se deberían examinar otras posibilidades. Las Recomendaciones III.8 y III.9 sobre *“Aplicación de la parte general del Derecho Penal a las infracciones contra el ambiente”* aprobadas por el XVº Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal (Río de Janeiro, septiembre de 1994, concuerdan con las RREE III.1/2), indican la conveniencia de perseguir penalmente a funcionarios y hasta a organismos públicos como tales (punto éste último en el que no me detendré) cuando el propio Estado resulte el causante de las lesiones ambientales que normalmente se sancionan sólo son perpetradas por particulares.

4. La cuestión del bien jurídico

Aun cuando existe un considerable consenso doctrinario respecto a que la cláusula central del artículo 41 de la Constitución Nacional delimita el bien jurídico que merece protección penal en el sistema legal argentino, con ello no queda resuelto el problema.

Que los habitantes de esta Nación gocemos del derecho *“a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras...”*, no implica por cierto que todos y cada uno de los modos de afectarlo justifiquen el recurso a la sanción punitiva, ni mucho

menos que la materia esté suficientemente acotada. Conspiran para lograr aceptable grado de precisión la propia naturaleza del asunto, que aún en aspectos terminológicos no ha decantado todavía lo necesario, junto a la consecuyente disputa doctrinaria que al atravesar ese pantano se detiene en los desniveles de sus orillas: si el visor ha de ser programado según la preeminencia del ser humano sobre su entorno o considerarlo un organismo más del ambiente (antropocentrismo vs. ecocentrismo), si basta con definir una referencia genérica como la de la Carta Magna o ha menester de enunciar los elementos o sectores del ambiente que merecen especial protección, etc.¹⁸

La opción que elija el intérprete (legislador en un primer grado o el juez en el caso concreto) no podrá soslayar el problema de conciliar ese encuadre con la pauta constitucional citada, al tiempo que restringirlo según los principios de idéntica raíz que presiden un ordenamiento penal como el descrito al principio. Dilema que salta a la vista ante posturas –sobre todo de cuño funcionalista– que al pretender una reducción total a lo normativo insinúan que la noción de bien jurídico resulta obsoleta. O, por lo menos, que en materias como ésta carecería de sentido recurrir a ese instrumento conceptual. Jakobs, cuyo influjo moderno entre los penalistas sería necio desconocer, sostiene que *“la frontera entre el comportamiento permitido o incluso deseado y el comportamiento contrario a la norma ya no es hoy en día en amplios sectores de la sociedad una frontera crecida en el tiempo, que se corresponda con una moral vivida, sino que sencillamente se la construye, se fija más o menos arbitrariamente. Esto es así en los ámbitos de la economía, tráfico, medio ambiente, etc....La exactitud de la frontera, característica que se muestra de manera más llamativa en los valores límite en el Derecho ambiental, forma parte de la identidad de la sociedad actual, puesto que ésta no solo permite, sino que, a causa de su dependencia de la economía, necesita que se intente sacar todo beneficio posible hasta llegar al límite”*.¹⁹

Propuesta temeraria, desde mi rincón, la que otorga al legislador, cuando no al circunstancial administrador responsable de fijar tolerancias o autorizar emisiones, semejantes potestades que delinean la *“materia de la prohibición”*, territorio que tantos desvelos ha provocado entre los penalistas liberales y tantas víctimas se ha cobrado cuando el autoritarismo logró inficionar sus construcciones.²⁰ La amenaza no es menor a poco se repare en las pautas que fijan la jerarquía normativa derivadas de los procesos de integración regional, donde las decisiones de funcionarios comunitarios cu-

¹⁷ Ver también los tipos consonantes en cada uno de los capítulos que tratan las diversas cuestiones afines, incluidos los casos de la ordenación territorial, protección del patrimonio cultural, etc.

¹⁸ Ilustran con solvencia sobre esas disquisiciones los trabajos citados en las nn. 3,4,9,10,11 y 12, que no agotan por cierto la riquísima literatura existente.

¹⁹ Jakobs, Gunther. (1996). *Sociedad, norma y persona*. Univ. Externado de Colombia. Bogotá.

²⁰ Excelente síntesis de la cuestión, con acertadas citas que superan ciertos desvíos semánticos, trae Mary Beloff en *Lineamientos para una política criminal ecológica*, en *Delitos no convencionales*. Buenos Aires: Ed. del Puerto. (1994). (esp. pp.153/156).

yas atribuciones legislativas son discutidas desde los principios democráticos (el conocido problema del “*déficit democrático*” en la C. Europea), podrían conducir a supuestos de responsabilidad penal de opinables ci- mientos.²¹

Acierta, por ello, Bustos Ramírez al concluir que “*tal amplitud y complejidad de condiciones y procesos abarcados, obliga entonces a que, por una parte la intervención penal sólo opere cuando se afecte a aquellos bienes de carácter esencial ya sea por su calidad o dimensión o cantidad y, por otra, de modo especialmente grave*”.²²

De la mano con esas proposiciones aparece sin más el asunto del grado en que se produce la afectación, en el que descuella la tendencia a sancionar delitos de peligro abstracto, a contramano de la doctrina más autorizada²³ y con la nítida directriz de prescindir de la verificación de la idoneidad de la conducta desplegada para lesionar el bien jurídico. Tal y como ha sido señalado con perseverancia, de tal forma se asimila peligro abstracto con peligro presunto, se amplía groseramente el ámbito de lo punible so pretexto de favorecer la prueba en asuntos de por sí complejos y de anticipar una tutela que no obstante lo declamado arriba igual de tarde que en los tipos de lesión o de peligro concreto. Me limito a puntualizar aquí mi adhesión a los argumentos que rechazan esos desvíos, hoy arraigados de modo lamentable en nuestra jurisprudencia.²⁴

Quizás el germen del error radique, como sostienen varios autores incluidos en las citas a las que envío, en no advertir que en definitiva sólo pueden ser castigados delitos de peligro concreto y que la clasificación tradicional rotuló las variantes según el modo de aquilatar esos riesgos. Los esfuerzos de algunos por reformular definiciones, v.gr. recurriendo a una nueva categoría como la de los tipos de “*peligro hipotético*” no logran eludir lo que en verdad se discute, esto es si se puede o no penar conductas carentes de idoneidad acreditada para generar peligro respecto del bien jurídico tutelado.

Apenas como recordatorio hago alusión a supuestos que con habitualidad se dan en materia de delitos ambientales, esto es los procesos causales de acumulación o sinérgicos, casos en los que la afectación del bien jurídico deviene luego de aportes sucesivos –con frecuencia de fuentes diversas– y la intervención penal se inicia “*con la gota que rebalsa el vaso*”. La pregun-

ta respecto a si se puede contaminar lo ya contaminado, si es factible lesionar un bien jurídico ya lesionado, reclama respuesta. No iré más allá de sugerir que la naturaleza específica del ambiente y su condición de soporte de las diversas formas de vida me hace inclin- ar por la postura que estima siempre posible un agrava- miento del deterioro iniciado por el mismo agente o por otros, enfoque al que se debería profundizar en función del mandato constitucional de recomponer el daño ambiental (art. 41 citado).

5. La autoría y sus complejidades

Por amplio margen las palmas del capítulo se las lleva el centenario debate acerca de penar o no lo que las personas jurídicas hacen. En un nuevo esfuerzo por no extenderme sólo mencionaré que el axioma “*societas delinquere non potest*”, tenido durante más de un siglo como regla cimera del ordenamiento recibe hoy en día embates notorios. Y que saltan a la vista fuer- tes razones para considerar la necesidad de respues- tas novedosas al accionar de grandes corporaciones en detrimento de bienes jurídicos esenciales (incluido el ambiente, desde ya, en primer plano), operado sobre la base de complejas formas de “*ingeniería jurídi- ca*” y utilizando a personas físicas que en la práctica resultan fácilmente sustituibles o a las que podrá sancionarse pero sin que ello se traduzca en efectos de beneficio comunitario por su reflejo en la actividad em- presaria.

La disyuntiva oscila entre un terceto de opciones: man- tener la vigencia de aquél principio, incorporar a las personas jurídicas al derecho penal convencional utili- zando sus propias reglas o, por último, diseñar un de- recho penal paralelo, alternativo, dirigido exclusiva- mente a esa clase de personas y que debería funcionar de modo coordinado con el anterior a efec- tos de posibilitar la aplicación de los respectivos pre- ceptos según fuere el caso.²⁵

En la doctrina contemporánea parece cobrar fuerza la propuesta de reducir el asunto a un claro dilema, esto es reconocer que las soluciones legisladas y poco apli- cadas del sistema vigente son hartamente insatisfactorias, lo que impone escoger entre alguna de las alternativas de punición. Se aduce, con argumentos difíciles de confutar, la evidente ineficacia de las sanciones ade-

²¹ Vid de la Mata Barranco, Norberto. *Derecho comunitario y derecho estatal en la tutela penal del ambiente*. R. Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. criminet@ugr.es. 02-04 (7/VIII/00).

²² Bustos Ramírez, Juan. *Bien jurídico Medio Ambiente y necesidad de la pena en Protección...* (vid n. 4). (p.121); respecto a la polisemia que caracteriza al término “*ambiente*” ver Zeballos de Sisto, María C. *El ambiente como ciencia* en la misma obra. (pp.34/52).

²³ Vid nn.3,4,9,10,11,12 y 20 (Bustos Ramírez); Herzog, Félix. (1999). *Algunos riesgos del Derecho penal del riesgo* en Revista Penal. Praxis. Barcelona. Nº 4:54/57; con reticencia Mateos Rodríguez-Arias, Antonio. (1998). *Los delitos relativos a la protección del medio ambiente*. Madrid: Colex,. (pp. 68/72).

²⁴ Así, la actual tesis mayoritaria de la C.S.J.N. sobre tenencia de estupefacientes (v.gr. Fallos 313:1333) y numerosos pronunciamientos en temas afines de la C.N. de Casación Penal.

²⁵ Vid, por todos, Baigún, David op. cit. n. 4.

cuadas sólo a los criterios del derecho administrativo y se retruca el conocido recurso a que todo lo que se puede aplicar a una persona jurídica está consolidado en ese ámbito jurídico sosteniendo que hay reacciones propiamente penales que sí podrían dirigirse a esas personas (v.gr. la imposición de acciones en beneficio de la comunidad y otras modalidades frecuentes entre las reglas de conducta de cuño moderno incluidas en el arsenal de penas).²⁶

Así planteada la cuestión, sobre la que me falta una conclusión terminante, entiendo que para superar la varadura (o naufragio, según muchos) del presente deviene más razonable inclinarse por la última opción y construir un edificio nuevo antes que incorporar nuevos inquilinos al actual. No me preocupa en exceso, al estimar que conviene el descarte de la otra hipótesis, el tramo del debate concentrado en la inhabilidad de la persona jurídica para obrar o para dirigirle un reproche por sus deficiencias subjetivas a la luz de las capacidades humanas. Demostrado el concepto de "*conocimiento construido*" que cabe atribuirle a esas personas a partir de su conformación y del reconocimiento estatal que les da existencia jurídica, el problema luce simplificado. Mis recelos pasan por los riesgos que un sistema tan predominantemente normativo, en el que la personalidad se configure al sólo efecto de la imputación de normas, despoje a la persona física, al ser humano enfocado por el derecho penal, de algunas o todas de las notas que varios siglos de evolución humanista y garantizadora le han ido reconociendo. Resignar los frutos de una lucha tan ardua suenan a precio demasiado alto.

Otro ángulo a contemplar es el de ciertas modalidades vinculadas a la autoría y participación que se dan a menudo en este campo. Por ejemplo, casos de coautoría sucesiva, cuestiones relacionadas con aplicación individual de excusas absolutorias postdelictuales (v.gr. en legislaciones donde se reduce o exime de pena a quien, pese haber alcanzado la consumación del delito, realiza lo necesario para reducir o anular los efectos lesivos), etc.

6. Proceso penal y cuestiones ambientales

El capítulo incluirá, con pedido expreso de venia, algunas referencias que en puridad podrían ser tratadas al margen de lo estrictamente procesal. Así, parte de lo atinente a la relación de causalidad o ciertas modalidades alternativas a la pena. Opto por un encasillamiento más laxo por razones prácticas, que a mi juicio no acarrearán dificultades de interpretación.

Pocos supuestos hay de procesos en los que las reglas tradicionales sufren mayores tensiones que el

aquí abordado. Desde las complejas disquisiciones acerca de la legitimación, pasando por las que atañen a la producción y valoración probatoria para culminar con el alcance de las sentencias, sin olvidar sus efectos y ejecución, la materia reviste facetas con sabor a heterodoxia. Y ello no es consecuencia, como a veces se arguye sin mayor reflexión, de la etapa adolescente por la que transitaría el derecho ambiental con las consiguientes tentativas exploratorias propias de tal evolución. Por el contrario, entiendo que en escasas décadas esta rama jurídica ha llegado a su madurez y que son las exigencias de la materia las que determinan procesos (penales o de otra índole) con fisonomía propia.

En suma, así como el derecho de familia o en su momento el administrativo fueron conformando sus reglas procesales adecuadas a las necesidades de su normativa de fondo, el ambiental reclama formas peculiares para que la garantía del debido proceso legal se armonice con los preceptos constitucionales dirigidos especialmente a su temática (arg. arts. 18, 41 y 43 C.N.).

De seguido, intentaré comentar de manera escueta una serie de puntos que estimo de interés para que las normas sustantivas ya precisadas puedan obtener una aplicación que exceda lo meramente formal. Esa reseña no exhaustiva procurará, antes que el análisis a fondo, sugerir posibilidades de búsqueda, apertura de nuevos cauces.

a. La legitimación y sus bemoles

A la torera me saltaré, en este espinoso tema, aspectos que inciden sobre la legitimación pasiva, rozados más arriba en el C.V. El enfoque, entonces, quedará reducido a las formas de incorporación activa como parte a un proceso penal de contenido ambiental.

Domina la tradición jurídica de nuestro sistema nacional la acción pública cuyo ejercicio primario está puesto en cabeza del Ministerio Público Fiscal, hoy estamento independiente a partir del artículo 120 de la C.N. El influjo de esa modalidad se advierte de modo unánime en las legislaciones provinciales. Ciertos actores eventuales son contemplados bajo la figura del querellante o particular damnificado. Hasta aquí una síntesis de tono escolar de lo básico.

Casi por definición se imbrican al tramitarse una causa penal de base ambiental los matices relacionados con el cese de las acciones lesivas, la remediación o recomposición de los daños, el papel que le cabe a las autoridades de aplicación concomitantemente a la actuación jurisdiccional, etc. Al margen de la indudable aptitud para denunciar que cabe a cualquier ciudadano o institución, capacidad difusamente discernida por

²⁶ Múltiples Recomendaciones del XVº Congreso de la A.I.D.P. (ver III.in fine) apuntan a la penalización de personas jurídicas de modo muy amplio.

la propia C.N. al reconocer los derechos y garantías con la amplitud que su texto resalta, existen corrientes que reclaman la admisión en calidad de parte –querellante o afín– de aquellos sosteniendo que así se daría satisfacción plena a lo dispuesto por la Carta Magna. Por lo general, esos planteos provienen del activismo de ONG's y tienen escasa o nula recepción doctrinaria.

En algún caso aislado, la jurisprudencia ha reconocido legitimación como querellante a un habitante de los alrededores de un foco de contaminación, haciendo una interpretación amplia de lo dispuesto por el artículo 82 del Código Procesal Penal de la Nación, ante su exposición “al riesgo para su salud que la conducta investigada comporta”.²⁷

La solución generalizadora no me parece plausible y sí peligrosa. Lo primero porque su amplitud permitiría la confluencia multitudinaria de querellantes, con la obvia complejidad que reviste unificar representaciones, etc. y las consiguientes dilaciones. Lo segundo se entiende con sólo imaginar que por esa vía prácticamente cualquiera podría instalarse dentro de un proceso y oficiar de “Caballo de Troya” para entorpecerlo, o causar idénticos problemas incluso con la mejor buena fe, situaciones de las que en varias causas complejas hay sobrada experiencia.²⁸

Tampoco parece útil que las entidades de defensa ambiental con personería jurídica reciban esa legitimación. Los inconvenientes derivados de la multitud subsisten y sospecho que el fuego –muchas veces meritorio y bienvenido– que suele animar a quienes actúan en esas ONG's no tiene cabida en el proceso penal, bien diferente a otros supuestos como el del amparo (conf. art. 43 C.N.) cuyas reglas y tiempos difieren sustancialmente.²⁹ Ello no impediría, entiendo, que puedan presentarse a título de “*amicus curiae*” y coadyuvar limitadamente, bajo las reglas que fije el juez como director del procedimiento, a la producción de pruebas o a su interpretación. En otro lugar ampliaré este aserto.

Distinta resulta la posición del Defensor del Pueblo, funcionario que bien podría ser admitido –*lex specialis* mediante– en el papel de acusador en paralelo con el Fiscal. Por la índole de su designación, por la relación que están llamados a establecer con los ciudadanos y hasta por la habitual dedicación que para este tipo de asuntos suelen tener (sea personalmente o a través de colaboradores especializados), la participación de estos defensores comunitarios en el proceso penal ten-

dría, opino, efectos positivos.³⁰

Respecto del Ministerio Público Fiscal, las particularidades de estos asuntos imponen recapacitar sobre la estanqueidad que en nuestras modalidades procesales se ha reiterado. Se advierten algunas brechas en el orden nacional desde el dictado de la ley que organizó su funcionamiento independiente (nº 24.946), pero aún prevalece la estricta división por fueros con escaso enlace entre éstos. Va sin decir que lo ambiental, cuestión transversal si las hay, demanda conexiones ágiles y amplitud en la habilitación legal que respalde la actuación. Pensar en fiscales especializados, de competencia amplia e incluso solapada con la de sus colegas convencionales, debería ser objeto de mayor reflexión. La cercana experiencia del Brasil, donde dichos funcionarios (Promotores de Justicia del Medio Ambiente) también intervienen sosteniendo la acción en casos civiles ambientales, conforma una referencia ineludible. En Venezuela, el Fiscal está obligado a promover la acción civil por daño ambiental en casos de delitos (art. 42.23 Ley Orgánica del Ministerio Público).³¹

b. ¿Tribunales específicos?

La sola expresión interrogativa del subtítulo alerta sobre mi hesitación. Como principio y con apoyo en muchos años de cotejar las idas y vueltas de inúmeros proyectos, con los consiguientes atisbos respecto de las utilidades pretendidas, descreo de esas soluciones, por lo menos en asuntos penales. La escisión de competencias redundante en cuestiones que tardan años en ser decididas, es frecuente que asuntos conexos sean divididos artificialmente y se dupliquen esfuerzos con el obvio detrimento jurisdiccional, sin hablar de los perjuicios para los particulares convocados a colaborar, etc.

Entre tales volteretas la reciente creación de un fuero específico para los delitos tributarios me persuade respecto a esa idea básica, ya que nunca entendí las razones por las que se creyó útil tener una justicia “*en lo penal-económico*” separada de los restantes fueros penales y a la que únicamente concebí justificada para entender en los asuntos que hoy conoce un fuero... desprendido de aquél.

Sin embargo, la señalada complejidad de las causas ambientales y el peligro de que las apuntadas marañas también puedan producirse a través de la actuación de los fueros tradicionales me obliga a reflexionar.

²⁷ C.Fed. San Martín, Sala I, c. nº 6314 rta. 14/III/01, con cita de la c. nº 1729/00, rta. 22/XII/00.

²⁸ V.gr. el conocido proceso contra miembros de “Hard Communications”, donde se legitimó para querellar respecto de la totalidad de los hechos investigados a quien sólo había sido perjudicado en un punto aislado y marginal de lo que constituía el objeto procesal de la causa.

²⁹ Más amplia, admitiendo la legitimación, es la solución de los arts. 100 y 270 de la L.E.Criminal de España.

³⁰ Sobre los aspectos generales, envío a Di Paola, María Eugenia *El defensor del pueblo y las cuestiones ambientales* en L.L. –Supl. de derecho ambiental- III/Nº 2 12/IX/96. (p. 5); Jeanneret de Pérez Cortés, María. *La legitimación del afectado, del Defensor del Pueblo y de las asociaciones* en L.L. 19-20/III/03.

³¹ Ver Passos de Freitas, Vladimir. *Control social y política criminal en el medio ambiente. La experiencia en Brasil*. Lexis Nexis. J.A. 2002-III- fasc. nº 4. (pp. 10/20).

Repárese que acciones derivadas de irregularidades administrativas se anudan con frecuencia a otras de amparo y que no es raro se apoyen en hechos en principio constitutivos de delitos ambientales, por lo que sería predecible que el funcionamiento en ámbitos estancos depare los referidos perjuicios.

Uno de los casos más graves (y quizás menos complejos para su tratamiento) de los ocurridos en la Argentina juega su papel en estas disquisiciones. La muerte de siete personas (miembros de una familia, médico y auxiliar que lo secundaba) se produjo en la localidad de Avellaneda en 1993 a consecuencia de emanaciones de ácido cianhídrico que llegaron a la vivienda por la red cloacal. El asunto recaló en un juzgado carente de toda preparación en esta materia y, mientras los organismos administrativos nacionales y municipales se lavaban las manos con la mayor premura, el sumario iba más a la deriva que a rumbo y los datos valiosos de la prueba se tornaron tan volátiles como el gas letal. Nadie fue sometido a juicio penal y es posible que los deudos de las víctimas estén todavía litigando en sede civil a la espera de una poco probable reparación.

A la hora de arriesgar una sugerencia señalo que una hipótesis de esta trascendencia debería ser objeto de una elaboración prolija y meditada, con una metodología que incluya los ejercicios indicados más arriba.³² Cautela, discusión pública y disposición al trabajo seriamente interdisciplinario, esto es el que no pasa por el mero integrar paneles o editar "*papers*", sino por entender los problemas desde las distintas facetas que proponen los especialistas para encontrarles soluciones integrales.

c. Adquisición de pruebas

Verdadero talón de Aquiles de cualquier cuestión procesal, el punto lo es de modo mayúsculo en estos asuntos. Los efectos de actos lesivos al ambiente se manifiestan, casi por regla, con cierto retardo temporal y muchas veces distancia espacial respecto de su fuente productora. Ya se ha mencionado el problema de las causas acumulativas o sinérgicas, a lo que cabe sumar que hartó frecuentemente el detonante puntual que provoca recurrir a la acción penal difumina sus consecuencias en el entorno...esto es que se diluye o incorpora al ambiente para dificultar todavía más el deslinde y la prueba. Con lo que comenzando por Aquiles pareciera terminamos en Perogrullo.

Ese panorama muestra ciertos desfiladeros también habituales. La extracción de muestras en casos de

contaminación ha generado abundante jurisprudencia, sobre todo respecto a las insuficiencias de los recaudos formales y a la oportunidad de su práctica.³³ Son repetitivas las torpezas provocadas por la inexperiencia o el apresuramiento, sin hablar de problemas relativos al acceso a los sitios adecuados que puede requerir de autorizaciones especiales u órdenes de allanamiento (en un episodio reciente, del Partido de Tigre, el personal de una fábrica disparó sus armas sobre las cabezas de los peritos designados por un Fiscal para recoger evidencias de emisiones sospechadas). La legislación comparada ofrece ejemplos sobre supuestos en que no se requiere orden judicial para la inspección de lugares por estos motivos, aún sin consentimiento del propietario o responsable (v.gr. la ley Nº 370 sobre contaminación del suelo de Dinamarca)

Si la cuestión probatoria es el mítico talón, su costo en estos casos debiera ser asimilado al corazón. La situación desventajosa del que intenta demostrar es normal y hasta apabullante, máxime cuando la contraparte resulta ser una industria poderosa que hasta puede tener de su lado a una porción de las víctimas, v.gr. operarios que si bien sufren efectos dañinos incluso en sus familias si viven en la periferia del establecimiento temen por su fuente de empleo (ejemplo clásico del "*síndrome de Estocolmo*").

No veo razones válidas para desdeñar los aportes que en materia de cargas procesales dinámicas se vienen realizando para otro tipo de acciones.³⁴ La objeción que podría derivarse de una interpretación estricta del principio acusatorio quedaría disipada de observarse algunas premisas de carácter obvio: que esos criterios compensatorios de la desigualdad de las partes estén previstos en las normas de procedimiento y que los imputados gocen de la posibilidad de controlar y refutar esas probanzas.

En lo concreto, debiera orquestarse un sistema en cuyo marco los organismos públicos de algún modo vinculados a la cuestión estén obligados a colaborar, a requerimiento del juez o fiscal, con información técnica, expertos calificables como peritos y documentación atinente.³⁵ Ello, en convergencia con entidades profesionales y ONG's previamente calificadas por su seriedad (ver *supra* VI.a el tema de la actuación como "*amicus curiae*"), las oficinas del Defensor del Pueblo, las universidades públicas y los gabinetes técnicos de las fuerzas de seguridad, conformando una red que precisará de entrenamiento, coordinación y adecuados medios informáticos que hagan posible su operación. Los recursos disponibles, siempre escasos, se verían así potenciados. Pero para ello es esencial, antes que me-

³² Ver Nº. 13.

³³ Vid, en doctrina, Cafferatta, Néstor A. *De la complejidad de la prueba en materia ambiental*. J.A. 1997-II-218 y Vercher Noguera, Antonio. (1999). *Aspectos procesales de la protección penal del medio ambiente: las tomas de muestras* en Revista Penal. Praxis. Barcelona, Nº 4.:84/92.

³⁴ Ver reseña jurisprudencial a cargo de Claudia B. Rodríguez en Lexis Nexis. J.A. 2003-III-fasc. 1, p.38.

³⁵ Así, la normativa de México (arts. 422 y ctes. C.P.).

dios materiales, la disposición mental favorable de quienes intervengan en ese plan; si predominan los celos o el enquistamiento sectorial, no habrá dinero que lo haga funcionar.

Mucho más sencillo y efectivo en grado sumo deviene, sin perjuicio de lo apuntado, dotar a quienes se hallan en el frente de batalla con elementos para la recolección inmediata de elementos de convicción. Los funcionarios policiales y de organismos de control que en países que han avanzado por delante nuestro cuentan con los clásicos maletines con los materiales necesarios para tomar una muestra o preservar algún rastro probatorio (y saben usarlo, porque...), no sólo contribuyen a que se acredite un delito en particular. Surten también un mensaje de advertencia que en breve tiempo es recogido por los infractores y tiene mayor efecto intimidatorio que las penas draconianas.³⁶

Entre esas cuestiones, la que provoca mayores intrínquilis es sin dudas la demostración de las relaciones de causalidad. Conforme los cánones tradicionales esa prueba se transforma en una muralla de muy difícil escalada. De adverso, a partir de haberse reparado en que generalmente los asuntos ambientales más graves producen daños o lesiones de configuración epidémica, doctrina y jurisprudencia vienen elaborando pautas que permiten alcanzar esas almenas sin mengua de garantías procesales. Trabajos como el de Armin Kaufmann respecto del caso de la "talidomida",³⁷ o de Bacigalupo en armonía con su completísimo voto en el del aceite de colza,³⁸ se entroncan con otros en los que se reseñan antecedentes de gran consistencia.³⁹ La sentencia recaída en el asunto de los vinos adulterados "Mansero" y "Soy Cuyano" recogió algunos de esos parámetros al expedirse sobre la causalidad respecto de algunos de las muertes acaecidas.⁴⁰

d. Otras cuestiones

Por sus características, los asuntos ambientales no sólo son adecuados para la intervención de mediadores o facilitadores, sino que en mi opinión la requieren como mecanismo esencial para intentar el logro de soluciones aplicables. La incidencia colectiva de estos procesos es obvia y los efectos de una resolución judi-

cial de esta clase siempre irán más allá de la mera controversia sustanciada. En materia penal nuestra experiencia en el empleo de estos novedosos institutos es mínima, siendo válido aquí también recurrir a la de otros países (v.gr. Costa Rica).⁴¹

Como es archisabido, la suspensión del juicio a prueba constituye una vía de extraordinaria idoneidad para resolver procesos evitando la estigmatización y promoviendo formas de reparación de perjuicios que a la vez de acercar a ofensor y víctima importan un beneficio social relevante (arts. 76 bis y ss. del C.P.). Su aplicabilidad a la materia ambiental la creo significativa y en varios casos he advertido sus ventajas al irradiar sus efectos sobre terceros que permanecieron al margen de la relación jurídico-procesal.

Lo mismo puede decirse de la fijación de reglas de conducta en condenaciones suspendidas (art. 27 bis C.P.). Un caso ejemplar en tal sentido lo aportó al reciente Diálogo Electrónico la colega Marta Juliá (Univ. de Córdoba): a partir de un procedimiento policial donde un infractor a normas ambientales (tala ilegal) incurrió en un delito contra la administración pública, la causa culminó con la imposición de tareas comunitarias de educación ambiental en las escuelas de la zona.

Entre las alternativas a la sanción penal deben recordarse las variadas modalidades de excusas absolutorias, exención supeditada a conductas tendientes a la recomposición ambiental (formas de desistimiento activo pese a la consumación), etc. ya mencionadas. La corriente que preside actualmente la política criminal en el Reino Unido se basa en la llamada "restorative justice" y en el intento de obtener conciliación entre el Estado, el autor del hecho delictual y la víctima se pueden utilizar los más diversos medios, plasticidad que permite adecuar la solución a las posibilidades concretas y ciertamente alcanza a los casos de naturaleza ambiental.

Los recaudos que rodean al proceso penal introducen un punto delicado cuando, como marca la tendencia cada vez más firme del derecho ambiental, las decisiones judiciales pueden extenderse a "cuestiones no sometidas expresamente a su consideración por las par-

³⁶ Vid, entre otros, Roxin, Claus. (2001). *Transformaciones de la teoría de los fines de la pena en Nuevas formulaciones en las ciencias penales*. Córdoba: Lerner. (pp. 211/226).

³⁷ *Tipicidad y causalidad en el procedimiento Contengan*. (1973). Nuevo Pensamiento Penal. Buenos Aires. 2:7.

³⁸ Vid *Dos sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo* en Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. (1992). Madrid. Nº 12, en especial pp.157 y ss.; Bacigalupo, Enrique. *Derecho Penal –parte general-* (1999). Buenos Aires: Hammurabi. (pp. 259 y ss).

³⁹ Cho, Byung-Sun. (1999) *Cuestiones de causalidad y autoría en el Derecho penal del medio ambiente coreano y japonés desde la perspectiva del derecho comparado* en R.Penal (vid nn. 9, 23 y 33), Nº 4:42/53.

⁴⁰ Causa nº 0011-T *Torruga, A.M. y otros*, fallo del T.Oral Federal de San Juan del 11/VI/97.

⁴¹ El reciente Código Procesal Penal de Costa Rica introduce la conciliación judicial en materia penal, alcanzando a los tipos penales ambientales; ver, también Conway, Patricia M. *Acerca de la conveniencia de la intervención de facilitadores en conflictos de medio ambiente*. L.L. –Supl. de D.Ambiental- VI-nº 3 (21/IX/99), p.4.

⁴² Sabsay, Daniel Alberto y Di Paola, María Eugenia. *El daño ambiental colectivo y la nueva ley general del ambiente*. (2003). ADLA. Boletín Informativo. Nº 17. Buenos Aires: La Ley. (pp.1-9); Cafferatta, Néstor A. *Daño ambiental colectivo y proceso civil colectivo* (Taller sobre Ley General del Ambiente y Principio Precautorio. FARN. 26/VI/03).

tes” (como rezaba el párrafo del art. 32 de la Ley General del Ambiente –Nº 25.675– observado por el P.E.N., decreto Nº 2413/02). Remito a la doctrina que se ha especializado en el punto⁴² y me limito a precisar que las exigencias del principio de congruencia deben ponderarse si se intenta la conjunción de acciones y/o fueros ya considerada.

Creo necesario destacar que tanto las reglas procesales cuanto la actitud prudente de los jueces deberían conducir a la evitación del llamado “*activismo judicial*” que con frecuencia tiende a invadir competencias de otros poderes, sobre todo el Ejecutivo. Los fallos judiciales no pueden alcanzar una extensión tal que sustituyan a las decisiones de carácter general del poder administrador, salvo el obvio caso de su invalidez o inconstitucionalidad, debiendo limitarse a la controversia que se debatió; la traza de esos confines no resulta fácil en esta materia, por lo que los magistrados deberemos esforzarnos en no avanzar desmedidamente y, sin descuidar los aspectos de tutela general intrínsecos a la materia ambiental, mantenernos dentro del marco recordado con insistencia por la Corte

Suprema (Fallos 310:112 y 312:2127, entre muchísimos otros).⁴³

Un ejemplo de la sensatez a la que me referí puede verse en un reciente fallo que admitió una medida autosatisfactiva por los perjuicios que una instalación de servicios eléctricos provocaba a la salud y propiedad de los vecinos en una localidad del conurbano. Los jueces de la Cámara Federal de La Plata encontraron un equilibrio razonable entre lo que debían ordenar como corolario de la controversia y las facultades propias de órganos del Ejecutivo. Remito a la lectura de la sentencia, ilustrativa en más de un sentido.⁴⁴

7. Colofón

Luego de haber recorrido con apresuramiento algunos de los muchos temas que propone la materia, las aseveraciones iniciales respecto a la cautela con la que debiera ser acometida una eventual reforma legislativa entiendo han podido ser medianamente sostenidas. El debate consiguiente de seguro dará respuestas más cabales.

⁴³ Ver Walsh, Juan R.; Oliver, María Fabiana. *El activismo judicial en materia ambiental a propósito de la causa 'Ipalatina' ante la justicia federal* en L.L. –Supl. de D.Amb.- 2/Nº 1 (30/III/95):4; Rovere, Marta. *El caso 'Ipalatina': ¿un precedente judicial a favor del medio ambiente?* Idem. (p.1.).

⁴⁴ Autos Asociación Coordinadora de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes c/ ENRE-EDESUR s/ cese de obra de cableado y traslado de Subestación Transformadora. Expte. 3801/02, rto. 8/VII/03.

LA ACCIÓN PENAL AMBIENTAL (LEGITIMACIÓN, MEDIDAS DE URGENCIA Y PRUEBA, COSTOS Y COSTAS, ALCANCE DE LA SENTENCIA)

*por Roxana Sobenes**

1. Introducción

Los recursos naturales y el medio ambiente, constituyen un bien jurídico tutelado a nivel nacional e internacional. Cuando se suscita un hecho tipificado como delito ambiental, es el momento para ejercitar la acción penal y solicitar la implementación de medidas de urgencia, para evitar que se causen daños mayores (costos más elevados de resarcimiento o que resulte irreparable el daño causado).

En cuanto a la legitimación, dependerá del criterio seguido por la legislación nacional. La acción penal persigue la imposición de una sanción al responsable de la comisión de un hecho tipificado como delito o falta, el resarcimiento de los daños causados e implementación de medidas correctivas (evitando que se produzcan más daños al medio ambiente y los recursos naturales).

El ejercicio de la acción penal, la implementación de medidas de urgencia, la tipificación o adecuación del tipo penal, la investigación criminal, la identificación del responsable del hecho ilícito, la cuantificación del daño ambiental, la determinación de la sanción a imponer, etc..., causa un desgaste económico a la administración de justicia y al agraviado, costo que debe cuantificarse y determinarse en sentencia y debe ser cubierto por parte del condenado.

2. Guatemala y su marco jurídico en el tema de la protección de los recursos naturales y el medio ambiente a nivel internacional.

En Guatemala, el marco jurídico de protección de los recursos naturales y el medio ambiente, se encuentra integrado por diversas regulaciones que se encuentran dispersas en diferentes cuerpos normativos.

Nuestro país ha ratificado diversos convenios internacionales en este tema, que abarcan tratados adopta-

dos a nivel de países trans-fronterizos, a nivel de Sistema de Integración Económica Centroamericana –SI-CA–, otros bajo los auspicios de la Organización de Estados Americanos –OEA–, de la Organización Marítima Internacional –OMI–, la Organización de Naciones Unidas –ONU–, entre otros.

La importancia de todo este vasto desarrollo normativo a nivel internacional, radica en que, sin bien es cierto que cada uno desarrolla temas diferentes todos tienen como objetivo común la protección de los recursos naturales y medio ambiente a nivel internacional. Además de significar un compromiso para todos los Estados parte, de establecer un complejo normativo que implemente a nivel interno del país, las obligaciones adquiridas internacionalmente. Lo que se logra en la mayor parte de los casos mediante la imposición de sanciones a ciertas conductas no permitidas.

En aquellos casos en los que los Estados parte no implementan las regulaciones en el orden jurídico interno, o no se establecen las sanciones consensuadas a nivel internacional, es labor del Ministerio Público adecuar las disposiciones legales disponibles, que pueden ser aplicables a un caso concreto.

3. Guatemala y su marco jurídico interno de protección de los recursos naturales y el medio ambiente

En el caso específico de Guatemala, la Constitución Política de la República, contiene en el Artículo 97, por primera vez, el mandato Constitucional que llama a la “Protección del Medio Ambiente y el Equilibrio Ecológico”, al establecer...El Estado, las municipalidades y los habitantes del territorio nacional están obligados a propiciar el desarrollo social, económico y tecnológico que prevenga la contaminación del ambiente y mantenga el equilibrio ecológico. Se dictarán todas las normas necesarias para garantizar que la utilización y el aprovechamiento de la fauna, de la flora, de la tierra y

* Asesor Legal en Medio Ambiente, Ministerio Público de Guatemala.

del agua, se realicen racionalmente, evitando su depredación”.

La Constitución de Guatemala establece de tal forma una política de protección del medio ambiente y acciones concretas que harán realizable esa política de protección.

4. Regulaciones jurídicas en el tema ambiental

El marco jurídico guatemalteco establece en diversos cuerpos normativos, regulaciones de protección del medio ambiente y los recursos naturales en forma específica, tal es el caso de la Ley de Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente y sus Reformas, Ley de Áreas Protegidas sus Reformas y Reglamento, la Ley Forestal, el Código Penal, Ley General de Caza y otras.

Algunas de las cuales contienen disposiciones de orden administrativo y otras de índole penal. Los tipos penales se encuentran dispersos hacen en diferentes leyes lo que hace que resulte más difícil identificarlos y aplicarlos sin una adecuada capacitación.

5. Los tipos penales dentro del marco jurídico guatemalteco de protección de los recursos naturales y el medio ambiente.

Los tipos penales establecidos en el Marco Jurídico interno guatemalteco, se encuentran contenidos en el Código Penal, en la Ley Forestal, Ley de Áreas Protegidas y Ley General de caza entre otros.

Las conductas prohibidas por el ordenamiento jurídico actual que atentan contra el ambiente y los recursos naturales como bienes jurídicos sujetos de protección, se encuentran establecidas en distintos cuerpos normativos y se pueden agrupar bajo los siguientes temas:

- ▶ Aprovechamiento del Recurso Hídrico
- ▶ Aprovechamiento del Recurso Forestal
- ▶ Caza y Pesca
- ▶ Fauna y Flora Silvestre
- ▶ Daños
- ▶ Medio Ambiente
- ▶ Salud
- ▶ Usurpación
- ▶ Minería
- ▶ Transporte
- ▶ Actividades Varias

6. Campo de acción - Delitos contra el ambiente y los recursos naturales

En Guatemala, dentro de los delitos tipificados contra el ambiente y los recursos naturales se encuentran los siguientes:

Delitos de contaminación de los sistemas, ya sea aire, agua, suelo. Delitos forestales. Tráfico de vida silvestre. Delitos en áreas protegidas. Delitos contra de los recursos naturales. Delitos contra la salud, mediante la infracción de medidas ambientales y sanitarias.

7. Legitimación

Criterio seguido por la legislación nacional: Teoría de los Intereses Difusos.

En cuanto a la Legitimación procesal, Guatemala reconoce parcialmente la Teoría de los intereses Difusos, al establecer en el Código Procesal Penal, en el artículo 117, inciso 3 que: “debe admitirse a las asociaciones que tengan por objeto la protección del ambiente, como agraviados, quienes posteriormente podrán solicitar ser admitidos como querellantes adhesivos”.

8. Proceso penal oral y sistema acusatorio

En Guatemala el procedimiento penal es acusatorio y oral.

9. Ejercicio de la acción penal

El Ministerio Público, como Institución, goza de plena independencia para el ejercicio de la acción penal y la investigación de los delitos en la forma determinada en el Código Penal salvo la subordinación jerárquica establecida en su propia ley. (Art. 8 Código Procesal penal guatemalteco).

10. Clasificación de la acción penal

La acción penal se ejerce de acuerdo a la siguiente clasificación:

- a. Acción pública;
- b. Acción pública dependiente de instancia particular o que requiera autorización estatal;
- c. Acción privada (Art. 24 C.P.P.).

En cuanto a la acción pública el código procesal penal actual establece que: “Serán perseguibles de oficio por el Ministerio Público, en representación de la sociedad, todos los delitos de acción pública, excepto los delitos contra la seguridad del tránsito y aquellos cuya sanción

principal sea la pena de multa, que serán tramitados y resueltos por denuncia de autoridad competente conforme al juicio de faltas que establece este Código”.

11. Jueces de narcoactividad y delitos contra el ambiente

En cuanto al juzgamiento de los delitos contra el ambiente el código procesal penal establece en su artículo 45 que...” Los jueces de narco actividad conocerán específicamente de los delitos relacionados con el tráfico, tenencia, producción y procesamiento de drogas, fármacos o estupefacientes y delitos conexos. Los jueces de delitos contra el ambiente conocerán de los delitos contra el ambiente. Ambos se dividen en:

- a. Jueces de primera instancia de narco actividad y jueces de delitos contra el ambiente, quienes tendrán a su cargo el control jurisdiccional de los actos de investigación relacionados con los delitos de su competencia, instruirán personalmente las diligencias señaladas por el Código Procesal Penal.
- b. Tribunales de sentencia de narco actividad y tribunales de delitos contra el ambiente, quienes conocerán del juicio oral y pronunciarán el fallo correspondiente. Estos tribunales estarán conformados por tres jueces designados mediante sorteo realizado por la Corte Suprema de Justicia entre los jueces de los tribunales de sentencia. Tres días después de que le sea notificado el auto de apertura de juicio oral, dictado por el juez de primera instancia respectivo.

En cuanto al actuar del Ministerio Público, el mismo código establece que el Ministerio Público, por medio de los agentes que designe, tendrá la facultad de practicar la averiguación por los delitos que este código le asigna, con intervención de los jueces de primera instancia como contralores jurisdiccionales. Asimismo, ejercerá la acción penal conforme los términos de éste código.

12. Ejercicio de la acción penal

El Artículo 285 del Código Penal establece que el ejercicio de la acción penal no podrá suspender, interrumpir o hacer cesar, salvo en los casos expresamente previstos por la ley.

Cuando la ley condicione la persecución penal a una instancia particular a denuncia o a la autorización estatal, el Ministerio Público la ejercerá una vez producida, sin perjuicio de realizar o requerir los actos urgentes que interrumpan la comisión del hecho punible o conserven elementos de prueba que se perderían por la demora. El interés protegido por la necesidad de la instancia, de la denuncia o de la autorización no podrá ser afectado.

13. Finalidad y alcance de la persecución penal Conocimiento de Oficio

En cuanto a la Finalidad y alcance de la persecución penal, el art. 289 del Código Penal establece que: “Tan pronto el Ministerio público tome conocimiento de un hecho punible, por denuncia o por cualquier otra vía fehaciente, debe impedir que produzca consecuencias ulteriores y promover su investigación para requerir el enjuiciamiento del imputado. El ejercicio de las facultades previstas en los tres artículos anteriores no lo eximirá de la investigación para asegurar los elementos de prueba imprescindibles sobre el hecho punible y sus partícipes.”

Lo anterior es lo que se conoce como el “conocimiento de oficio por parte del Ministerio Público de la comisión de un hecho delictivo que atenta contra el medio ambiente o los recursos naturales, lo que le da oportunidad de iniciar el ejercicio de sus facultades en forma diligente, evitando daños mayores y realizando una investigación más eficiente.

14. El conocimiento de oficio en Guatemala

En la actualidad debido a factores tales como la carencia de recurso humano suficiente y capacitado, de recursos humanos, falta de cobertura a nivel nacional, y otras circunstancias, no se actúa por conocimiento de oficio en la mayoría de casos que constituyen delitos contra el medio ambiente y los recursos naturales.

En Guatemala, todavía se dan casos en los que delitos que atentan contra el bien común y que inclusive producen impactos en la salud humana, además de al medio ambiente y los recursos naturales, no son investigados por “conocimiento de oficio”, del Ministerio Público.

En algunos casos debido a la saturación de la fiscalía correspondiente y en otros por la falta de criterio para seleccionarlos, lo que en muchos casos es el resultado de la falta de capacitación del personal a cargo de llevar a cabo estas funciones en temas tan relevantes como la legislación interna vigente relativa a la protección del medio ambiente y los recursos naturales de nuestro país y en otros al desconocimiento de los convenios y tratados internacionales que estamos obligados a observar en este tema.

15. Límites de la investigación

En cuanto a los límites que debe observar el Ministerio Público en el ejercicio de sus funciones, la ley le da un campo bastante amplio de acción al establecer en el artículo 290 del mismo cuerpo legal que: “Es obligación del Ministerio Público extender la investigación no sólo a las circunstancias de cargo, sino también a las que sirvan para descargo, cuidando de procurar con

urgencia los elementos de prueba cuya pérdida es de temer.

Si estima necesaria la práctica de un acto conforme a lo previsto para los definitivos e irreproducibles, lo requerirá enseguida al juez competente o en caso de urgencia, al más próximo.

El Ministerio Público debe también procurar la pronta evacuación de las citas del imputado para aclarar el hecho y su situación.

El incumplimiento o la demora injustificada en la investigación será considerada falta grave y hará responsable al funcionario de las sanciones previstas en la ley.

16. La denuncia

En cuanto a la Denuncia que puede realizar cualquier ciudadano, de la comisión de un hecho delictivo, el mismo cuerpo legal establece en su artículo 297 que: "Cualquier persona deberá comunicar, por escrito u oralmente, a la policía, al Ministerio Público o a un tribunal el conocimiento que tuviere acerca de la comisión de un delito de acción pública".

El denunciante deberá ser identificado. Igualmente, se procederá a recibir la instancia, denuncia o autorización en los casos de los delitos que así lo requieran.

17. Obligación de denunciar

El Art. 298 C.P.P. , reza: "Deben denunciar el conocimiento que tienen sobre un delito de acción pública, con excepción de los que requieren instancia, denuncia o autorización para su persecución, y sin demora alguna:

- 1) Los funcionarios y empleados públicos que conozcan el hecho en ejercicio de sus funciones, salvo el caso de que pese sobre ellos el deber de guardar secreto.
- 2) Quienes ejerzan el arte de curar y conozcan el hecho en ejercicio de su profesión u oficio, cuando se trate de delitos contra la vida o la integridad corporal de las personas, con la excepción especificada en el inciso anterior; y
- 3) Quienes por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico tuvieren a su cargo el manejo, la administración, el cuidado o control de bienes o intereses de una institución, entidad o persona, respecto de delitos cometidos en su perjuicio, o en perjuicio de la masa o patrimonio puesto bajo su cargo o control, siempre que conozcan el hecho con motivo del ejercicio de sus funciones. En todos estos casos la denuncia no será obligatoria si razonablemente arriesgare la persecución penal propia, del cónyuge, o de ascendientes, descendientes o hermanos o del conviviente de hecho."

18. Contenido de la Denuncia

En cuanto a lo que debe contener esa denuncia planteada por cualquier ciudadano o por aquellos que tienen obligación de denunciar el código establece en su art. 299. La denuncia contendrá, en lo posible, el relato circunstanciado del hecho, con indicación de los partícipes, agraviados y testigos, elementos de prueba y antecedentes o consecuencias conocidas.

19. Intervención del Denunciante

En cuanto a la actitud del denunciante luego de formular la denuncia respectiva el Código Penal establece, en su artículo 300, que el denunciante no intervendrá posteriormente en el procedimiento, ni contraerá a su respecto responsabilidad alguna, sin perjuicio de las que pudieran corresponder por denuncia falsa.

20. Intervención del querellante

En el caso de formular una querrela y no presentar una denuncia, por que se desea ser parte del proceso, el código establece en su artículo 302 que: "La querrela se presentará por escrito, ante el juez que controla la investigación, y deberá contener:

- 1) Nombres y apellidos del querellante y, en su caso, el de su representado.
- 2) Su residencia.
- 3) La cita del documento con que acredita su identidad.
- 4) En el caso de entes colectivos, el documento que justifique la personería.
- 5) El lugar que señala para recibir citaciones y notificaciones.
- 6) Un relato circunstanciado del hecho, con indicación de los partícipes, víctimas y testigos.
- 7) Elementos de prueba y antecedentes o consecuencias conocidas; y
- 8) La prueba documental en su poder o indicación del lugar donde se encuentre. Si faltara alguno de estos requisitos, el juez, sin perjuicio de darle trámite inmediato, señalará un plazo para su cumplimiento. Vencido el mismo si fuese un requisito indispensable, el juez archivará el caso hasta que se cumpla con lo ordenado, salvo que se trate de un delito público en cuyo caso procederá como en la denuncia."

21. Conocimiento de un delito ambiental por parte de agentes de la policía

En aquellos casos en los que los agentes de la policía, tienen conocimiento de un hecho punible perseguible

de oficio, deben de seguir el procedimiento establecido en el artículo 304 del código: “Los funcionarios y agentes policiales que tengan noticia de un hecho punible perseguible de oficio, informarán enseguida detalladamente al Ministerio Público y practicarán una investigación preliminar, para reunir o asegurar con urgencia los elementos de convicción y evitar la fuga u ocultación de los sospechosos. Igual función tendrán los jueces de paz en los lugares donde no existan funcionarios del Ministerio Público o agentes de la policía.”

22. Formalidades de la prevención judicial

Esta intervención debe quedar documentada debidamente, para que sea válida, tal y como lo establece el artículo 305. Formalidades. La prevención policial observará, para documentar sus actos, en lo posible, las reglas previstas para el procedimiento preparatorio a cargo del Ministerio Público.

Bastará con asentar en una sola acta, con la mayor exactitud posible, las diligencias practicadas, con expresión del día en que se realizaron, y cualquier circunstancia de utilidad para la investigación. Se dejará constancia en el acta de las informaciones recibidas, la cual será firmada por el oficial que dirige la investigación y, en lo posible, por las personas que hubieren intervenido en los actos o proporcionado información.

23. Carácter de las actuaciones dentro del desarrollo de la Investigación

En cuanto al carácter que deben guardar las actuaciones se establece que: “Todos los actos de la investigación serán reservados por los extraños.

Las actuaciones sólo podrán ser examinadas por el imputado, las demás personas a quienes se les haya acordado intervención en el procedimiento, los defensores y los mandatarios.”

No obstante, quienes tengan conocimiento de las actuaciones cumplidas durante la investigación, estarán obligados a guardar reserva. Sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda, el incumplimiento de esta obligación será considerado falta grave y podrá ser sancionado conforme a la ley del Organismo Judicial y disposiciones reglamentarias.

El Ministerio Público podrá dictar las medidas razonablemente necesarias para proteger y aislar indicios en los lugares en que se esté investigando un delito, a fin de evitar la contaminación o destrucción de rastros, evidencias y otros elementos materiales.

No obstante, siempre que la publicidad entorpezca el descubrimiento de la verdad y si no hubiere auto de procesamiento, el Ministerio Público podrá disponer,

para determinada diligencia, la reserva total o parcial de las actuaciones por un plazo que no podrá superar los diez días corridos. El plazo se podrá prorrogar hasta por otro tanto, pero, en este caso, los interesados podrán solicitar al juez que ponga fin a la reserva.

A pesar del vencimiento de los plazos establecidos, cuando la eficacia de un acto particular dependa de la reserva parcial de las actuaciones, el Ministerio Público podrá disponerla, con mención de los actos a los cuales se refiere y con la limitación prevista en el párrafo anterior, por el tiempo absolutamente indispensable para cumplir el acto ordenado.

Los abogados que invoquen un interés legítimo deberán ser informados por el Ministerio Público, acerca del hecho que se investiga y de los imputados o detenidos que hubiere. A ellos también les comprende la obligación de guardar reserva.

24. Actos Urgentes Anticipo de Prueba

En cuanto a los Actos Urgentes que se deben de realizar por parte de la autoridad, el código contiene en su artículo 317, los actos jurisdiccionales y establece lo relativo al Anticipo de prueba. (Adicionado por Artículo 24 Decreto 79-97). Cuando sea necesario practicar un reconocimiento, reconstrucción, pericia o inspección que por su naturaleza y características deban ser considerados como actos definitivos que no puedan ser reproducidos, o cuando deba declarar un órgano de prueba que, por algún obstáculo difícil de superar, se presuma que no podrá hacerlo durante el debate, el Ministerio Público o cualquiera de las partes requerirá al juez que controla la investigación que lo realice.

El juez practicará el acto, si lo considera admisible formalmente, citando a todas las partes, los defensores o mandatarios, quienes tendrán derecho a asistir con las facultades previstas respecto de su intervención en el debate.

El imputado que estuviere detenido será representado por su defensor, salvo que pidiere intervenir personalmente. Si, por la naturaleza del acto, la citación anticipada hiciere temer la pérdida de elementos de prueba, el juez practicará la citación de las partes a manera de evitar este peligro, procurando no afectar las facultades atribuidas a ellas.

En ningún caso, el juez permitirá que se utilice este medio para la formación de un expediente de instrucción sumaria que desnaturalice el proceso acusatorio.

25. Extrema urgencia

Y por su parte en el artículo 318 del Código Penal se establece que: “Cuando se ignore quién ha de ser el imputado o cuando alguno de los actos previstos en el artículo anterior sea de extrema urgencia, el Ministerio

Público podrá requerir verbalmente la intervención del juez y éste practicará el acto con prescindencia de las citaciones previstas en el artículo anterior, designando un defensor de oficio para que controle el acto.”

26. Peligro de pérdida de la prueba

Cuando existiere peligro inminente de pérdida de elemento probatorio, el juez podrá practicar, aun de oficio, los actos urgentes de investigación que no admitan dilación. Finalizado el acto, remitirá las actuaciones al Ministerio Público. En el acta se dejará constancia detallada de los motivos que determinaron la resolución.

27. Costas

Toda decisión que ponga término al proceso o a un incidente, traerá el pronunciamiento sobre el pago de costas procesales. Las que serán impuestas a la parte vencida, al menos que el tribunal encuentre razón que a su juicio sea suficiente, para eximirla total o parcialmente.

28. Exención

No pueden ser condenados en costas los representantes del Ministerio Público y los defensores, salvo en aquellos casos en que se disponga lo contrario, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que incurrir.

29. Contenido de las costas

Las costas comprenden:

- a. Los gastos originados en la tramitación del proceso, y
- b. El pago de honorarios regulados conforme arancel, de los abogados y demás profesionales que hubiesen intervenido en el proceso.

30. Condena

Las costas serán impuestas al acusado cuando sea condenado o cuando se le imponga una medida de seguridad y corrección.

Cuando en una sentencia se pronuncien absoluciones y condenas, el tribunal establecerá el porcentaje que corresponde a los responsables.

Los coacusados que sean condenados o a quienes se les imponga una medida de seguridad y corrección en relación a un mismo hecho, responderán solidariamente por las costas. El precepto no rige para la ejecución penal y las medidas de coerción.

En los delitos promovidos, las costas procesales se entregarán al Ministerio de Finanzas Públicas, que las destinará a programas de capacitación de auditores, abogados y demás personal técnico que labore en la investigación y persecución de estos delitos.

31. Casos de absolución, sobreseimiento y extinción de la acción penal

En estos casos las costas serán soportadas por el Estado, salvo cuando la decisión se funde en la extinción de la acción penal por causa sobreviviente a la persecución ya iniciada, en cuyo caso el tribunal fijará los porcentajes que correspondan a los imputados y al Estado (arts. 511 y 512 C.P.P.).

32. Costas en la Clausura provisional y archivo

En los casos en los que la persecución penal no pueda proseguir y por ello se ordene el archivo o la clausura provisional, cada parte y el Estado soportarán sus propias costas (arts. 507 al 513 C.P.P.).

33. Sentencia Orden de deliberación

Las cuestiones se deliberarán, siguiendo un orden lógico en la siguiente forma: cuestiones previas (incidentes), existencia del delito; responsabilidad penal del acusado; calificación legal del delito; pena a imponer; responsabilidad civil; costas, y lo demás que este Código u otras leyes señalen. La decisión posterior versará sobre la absolución o la condena. Si hubiere ejercido la acción civil, admitirá la demanda en la forma que corresponda o la rechazará. (art. 386.C.P.P.).

34. Sentencia y acusación

La sentencia no podrá dar por acreditados otros hechos u otras circunstancias que los descritos en la acusación y en el auto de apertura a juicio o, en su caso en la ampliación de la acusación, salvo cuando favorezca al acusado.

En la sentencia, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella de la acusación o de la del auto de apertura del juicio, o imponer penas mayores o menores que la pedida por el Ministerio Público. (art. 388 C.P.P.).

35. La sentencia. Absolución

La sentencia absolutoria se entenderá libre del cargo en todos los casos. Podrá, según las circunstancias y

la gravedad del delito, ordenar la libertad del acusado, la cesación de las restricciones impuestas provisionalmente y resolverá sobre las costas. Aplicará, cuando corresponda, medidas de seguridad y corrección. (art. 391).

36. Condena

La sentencia condenatoria fijará las penas y medidas de seguridad y corrección que correspondan. También determinará la suspensión condicional de la pena y, cuando procediere, las obligaciones que deberá cumplir el condenado y, en su caso, unificará las penas, cuando fuere posible.

La sentencia decidirá también sobre las costas y sobre la entrega de los objetos secuestrados a quien el tribunal estime con mejor derecho a poseerlos, sin perjuicio de los reclamos que correspondieren ante los tribunales competentes; decidirá también sobre el decomiso y destrucción, previstos en la ley penal. (art. 392 C.P.P.).

37. Herramientas Útiles en la Persecución Penal

Es importante tomar en consideración la utilidad del uso de herramientas que facilitan la persecución penal, las cuales no en todos los casos se encuentran plasmadas en la ley de forma expresa. Aún cuando se encuentren espacios dentro del marco jurídico, que permitan su utilización como un instrumento que facilite y agilice los procesos respectivos, para lograr una eficaz función de los entes encargados de la administración de justicia.

En lo relativo a este tema, es importante tomar en cuenta la relevante labor que las Organizaciones No Gubernamentales juegan dentro de la administración de justicia, tanto como entes de vigilancia de la labor de las instituciones encargadas de la administración de justicia por parte del Estado, como entes de colaboración y soporte de la función de los mismos. Para realizar estas funciones, es importante mantener un contacto directo con estas entidades, para identificar sus debilidades y fortalezas y crear proyectos de ayuda que sean efectivos para reforzar esta importante labor.

Las funciones de las Organizaciones No Gubernamentales en materia de Ambiente revisten especial importancia, dado que permiten actuar en forma conjunta en determinados puntos en los que se desea realizar proyectos. Tanto en el caso de elaborar diagnósticos que arrojen la realidad de los países de una región determinada en un área o tema específico, así como para detectar debilidades y fortalezas que les permiten trabajar conjuntamente.

En la región centroamericana, se ha logrado trabajar conjuntamente en varios proyectos que han permitido

alcanzar grandes logros en el tema de ambiente, lo que ha significado un avance en el marco jurídico de los países de la región, así como la creación de entidades e instituciones especializadas en la protección del ambiente y los recursos naturales tanto gubernamentales como no gubernamentales así como foros de discusión relacionados con el tema.

Existen en nuestra región, Instituciones no Gubernamentales que han aportado con su esfuerzo y trabajo beneficios para la región. Entre esas Instituciones podemos mencionar al Instituto de Derecho Ambiental y Desarrollo Sustentable –IDEADS–, que es una asociación de desarrollo integral civil, no lucrativa, no partidista y no religiosa, domiciliada en Guatemala. Se constituyó en el año 1992. Fundamenta su trabajo en el principio de la participación ciudadana y dirige sus esfuerzos, estratégicamente a la apropiación del marco institucional. “IDEADS” es miembro fundador de la Red de Organizaciones No Gubernamentales de Derecho Ambiental de Mesoamérica –RODA– y de la Asociación de Organizaciones No Gubernamentales de los Recursos Naturales y del Medio Ambiente –ASOREMA–, de Guatemala. Además, el IDEADS es Oficina Regional del Environmental Law Alliance Worldwide.

El “IDEADS” trabaja para el logro de una mejor normativa y una aplicación más eficaz y eficiente de la misma en la protección y el mejoramiento del medio ambiente y los recursos naturales, incidiendo en la participación ciudadana y el desarrollo de un marco institucional apropiado.

El “IDEADS” promueve el estudio y realiza investigaciones relativas al Derecho Ambiental y al Desarrollo Sustentable, diseña y planifica programas, proyectos y actividades en derecho Ambiental y desarrollo Sustentable, elabora y publica material literario y realiza eventos públicos para difundir el conocimiento del Derecho Ambiental y del Desarrollo Sustentable, entra otras muchas actividades.

Dentro de su componente de Confección de Propuestas de Ley y de Normas, y a requerimiento de instancias del sector público (Comisión de ambiente y Recursos Naturales del Congreso de la República, Consejo Nacional de Áreas Protegidas, Comisión Nacional del Medio Ambiente, Instituto Nacional de Bosques, Ministerio de Agricultura, Ganadería y Alimentación y otros), IDEADS participa en forma proactiva en la confección y/o mejoramiento de leyes y de normas aplicables a los temas de protección ambiental, uso sostenido de recursos naturales y desarrollo sostenible. Además existen otros componentes como el de Asesoría para Litigio y el de Capacitación, por el que se capacitan a personas pro medio de procesos, métodos y herramientas diversas y con ello se fortalecen instituciones públicas y/o privadas que se relacionan directa o indirectamente con los temas de Legislación y Derecho Ambiental aplicable a la protección y aprovechamiento sustentable de los recursos naturales, la biodiversidad,

la vida silvestre, la protección de sistemas ambientales y la gestión ambiental en Guatemala. Dentro de este componente, cabe mencionar que ha capacitado a operadores de justicia, fuerzas de seguridad, sociedad civil, así como a otros sectores de la población, desarrollando de estos talleres Manuales de Legislación Ambiental especialmente para cada uno de estos sectores.

Así mismo cuenta con una base de datos de Leyes de Ambiente y Salud con más de 1,800 normas en salud y ambiente. Con una base de publicaciones de la línea editorial que ha desarrollado.

La labor del Instituto de Derecho Ambiental y Desarrollo Sustentable –IDEADS– ha producido beneficios en favor del medio ambiente y los recursos naturales, alcanzando logros a favor de nuestro país así como a nivel regional.

Es importante contar en cada país de las diferentes regiones, con por lo menos una Organización No Guber-

namental como esta, para iniciar un cambio beneficioso y productivo en el tema de la protección de los recursos naturales y el medio ambiente.

El Instituto de Derecho Ambiental y Desarrollo Sustentable “IDEADS” se encuentra situado en la 3ª. Avenida 4-68, zona 1 C. P.01001 Ciudad de Guatemala, Guatemala, C .A. Teléfonos (502)2532061- 2531987 Fax (502)2208785

Correo electrónico ideads@intelnet.net.gt .

Para alcanzar una óptima ejecución en las funciones y competencias que le corresponden según ley a los Ministerios Públicos en la persecución penal e investigación criminal de los delitos que atentan contra el medio ambiente y los recursos naturales, se debe trabajar conjuntamente con las diferentes instituciones tanto gubernamentales como no gubernamentales con competencias y funciones en este tema, en forma coordinada, para lograr alcanzar los resultados esperados en el menor tiempo y de la mejor forma posible.



La relación entre
el Poder Judicial y
el Poder Ejecutivo para la
aplicación y el cumplimiento
de la normativa ambiental.
Mecanismos de
coordinación e interacción.

APLICACIÓN Y CUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS AMBIENTALES EN EL DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS Y EL ROL DEL PODER JUDICIAL EN SU APLICACIÓN

por John C. Cruden*

1. Resumen e introducción

Es un placer estar aquí en Buenos Aires hablando en el día de hoy ante tan distinguido grupo de jueces y fiscales. Agradezco a FARN, a PNUMA, al Banco Mundial y todas las otras agencias auspiciantes por hacer posible este simposio. Como figura en la introducción, soy el Vice Procurador General de la División de Medio Ambiente y Recursos Naturales (ENRD) del Departamento de Justicia de los Estados Unidos. En tal capacidad, superviso los litigios civiles sobre medio ambiente presentados por, o demandados a los Estados Unidos en juzgados federales y estatales. ENRD es responsable de más de 10.000 casos presentados en los 94 distritos judiciales federales, y emplea a más de 400 abogados.

El tema de este taller es la Coordinación de los Poderes Ejecutivo y Judicial en la Aplicación y Cumplimiento de las Normas Ambientales. Como sabrán muchos de ustedes que hayan estudiado el sistema legal de los Estados Unidos, este tema en principio, le suena extraño a un abogado estadounidense. El gobierno de los Estados Unidos posee una larga tradición de separación de sus poderes judicial, ejecutivo y legislativo, y quienes estamos en el poder ejecutivo no nos vemos en un rol coordinador con el poder judicial en temas tales como la aplicación de normas ambientales. Sin embargo, poseemos una fluida interacción con las cortes federales en el contexto de litigios por la aplicación de las normas ambientales, y, en menor medida, en conferencias y contextos parecidos. Por lo tanto, mi presentación ofrecerá un panorama general sobre cómo la ENRD maneja los litigios ambientales, cómo encaja en el espectro más amplio de la aplicación de la normativa ambiental en los Estados Unidos y cómo interactúa con el poder judicial para lograr el cumplimiento de la legislación ambiental.

2. La división de medio ambiente y recursos naturales (ENRD)

La ENRD es una de las seis divisiones de litigio del Departamento de Justicia. Nuestros objetivos específicos son: 1) asegurar una aplicación apropiada y equitativa de nuestras leyes nacionales en lo civil y penal sobre medio ambiente; 2) tutelar de manera efectiva nuestros recursos naturales; 3) proteger los derechos de los Americanos nativos; 4) asegurar que las actividades de compra de tierras estén correctamente manejadas; 5) proteger los recursos marinos y de vida silvestre; 6) equilibrar las necesidades energéticas con la protección del medio ambiente; y 7) colaborar en la protección de la seguridad nacional. Por medio de estas acciones, representamos los intereses de todas nuestras agencias clientes, tales como la Agencia para la Protección del Medio Ambiente (EPA) y los Departamentos de Agricultura e Interior. Para optimizar nuestros recursos, hemos entablado una fuerte relación con nuestros fiscales federales locales, con los Abogados estadounidenses y con oficiales estatales para la aplicación de las leyes. En realidad, en lo que respecta a dicha aplicación, la ENRD no dispone de investigadores propios, por lo que se apoya en las agencias cliente como así también en grupos de investigación como la Comisión Federal de Investigación, en el Estado y en los propios ciudadanos.

La ENRD fue creada el 16 de Noviembre de 1909, como la División de Tierras Públicas. Durante los primeros cincuenta años, los litigios de la División versaron sobre tierras federales, problemas relativos al agua y disputas con los americanos nativos. A medida que la Nación crecía y se desarrollaba, las áreas de responsabilidad de la ENRD se expandieron hasta incluir litigios referidos a la protección, uso y desarrollo de los recursos naturales de la Nación y de las tierras públicas, la protección de la vida silvestre, los derechos y reclamos de los americanos nativos, la limpieza de ba-

* Vice Procurador General, División de Medio Ambiente y Recursos Naturales, Estados Unidos, Departamento de Justicia. El Sr. Cruden agradece a Jim Rubin y Sylvia Quast, de la Sección de Política, Legislación y Litigio Especial de la División de Medio Ambiente y Recursos Naturales, por su invaluable ayuda en la preparación de esta presentación.

surales de residuos tóxicos, la adquisición de propiedades privadas para uso federal, y la defensa de los desafíos ambientales en los programas y actividades gubernamentales. La ENRD tiene su sede central en Washington, D.C., y mantiene sucursales en Denver (Colorado), San Francisco y Sacramento (California), Anchorage (Alaska), Boston (Massachusetts) y en Seattle (estado de Washington). Los abogados de la división, sin embargo, actúan en todas las cortes de los distritos federales, incluyendo Puerto Rico y las Islas Vírgenes, además de cortes especiales tales como la Corte Federal de Reclamos y la Corte de Comercio Internacional. Los abogados de la ENRD actúan en los niveles de distrito y apelación, y con frecuencia participan en litigios ante la Suprema Corte de los Estados Unidos.

En la actualidad, la ENRD tiene un plantel de aproximadamente 650 personas, que incluye más de 400 abogados; la mitad de ellos dedicados a temas ambientales (por ejemplo, la contaminación) y la otra mitad a temas de recursos naturales, de americanos nativos y de adquisición de tierras. En realidad, a veces se han referido a la División como la firma legal en cuestiones medioambientales más grande de la Nación. La ENRD está organizada en nueve secciones litigantes con diferentes áreas de especialización, muchas de las cuales tienen responsabilidades referidas a la aplicación de las normas ambientales. En particular, los litigios para la aplicación de normas sobre contaminación están en manos de la Sección de Delitos contra el Medio Ambiente, la que se ocupa de casos penales de daño al mismo, la Sección de Aplicación de Normas Ambientales es la que aplica las leyes ambientales de la Nación en casos civiles, con la excepción de la aplicación de las mismas en tierras pantanosas, de lo que se ocupa la Sección de Defensa del Medio Ambiente. Además, la Sección de Recursos Marinos y de Vida Silvestre procesa y defiende causas penales y civiles bajo las leyes federales de pesca y vida silvestre, y la Sección General de Litigios lleva a cabo litigios sobre propiedades federales y recursos naturales. La Sección de Apelaciones se ocupa de las apelaciones de todas estas secciones de litigio mientras que la Sección de Política, Legislación y Litigios Especiales provee asesoramiento sobre legislación, política y temas internacionales. Además de actuar como consejera especial al Procurador General, actúa como intermediaria con grupos de trabajo de diversas agencias, monitorea las demandas de los ciudadanos de acuerdo a las leyes ambientales y participa como *amicus curiae*, cuando le es requerido.

Se puede decir que la ENRD es prácticamente única entre los ministerios de justicia del mundo en cuanto se trata de una extensa unidad que se ocupa exclusivamente de los litigios ambientales y de recursos naturales. De esta manera el Departamento de Justicia ha adquirido una amplia experiencia en litigios ambientales, mejorando la coordinación de grandes iniciativas de aplicación nacional y manteniendo posiciones con-

sistentes en estos litigios. En este momento, aproximadamente el 30% de las causas de la ENRD versan sobre cuestiones de aplicación de normas ambientales. Nuestros abogados emplean la mayor parte de su tiempo en atender casos no-discrecionales, por ejemplo, la defensa de un litigio y de adquisición de tierras.

3. La ENRD y la aplicación de las normas ambientales en los Estados Unidos

a. El lugar que ocupa la ENRD en el contexto de aplicación nacional

Para obtener buenos resultados, la aplicación de las normas ambientales se apoya en varios factores. Sugiero que traten de visualizar el cuadro completo de aplicación como un enorme triángulo de cuatro niveles, la base del triángulo es la más grande en volumen en cuanto a lo que a acciones de aplicación se refiere. En los Estados Unidos, esa base consiste en acciones de aplicación estatales y locales que representan el mayor número de causas registradas anualmente. En esta categoría también incluyo a grupos compuestos por la ciudadanía, y como es de suponer, son quienes se encuentran más cercanos a las actividades de contaminación los que más se preocupan por este tema.

Si nos movemos hacia arriba dentro del triángulo llegamos al segundo nivel donde se encuentran las acciones administrativas federales, principalmente a cargo de la EPA y de otras agencias federales. Estas acciones son de tono menor, tienden a no traer aparejadas penalizaciones, y son de fácil resolución, sin intervención alguna por parte de la corte. Aunque significativa, la aplicación administrativa representa un volumen menor de casos que las acciones estatales y locales.

Recién ahora, moviéndonos hacia la cima del triángulo encontramos, en el tercer nivel, el rol de la ENRD al que le corresponde la presentación de acciones civiles judiciales en la corte federal. Aunque son de un volumen menor, las causas de aplicación a nivel civil son más significativas que las administrativas y no-federales. Nuestros logros el año pasado (año fiscal 2001) reflejan a las claras este hecho: obtuvimos US\$ 95.3 millones en sanciones civiles; conseguimos US\$ 78.4 millones para proyectos ambientales suplementarios; y recuperamos US\$ 103.6 millones en daños a recursos naturales. El valor de multas compensatorias por limpieza ambiental según lo establecido por el *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act* (también conocida como 'Superfund') fue de US\$ 1.076 mil millones y obtuvimos otros US\$ 562.8 millones para reabastecer el *Superfund* por el dinero que el gobierno gastó en la limpieza de tierras contaminadas. Por último, obtuvimos US\$ 1.901 mil millones en multas compensatorias según lo establecido en las normas *Clean Air Act*, *Clean Water Act*, *Re-*

source *Conservation Recovery Act, and Safe Drinking Water Act*; gran parte de esta cifra será gastada por el sector industrial en equipos de última generación para el control de la contaminación. Este ha sido uno de los años de mayores éxitos en la historia de la ENRD, y Uds. ya ven lo que estamos logrando. También yo debería hacer notar que en este contexto tratamos de trabajar sobre casos de aplicación en cooperación con estados y localidades donde esto sea factible, y hemos desarrollado pautas conjuntas de aplicación federales y estatales.

Para terminar, en la cumbre de la pirámide, con el volumen más pequeño, están las causas penales federales contra el medio ambiente presentadas por nuestro sector de delitos ambientales y por abogados de todo el territorio de los Estados Unidos. Como éstas a menudo resultan en multas y prisión, son las que poseen un carácter más disuasivo y están reservadas para los actos de conductas ilegales de mayor gravedad. En el año fiscal 2001, logramos 150 condenas, la mayoría de las cuales se debieron a alegaciones de culpabilidad. Obtuvimos US\$ 52.9 millones en multas criminales y US\$ 62.3 millones en multas, restitución, evaluaciones especiales, planes de cumplimiento ambiental y gastos judiciales.

b. La importancia de respuestas graduales al incumplimiento

En los Estados Unidos, nuestras leyes ambientales proveen de un rango de respuestas al incumplimiento de las normas, basadas en el tipo y grado de violación. Esto ayuda a nuestras agencias de aplicación a desarrollar enfoques flexibles adaptados a situaciones específicas. También juega un rol respecto a la integridad institucional y la credibilidad pública, ya que se pueden tomar acciones que son proporcionales a la violación ocurrida y por lo tanto se puede lograr consistencia en los diversos enfoques de aplicación. Es más probable que los gobiernos actúen si disponen de un amplio rango de posibilidades para elegir, desde lo administrativo a lo penal, en vez de una única respuesta que puede llegar a ser muy débil o muy severa para el caso en cuestión.

Por ejemplo, una agencia administrativa como la EPA puede responder informalmente a faltas de cumplimiento menores. Tales acciones informales incluyen llamados telefónicos, visitas, cartas de advertencia y notificaciones de infracción. Estas acciones notifican a una empresa sobre la infracción incurrida y el cumplimiento directo de las normas antes de determinada fecha. También pueden iniciar un proceso legal más formal tal como una orden administrativa civil, que es una orden legal, de aplicación independiente, que describe el tipo de infracción, produce evidencias de la misma, y exige acción correctiva antes de una fecha determinada. Las órdenes administrativas pueden incluir órdenes de cesación y de desistimiento, exigir la mitigación de un peligro, o la autorización para que la agencia en-

tre al lugar y efectúe las acciones necesarias en caso de peligro inminente para el público o el medio ambiente. Tal orden es tramitada por el sistema administrativo dentro de la agencia. Sin embargo, si una empresa viola la orden, la agencia puede referir el problema a la ENRD para su aplicación en una corte federal. Algunas leyes ambientales autorizan a que una agencia también evalúe penas administrativas, las que pueden ser presentadas en la justicia por la ENRD si el organismo en cuestión no paga. Pero por sobre todo puede decirse que las acciones administrativas son el tipo de respuesta más común a la aplicación federal.

La aplicación civil judicial en los Estados Unidos generalmente resulta de una derivación hecha a la ENRD por parte de una de las agencias que verifican el cumplimiento de las normas ambientales, tales como la EPA o el Servicio de Pesca y Vida Silvestre. A veces, las derivaciones también son hechas por agencias estatales y por particulares. Por ejemplo, la ENRD puede iniciar una acción legal contra una empresa por no cumplir con una orden administrativa, o puede demandarla para recuperar los fondos utilizados por una agencia determinada en su respuesta a un daño medio ambiental. Donde sea necesario, propondremos una acción para responder a una emergencia o para mitigar la inminente puesta en peligro de la salud humana o del medio ambiente. La ENRD le solicitará a la justicia que provea la asistencia apropiada, tal como una orden prohibiendo acciones nocivas presentes y futuras, exigiendo el pago de multas o penalidades, y/o expidiendo el mandato de mitigación o remediación del medio ambiente. Otros tipos de asistencia pueden incluir la negación o revocación de permisos, el cierre de plantas, y la solicitud de informes, inspecciones y capacitación adicionales u otras acciones destinadas a garantizar el cumplimiento a largo plazo.

Las leyes ambientales de los Estados Unidos proveen un monto máximo de sanciones que pueden ser impuestas para infracciones a la ley. Bajo esa autoridad, la ENRD pretende imponer una sanción que recupere cualquier beneficio económico que el infractor pueda haber conseguido como resultado de su no cumplimiento con las normas así como también un monto adicional acorde a la naturaleza y gravedad de la infracción acaecida. La ENRD también se compromete a resolver acciones civiles, en tanto corresponda, mediante una conciliación. Las conciliaciones permiten a la División obtener acciones y resultados efectivos a un costo substancialmente menor que si se tratara la causa frente a un juez. En tales instancias, la División puede considerar acciones de cooperación por parte del acusado como mitigación de cualquier eventual penalidad. Por ejemplo, además de una orden de cumplimiento, la conciliación puede requerir que el acusado ponga en marcha un proyecto ambiental suplementario. Un SEP (Proyecto Ambiental Suplementario) debe tener alguna relación con el tipo de infracción cometida. Los ejemplos incluyen el establecimiento de un

programa voluntario de cumplimiento más allá del requerido por la ley o el acuerdo de que el acusado apadrine y/o proteja un habitat en peligro. Las conciliaciones generalmente se formalizan en un decreto de consentimiento, que es un acuerdo firmado por la justicia y aplicado como orden judicial. Asimismo, antes de entrar a la justicia, se le notifica al público sobre las características del arreglo conciliatorio propuesto y éste tiene la oportunidad de expresar sus puntos de vista sobre los términos del mismo.

En la otra punta del espectro, la aplicación del derecho penal es apropiada cuando una persona o empresa, a sabiendas y voluntariamente, ha violado la ley. Los ejemplos incluyen falsificación de documentos, llevar a cabo una actividad sin el permiso necesario, o realizar deliberadamente una acción penada por la ley. Nuevamente, la ENRD recibirá derivaciones de agencias federales relevantes, agencias estatales o del mismo público sobre la ocurrencia de tales conductas. La ENRD entonces considerará si el asunto merece cargos penales. Según el tipo de delito, podemos solicitar una penalidad monetaria y prisión, además del embargo o decomiso de la propiedad. Las causas penales son, de alguna forma, diferentes de las causas civiles en tanto los jueces federales tienen menos discrecionalidad en emitir un fallo que el que tienen en las causas civiles. Como regla general, los jueces federales deben aplicar lineamientos para las sentencias en todas las causas penales, incluyendo aquellas contra el medio ambiente.

Las causas penales son particularmente apropiadas cuando las infracciones son graves o han provocado un serio perjuicio. Las causas de este tipo representan un gravamen mayor que las causas civiles en cuanto a los derechos acordados a los acusados por la Constitución de los Estados Unidos. Varias leyes ambientales pautan las penalidades y la aplicación de las normas, pero los fiscales federales pueden también acudir a las disposiciones criminales generales que le otorgan ilegalidad a la provisión de información falsa u obstrucción de la justicia. Esto ocurre con frecuencia en juicios referidos a la vida silvestre y al contrabando de sustancias que afectan la capa de ozono.

Por último, la participación ciudadana en la aplicación de las normas ambientales es alentada y hasta se encuentra estipulada en muchas de las leyes ambientales de los Estados Unidos. Esta clase de participación pública por lo general asegura la integridad del sistema de aplicación y aumenta los muchos veces limitados recursos gubernamentales. Los procuradores generales privados pueden presentar acciones judiciales civiles – notificando a las agencias correspondientes – para prohibir la contaminación y obligar al cumplimiento de las normas correspondientes. Y en realidad, en algunos de tales casos, hemos aunado fuerzas con ciudadanos interesados en el asunto y sacamos nuestras propias acciones de aplicación en respuesta a las notificaciones que éstos deben dar. Como forma de incentivo, algunos estatutos permiten a los ciudadanos

recuperar los gastos de litigio y de abogado si prevalecen substancialmente en sus méritos. Al público también se le ofrece la oportunidad de rever y comentar los decretos de consentimiento, además de dar su opinión sobre las normas propuestas para implementar las leyes ambientales y hasta pueden servir ellos mismos como base para las acciones de aplicación. Los ciudadanos no están autorizados para presentar acciones criminales, pero sus quejas y sugerencias pueden terminar en un exitoso procesamiento por parte de la ENRD.

4. El Poder Judicial y la Aplicación y Cumplimiento de las Normas Ambientales

Sin embargo, nuestras leyes ambientales y los esfuerzos para su aplicación tendrían poco efecto en su cumplimiento si el poder judicial fracasara en imponer, o impusiera condenas inapropiadas en nuestras causas penales y de compensación en causas civiles. A este respecto, el poder judicial tiene un efecto importante e innegable en el cumplimiento de las normas ambientales y en la efectividad de la aplicación de éstas para que se cumplan. Nuestro rol en este contexto -contexto de litigios y presentación de casos a jueces y, cuando corresponda, a jurados– es el de educar a la corte de manera tal que pueda decidir con toda la información necesaria al imponer condenas y compensaciones.

Elegí la palabra educar para describir nuestro rol y lo hice por dos razones. En primer lugar, como una cuestión general, los fiscales del gobierno cumplen un rol especial en las cortes federales. Por supuesto, se espera que todos los abogados sean defensores de su causa, pero el poder judicial federal espera del gobierno un mayor compromiso en lo que se refiere a sus acciones en la sala de la corte. Esperan que seamos especialmente escrupulosos en la presentación de evidencias al verificador de hechos además de nuestra adhesión a reglas procesales y substantivas. Más aún, ya que el gobierno es visto como una entidad única, un fiscal del gobierno negligente, puede dejar un sabor amargo en la boca del juez respecto a los fiscales federales en general, por lo que tomamos muy en serio nuestro deber de educar y defender.

La otra razón por la que uso la palabra educar está ya más referida a casos ambientales. Las causas ambientales son por lo general mucho más complicadas que las típicas acciones penales o causas por agravios, las que tienden a ser el soporte principal de muchos sumarios judiciales. A menudo se centran en cuestiones altamente técnicas, tales como el pautado de emisiones de aire o los humos contaminantes, y a menudo se vuelven en contra de la evidencia de un experto sobre las actividades del acusado y sobre las consecuencias de dichas actividades. Esto requiere que expliquemos la ciencia que apoya la prueba para poder persuadir a la persona que evalúe los hechos,

quien por lo general no tiene un doctorado en química o biología, que debería fallar a nuestro favor. Esto requiere un grado de educación – primero de los mismos abogados, y luego del juez y del jurado.

Este proceso de educación científica es importante no sólo para el establecimiento de infracciones en causas ambientales, sino también para idear las reparaciones apropiadas. De hecho, no es inusual en nuestros casos que haya un debate relativamente limitado sobre si las violaciones ocurrieron, pero sí una considerable discusión sobre cuál es la compensación adecuada. En este caso, una comprensión de la ciencia puede ser muy útil para ayudar a un juez a elegir entre dos diferentes propuestas de reparación.

Además de las cuestiones científicas que pueden darse al establecer las compensaciones, muchas de nuestras principales leyes ambientales requieren la consideración de factores económicos que obligan a que se lleve a cabo un considerable análisis técnico. Por ejemplo, tanto nuestra Clean Air Act como la Clean Water Act, que son respectivamente los principales estatutos federales referidos a la contaminación del aire y del agua, requieren de un Tribunal para considerar el beneficio económico que el contaminador obtuvo al violar la ley y su capacidad para pagar al evaluar una pena civil. En nuestros casos, los jueces están particularmente interesados en los beneficios obtenidos por un contaminador. Más aún, he tenido la ocasión de hablar con jueces de otros países, como la India, sobre nuestro sistema de aplicación de las normas ambientales y he observado que ellos también estaban muy interesados en la cuestión del beneficio económico.

La determinación del beneficio económico es importante, al menos por dos razones. Aquellos que violan las normativas ambientales están típicamente motivados por un deseo de ahorrar dinero o reducir costos – no quieren incurrir en los gastos que implican instalar equipos de control de contaminación, operarlos correctamente, y monitorear su desempeño para asegurarse de que están cumpliendo con la ley. En cambio, esperan obtener una ventaja económica sobre sus competidores al cobrar precios menores y obtener mayores ganancias de las que habrían obtenido si hubiesen cumplido con lo dispuesto por la ley. Determinar el beneficio económico para el infractor elimina la ventaja injusta que ha obtenido sobre sus competidores. También sirve como un factor disuasivo para otros que tal vez estén tentados a violar la ley, demostrándoles que ellos no obtendrán ningún beneficio económico. Estas dos consideraciones –la eliminación de la competencia desleal y la remoción de los incentivos por mala conducta– son poderosas razones para que los fiscales y los tribunales le presten especial atención al beneficio económico en casos de aplicación de la normativa ambiental.

Nosotros, en la ENRD reconocemos que la aplicación de las normas ambientales puede ser un área de la ley muy compleja. En consecuencia, agradecemos las

oportunidades en las que podemos poner nuestra experiencia al servicio del poder judicial también en contextos ajenos a los tribunales. Por ejemplo, varios sectores del poder judicial a menudo invitan a miembros de alto rango de mi División para hablar sobre el tema de la aplicación de la normativa ambiental, tanto en el contexto de cursos de capacitación dirigidos específicamente a jueces como en el contexto de conferencias judiciales. En estas situaciones, damos a conocer a los jueces de nuestras mayores iniciativas de aplicación como también enfatizamos cualquier cambio que creemos afectará su carga de trabajo. Estas conferencias también nos ofrecen un inusual atisbo de las preocupaciones y preguntas que los jueces se hacen sobre la aplicación de las normas ambientales y los problemas sobre medio ambiente en general, de manera de que obtengamos herramientas para presentar mejor nuestros casos.

Otro aspecto en el que interactuamos con el poder judicial federal es en el contexto de las modificaciones a las normas vigentes para la conducción de causas ante los Tribunales. Por supuesto, las reglas de procedimiento para una corte civil y penal pueden tener y de hecho tienen gran impacto en cómo encauzamos nuestras acciones de aplicación. Cuando el poder judicial está contemplando hacer cambios a esas reglas, en el Departamento de Justicia nosotros emitimos nuestros propios comentarios sobre los cambios propuestos para asegurarnos de que el poder judicial esté bien informado sobre las consecuencias que esos cambios tendrían de hacerse efectivos. Por ejemplo, hace un par de años, la División de Medio Ambiente tuvo la suerte de participar en los procedimientos referidos a cambios en las normas para la Corte de Reclamos Federales, la cual tiene jurisdicción sobre reclamos de dinero contra los Estados Unidos. Ya que uno de los aspectos prácticos importantes de mi División es defender los reclamos monetarios contra el gobierno federal, por ejemplo, la toma de una propiedad privada en relación con regulaciones federales del medio ambiente, nos agradó ayudar a la corte en este proyecto. Otro ejemplo similar fue la participación de la ENRD al colaborar con la elaboración de los Lineamientos de Sentencias Federales para causas penales. Estas pautas aseguran no sólo un tratamiento justo y equitativo de los criminales sino que también son una manera efectiva de que la justicia federal tome seriamente los delitos contra el medio ambiente.

5. Conclusión

Los poderes ejecutivo y judicial tienen roles bien diferenciados en lo que respecta a la aplicación de normas ambientales en los Estados Unidos, pero ambos son esenciales para asegurar que la aplicación de estas normas logre su fin último, que es el cumplimiento de las leyes ambientales. Como mencionara más arriba, el intercambio de información –tanto dentro como fue-

ra de la sala de la corte— tiene un rol crítico en promover una aplicación eficaz. Y conferencias como estas y el trabajo de FARN, PNUMA, el Banco Mundial, y las otras agencias que auspiciaron este encuentro ayudan al fortalecimiento de la aplicación de las normas medio

ambientales además de promover futuras oportunidades de intercambio de información y colaboración. Les agradezco por su tiempo y espero poder continuar hablando con cada uno de ustedes durante el resto de la conferencia.

LA RELACIÓN ENTRE EL PODER JUDICIAL Y EL PODER EJECUTIVO PARA LA APLICACIÓN Y CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA AMBIENTAL. MECANISMOS DE COORDINACIÓN E INTERACCIÓN

por Andrea Brusco*

Si aspiramos a que la normativa ambiental se constituya en una herramienta útil para frenar o revertir la tendencia hacia la insustentabilidad y el deterioro ambiental que caracterizan el actual escenario local, regional y mundial, nos enfrentamos a un doble reto: avanzar en la creación de instrumentos jurídicos eficaces y fortalecer la implementación de los existentes.

El "hacer cumplir las normas" es responsabilidad del Estado en su conjunto, y en el ejercicio de tal responsabilidad están comprometidos sus tres poderes.

Ante la complejidad fáctica y normativa que involucra por su propia esencia la temática ambiental, estas funciones específicas no podrán cumplirse satisfactoriamente de manera aislada; se requieren enfoques coherentes y coordinados, desarrollados sobre la base de mecanismos congruentes con la naturaleza de los intereses que se tutelan.

El nuevo marco normativo de presupuestos mínimos modifica cualitativamente los roles y campo de actuación del poder ejecutivo y del poder judicial en lo atinente a la protección ambiental, y a la luz de esta normativa es que corresponde analizar y pueden explorarse nuevas oportunidades de cooperación y coordinación entre ambos.

1. Introducción

La normativa ambiental experimentó un proceso de evolución importante durante la última década, en el ámbito nacional, regional e internacional. En Argentina,

como en otros países de América Latina y el Caribe, este proceso incluyó una reforma constitucional, cambios institucionales, aprobación de tratados internacionales y dictado de legislación nacional y provincial.

Esta evolución, si bien se aprecia como un avance institucional en la gestión ambiental en la región¹, no ha resultado una herramienta suficiente para frenar o revertir la tendencia hacia un escenario caracterizado cada vez por mayor insustentabilidad y deterioro ambiental.²

En ese sentido, se ha señalado para Argentina que, a pesar del desarrollo que ha tenido la legislación ambiental nacional y provincial, su grado de aplicación concreta, salvadas excepciones, ha sido y es, en general, muy bajo.³

Esta realidad no es sólo nacional, las deficiencias en torno a la aplicación y cumplimiento de la normativa ambiental constituyen problemas claramente identificados en América Latina.⁴

El alcance global de esta situación mereció una consideración especial en el Plan de Acción de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo, en cuanto impone a los estados (párrafo 145) el compromiso de fortalecer los marcos institucionales para el desarrollo sustentable a nivel nacional, para lo cual deben continuar promoviendo enfoques coherentes y coordinados en todos los niveles nacionales, incluso, cuando proceda, a través del establecimiento o fortalecimiento de autoridades y mecanismos existentes necesarios para la creación, coordinación y aplicación de políticas y el cumplimiento de las leyes.

* Directora de Promoción Ambiental y del Desarrollo Sustentable Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable – Argentina.

¹ Guimaraes, R. y Barcena, A. (2002). *El Desarrollo Sustentable en América Latina y el Caribe desde Río 1992 y los nuevos imperativos de institucionalidad*.

² En nuestro continente la vida humana se sustenta en un patrimonio natural rico y variado. Sin embargo, se padece de severos problemas ambientales, que van desde las consecuencias negativas que son propias de modelos de desarrollo industrial ambientalmente insostenibles, hasta las consecuencias nocivas que se generan en el marco de una pobreza generalizada de la población. Obviamente, ambas situaciones son el resultado de un estilo de desarrollo que no respeta las dimensiones ambientales, económicas y sociales de la sustentabilidad.

³ Koolen, R. (2002). *Informe sobre el Desarrollo del Derecho Ambiental en Argentina después de diez años de la Conferencia de Río*, en Perspectivas del Derecho Ambiental en América Latina y el Caribe.

⁴ Di Paola, María Eugenia. (2002). *Conclusiones del diálogo electrónico sobre aplicación y cumplimiento de la normativa ambiental en América Latina* - FARN.

2. El deber del Estado

La aplicación y cumplimiento de las normas requiere una actitud proactiva no sólo de los órganos del Estado sino de la sociedad en su conjunto, correspondiendo a la ciudadanía un rol decisivo en cuanto a la participación en la elaboración y aplicación de las normas y en la legitimación para demandar por su violación o incumplimiento. También el compromiso del sector privado regulado por la normativa ambiental es crucial.

Sin embargo, corresponde partir del deber de las autoridades de proveer a la protección del derecho al ambiente.

Al incorporarse al texto constitucional los derechos ambientales, se ordena a las autoridades proveer a la protección de este derecho: *“Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales”* (artículo 41).

No distingue entre autoridades de determinados poderes o jurisdicciones. Por consiguiente debe entenderse este mandato en forma genérica.⁵ Es la responsabilidad del Estado proteger ese derecho, responsabilidad que se correlaciona al deber establecido para los ciudadanos en el primer párrafo del mismo artículo: *“Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano... y tienen el deber de preservarlo”*.

Coincidimos con la doctrina cuando señala: *“La expresión autoridades, contenida en el texto transcrito, es genérica y, como resulta de la titulación de la parte segunda de la Constitución, comprende a los tres poderes del Estado, inclusive, a los de los ámbitos provinciales, municipales, al Ministerio Público (art. 120 de la C.N.) y al Defensor del Pueblo (art. 86 C.N.)”*⁶

“En este aspecto, debe recordarse que el precepto constitucional impone dos cargas de distinta naturaleza:

- 1) *A los habitantes*, la obligación de preservar un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras, y
- 2) *A las autoridades públicas*, la obligación de proveer lo necesario para la protección de ese derecho”.⁷

Solamente del armónico juego de los intereses y cometidos de todos los actores sociales surgirá la eficaz aplicación de las leyes ambientales. En cuanto a la obligación estatal es necesaria una simetría en la comprensión, impulso y aplicación de la normativa por parte de todos los poderes. Cada uno debe, dentro de su independencia, acompañar y complementar este objetivo constitucional común.

En particular en cuanto al Poder Judicial, complementa la actuación de la autoridad administrativa, vigilando su buen desempeño, garantizando el cumplimiento de las normas y resolviendo las controversias que se susciten entre los particulares y entre éstos y la administración pública. Pero además está llamado a tutelar la coherencia del sistema jurídico en su conjunto. Junto con el poder legislativo, es el contrapeso que requiere el ejecutivo para impulsar una actuación reglada, transparente y eficiente de las autoridades administrativas. El Poder judicial garantiza que la autoridad administrativa ajuste su actuación al mandato de la norma y por ende, que se respeten los principios que la inspiran.

3. La Ley General del Ambiente

De conformidad con lo ordenado en el tercer párrafo del artículo 41 de la Constitución Nacional, la Ley General del Ambiente⁸ regula los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable (art. 1).

Esta ley nos ubica en el marco del federalismo de concertación⁹ fortaleciendo invariablemente el ámbito local, con disposiciones que plantean cambios cualitativos para el dictado, aplicación y cumplimiento de normas ambientales, proyectando nuevos roles para el poder legislativo, el ejecutivo y el judicial.

Introduce en nuestro derecho una serie de reformas estructurales en materia de derecho sustantivo (de fondo) al consagrar legalmente las categorías del daño ambiental colectivo, y un régimen especial de responsabilidad colectiva ambiental, como además procesal o ritual, dando forma definitiva al denominado

⁵ En el caso de la provincia de Buenos Aires, la Ley 11.723 estableció que el Poder Ejecutivo Provincial y los municipios deben garantizar, en la ejecución de las políticas de gobierno, la observancia de los derechos reconocidos en dicha ley, entre los que se encuentran el derecho de los habitantes a gozar de un ambiente sano, adecuado para el desarrollo armónico de la persona y el de solicitar a las autoridades respectivas la adopción de medidas tendientes al logro del objeto de dicha ley y a denunciar su incumplimiento.

⁶ Gambier, B. y Lago, D. (1995). *Estudios sobre la Reforma Constitucional*. Bs. As: Depalma. (p. 8).

⁷ Tawil, G. idem. (p. 57).

⁸ Ley N° 25.765 (B.O.: 21/11/02).

⁹ Sabsay, Daniel Alberto y Di Paola, María Esperanza. (2002). *El federalismo y la nueva ley general del ambiente*. *Anales de Legislación Argentina*. B. Informativo N° 32.

proceso ambiental colectivo, en punto a la legitimación de obrar activa, perfil del juez, medidas cautelares, régimen probatorio, efectos de la cosa juzgada.¹⁰

Su artículo 3 dispone: “La presente ley regirá en todo el territorio de la Nación, sus disposiciones son de orden público y se utilizarán para la interpretación y aplicación de la legislación específica sobre la materia, la cual mantendrá su vigencia en cuanto no se oponga a los principios y disposiciones contenidas en ésta”.

¿Cómo, entonces, no comenzar el análisis sobre la aplicabilidad de las leyes ambientales y el interrelacionamiento de los poderes del estado, sino partiendo de esta nueva realidad, de estos nuevos roles y de estos nuevos instrumentos, que cada uno de ellos ha adquirido?

a. Nuevos roles para el Poder Legislativo

En materia ambiental, el Congreso Nacional ha adquirido un nuevo rol a partir de la reforma constitucional de 1994.

La doctrina ha sido tradicionalmente coincidente en clasificar a las leyes que de él emanan en tres categorías básicas, según la potestad o atribución distinta ejercida al sancionarlas:

- ▶ Las leyes locales: Son las dictadas por el Congreso de la Nación en su carácter de legislatura local para la Capital Federal.¹¹ Surge de lo dispuesto en el art. 75 inc. 30: “Ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la capital de la Nación y dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República. Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines”.
- ▶ Las leyes comunes: son las que sanciona el Congreso de la Nación para todo el territorio por ser

materias delegadas al mismo por las provincias. Constituyen los *códigos de fondo* (civil, penal, comercial, de minería y de trabajo y seguridad social), las leyes incorporadas a los mismos, o que sin estarlo, las integran, modifican o amplían.¹²

- ▶ Las leyes federales: constituyen el denominado *derecho federal*, definido por Sagües como aquel que tiene por objeto regular los poderes federales y sus competencias en la prosecución de fines federales (no de derecho común o de derecho local).¹³

Hasta 1994, las leyes ambientales (nos referimos al moderno concepto de derecho ambiental) eran consideradas generalmente leyes mixtas. Es decir, tenían simultáneamente contenidos de derecho común y de derecho local. Esto se daba especialmente en los casos de las leyes de protección ambiental que contenían regímenes civiles y penales de responsabilidad. Eran simultáneamente leyes que en un aspecto regían en todo el territorio nacional, y en otro sólo en jurisdicción nacional, estando sometida la extensión de su aplicación, en este aspecto, a la adhesión de las provincias.

Tal es el caso de la Ley 24.051 de residuos peligrosos, sobre la cual se ha dicho: “La mayor parte de su plexo normativo es de índole administrativa (como, por ejemplo, inscripción en los registros, declaraciones juradas, etc.) y la restante es normativa de índole común (regímenes de responsabilidad civil y penal). Como ha señalado la doctrina, el derecho administrativo está reservado a la legislación provincial y a su aplicación por las autoridades administrativas de ese nivel”.¹⁴

También la jurisprudencia se pronunció en este sentido: “la ley 24.051 es una de aquellas leyes mixtas, pues contiene disposiciones federales, disposiciones de derecho común e incluso algunas que se emplean en uno u otro sentido”.¹⁵

Es por ello que la ley, que contiene dos capítulos de derecho común, en el art. 67, invita a las provincias y los respectivos municipios, en el área de su competencia, a dictar normas de igual naturaleza que la presen-

¹⁰ Cafferatta, N. *Ley 25.675 general del ambiente. Comentada, interpretada y concordada, Doctrina Judicial* Año XVIII N° 52.

¹¹ Ziulu, A. (1997). *Derecho Constitucional*, Tomo II. Buenos Aires: Depalma. (p. 168), señala: “Esta atribución ha sido objeto de un pronunciado recorte por la reforma constitucional de 1994. La Capital Federal está instalada en la ciudad de Buenos Aires, y ésta ha adquirido, con esa reforma, un rango institucional prominente. La ciudad de Buenos Aires —ahora expresamente mencionada en los arts. 44, 45, 54, 75, inc. 2 (tres veces), 75, inc. 31, 99, inc. 20, 124, 125, 129 (dos veces), y en las cláusulas transitorias cuarta, séptima y decimoquinta (dos veces), o sea, dieciséis veces en doce normas de la Constitución vigente —ha adquirido autonomía política y económica y dicta su propia Constitución (art. 129)”.

¹² Bidart campos, German. (1988). *Tratado de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo II. Bs. As: EDIAR. (p. 163): “Ha de entenderse como una competencia para legislar las materias propias de cada uno de ellos, que no exige inexorablemente la codificación, puede muy bien cumplirse mediante leyes dispersas y mediante leyes que no se declaran formalmente incorporadas a uno de esos códigos”.

¹³ Sagües, N. (1993). *Elementos de derecho constitucional*. Tomo I. Bs. As: Astrea. (p. 625). Ziulu expresa (ob.cit.): “Resultan generalmente definidas por descarte de las anteriores categorías...criterio seguido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (caso “Control Seguros s/orden de allanamiento”, de 1942. Bidart Campos (ob.cit.) enumera: organización de los tribunales federales, de procedimiento federales en lo civil y comercial, de patentes de invención, de represión del contrabando, de amnistía, etc.

¹⁴ Jacobo, G. y Rouges, C. (1993). *Régimen de los residuos peligrosos*. Bs. As: Depalma. (p. 24).

¹⁵ Cámara Federal de San Martín *Wentzel, J. y otros s/ley 24.051* (16/10/92), publicado en *J.A.* del 10-2-93.

te para el tratamiento de los residuos peligrosos. También fueron dictadas bajo este sistema de leyes nacionales de adhesión, la ley 13.273 de defensa de la riqueza forestal, la 20.284 sobre contaminación atmosférica, la 22.428 de protección, conservación y recuperación de la capacidad productiva de los suelos.

Puede decirse entonces que antes de la reforma constitucional de 1994 las leyes ambientales, salvo sus contenidos de derecho común, tenían una limitación espacial estricta: sólo regían, como en la ley mencionada, en jurisdicción nacional o en caso de interjurisdiccionalidad. Las asimetrías generadas por la circunstancia que no todas las provincias adherían a estos regímenes legales, causaron no pocas dificultades en su aplicación y cumplimiento.

A partir de la reforma de 1994, existe una delegación expresa que, en materia ambiental, cambia el rol del Congreso de la Nación: “...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...” (artículo 41 C.N.).

La Convención Constituyente no incorporó el derecho ambiental como una nueva materia de fondo, de derecho común, a dictar por el Congreso en forma de Código (art. 75 inc. 12), sino que la incorporó como un nuevo derecho, ubicado en el capítulo segundo de la Constitución Nacional, titulado “Nuevos derechos y garantías”, efectuando un reparto de competencias y fijándole a la Nación la potestad de dictar sus presupuestos mínimos.

Al respecto se ha expresado: “La materia ambiental se constituye como un nuevo objeto de regulación nacional, cuya técnica legislativa difiere de las materias de fondo y de las estrictamente federales. La Nación ya tenía en el texto anterior poderes concurrentes sobre el ambiente según la cláusula de prosperidad... Esos poderes concurrentes de la Nación en materia ambiental han sido reinterpretados por el artículo 41, que los convierte en presupuestos mínimos para la Nación y en normas complementarias para las provincias. En favor de las provincias, esos presupuestos son mínimos y los poderes locales son complementarios... El artículo 41 le da ahora un arma más poderosa a la Nación para definir la política ambiental en todo su territorio...”¹⁶

Es decir que desde 1994 el Congreso de la Nación ve extendido, en materia ambiental, su ámbito de aplicación espacial a todo el territorio nacional, sin necesidad de adhesión de las provincias, en la regulación de los presupuestos mínimos ambientales.

Esta no es sólo la interpretación prevaleciente en la doctrina, sino que el mismo Congreso lo ha determinado en el artículo 6 de la Ley General del Ambiente: “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”.

El Congreso de la Nación ya no es en materia ambiental una legislatura local. Sus instrumentos formales, las leyes ambientales, no están sometidas a adhesión de las provincias. Su nuevo rol es como legislatura nacional, a través de un nuevo instrumento: los presupuestos mínimos ambientales.

Con esto, queda planteado desde ya un tema que bien podría ser motivo del diálogo entre los poderes Legislativo y el Ejecutivo: la interpretación de la palabra *norma* en el tercer párrafo del artículo 41. ¿Debe interpretarse en sentido literal, es decir, amplio, referido a la ley en sentido material (ley, decreto reglamentario, etc.)? Interpretación congruente con la palabra *dictar* que la antecede (no sancionar o promulgar). Este criterio claro, textual, literal, expreso, habilita tanto al Poder Legislativo a dictar leyes y al Ejecutivo decretos que constituyan presupuestos mínimos. El mismo Congreso Nacional pareciera haber ratificado este supuesto al reiterar en el artículo 6 de la Ley General del Ambiente “*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...*”. También el artículo 4 reitera el término: “*La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental...*”.

¿Debe, por el contrario, interpretarse que solamente lo son las leyes formales emanadas del Congreso Nacional?

¿Y cuál será la interpretación definitiva del Poder Judicial?

A partir de las respuestas a estas preguntas se abren nuevos escenarios y posibilidades. Más aún teniendo en cuenta que el objetivo último de la reforma ha sido inaugurar una nueva etapa en el Derecho Ambiental. Y que el ámbito elegido ha sido el COFEMA (Consejo Federal de Medio Ambiente), que aglutina a todos los ejecutivos provinciales, de la Ciudad de Buenos Aires y de la Nación, cuyas posibilidades de concertación normativa –sobre todo en la faz reglamentaria– merece ser estudiada.

¹⁶ Valls, M. (1999). *Derecho Ambiental*. Bs. As: Ciudad Argentina. (p. 312).

b. Nuevos roles para el Poder Ejecutivo

También en la órbita del Poder Ejecutivo existen nuevos roles. La Ley General del Ambiente ha creado el Sistema Federal Ambiental.

Es así que por su artículo 23 se establece el Sistema Federal Ambiental con el objeto de desarrollar la coordinación de la política ambiental, tendiente al logro del desarrollo sustentable, entre el gobierno nacional, los gobiernos provinciales y el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El mismo será instrumentado a través del Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA). El artículo 24 dispone: El Poder Ejecutivo propondrá a la Asamblea del Consejo Federal de Medio Ambiente, el dictado de recomendaciones o de resoluciones, según corresponda, de conformidad con el acta constitutiva de ese organismo federal, para la adecuada vigencia y aplicación efectiva de las leyes de presupuestos mínimos, las complementarias provinciales, y sus reglamentaciones en las distintas jurisdicciones.

Ratifica, además, el Acta Constitutiva del COFEMA y el Pacto Federal Ambiental, inaugurando una nueva etapa: el *federalismo de concertación*.

Bidart Campos señala que hacia 1958 se inicia un federalismo de negociación, que una década después entra en el ciclo de la concertación. “Se trata –expresa– del arreglo interjurisdiccional de numerosas cuestiones para viabilizar un federalismo posible, en el cual, sin desfigurar el esquema de la constitución formal, las convergencias se procuran alcanzar con base contractual. Todavía más, se tiende a integrar organismos mixtos (con participación federal y provincial) en el área administrativa, cuando hay intereses provinciales en juego acerca de las cuestiones o materias que en esa área se planifican o resuelven. Dentro de esta nueva idea, la participación provincial en la administración federal queda abierta a través de leyes contrato, de convenios entre estado federal y provincias, o hasta de autodecisiones del gobierno federal. La inspiración subyacente podría hallarse en este párrafo tomado de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia: “El sistema federal importa asignación de competencias a las jurisdicciones federal y provincial, ello no implica, por cierto, subordinación de los estados particulares al gobierno central, pero sí coordinación de esfuerzos y funciones dirigidos al bien común general, tarea en la que ambos han de colaborar, para la consecución eficaz de aquel fin. No debe verse aquí enfrentamiento de poderes, sino unión de ellos en vista de metas comunes”.

Esto es, sin duda, lo que Pedro Frías llamó *federalismo concertado*, el derecho que Bidart Campos denomina *intrafederal*, idea que está en la base de creación del COFEMA y en la suscripción del Pacto Federal Ambiental.

Este marco configura un nuevo rol para la autoridad ambiental nacional, que debe concertar las políticas ambientales con las provincias en el ámbito de un consejo federal.

Así, por señalar unos pocos ejemplos, con referencia a los residuos industriales (Ley 25.612), se deberán concertar las características y contenidos del estudio de impacto ambiental y las condiciones de habilitación de las plantas de almacenamiento, tratamiento y disposición final (art. 33), las condiciones de cierre de las mismas (art. 35), las políticas sobre dichos residuos (art. 57, inc. a), el Plan Nacional de Gestión Integral de Residuos Industriales (art. 57, inc. c), los niveles de riesgo (art. 7), etc.

Uno de los instrumentos de la política y la gestión ambiental más importante es, sin duda, el ordenamiento ambiental. La Ley General del Ambiente, al establecerlo, muestra claramente la significación y alcance de lo hasta aquí reseñado: “El ordenamiento ambiental desarrollará la estructura de funcionamiento global del territorio de la Nación y se generan mediante la coordinación interjurisdiccional entre los municipios y las provincias y de éstas y la ciudad de Buenos Aires con la Nación, a través del Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA); el mismo deberá considerar la concertación de intereses de los distintos sectores de la sociedad entre sí, y de éstos con la administración pública” (art. 9).

Al mismo tiempo, la aparición de nuevos instrumentos en nuestro derecho positivo (Fondo de Compensación Ambiental, seguros ambientales, Sistema Nacional de Información Ambiental Integrado, etc.) amplía este nuevo marco de referencia, que también debe meritarse en el análisis de la proyección del relacionamiento de los poderes del estado y la aplicación de la normativa ambiental.

c. Nuevos Roles para el Poder Judicial

También en lo establecido en la Ley General del Ambiente en materia de daño ambiental, en especial el artículo 32, el juez encuentra un nuevo rol, ampliado.

“... El derecho ambiental requiere de una participación activa de la judicatura, la que si bien de alguna manera pudiera afectar el clásico principio de congruencia, en definitiva se traduce en un obrar preventivo acorde con la naturaleza de los derechos afectados y a la medida de sus requerimientos. Por lo que el órgano judicial debe desplegar técnicas dirigidas a evitar que el daño temido que prenuncia el riesgo se torne real o, en todo caso, a neutralizar o aminorar en lo posible las consecuencias lesivas que pueden producirse con su advenimiento”¹⁷

¹⁷ SCJBA *Almada Hugo c/Copetro S.A. y otro; Irazu, Margarita c/Copetro S.A. y otro; Klaus, Juan c/Copetro S.A. y otro* (19/5/98).

Acorde a que la noción del daño ambiental que la ley incorpora, el cual escapa de la órbita privada para constituirse en un menoscabo a toda la comunidad, queda excedido el principio básico del proceso civil clásico en cuanto a la congruencia que debe existir entre el contenido de la sentencia y las pretensiones hechas valer por el actor, careciendo el juez de poderes para conceder algo que esté más allá o algo distinto de lo pedido.

En cambio, la tutela jurisdiccional de los intereses ambientales, cuando ésta se debe ocupar no sólo de la reparación del daño sufrido por la persona afectada en su salud o en sus bienes, exige que el juez disponga de amplios poderes para incluir en su sentencia una amplia gama de mandatos para proteger el medio ambiente (por ejemplo el cese de la actividad dañosa o la realización de obras para impedir que se sigan generando los daños) o para extender el monto de la indemnización más allá de lo solicitado por el actor (por ejemplo mediante una condena global por el daño producido, aunque ésta no haya sido solicitada) o para disponer sobre el destino de la indemnización (por ejemplo ordenando que la parte que corresponda de ella sea ingresada a un fondo especial).

Por otra parte, es también un principio básico del proceso civil clásico que la sentencia genere sus efectos sólo respecto de las personas que fueron formalmente partes en la *litis*. Sin embargo, la tutela de los intereses ambientales puede exigir que la sentencia que se dicte genere sus efectos *ultra partes*, como ocurre cuando se ha ejercido una acción de clase, contrariando de esta manera la idea del garantismo individual que está en la base del proceso civil clásico. Quienes aceptan la oponibilidad *erga omnes* de la sentencia que hace lugar a la responsabilidad civil colectiva, entienden que en estos casos no se afecta el derecho de defensa de aquéllos que no han sido parte, pues el Juez, al decidir, ha tenido en cuenta la prueba producida por el demandado que ocupa un puesto igual y suficientemente representativo de aquéllos. Por otra parte, exigir la convocatoria de todos los miembros de un grupo de riesgo haría prácticamente imposible el proceso, pues en casos como la agresión de grandes ecosistemas, el número de agentes pasivamente legitimados para ser parte del proceso es inabarcable.

Se trata, nuevamente, de una transformación del proceso civil clásico que se inscribe dentro de una paulatina modificación de la concepción individualista del proceso civil, que aparece cada vez más insuficiente para tutelar de manera adecuada los nuevos intereses colectivos o difusos que son característicos de las sociedades modernas, como es el caso de los intereses ambientales. Estas transformaciones afectan muchos otros componentes del proceso civil clásico,

como la disponibilidad de la acción que es característica de esos procesos. En efecto, muchas veces no es posible disponer de dicha acción en razón de las cuestiones de orden público involucradas en esos procesos.

Los alcances de la ley en la materia han sido reconocidos por la propia jurisprudencia: “Se pretende, decisivamente, modificar el perfil del juez de la legislación procesal civil. Aparece un juez casi inquisitivo, con mayores poderes y deberes; así con facultad 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”. Se regla que, de oficio, sin petición alguna de parte, en cualquier estado del proceso, disponga con carácter de medida preparatoria, medidas de urgencia, sin audiencia de la parte contraria”... “confiere facultades suficientes a la autoridad judicial en el ámbito de los procesos ambientales, tanto en la esfera cautelar como en relación al proceso, concordantemente con el principio de prevención que gobierna la materia (conf. arts. 4 y 32 de la citada ley).¹⁸

También la doctrina ha señalado que “en este tránsito el perfil del juez se modifica radicalmente. En este juego social, apremiado por la naturaleza del litigio ambiental, por envolver una variante axiológica, el juez está empujado a salir de su rol pasivo, y asumir de alguna manera, la responsabilidad por la “cura” de una relación docente entre el derecho y la vida, para adoptar un rol activo, de tutela preventiva, continua, eficaz, enérgica, anticipatoria, temprana, dinámica, rápida, flexible, vigorosa, colaborada, agente de cambio social”.¹⁹

4. Cooperación y coordinación a partir de los nuevos roles

Para abordar los complejos problemas de la gestión ambiental se requiere otorgar al tema una adecuada prioridad política y una importante afectación de recursos. Las estrategias que se desarrollan para la aplicación y cumplimiento de la normativa ambiental deben partir de estas premisas y orientarse creativamente para compensar y superar las limitaciones que al respecto pueden tener los países en desarrollo.

En este sentido, debemos poner énfasis en el cumplimiento del mandato de la Agenda 21 cuando en su Cap. 8 establece que cada país debería desarrollar estrategias integradas para maximizar el cumplimiento de sus leyes y reglamentos, relacionados con el desarrollo sustentable.

¹⁸ Cámara Federal de La Plata *Municipalidad de Berazategui c/Aguas Argentinas S.A.s/ordinario*. (8/9/03).

¹⁹ Freire Da Silva, A. (2002). *Activismo judicial en materia ambiental* en obra colectiva *Direito Ambiental em evolução*. 3.

a. La experiencia desarrollada en la aplicación de la normativa ambiental

Hasta el momento, la autoridad ambiental nacional, que es autoridad de aplicación de las leyes ambientales nacionales y las de presupuestos mínimos de protección ambiental²⁰, no cuenta con mecanismos formales de relacionamiento con el poder judicial. La mayor experiencia en la materia, además de la propia del cuerpo jurídico que ejerce la representación legal del organismo, corresponde a las áreas técnicas que aplican las leyes nacionales de Residuos Peligrosos y de Protección de la Fauna y Flora Silvestres, que son las que generan mayor volumen de actividad jurisdiccional.

Tomando el caso de la aplicación por más de diez años de la Ley 24.051 de residuos peligrosos se ha señalado una evolución en la interrelación entre los poderes ejecutivo y judicial en cuatro etapas, conforme las características de los requerimientos judiciales del fuero penal a la autoridad ambiental nacional en su carácter de autoridad de aplicación de dicha ley. Esas cuatro etapas son: 1) informe sobre la situación registral de una empresa; 2) informe si la sustancia secuestrada es residuo peligroso; 3) dictamen si los residuos secuestrados tienen entidad suficiente para poner en riesgo la salud, contaminar el ambiente, el suelo o la atmósfera; y 4) remisión de las actuaciones para el juzgamiento administrativo luego de dictada la sentencia judicial.²¹

Con relación a la ley 22.421 las modalidades de participación son similares.²² La Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable en calidad de autoridad de aplicación de la ley cuenta con un cuerpo de inspectores

con amplias facultades en lo atinente a fiscalización y control. El artículo 30²³ resultó uno de los pilares fundamentales para la efectiva aplicación de la ley a nivel nacional, dado que establece la designación de agentes públicos por la autoridad de aplicación con atribuciones de controlar el cumplimiento de la ley, los que podrán ser rentados u honorarios; asimismo otorga a los agentes de fiscalización amplias facultades.

Desde que la ley está en vigencia, no han sido pocas las personas que fueron designadas como agentes de fiscalización honorarios y si bien inicialmente sus funciones se limitaron a asistir y participar conjuntamente con agentes rentados, en los últimos años su labor cobró una dimensión notable. Mediante esta última modalidad se puede obtener el concurso de conservacionistas calificados que, sin cargo para el erario público, aporten sus conocimientos y su entusiasmo para cooperar con la acción oficial tendiente a proteger la fauna silvestre a través de la fiscalización y el control.

De acuerdo a lo dispuesto en el inciso f) del artículo 30, la Dirección de Fauna Silvestre de la Secretaría tramita órdenes de allanamiento y actas de infracción, con secuestro preventivo de la mercadería o especímenes intervenidos. Si bien la metodología de fiscalización comenzó a realizarse a modo de "cuello de botella", inspeccionando los depósitos de destino final o de acopio de los productos o subproductos, ya sea comercios, curtiembres, barracas o depósitos y establecimientos de confección, las sucesivas infracciones terminaron desalentando en forma drástica la caza y posterior demanda de subproductos de especies prohibidas.²⁴

²⁰ Actualmente La Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable del Ministerio de Salud (Dec. 295/03).

²¹ Nonna, S. (2002). *La experiencia argentina en materia de residuos peligrosos. Rol de los poderes ejecutivo y judicial.*

²² La información sobre este tema fue extraída del Libro sobre la Ley 22.421 de Conservación de la fauna Comentada. Inédito, de próxima publicación, Lichtschein, V e Iribarren, F.

²³ Ley 22.421 Capítulo X - Atribuciones, Disposiciones Generales, Ambito de Aplicación - Artículo 30. -La autoridad jurisdiccional de aplicación designará agentes públicos investidos con atribuciones para controlar el cumplimiento de esta ley, los que podrán ser honorarios o rentados. Estos agentes, en el ejercicio de sus funciones, quedan especialmente facultados para:

- a) Sustanciar el acta de comprobación de la infracción y proceder a su formal notificación.
- b) Secuestrar los instrumentos y objetos de la infracción así como los documentos que habiliten al infractor.
- c) Detener e inspeccionar vehículos.
- d) Inspeccionar los locales de comercio, almacenamiento, preparación, elaboración, crianza, servicio de transporte y todo otro lugar de acceso público, en donde se hallen o pudieren encontrarse animales de la fauna silvestre, su productos y subproductos.
- e) Inspeccionar los campos y cursos de agua privados, moradas, casa habitaciones y domicilios previa autorización del propietario u ocupante legítimo; en caso de negativa injustificada o cuando no resultare posible obtener dicha autorización, será necesaria orden de allanamiento expedida por juez competente.
- f) Requerir colaboración de la fuerza pública toda vez que lo estime necesario.
- g) Clausurar preventivamente los establecimientos comerciales en que se hubiere cometido la infracción, dando cuenta de inmediato a la autoridad jurisdiccional de aplicación.
- h) Portar armas y proceder a la detención de los presuntos infractores, cuando realicen tareas de vigilancia como guardafaunas dentro de reservas, estaciones o santuarios ecológicos.

²⁴ Salvo muy escasos ejemplos a nivel mundial de demanda inelástica de productos de la fauna silvestre, las prohibiciones y el contralor y fiscalización de su efectividad, trajeron aparejada la recuperación y repoblación de determinadas especies, como el yacaré y la boa curiyú en nuestro país. Obviamente, estas medidas no siempre pueden por sí solas garantizar la recuperación de una especie; de hecho, en un plan de manejo hay que considerar interacciones más complejas, como si la especie es predatora sobre algún tipo de ganado doméstico o es considerada plaga agrícola, o si se ha reducido su hábitat natural, y su adaptabilidad a ecosistemas degradados, entre otros aspectos. Sin embargo, en una ley que a fines de los años 80' tenía un "enforcement" casi inexistente, estas medidas constituyeron un gran paso inicial.

En lo atinente a la importación y exportación ilegal de fauna silvestre, desde 1992 la Secretaría promueve órdenes de allanamientos por tráfico de animales vivos ante el fuero en lo penal económico, teniendo en cuenta que muchos de los especímenes en presunta infracción eran exóticos, lo cual hacía presagiar su ilegítima introducción al país. Obviamente, las solicitudes resultaron novedosas, toda vez que las disposiciones penales de la ley 22.421 nada contemplan en cuanto al comercio internacional, y el Código Aduanero nunca había sido aplicado a este tipo de conductas.

Sin embargo, en un parámetro insólito con la Ley 22.421, estas denuncias derivaron en procesos, varios de ellos con sentencias condenatorias firmes. Se ha señalado que “en la regulación de importación y exportación de mercaderías que hace el Código Aduanero, los animales no son objeto de disposiciones especiales, sino que participan del sistema general aplicable, operando como agravante si se trata de mercadería sujeta a prohibición absoluta o con capacidad para afectar la salud pública (art. 865 inc. “g” y “h”, respectivamente del Código citado). Pueden citarse en el primer caso aquellos especímenes de exportación prohibida conforme las disposiciones nacionales o incluidos en el Apéndice I de la Convención CITES, por tratarse de mercadería sujeta a prohibición absoluta por razones no económicas, conforme lo establecido por los artículos 608 y 610 inc g) del código citado (conservación de las especies animales o vegetales)”.

Uno de los inconvenientes que se señala en forma recurrente, es que cuando se trata de especies incluidas en el Apéndice II de la Convención CITES, las cuales están sujetas a un plan de manejo o regulación especial, cuyo ingreso o egreso del país no posee una prohibición absoluta, no puede verse reflejada la situación de retroceso numérico de la especie como agravante. Sin embargo, el inconveniente principal radica en la dificultad para la Administración Nacional de Aduanas de justipreciar el valor de la especie, lo cual en definitiva redundará en que el ilícito sea configurado como infracción aduanera, o concretamente alguno de los delitos tipificados en los artículos 863 y ss. del código. El precio que se pudiera fijar en ocasiones no acreditaría un elemento objetivo de juicio, agregando que para arribar al valor en plaza de la especie corresponde consultar a la Dirección de Fauna y Flora Silvestres o la Secretaría de la Convención CITES, así como a otras entidades no necesariamente públicas.²⁵

b. Desafíos frente a la nueva normativa de presupuestos mínimos

La Justicia ha comenzado a aplicar la Ley General del Ambiente. Sus principios, objetivos, instituciones, ya están plasmándose en decisiones de los tribunales en causas de gran complejidad desde la perspectiva ambiental.²⁶

Su lectura nos confirma que las herramientas con las que cuenta el juez para resolver en favor del ambiente son poderosas y que se inaugura una etapa en la cual el derecho está llamado a tener un rol clave para la protección ambiental y el logro del desarrollo sustentable.

Esa misma lectura nos obliga a preguntarnos si las actuales estructuras institucionales son aptas para responder a las exigencias y perspectivas que se plantean. Cabe aquí insistir en la responsabilidad que le cabe a las autoridades en cuanto a proveer a la protección del derecho al ambiente, responsabilidad que habrá de ejercerse en el marco de lo dispuesto por la normativa y de aquello que los tribunales dispongan en virtud de su aplicación a una situación concreta.

Vinculado con ello y así como el juez ha señalado que “por imperio del artículo 15 del Código Civil, el a quo no puede dejar de fallar por la alta complejidad jurídica o de la realidad”,²⁷ también el poder ejecutivo no podrá dejar de aplicar la normativa ambiental y las decisiones judiciales dictadas en virtud de la misma. Señalamos esto, no a los efectos de poner énfasis en las dificultades de la tarea, sino para llamar la atención sobre la oportunidad y conveniencia de desarrollar estrategias integradas mediante las cuales su cumplimiento pueda verse facilitado.

Algunos de los principales temas sobre los cuales desarrollar dichas estrategias de trabajo coordinado surgen de los mismos pronunciamientos judiciales y de la experiencia de trabajo del organismo ambiental. De ellos señalaremos solo cuatro, considerando que sería imprescindible enfocarlos integradamente para que el accionar de ambos poderes del estado contribuya al cumplimiento del mandato que pesa sobre el estado en materia de protección ambiental.

b.1. Alta Complejidad técnica

La problemática ambiental suele ser de extrema complejidad, tanto en lo concerniente a la evaluación de la situación fáctica, como a la fijación de los alcances y modalidades de la obligación de reparación del ambiente, su factibilidad o no, y en este último caso la determinación de la indemnización sustitutiva.

²⁵ Losada, L. *El Contrabando de Fauna. Hacia una imprescindible reforma legal*. Boletín El Derecho 30/7/96.

²⁶ Cámara Federal de La Plata *Asociación para la Protección del Medio Ambiente y Educación Ecológica '18 de Octubre' c/ Aguas Argentinas SA y otros s/ amparo* (fallo del 8/07/03); *Asociación Coordinadora de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes c/ ENRE - EDESUR s/ cese de obra de cableado y traslado de Subestación Transformadora* (fallo del 8/07/03); *Municipalidad de Berazategui c/ Aguas Argentinas S.A. s/ordinario* (fallo del 8/09/03).

²⁷ Cámara Federal de La Plata *Biondo, Esteban c/ Secretaría de Recursos Naturales y Ambiente Humano – Poder Ejecutivo Nacional s/ amparo* (fallo del 8/09/03).

Por ejemplo, se ha planteado que “Los agravios en común de los apelantes se refieren a la imposible ejecución de la orden judicial en virtud de la falta de estudios y análisis técnicos que determinen la ubicación, distribución y características de los pozos de explotación que deben ser activados y las bombas depresoras a ser instaladas, como así también el lugar en el cual se efectuará el vertido de los líquidos extraídos, lo cual, además, provocaría un alto grado de contaminación en la zona y una amenaza concreta a la salud de la población por la deteriorada calidad del agua de las napas”.²⁸

En cuanto a la pretensión correctiva el artículo 41 de la Constitución prevé como contenido principal de la acción a la reparación en especie, es decir, la reposición de las cosas a su estado anterior al daño, la recuperación del medio ambiente nocivamente alterado. Sólo si tal reparación en especie no es materialmente posible en un espacio de tiempo razonable medido en función de las expectativas de uso y goce del demandante, el juez accederá a fijar un monto indemnizatorio supletorio del daño efectivamente causado.

Es de suponer en ese sentido que el organismo ambiental debe estar preparado para responder con fundamentos técnicos y científicos a consultas que el juez le plantee en el caso concreto. Esto sería incluso deseable desde el punto de vista del organismo responsable de la gestión ambiental. Sobre el tema haya que recordar además que la Ley General del Ambiente fortalece a los dictámenes emitidos por organismos del estado sobre daño ambiental incorporados al proceso, al otorgarse la fuerza probatoria de los informes periciales.

También en la etapa de ejecución de las sentencias el organismo ambiental debiera estar preparado para asistir técnicamente al juez con relación a la verificación del cumplimiento de la misma, en particular cuando pese sobre el condenado la obligación de implementar planes de remediación del ambiente.

b.2. Operatividad de los principios del derecho ambiental

Tanto en el ámbito nacional como en el internacional se han planteado dificultades al momento de hacer operativos los principios consagrados por la Declaración de Río, por diversos convenios ambientales multilaterales y, en nuestro caso, por la Ley General del Ambiente. Particular relevancia adquieren en ese sentido el principio de prevención y el precautorio (conf. arts. 4 y 32 de la citada ley). En cuanto su aplicación corresponde tanto al organismo ambiental al diseñar y ejecutar la política ambiental como al poder judicial al resolver en el caso concreto, armonizar criterios sobre el alcance de los mismos sería muy importante para brindar segu-

ridad jurídica a los particulares y al propio estado.

La jurisprudencia nacional ya los está desarrollando: “... (el principio de prevención) en definitiva se traduce en un obrar preventivo acorde con la naturaleza de los derechos afectados y a la medida de sus requerimientos. Por lo que el órgano judicial debe desplegar técnicas dirigidas a evitar que el daño temido que preannuncia el riesgo se torne real o, en todo caso, a neutralizar o aminorar en lo posible las consecuencias lesivas que puedan producirse con su advenimiento (conf. SCJBA, “Almada, Hugo c/ Copetro S.A. y otro; Irazu, Margarita c/ Copetro S.A. y otro; Klaus, Juan c/ Copetro S.A. y otro”, fallado el 19/5/98)”.

Asimismo, respecto del principio precautorio se señaló que “esta falta de certeza respecto en una cuestión de la que, además ya existen indicios importantes sobre sus efectos negativos –según lo expuesto en el considerando 12) que antecede–, no puede obstar a la adopción de medidas preventivas. Por tanto, tal como lo autoriza el artículo 4, apartado tercero, de la ley 25.675, la falta de certeza científica no puede utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del ambiente cuando haya peligro de un daño grave o irreversible. Dicha norma recoge el añejo “principio de precaución” consagrado en numerosos documentos internacionales de derecho ambiental (art. 3, inc. 3, del Convenio de Cambio Climático; Principio 15 de la Declaración de Río de Janeiro Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo 1992; artículo 130 R- 2 del Tratado de Maastricht de la Unión Europea; ley 95-101 del 2/2/95, Refuerzo de la Protección del Medio Ambiente de Francia). El precepto reclama medidas de inmediato, de urgencia, aún cuando hubiera ausencia o insuficiencia de pruebas o elementos científicos referidos al comportamiento de la naturaleza, a fin de impedir la creación de un riesgo con efectos todavía desconocidos plenamente, lo que presupone que cualquier demora puede resultar a la larga más perjudicial que cualquier acción temprana intempestiva. Las cuestiones que envuelven al ambiente están particularmente inclinadas por su natural tendencia a la incertidumbre. El hombre de la era tecnológica ha alterado su mundo en direcciones nunca antes experimentadas o anticipadas. Los efectos en la salud de tales alteraciones son generalmente desconocidos y algunas veces imposibles de conocer. Esperar certidumbre normalmente nos habilitará solamente a reaccionar y no para una regulación preventiva”.²⁹

b.3. Determinación de la responsabilidad del Estado

Cuando existe el deber genérico de preservar el medio ambiente, como lo es el que pesa sobre el Estado, la abstención de ejecutar actos que, sin perjuicio

²⁸ Asociación para la Protección del Medio Ambiente y Educación Ecológica ‘18 de Octubre’ c/ Aguas Argentinas SA y otros s/ amparo.

²⁹ Asociación Coordinadora de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes c/ ENRE - EDESUR s/ cese de obra de cableado y traslado de Subestación Transformadora.

del agente, hubieran prevenido o mitigado el daño, genera responsabilidad. El tema de la conducta omisiva del estado y su consiguiente responsabilidad ya fue introducido por la jurisprudencia y merece especial atención por parte de los organismos responsables de la gestión ambiental: "Asimismo, de conformidad con lo establecido en el artículo 33, segundo párrafo, de la reciente ley 25.675, la resolución que se dicta debe extenderse en sus efectos a todos los involucrados en la cuestión debatida en autos, ya sea en la faz activa o pasiva de la relación jurídica; es decir, sobre los restantes Partidos del Conurbano Bonaerense afectados y el Estado Nacional, éste último en su carácter de concedente del servicio público de agua potable y red cloacal (art. 1º del decreto 787/93) y de autoridad de control del Régimen de Gestión Ambiental de Aguas (art. 7 de la ley 25.688). En tales condiciones, la exposición a campos electromagnéticos aún a niveles inferiores a los permitidos legalmente, no es óbice para eximir de responsabilidad a la empresa prestataria del servicio eléctrico por los daños en la salud que puedan sufrir, en este caso, los habitantes de Ezpeleta, ni tampoco para deslindar la responsabilidad del ENRE por el poder de policía ejercido defectuosamente.³⁰

Este tema debe también debe observarse desde la perspectiva del estado como afectado, ejerciendo el poder ejecutivo el poder de policía "no sólo a través del dictado de decretos y ordenanza sino también mediante la adopción de aquellas medidas preventivas tendientes a evitar su incumplimiento".³¹

Una especial consideración en este tema merece la dispersión de competencias ambientales en distintas dependencias del poder ejecutivo, lo cual genera dificultades tanto de superposición como de vacíos; esta situación no actúa sólo en detrimento de la gestión ambiental, sino que puede dificultar en cada caso la tarea de determinar con la claridad necesaria, cuál o cuáles son los organismos con responsabilidad directa.

b.4. Normativa ambiental como herramienta para la sustentabilidad

Obviamente no nos referiremos a la conceptualización del desarrollo sustentable, ya que ello no pertenece a los objetivos de este trabajo. Sin embargo, sí se considera oportuno expresar la convicción que todo dialogo o relacionamiento entre los poderes ejecutivo y judicial se vería facilitado y enriquecido si se parte de un entendimiento compartido sobre el papel que le cabe a la protección ambiental como uno de los pilares del desarrollo sustentable.

La comunidad internacional en pleno ha consagrado que "...la integración de los tres componentes del desarrollo sostenible —el crecimiento económico, el desarrollo social y la protección del medio ambiente—, pilares interdependientes que se refuerzan mutuamente. La erradicación de la pobreza y la modificación de las modalidades insostenibles de producción y consumo, así como la protección y ordenación de la base de recursos naturales del desarrollo económico y social, son objetivos generales y requisitos esenciales del desarrollo sostenible".³² También en el ámbito regional "Transcurridos diez años desde Río 1992, los Gobiernos de América Latina y el Caribe reconocen que ha habido avances significativos, principalmente en lo que se refiere a la toma de conciencia y a la entrada en vigor de normas jurídicas nacionales e internacionales. Sin embargo, persisten importantes desafíos y se presentan nuevos imperativos para tornar el desarrollo sostenible en realidad y para materializar los cambios necesarios de los actuales modelos de desarrollo. Es indispensable revertir las tendencias actuales de degradación ambiental del medio natural y del medio urbano y, en particular, eliminar a un ritmo vigoroso la pobreza y la inequidad —conjuntamente con sus impactos—, que afligen a los países de la región".³³

Esta necesidad de enfocar integralmente los requerimientos de lucha contra la pobreza, crecimiento económico y protección ambiental no puede ser más explícita en un país como Argentina y en una región como la latinoamericana. No se trata de priorizar uno de los aspectos respecto de los otros, lo cual, por otra parte, no sería posible, ya que, como dijimos, se refuerzan y complementan mutuamente. Se trata de aplicar la ley (en general y no sólo la normativa ambiental) conforme los objetivos de sustentabilidad ambiental, económica y social que deberían primar en las decisiones de los órganos del estado, así como del sector privado y de la comunidad en su conjunto.

5. Conclusiones

Lo planteado hasta aquí nos permite considerar oportuna y necesaria la institucionalización de un diálogo permanente entre quienes tienen la responsabilidad de la gestión ambiental desde la administración pública y quienes tienen la de resolver los conflictos ambientales concretos desde la justicia, a efectos de diseñar e implementar un programa de trabajo común para el desarrollo, aplicación y cumplimiento del derecho ambiental.

La complejidad técnica de los problemas ambientales, la puesta en operatividad de los principios del derecho

³⁰ Ídem.

³¹ Cámara Federal de La Plata *Municipalidad de Berazategui c/Aguas Argentinas S.A. s/ordinario* (fallo del 8/09/03).

³² Plan de Aplicación de las decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible (Sudáfrica, septiembre de 2002), párrafo 2.

³³ Iniciativa Latinoamericana y Caribeña para el desarrollo sustentable (Sudáfrica, agosto de 2002), párrafo 3.

ambiental, la cuestión de la responsabilidad del estado por acción u omisión, y la integración de los tres pilares del desarrollo sustentable en las decisiones públicas, son algunos de los principales temas sobre los cuales podrían desarrollarse estrategias de trabajo coordinado.

La realización de actividades de difusión y capacitación, el intercambio de información y de experiencias, el acceso conjunto a recursos de cooperación internacional, la participación en redes regionales, permitirán explorar e implementar medidas de respuesta a la altura de las necesidades de la materia.



Declaración de
Buenos Aires

DECLARACIÓN DE BUENOS AIRES

Nosotros, Jueces, Fiscales y Directores de Escuelas Judiciales, que provenimos de distintos países de América Latina, habiendo sido convocados para participar a título personal en el Simposio de Jueces y Fiscales de América Latina - *Aplicación y Cumplimiento de la Normativa Ambiental* por el Comité Organizador del mismo, integrado por un Grupo Ejecutivo que nuclea a la Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), el Instituto del Banco Mundial, la Fundación Ambiente y Recursos Naturales de la República Argentina (FARN), el Instituto de Derecho para un Planeta Verde de Brasil, y un Grupo Asesor conformado por la Red Internacional para la Aplicación y el Cumplimiento de la Normativa Ambiental (INECE), la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN), la Comisión Económica para América Latina y el Caribe de las Naciones Unidas (CEPAL), la Fiscalía para el Medio Ambiente de Chile (FIMA), el Instituto de Derecho y Economía Ambiental de Paraguay (IDEA) y la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA); celebrado en la Ciudad de Buenos Aires el 23 y 24 de septiembre del año 2003, hemos decidido, ya concluido dicho Simposio, formular la siguiente:

Declaración

1. Convencidos del rol que nos toca a jueces y fiscales en la aplicación efectiva del Derecho Ambiental en aras del logro del desarrollo sostenible, y teniendo en cuenta los antecedentes claramente plasmados en la Declaración de México del año 2000 y la Declaración de Johannesburgo del año 2002, hemos arribado a distintas conclusiones y recomendaciones que consideramos fundamentales para nuestra región en temas relativos a: capacitación de magistrados, organización de la justicia y las competencias ambientales, relación del Poder Judicial con los otros poderes del estado y con la sociedad civil, evaluación de la aplicación de las normas ambientales por parte del Poder Judicial y los fiscales, procesos constitucionales, acción civil y de daño ambiental y acción penal ambiental.
2. El intercambio de experiencias ha puesto en evidencia la carencia, en general, de una adecuada motivación por parte de los jueces y fiscales respecto de los temas ambientales. En este sentido, planteamos dos estrategias primarias de acción: una de capacitación y otra de incidencia.
3. Estrategia de Capacitación. Convencidos de la necesidad de motivar la formación y participación en temas ambientales por parte de jueces y fiscales proponemos:
 - a. Propiciar encuestas o estudios de opinión que permitan identificar las necesidades concretas que jueces y fiscales plantean.
 - b. Promover campañas de sensibilización en la temática ambiental.
 - c. Incorporar la temática ambiental a los programas de capacitación de jueces y fiscales de los organismos nacionales y locales destinados a tal fin.
 - d. Canalizar la capacitación regional a través de la Red Iberoamericana de la Escuela Judicial.
 - e. Estimular, a través, de incentivos la formación en temas ambientales.
 - f. Redactar, difundir y utilizar manuales (digestos ambientales integrales) como herramientas de capacitación que recopilen principios básicos del derecho ambiental, como así también un compendio de la normativa ambiental local y de la principal jurisprudencia habida en la materia.
 - g. Promover espacios de intercambio de experiencias.
 - h. Optimizar la utilización de los recursos. En este sentido, advertimos en general la limitada disponibilidad de los mismos. Por ello proponemos apelar a la búsqueda de recursos a través de la cooperación internacional y a la transversalidad de la temática, introduciendo las cuestiones ambientales en las currículas ya existentes en las respectivas Escuelas Judiciales.
 - i. Propender a la institucionalización de la capacitación ambiental de jueces y fiscales, considerando la importancia de implementar su evaluación y seguimiento.

- j. Incluir en los programas de capacitación a personal auxiliar de los juzgados y el Ministerio Público, y de la administración pública.
4. Como parte de la estrategia de incidencia asumimos el siguiente compromiso:
- En general, divulgar la presente Declaración en cada uno de nuestros respectivos ámbitos de actuación y participación.
 - En particular, propiciar la presentación de la Declaración ante la Cumbre de Cortes Supremas de Justicia y Tribunales Superiores, el Encuentro de Consejos de la Judicatura y la Asamblea Anual de la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos.
5. Respecto de la organización de la justicia y las competencias ambientales:
- Consideramos que todos los magistrados deben tomar las medidas inmediatas y necesarias para proteger al ambiente y a las personas, o todas aquellas medidas cautelares conducentes, aún cuando exista un debate respecto de la competencia.
 - Resulta necesario esclarecer los problemas de competencia que se suscitan por la indefinición normativa y de interpretación por parte de los tribunales superiores, de lo contrario se pueden generar serias limitaciones al derecho de los ciudadanos a acceder a la justicia.
 - Propiciamos la creación de fueros especiales en materia ambiental, civil y penal, en los distintos órdenes jurisdiccionales. Sin perjuicio de ello, y hasta tanto sea posible su puesta en funcionamiento, es recomendable generar soluciones graduales o intermedias a tal fin.
 - Propugnamos la creación de tribunales ambientales en el ámbito local y en el orden supranacional, con aptitud para fortalecer la idea del medio ambiente como derecho humano fundamental.
 - Consideramos necesario construir indicadores vinculados a la actuación de la justicia con el objeto de avalar la creación de tribunales ambientales supranacionales.
6. A partir del conjunto de experiencias compartidas y las dificultades comunes identificadas en materia de coordinación e interacción entre el Poder Legislativo, Ejecutivo y el Poder Judicial, advertimos la necesidad de concretar resultados en determinados aspectos, a saber:
- Reconocemos como requisito esencial generar y sistematizar la información relativa al desarrollo, aplicación y cumplimiento de la normativa ambiental, garantizando su libre acceso.
- Propiciamos la permanente comunicación entre el Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial respecto de sus actuaciones en materia de desarrollo, aplicación y cumplimiento de la normativa ambiental. Específicamente proponemos como un posible punto de partida, el intercambio de experiencias e información mediante redes nacionales y regionales.
 - Instamos a la identificación de unidades técnicas de apoyo a los órganos encargados del desarrollo, aplicación y cumplimiento de la normativa ambiental.
 - Entendemos que debe ser optimizada la utilización de los recursos destinados al desarrollo, aplicación y cumplimiento de la normativa ambiental.
 - Como corolario, exhortamos a los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial a promover un diálogo interinstitucional, de carácter permanente, con miras a un mejor desarrollo, aplicación y cumplimiento de la normativa ambiental.
7. En relación a la evaluación de la aplicación y el cumplimiento de la normativa ambiental por parte del Poder Judicial y del Ministerio Público:
- Instamos a la implementación de políticas serias para la aplicación y cumplimiento de la normativa ambiental en nuestros países.
 - Consideramos que la temática de indicadores de eficiencia y eficacia debería vincularse a planes y políticas de aplicación y cumplimiento de la normativa ambiental, a fin de evaluar su implementación.
 - Consideramos oportuno fomentar la utilización de medios alternativos de solución de controversias (mediación, arbitrajes) a fin de incrementar la efectividad de la protección del ambiente y sumar como cooperantes a todas las partes actuantes en el ambiente afectado.
8. Consideramos fundamental promover la participación pública en la toma de decisiones ambientales, instalando en la sociedad una conciencia cívico-ambiental y propendiendo a la capacitación para la utilización de las herramientas jurídicas existentes.
9. Respecto de la Información Pública Ambiental, decimos:
- Se debe reconocer o fortalecer, en su caso, el derecho de acceso ciudadano a la información pública en temas ambientales, como herramienta para conocer los derechos potencialmente afectados y así garantizar el acceso a la justicia.

- b. Para garantizar el acceso a la información pública ambiental resulta fundamental lograr procedimientos claros y sumarios, establecer la obligatoriedad de la difusión espontánea de la información por parte de los sectores públicos y privados, prever los mecanismos sancionatorios en caso de incumplimiento, como así también fijar límites al secreto industrial o militar, y la inversión de la carga de la prueba respecto de quien está obligado a dar la información.
 - c. En este sentido, instamos a los organismos de la administración pública a facilitar a los jueces y fiscales el acceso a la información, rompiendo con la "cultura del secreto" muy frecuente en nuestros países.
- 10.** En cuanto a los procesos judiciales vinculados a la protección del ambiente, decimos:
- a. Estimamos necesario contar en nuestros países con una acción jurisdiccional ambiental preventiva cuya sentencia tenga efectos disuasivos.
 - b. Hacemos hincapié en la importancia de reconocer una legitimación activa amplia, real y no meramente formal, para acceder a la justicia en los procesos ambientales.
 - c. Dada la complejidad que caracteriza a la problemática ambiental y la celeridad que requiere su resolución, los procesos para la tutela de intereses difusos deben ser sumarísimos. Asimismo, debe considerarse la gratuidad en este tipo de juicios.
 - d. Debe darse prioridad al tratamiento de las causas que versen sobre derechos fundamentales, como la salud, la vida y el ambiente, por encima de las que traten cuestiones patrimoniales.
 - e. A partir de algunas experiencias con resultados altamente positivos, consideramos que existen instancias de participación enriquecedoras para el acceso efectivo a la justicia que es menester promover, tales como la participación de los ciudadanos y del Ministerio Público en la promoción de causas ambientales y la figura del *Amicus curiae*.
 - f. Consideramos necesaria la utilización del sistema de la sana crítica - como método de valoración de la prueba y del juego de presunciones - en los procesos donde se ventilan cuestiones ambientales, a excepción de los procesos penales, dadas sus características inherentes.
 - g. Debe propenderse a la aplicación de la teoría de las cargas dinámicas probatorias, considerando que quien debe probar es aquella parte que se encuentre en mejores condiciones técnicas, económicas, jurídicas o fácticas, respecto de los hechos conducentes.
 - h. El acto de administrar justicia, particularmente en temas ambientales, no se agota en la aplicación literal de la norma: creemos necesario agudizar el ingenio y la creatividad interpretativa para dar respuestas eficaces a los conflictos planteados. Por esta causa, estamos convencidos de la necesidad de un juez activo en los procesos ambientales, que posea amplias facultades, tales como la de promover pruebas complementarias, incorporar pruebas no aportadas por las partes e imponer multas.
 - i. No podemos dejar de resaltar la necesidad de contar con un cuerpo oficial de peritos para causas ambientales, como también de considerar del mismo tenor probatorio a la información proveniente de organismos públicos. Consideramos oportuno, la celebración de convenios entre los órganos del Estado para facilitar el acceso a la información de pruebas ya producidas a fin de ser aprovechadas en otros procesos. Implicaría socializar la prueba y se evitaría duplicar esfuerzos.
 - j. A fin de hacer más eficiente el trabajo de jueces y fiscales en las causas ambientales, se propone contar con cuerpos especializados de seguridad ambiental y de asesoramiento científico técnico en aquellos países que no contaran con esta modalidad.
 - k. Consideramos fundamental fijar como regla general en los procesos la anticipación procesal de las pruebas y medidas cautelares, a fin de evitar la pérdida de las mismas.
 - l. Estimamos de suma importancia la coordinación entre las distintas instancias jurisdiccionales en las causas ambientales.
 - m. Consideramos oportuna la aplicación del principio *in dubio pro ambiente*.
 - n. Debe reconocerse el alcance *erga omnes* de las sentencias en temas ambientales, debido a la naturaleza colectiva del derecho protegido.
 - o. Observamos que deben existir procedimientos de ejecución de sentencia adecuados con los trámites sumarísimos ambientales, a fin de no desnaturalizar la garantía reconocida.
- 11.** En relación a los procesos constitucionales y la protección ambiental:
- a. Reconocemos la necesidad de incorporar el derecho humano a un medio ambiente sano y equilibrado para el desarrollo de la vida, a aquellas constituciones de América Latina que no lo contemplen. Asimismo, es indispensable incorporar los principios ambientales contenidos en tratados y convenios internacionales a las legislaciones internas.

- b. Consideramos que los derechos reconocidos a nivel constitucional deben ser exigibles sin la necesidad de una reglamentación legal, como expresión de la supremacía de la Constitución (reconocimiento del principio in dubio pro ambiente).
- c. Creemos necesario reforzar el bien jurídico protegido en nuestros sistemas constitucionales y legales e incorporar la obligación de conservar los recursos naturales y proteger el desarrollo sostenible.
- d. Sostenemos que no se debe restringir el acceso a la justicia en materia de garantías constitucionales por cuestiones formales innecesarias. Lo procesal es tributario pero no condicionante de los derechos reconocidos por la Constitución.
- e. Propiciamos el uso de acciones constitucionales con procedimientos ágiles (en algunos países es el caso de la acción de amparo).
- f. Creemos necesario incorporar o ampliar la obligación de recomponer el daño causado al ambiente, respecto de los efectos de las sentencias recaídas en los procesos de garantías constitucionales que tutelan este derecho, además de la paralización del acto principal.

12. Respecto de la acción civil ambiental y el proceso por daño ambiental, decimos:

- a. Hacemos hincapié en la necesidad de reconocer una legitimación activa amplia en el proceso por daño ambiental, no restringiendo el acceso a la jurisdicción de las Organizaciones No Gubernamentales. En este sentido, estimamos fundamental incorporar y/fortalecer las acciones colectivas y populares por daño ambiental en la región y mitigar la incidencia de los costos y costas en la legitimación.
- b. Planteamos la necesidad de reconocer la facultad de impulsar la acción de daño ambiental por parte del Ministerio Público, en aquellos ordenamientos que no lo contemplan.
- c. Instamos a los jueces y fiscales de la región a aplicar el principio de precaución.
- d. En los procesos por daño ambiental, consideramos auspiciosa la utilización de la caución juratoria, y la exención del pago de la caución por los daños y perjuicios que pudiera ocasionar una medida cautelar.
- e. Proponemos como medio de financiamiento para la producción de la prueba la creación de fondos conformados con montos provenientes de sanciones administrativas ambientales. Asimismo, y con la finalidad de facilitar la producción de la prueba, propugnamos la cooperación de organismos administrativos y universidades, co-

mo así también la celebración de convenios de cooperación con entidades internacionales que puedan aportar conocimientos y tecnologías.

- f. Estimamos de sumo interés la capacitación de los jueces en técnicas de valoración del daño ambiental.
- g. Instamos a la incorporación del factor de atribución de responsabilidad objetiva en aquellos países de Latinoamérica que no lo contemplen en sus ordenamientos jurídicos.
- h. Proponemos la cuantificación del daño al medio ambiente como adicional al daño material y la necesidad de establecer criterios de valoración de los bienes y servicios ambientales.
- i. Planteamos la necesidad de ampliar el instituto del beneficio de litigar sin gastos a la acción de reparación y de prevención del daño ambiental.
- j. Instamos a que, en el contenido de las sentencias, se recepte el principio de la reparación integral del daño.
- k. Estimamos de suma utilidad incluir en el decisorio la modalidad de seguimiento del cumplimiento de la sentencia.

13. Respecto de la acción penal ambiental:

- a. Consideramos que, al legislar en materia de delitos contra el ambiente, se debe definir en el tipo penal el núcleo de lo prohibido, como también incriminar su comisión imprudente, previa determinación de la técnica legislativa adecuada y compatible con el respeto de los principios constitucionales vigentes en cada uno de los países.
- b. Exhortamos al acabado cumplimiento y fortalecimiento de las normas sancionatorias previstas por el derecho administrativo.
- c. Con respecto a la legitimación, consideramos positivo que la capacidad para denunciar delitos ambientales sea amplia, como también que se garantice el derecho a ser querellante al ofendido, a las organizaciones de la sociedad civil y al defensor del pueblo.
- d. Es necesario reconocer al Ministerio Público un rol más activo en materia de delitos ambientales, en aquellos países que no lo contemplan, y la legitimación para que sus funcionarios puedan simultáneamente ejercitar acciones públicas ambientales no penales.
- e. Es menester garantizar legislativamente la fuerza probatoria de los dictámenes e informes, que en el marco de las acciones penales ambientales puedan solicitarse a organismos públicos, universidades, Organizaciones No Gubernamentales.
- f. Resulta de importancia permitir que jueces y fiscales adopten medidas de urgencia como medidas de

prevención para suspender o paralizar un hecho que dañe al ambiente y generar mecanismos de coordinación con el Poder Judicial en los países en los que el fiscal no posee esta facultad.

- g. Es indispensable propender a que la sociedad civil se involucre en la investigación criminal de los hechos que han dañado al ambiente.
- h. Se observa como apropiada la utilización de medidas alternativas, tanto como base para la investigación de los delitos ambientales cuanto para solucionar los conflictos de esa índole evitando las consecuencias perjudiciales y antagonismos derivados de la aplicación de sanciones penales.

14. Convencidos de la necesidad de fortalecer el rol de los fiscales de América Latina abocados a la temática ambiental y dada la relevancia de su in-

tervención en los procesos judiciales, promovemos:

- a. La creación de nuevas Asociaciones de Fiscales y Abogados del Ministerio Público Fiscal en defensa del Medio Ambiente y el fortalecimiento de las existentes.
- b. La ampliación de esa iniciativa, en la conformación de una Federación Latinoamericana de Fiscales Ambientalistas.
- c. La organización de un Sitio Web con el objeto de acumular información y documentación dirigida a la investigación de los delitos en la materia.
- d. Empezar, en el marco de la Federación de Fiscales propuesta, la realización de cursos de formación y adiestramiento en la tarea de establecer el valor económico del daño o la degradación ambiental.

Los firmantes:

Sr. Juan Araya Elizalde

(Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, Chile)

Sra. Lucía Arbeláez de Tobón

(Juez de la Sala Administrativa del Consejo de la Magistratura, Colombia)

Sr. Gustavo Azpeitia

(Juez de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería, Viedma, Río Negro, Argentina)

Sr. Carlos Báez

(Secretario General del Instituto de la Judicatura Federal, México)

Sr. Santiago Bahamondes

(Prosecretario Letrado en la Fiscalía General N°1, Capital Federal, Argentina)

Sr. Carlos Balbín

(Juez de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Sr. Dino Berdini

(Unidad de Investigaciones Ambientales de la Fiscalía General ante la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, Argentina)

Sr. Néstor Cafferatta

(Con-Juez, Tribunal Superior de la Provincia de Buenos Aires, Argentina)

Sr. Adolfo Campos

(Asistente del Director de la Escuela Judicial, Panamá)

Sr. Héctor Carreño Seaman

(Ministro de la I. Corte de Apelaciones de San Miguel, Santiago de Chile)

Sr. Mario Gustavo Costa

(Juez de Cámara, Tribunal Oral Federal Criminal N°1, Argentina)

Sr. José Ernesto Criollo

(Director de la Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador)

Sr. Jaime Cruz Justiniano

(Juez de Sentencia en lo Penal, Santa Cruz, Bolivia)

Sr. Marcelo Dolzany Da Costa

(Juez Federal de Minas Gerais, Brasil)

Sr. Jorge Douglas Price

(Juez de Cámara de Apelaciones, Civil, Comercial y Contencioso Administrativo de la IV Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, Argentina)

Sr. Sergio Dugo

(Juez Federal 2º Instancia, Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Argentina)

Sr. Raúl Alejandro Fernández

(Prosecretario de la Fiscalía General ante la Cámara Federal de Apelaciones de Resistencia, Chaco, Argentina)

Sr. Manuel Fortín Aguilar

(Director de la Escuela Judicial, Honduras)

Sr. Anderson Furlan Freire Da Silva

(Juez Federal Substituto, Brasil)

Sra. Yalitz García

(Directora General del Ambiente, Ministerio Público, Caracas, Venezuela)

Sra. María Cristina Garrós M.

(Juez de Corte de Salta y Directora del Departamento de Modernización de la Escuela de la Magistratura de Salta)

Sr. Antonio Gustavo Gómez

(Fiscal General de la Cámara Federal de Tucumán, Argentina)

Sr. Juan Pablo González

(Fiscal, Costa Rica)

Sr. Eduardo Raúl Graña

(Director Académico de la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación, Argentina)

Sra. Adriana Guillén

(Procuradora Delegada para Asuntos Ambientales, Colombia)

Sr. Alfredo Gusman

(Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Sr. Henrique Luiz Hartmann

(Juez Federal, 2ª Vara Federal de Santo Ângelo, Rio Grande do Sul, Brasil)

Sr. Antonio Herman de Vasconcellos

(Fiscal, Brasil)

Sr. Gabriel Darío Jarque

(Secretario de la Fiscalía General, Coordinador de la Unidad de Investigaciones Ambientales, Bahía Blanca, Argentina)

Sr. Eduardo Pablo Jiménez

(Juez Federal 1º Instancia de Mar del Plata, Argentina)

Sr. Miguel Jurado Fabara

(Fiscal Ambiental, Ecuador)

Sr. Ernesto Lechuga Pino

(Director General de la Academia de la Magistratura, Perú)

Sr. Ivan Lira Carvalho

(Juez Federal Titular de 5ª Vara, Rio Grande do Norte, Brasil)

Sr. Eduardo Lombardi

(Director del Centro de Estudios Judiciales, Uruguay)

Sra. Patricia López Vergara

(Juez de 1º Instancia en lo Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Sr. Raúl Madueño

(Vicepresidente de la Cámara Nacional de Casación Penal, Argentina)

Sr. Ricardo Merlo Faella

(Fiscal, Paraguay) Sra. María Angélica Nigro (Secretaria Abogado del Vigésimo Cuarto Juzgado Civil de Santiago de Chile, Chile)

Sr. Marcos Oliva Day

(Fiscal de Puerto Deseado, Santa Cruz, Argentina)

Sra. Frinette Padilla Jiménez

(Juez, República Dominicana)

Sr. Vladimir Passos de Freitas

(Juez Federal Presidente del Tribunal Regional Federal de 4º Región, Brasil)

Sr. José Antonio Peláez Bardales

(Fiscal Supremo Adjunto en lo Penal, Perú)

Sr. Rubén Pereyra

(Fiscal General Adjunto de la Ciudad de Buenos Aires, Argentina)

Sra. Alicia Pucheta de Correa

(Juez, Paraguay)

Sr. José Quesada

(Vicepresidente de la Corte Suprema de Justicia, Guatemala)

Sr. Arturo Ramírez Sánchez

(Juez del Tribunal Colegiado en Materia Civil, México)

Sr. Carlos Javier Ramos Miranda

(Instituto de la Judicatura, Bolivia)

Sr. Jorge Marcelo Silva

(Unidad de Investigaciones Ambientales de la Fiscalía General ante la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, Argentina)

Sr. Juan Carlos Silva Opazo

(Juez del Juzgado de Garantía Calbuco, Chile)

Sr. Jarbas Soares Junior

(Procurador de Justicia de Medio Ambiente de Minas Gerais, Brasil)

Sra. Roxana Sobenes

(Asesora Legal en Medio Ambiente del Ministerio Público, Guatemala)

Sr. Joaquín Talavera

(Director de la Escuela Judicial, Nicaragua)

Sr. Enrique Viana Ferreira

(Fiscal Nacional Civil, Uruguay)

Sra. Mariana Yopez

(Fiscal General, Ecuador)

APellido y NOMBRE	DIRECCION	CIUDAD	PCIA. / ESTADO	PAIS	TELEFONO	E-MAIL	FAX	INSTITUCION	ESPECIALIDAD / CARGO
ABED DE ZAVALA, Sheila	Nicanor Torales 150	Asunción		PARAGUAY	595 21662543	sheila.abed@idea.org.py		INSTITUTO DE DERECHO Y ECON.	
ACUÑA, Guillermo E.	Casilla 179-d	Santiago		CHILE	562 2102488	gacuna@eclac.cl		CEPAL	ASISTENTE LEGAL DE AS. AMBIENT
AIZERSZTEIN, Patricia				ARGENTINA				FARN	
ALONSO, María Esperanza				ARGENTINA				FARN	
ALTIERI, Carolina	San Martín 451 4º	Ciudad de Buenos Aires		ARGENTINA	011 43488402	caltieri@medioambiente.gov.ar		SAYDS	ABOGADA
ANICH, Juan Carlos	Av. Corrientes 617 Piso 8	Ciudad de Buenos Aires		ARGENTINA	011 43949999	juancarlosanich@anich-anich.com	011 43949999	ANICH & ANICH S.C.	SOCIO ADMINISTRADOR
ARAYA ELIZALDE, Juan				CHILE	562 3562083	jparaya@vtr.net		CORTE APELACIONES DE SANTIAGO	MINISTRO
ARBELAEZ DE TOBON, Lucía	Calle 12 No. 7-65 Of. 601 P. D	Bogotá		COLOMBIA	57 15629098	tobona@hotmail.com	571 5629098	SALA ADMIN. CONSEJO MAGIST.	JUEZ
AZPEITIA, Gustavo A.	Ceferino Namuncurá 131	Viedma	RIO NEGRO	ARGENTINA		gusm@impsat1.com.ar	02920 421610	CAMARA APELACIONES CIVIL COM.	JUEZ
AZUELA, Antonio				MEXICO	525 6616923	lacueva@servidor.unam.mx	525 6227510	UNIVERSITY OF TEXAS AT AUSTIN	ACTING PROFESOR
BAEZ, Carlos	Cohapa 238 Dto. 103	MEXICO D.F.		MEXICO	52555133 8100	cbs@cfj.gov.mx	5133 8100	INSTITUTO DE LA JUDICATURA FED.	SECRETARIO GENERAL
BAHAMONDES, Santiago	Parana 1002 8º A	Ciudad de Buenos Aires		ARGENTINA	011 48113623	sannavy@hotmail.com		FISCALIA GRAL. Nº 1 CRIMINAL	PROSECRETARIO LETRADO
BALBIN, Carlos F.	Av. De Mayo 761 Piso 4º	Ciudad de Buenos Aires		ARGENTINA	011 43392900	jcamcay3@jusbares.gov.ar		CAMARA APELACIONES CONT. ADM.	JUEZ DE CAMARA
BANKOBEZA, Sylvia	Environmental Law Branch		KENYA	AFRICA	25420 623365	sylvia.bankobeza@unep.org	25420 624324	UNEP	LEGAL OFFICER
BERDINI, Dino	Chancay 588	Bahía Blanca	BUENOS AIRES	ARGENTINA	0291 4524437	dberdini@ciudad.com.ar		UNIDAD DE INVESTIGACIONES AMB.	
BIANCHI, Adriana	Banco Mundial	Washington D.C.		EE UU		abianchi@worldbank.org		WBI	
BIBILONI, Homero	San Martín 451 2º Piso	Ciudad de Buenos Aires		ARGENTINA	011 43488436	hbibiloni@medioambiente.gov.ar		SAYDS	
BOTELHO NEIVA, Lilia			BRASILIA	BRASIL	3156144	lilia@df.trfl.gov.br		TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL	JUEZA FEDERAL
BRITO, Guilherme				BRASIL		guilhermedesende@uol.com.br		JUSTICIA FEDERAL	JUEZ FEDERAL
BRUSCO, Andrea	San Martín 451 2º Of. 204	Ciudad de Buenos Aires		ARGENTINA	011 43488446	abrusco@medioambiente.gov.ar		SAYDS	DIRECTORA
BUSTOS, Myriam	C. De Los Pozos 155 8º Piso	Ciudad de Buenos Aires		ARGENTINA	011 49591402	bustosmyriam@ciudad.com.ar		FISCALIA GENERAL ADJUNTA	RELATORA
CAFFERATTA, Néstor	Martín Castilla 966	Campana	BUENOS AIRES	ARGENTINA	03489 437503	ncafferatta@amet.com.ar		TRIBUNAL SUPERIOR PROV. BS.AS.	CONJUEZ
CAMPOS, Adolfo	Albrook, Edificio Nº 835	Panama		PANAMA	507 3151445	hgill@escuelajudicial.gob.pa	507 3151446	ESCUELA JUDICIAL DE PANAMA	ASISTENTE DEL DIRECTOR
CAÑÓN, Hugo Omar	San Martín 28 Piso 6º	Bahía Blanca	BUENOS AIRES	ARGENTINA	0291 4519197	hugomar@rcc.com.ar			FISCAL GENERAL
CAPELLI, Silvia				BRASIL	5,55133E+11	capelli@portoweb.com.br			
CARDOSO DE FREITAS, Tatiana	Alameda Franca 435	SAN PABLO	SP	BRASIL	1138872442	tfreitas@trf3.gov.br		JUSTICIA FEDERAL	JUEZA FEDERAL
CARREÑO, Héctor	Ricardo Lyon 1280 Dto. 301	Santiago		CHILE	5692272932	hcarreno@terra.cl		MINISTRO CORTE DE RELACIONES	
CELENTANO, María Florencia				ARGENTINA				FARN	
CHIRINOS, Carlos				PERU		cchirinos@spda.org.pe		SPDA	DIRECTOR DEL PROGRAMA
COLOMBO, Sol				ARGENTINA				FARN	
COLOMBRES, Raúl Alejandro	Lavalle 900 6º A	Ciudad de Buenos Aires		ARGENTINA	011 43226824	colombres@redesdelur.com		ESTUDIO COLOMBRES	COMERCIAL Y AMBIENTAL
COSTA, Mario Gustavo	Av. Comodoro Py 2002 1º Piso	Ciudad de Buenos Aires		ARGENTINA	011 48917240	mario.costa@c2.pjn.gov.ar		TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL	JUEZ FEDERAL 1º INSTANCIA
CRIOLLO, Ernesto	Calle Los Adetos No. 8	San Salvador		EL SALVADOR	503 2984882	ecriollo@cnj.gob.sv		CONSEJO NAC. DE LA JUDICATURA	ENCARGADO CAPACITACION JUECES

APELLIDO y NOMBRE	DIRECCION	CIUDAD	PCIA. / ESTADO	PAIS	TELEFONO	E-MAIL	FAX	INSTITUCION	ESPECIALIDAD / CARGO
CRUDEN, John				EE UU				U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE	ASSISTANT ATTORNEY
CRUZ JUSTINIANO, Jaime	San Luis N° 2365	Santa Cruz de la Sierra		BOLIVIA	593 33365454	ljcruz@cotas.net	3341150	DISTRITO JUDICIAL DE SANTA CRUZ	JUEZ TECNICO
DA SILVA NUNES,Valeria	Av. Higienopolis 1048	San Pablo		BRASIL	5511 36667984	valerianunes@uol.com.br		PODER JUDICIAL FEDERAL	JUEZA FEDERAL
DE CAMPOS, Sandra	Estrada Da Gavea 827 Dto. 1704	RIO DE JANEIRO	RJ	BRASIL	24226686	saracampos@email.jus.com.br	24226680	JUSTICIA FEDERAL	JUEZA FEDERAL
DE MIGUEL, Carlos	Casilla 179-d	Santiago		CHILE	56 98557022	cdemiguel@eclac.cl		CEPAL	
DE VASCONCELLOS, Antonio Herman	Av. Brigadeiro Luis , 22 - 1º	Sao Paulo		BRASIL	5511 55754255	planetaverde@planetaverde.org	5511 55758072	INSTITUTO PARA UN PLANETA VERDE	
DI PAOLA, María Eugenia				ARGENTINA				FARN	
DIAZ RUIZ, Joselyn				ARGENTINA				FARN	
DOLZANI COSTA, Marcelo	Av. Alvares Cabral, 1805	Belo Horizonte	MG	BRASIL	55 3132131026	marcelo@mg.trf1.gov.br	5531 32735657	JUIZ FEDERAL DA 16A. VARA DE MG	JUEZ
DOMINICI, Javier	Peru 590 11º D	Ciudad de Buenos Aires		ARGENTINA	011 43423256	dominici@netverk.com.ar		CAMARA DE DIPUTADOS	PRESIDENCIA COM.RECURSOS NAT.
DOUGLAS PRICE, Jorge	L.N. Alem 291	Allen	RIO NEGRO	ARGENTINA	02941 452461	douglasceip@arnet.com.ar	0299 4776868	UNIVERSIDAD DEL COMAHUE	
DUAYGUES, María Ines	Av. De Los Incas 3295 4º 28	Ciudad de Buenos Aires		ARGENTINA	011 45551107	mduaygues@cpacf.org.ar		SEC. DE MEDIO AMBIENTE	DIRECTORA DE INFRACCIONES AMB.
DUGO, Sergio	Calle 8 E/ 50 Y 51	La Plata	BUENOS AIRES	ARGENTINA	0221 4254526	vocaliadrugo@hotmail.com		CAMARA FEDERAL DE APELACIONES	JUEZ FEDERAL 2º INSTANCIA
DUVERGES, Dolores	Sarmiento 329 7º Piso	Ciudad de Buenos Aires		ARGENTINA	011 43288224	abefleitais@jus.gov.ar		MINISTERIO DE JUSTICIA	SEC. DE POLITICA JUDICIAL
FALCON BALLON, Sonia Gerardina	Godofredo García 231	LIMA		PERU	2643507	sonpray@ec-red.com			ADMINISTRADORA
FERNANDEZ, Raúl Alejandro	Sáenz Peña 256 6º A	Resistencia	CHACO	ARGENTINA	03722 439347	ferbe@ciudad.com.ar		FISCALIA GRAL. CAMARA FEDERAL	PROSECRETARIO JEFE
FLORES, María Marcela		Buenos Aires		ARGENTINA		mmflores@lpsat.com		FREPLATA	
FORTIN, Manuel	Corte Suprema-p. De Justicia	C. Miraflores	TEGUCIGALPA	HONDURAS	504 2340359	mfoagui@yahoo.com		ESCUELA JUDICIAL	DIRECTOR ESCUELA JUDICIAL
FULTON, Scott	1200 Pennsylvania Av. Nw	Washington Dc		EE UU	202 5017060	fulton.scott@epamail.epa.gov	202 5017580	ENVIRONMENTAL APPEALS BOARD	JUEZ
FURLAN FREIRE DA SILVA, Anderson	Rua XV De Novembro, 734	Maringa	PR	BRASIL	55 442249319	furlan@jfpr.gov.br			JUEZ FEDERAL SUBSTITUTO
GARCIA, Alvaro	Talcahuano 718 3º A	Ciudad de Buenos Aires		ARGENTINA	011 43723231	garciaalvaro@speedy.com.ar	011 43723231	AMBITO FINANCIERO - EST.PIOTTI	ABOGADO
GARCIA, Ma. Del Carmen				ARGENTINA				FARN	
GARCIA, Yalitzá				VENEZUELA	5098206				VICEFISCAL
GARROS, María Cristina	Urquiza 26 Pb.	Salta	SALTA	ARGENTINA	0387 4311500	garros@pjudicialsalta.gov.ar		CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	DPTO. ESTUDIOS MODERNIZACION
GEI, Ignacio	Lima 363	Córdoba	CORDOBA	ARGENTINA	0351 4218815			UNVIERSIDAD BLAS PASCAL	PROFESOR DERECHO AMBIENTAL
GINGER, Marcelo	Hipólito Irigoyen 1708 1º 132	Ciudad de Buenos Aires		ARGENTINA	011 49593151	mgninger@senado.gov.ar		CAMARA DE SENADORES	COMISION AMBIENTE
GOMEZ, Antonio Gustavo	Las Piedras 418 Piso 3º	S.M. De Tucumán	TUCUMAN	ARGENTINA	0381 4311765	gustavo_gomez@cpsarg.com		CAMARA FEDERAL DE TUCUMAN	FISCAL GENERAL
GONZALEZ, José Pablo	Ap. Postal 586-2070	San José		COSTA RICA	506 2953401	jpgonzalez@poder-judicial.go.c	506 2953541	MINISTERIO PUB. FISC. AMBIENTAL	FISCAL
GRAÑA, Eduardo R.	Libertad 731, 1º Piso	Ciudad de Buenos Aires		ARGENTINA	011 43722577	eduardo.grana@c1.pjn.gov.ar		ESCUELA JUDICIAL DEL PODER JUDICIAL	DIRECTOR ACADEMICO
GUILLEN, Adriana	Cra. 5 No 15 - 80 Piso 14			COLOMBIA	571 2838769	calvinsar@hotmail.com	571 3360011		DELEGADA ASUNTOS AMBIENTALES
GUSMAN, Alfredo S.	Av. De Mayo 761 6º Piso	Ciudad de Buenos Aires		ARGENTINA	011 43392975	fiscayt2@jusbaire.gov.ar		CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	FISCAL CABA
HARTMANN, Henrique Luiz	Gaspar Martino 854		ANGELO	BRASIL	5533138026	henriquehartmann@jers.gov.br	5533138032	JUSTICIA FEDERAL	JUEZ FEDERAL
IZA, Alejandro	Godesberger Allee 108-112	Bonn		ALEMANIA	49228 2692231	aiza@elc.iucn.org	49228 2692250	ENVIRONMENTAL LAW CENTRE IUCN	LEGAL OFFICER

APellido y NOMBRE	DIRECCION	CIUDAD	PCIA. / ESTADO	PAIS	TELEFONO	E-MAIL	FAX	INSTITUCION	ESPECIALIDAD / CARGO
JARQUE, Gabriel Darío	Chequen 170	Bahía Blanca	BUENOS AIRES	ARGENTINA	0291 4861751	gjarque@criba.edu.ar		FISCALIA GRAL. UNIDAD DE INVEST.	SECRETARIO FISCALIA GENERAL
JIMENEZ, Eduardo Pablo	Bolívar 1052	Mar Del Plata	BUENOS AIRES	ARGENTINA	0223 4860329	ameai@copetel.com.ar		AMEAI	JUEZ FEDERAL 1º INSTANCIA
JULIA, Marta Susana	Isaac Chavarría 3266	Córdoba	CORDOBA	ARGENTINA	0351 4616826				
JURADO FABARA, Miguel	Juan León Mera Y Roca	Quito		ECUADOR	2903927	upgt@andinanet.net		MINISTERIO FISCAL	FISCAL AMBIENTAL
KLEINMAN, Ana María				ARGENTINA				FARN	
LECHUGA PINO, Ernesto	Jiron Camana 669	LIMA		PERU	511 4280265	elechuga@amag.edu.pe		ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA	DIRECTOR GENERAL - DIRECTOR A
LIRA CARVALHO, Ivan	R. Dep. Pero Pires Ferreira 95	Recife		BRASIL	8134259222	ivanlira@jfrn.gov.br	8134259000	JUSTICIA FEDERAL	JUEZ FEDERAL
LOMBARDI, Eduardo	Av. Luis Ponce 1476	Montevideo		URUGUAY	5982 7084476	diplom@adinet.com.uy	5982 9002573	CENTRO ESTUDIOS JUDICIALES	DIRECTOR DEL CENTRO
LOPEZ VERGARA, Patricia	Av.De Mayo 761 2º C	Ciudad de Buenos Aires		ARGENTINA	011 43392997	juzcayt6@jusbaire.gov.ar		CONTENCIOSO ADMINIST. Y TRIBUTARIO	JUEZ 1º INSTANCIA
MACHAIN, Natalia				ARGENTINA				FARN	
MADUEÑO, Raúl	Comodoro Py 2002 1º piso	Ciudad de Buenos Aires		ARGENTINA	011 4888917416	raulmadueno@yahoo.es		CAMARA NACIONAL DE CASACION PENAL	JUEZ NACIONAL 2º INSTANCIA
MANKOV, Dmitri	Av. De Mayo 1480 2º D	Ciudad de Buenos Aires		ARGENTINA	011 43832045	mdimitri@mixmail.com		FUNDACION FAPC	ASESOR
MARCHINI, Darío	4 Nº 668	City Bell	BUENOS AIRES	ARGENTINA	0221 4802910	dmarchini@medioambiente.gov.ar		SAYDS	PERIODISTA
MARCHISIO, Adrián	Hipólito Irigoyen 765 7º Of.71	Ciudad de Buenos Aires		ARGENTINA	011 43384314	amarchisio@mpf.gov.ar		PROCURACION GENERAL DE LA NACION	DIRECTOR GENERAL
MARKOWITZ, Ken	1367 Connecticut Ave, Nw Suit	Washington Dc		EE UU	202 2499607	ken@inece.org	202 2499608	INECE	
MARTIN, Agustín	Calle 5 Nº 1660 Y 1/2	La Plata	BUENOS AIRES	ARGENTINA	0221 4245564	aem_78@hotmail.com		UNIVERSIDAD DE LA PLATA	ESTUDIANTE DE DERECHO
MEDINA LEIVA, Jorge Ramiro	Godofredo Garcia 231	Lima		PERU	2643507	jormedic@latinmail.com		ESSALUD	MEDICINA INTERNA
MERLO FAELLA, Ricardo	Mayor Martínez Nº 546	Lambaré		PARAGUAY	595 21902992	rmerlofaella@hotmail.com		MINISTERIO PUBLICO	FISCAL PENAL AMBIENTAL
MOREIRA DE RESENDE, Carmen E.	Sena De Figueiredas 535		BELO HORIZONTE	BRASIL	3134843890	carmen.moreira@mg.trf1.gov.br	3196133890	JUSTICIA FEDERAL DE BRASIL	JUEZA FEDERAL
NAPOLI, Andres M.				ARGENTINA				FARN	
NIGRO, María Angelica	Lyon 1280	Santiago		CHILE	6746433		6731449	PODER JUDICIAL	JUZGADO CIVIL
NONNA, Silvia	Callao 1285, 4º A	Ciudad de Buenos Aires		ARGENTINA	011 48135802	silvianonna@hotmail.com			UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
OLIVA DAY, Marcos	Piedrabuena 1552	Puerto Deseado	SANTA CRUZ	ARGENTINA	0257 4872503	olivaday@pdeseado.com.ar			FISCAL
OLIVER, Alejandro	Valle Grande 3343	Olivos	BUENOS AIRES	ARGENTINA		felipe@econoticias.org.ar	1544452486	ECOS RIOPLATENSES	DOCENTE
OLIVER, María Fabiana				ARGENTINA				FARN	
PADILLA JIMENEZ, Frinette				REP. DOMINICANA	8096860672	fpadilla@cvenj.judicatura.gov.			JUEZ
PASSOS DE FREITAS, Vladimir	Rua Otávio Caruso Da Rocha, 3	Porto Alegre	RS	BRASIL	55 5132133019	vladimir@trf4.gov.br	5551 32213562	TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL	JUEZ FEDERAL-PRESIDENTE DEL TR
PELAEZ BARDALES, José Antonio	Av. Abancay, Cuadra 5 S/n.- C			PERU	511 4268871		511 4268871		FISCAL SUPREMO ADJUNTO EN LO
PEREYRA, Ruben	C. De Los Pozos 155 8º Piso	Ciudad de Buenos Aires		ARGENTINA	011 49591401	fgacayt@jusbaire.gov.ar		FISCAL GENERAL ADJUNTO C.A.B.A.	JUECES Y FISCALES
PERPIÑAL, Daniel				ARGENTINA				FARN	
PESSOA COSTA, María De Fatima		Brasília		BRASIL	55 613457858			AJUFE	JUEZA
PICOLOTTI, Juan	Av. Gral. Paz 186 10º A	Córdoba	CORDOBA	ARGENTINA	0351 4256278	juan@cedba.org.ar		FUND. CENTRO DE DERECHOS HUMANOS	

ASESOR LEGAL

LIST OF PARTICIPANTS

APELLIDO y NOMBRE	DIRECCION	CIUDAD	PCIA. / ESTADO	PAIS	TELEFONO	E-MAIL	FAX	INSTITUCION	ESPECIALIDAD / CARGO
PINHEIRO FILHO, Francisco		Brasilia		BRASIL	613156162			AJUFE	
PINOCHET, José Ignacio				CHILE	56 24217563	pinochet@fima.cl		FIMA	
PUCHETA DE CORREA, Alicia	Gaspar Rodríguez Francia 325	Asunción		PARAGUAY	595 21480222	iicongresodelainfancia@yahoo.c		PODER JUDICIAL	PRESIDENTE TRIB. APEL. NIÑEZ
QUESADA, José	12 Calle 1-25 Zona 10	Guatemala		GUATEMALA	5022323549	josequesada1@hotmail.com	5022326626	CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	VICEPRESIDENTE CORTE
QUIROGA, Luis	San Martín 451 E.P.	Ciudad de Buenos Aires		ARGENTINA	011 43488277	lquiroga@medioambiente.gov.ar		SAYDS	PERIODISTA
RAMIREZ SANCHEZ, Arturo				MEXICO	52555133810	aramirezs@scjn.gob.mx		TRIBUNAL COLEGIADO EN MAT.CIVIL	JUEZ
RAMOS MIRANDA, Carlos Javier	Urbanización Oyola Calle B 62	Sucre		BOLIVIA	59146425112	ramosabog@hotmail.com		INSTITUTO DE LA JUDICATURA	DERECHO CIVIL Y DE FAMILIA
RAYBAUD, Agustín	Esmeralda 135 6º D	Ciudad de Buenos Aires		ARGENTINA	011 43932963	rraybaud@visitar.com.ar		ENTE UNICO REGULADOR SERV. PUB.	SECTOR ASUNTOS JURIDICOS
RESENDE, Jair Ferreira	Figueredo 535	Belo Horizonte	MG	BRASIL	31 34843890		31 32952141/31 99716101	DEFENSORIA PUBLICA MINAS GERAIS	DEFENSOR PUBLICO
RODRIGUEZ SALAS, Aldo G.	Julián Barraquero 266	Mendoza	MENDOZA	ARGENTINA	0261 4244002	aldosalas1@yahoo.com.ar	0261 4243019	UNIVERSIDAD DEL CONGRESO	
ROMANO, Emilio	Ciudad De La Paz 873	Ciudad de Buenos Aires		ARGENTINA		emilioromano@hotmail.com		AGENCIA PROTECCION Y SEG. AMB.	INGENIERIA EN SEGURIDAD AMBIEN
ROMERO RIVERA, Carlos Jesus	José Antonio 210	Lima		PERU	4363158	cjromerorivera@hotmail.com		FUERZA AREA	CORONEL
ROMERO SOTOMAYOR, Carlos J.	José Antonio 210	Lima		PERU	4363158	austinpitbull@hotmail.com		FUERZA AREA	RECURSOS HUMANOS
ROSENFELD, Adriana	Amenábar 2160 3º A	Ciudad de Buenos Aires		ARGENTINA	011 47816661	proiap@ciudad.com.ar		PROIAP	LIC. EN INFORMACION AMBIENTAL
SABSAY, Daniel A.				ARGENTINA				FARN	
SALONITI, Carlos	Marcelo T. De Alvear 445 5º E	Ciudad de Buenos Aires		ARGENTINA	011 43122429	carlossoniti@hotmail.com		CAMARA DE SENADORES	ABOGADO
SANTINA DE SOUZA R., Carla	Pedro Pires Ferreira 95	Recife	PERNAMBUCO	BRASIL	32679114	santina_carla@yahoo.com.br	8132679114	TRIBUNAL DE JUSTICIA DE PERNAMBUCO	JUEZA DE DISTRITO
SAPAG, María Luz	Hipólito Yrigoyen 1849 4º Of.7	Ciudad de Buenos Aires		ARGENTINA	011 49593000	eco@senado.gov.ar		CAMARA DE SENADORES	SENADORA
SCALLY, Alba		Ciudad de Buenos Aires		ARGENTINA				FARN	
SIBILEAU, Agnes	Las Heras 1693 7º B	Ciudad de Buenos Aires		ARGENTINA	011 48136284	asibileau@fncn.org.ar		FUND. NEUQUEN	ABOGADA
SILVA, Jorge Marcelo	Patricios 443	Bahía Blanca	BUENOS AIRES	ARGENTINA	0291 4832724	yamar@ariba.edu.ar		MINISTERIO PUBLICO FISCAL	OFICIAL LETRADO
SILVA OPAZO, Juan Carlos	Padre Harter 100 Dto. 504	Puerto Montt		CHILE	5665293430	juansilva25@hotmail.com	56094443522	JUZGADO DE GARANTIA CALBUCO	JUEZ
SILVA REPETTO, Rossana	Bv. Virreyes 155, Lomas De Vi	México D.F.		MEXICO	5255 52026394	rossana.silva@pnuma.org	5255 52020950	PNUMA PROGRAMA DE DERECHO AMB.	COORDINADORA
SOARES JUNIOR, Jarbas	Rua Alvarenga Peixoto, 974, 6	Belo Horizonte	MG	BRASIL	5531 32927307	asscaoma@mp.mg.gov.br	5531 32926046	PROCURADOR JUSTIÇA MEIO AMBIENTE	FISCAL
SOBENES, Roxana	Lote 30 Mz P, Sector B-1	San Cristóbal		GUATEMALA	5022212720	ideads@intelnet.net.gt	5022232718	FISCALIA GENERAL MINIST. PUBLICO	FISCAL AMBIENTAL
SOTOMAYOR GONZALEZ, Irma	José Antonio 210 Block. 5	Lima		PERU	4363158	irsogo@hotmail.com		ESSALUD	ENFERMERA
TALAVERA, Joaquín	Vía Del Prado 45	Managua		NICARAGUA	2772182	jtalavera@csj.gob.ni		ESCUELA JUDICIAL DE NICARAGUA	DIRECTOR DE ESCUELA
VAZQUEZ GARCIA, Aquilino	Biógrafos 32	México D.F.		MEXICO	55449478	aqvazque@inc.gob.mx	5255 54074222	INSTITUTO NACIONAL DE ECOLOGIA	ASUNTOS JURIDICOS
VIANA FERREIRA, Enrique A.				URUGUAY	5982 9159566	evianas@hotmail.com	5982 9157965		FISCAL NACIONAL CIVIL
VILLANUEVA, María Victoria				ARGENTINA				FARN	
YEPEZ, Mariana				ECUADOR	5932 222734		5932 2559447	FISCAL GENERAL	FISCAL