Fernando Rei
Genaro Uribe
Organizadores

A EFETIVIDADE DO DIREITO AMBIENTAL E A GESTÃO DO MEIO AMBIENTE NA AMÉRICA IBÉRICA

Balanço de Resultados das Quatro Décadas da Conferência de Estocolmo

Editora Universitária
Leopoldianum
Universidade Católica de Santos

UNISANTOS
Universidade Católica de Santos

Chanceler Dom Jacyr Francisco Braido, CS
Reitor Prof. Me. Marcos Medina Leite
Pró-Reitora Acadêmica Profª. Me. Roseane Marques da Graça Lopes
Pró-Reitora Administrativa Profª. Me. Mariângela Mendes Lomba Pinho
Pró-Reitor Comunitário Prof. Cláudio José dos Santos
Pró-Reitor de Pastoral Prof. Pe. Cláudio Scherer da Silva

Editora Universitária
Leopoldianum
Universidade Católica de Santos

Coordenador:
Prof. Me. Marcelo Luciano Martins Di Renzo

Conselho Editorial:
Prof. André Luiz Vizine
Prof. Gildo dos Santos
Prof. Luiz Carlos Moreira
Profª. Marcia Fernandes Melzer
Profª. Neusa Lopes Vicente
Prof. Luiz Gonzaga Lourenço
Prof. Marcelo Luciano Martins Di Renzo
Prof. Paulo Roberto Bornsen Vibian
Prof. Sérgio Olavo Pinto da Costa
Profª. Thaís dos Santos L. G. Rocha

Editora Universitária Leopoldianum
Av. Conselheiro Nébias, 300 – Vila Mathias
11015-002 – Santos - SP - Tel.: (13) 3205.5555
www.unisantos.br/edul

Atendimento
leopoldianum@unisantos.br

A EFETIVIDADE DO DIREITO AMBIENTAL E A GESTÃO DO MEIO AMBIENTE NA AMÉRICA IBÉRICA

Balanço de Resultados das Quatro Décadas da Conferência de Estocolmo

FERNANDO REI
GENARO URIBE
ORGANIZADORES

Editora Universitária
Leopoldianum
Universidade Católica de Santos

Santos
2012

Dados Internacionais de Catalogação
Sistema de Bibliotecas da Universidade Católica de Santos
SibiU

E27 A efetividade do direito ambiental e a gestão do
2012 meio ambiente na América Ibérica : balanço de resultados das quatro décadas da Conferência de Estocolmo / Fernando Rei, Genaro Uribe (Organizadores). Santos : Editora Universitária Leopoldianum, 2012.
256 p.: il., color.; 23 cm

Inclui bibliografias

1. Direito ambiental internacional. 2. Meio ambiente. 3. Gestão ambiental. I.Rei, Fernando. II. Uribe, Genaro. III. Título.

CDU 349.6

Planejamento Gráfico / Editoração
Cláudio Batista de Carvalho Rodrigues
Setor de Criação UniSantos

Capa
Cláudio Batista de Carvalho Rodrigues
Thiago Cunha
Setor de Criação UniSantos

Revisão
Julia de Lucca

Sobre o Livro
Formato: 160 x 230 mm • **Mancha:** 110 x 180 mm
Tipologia: Goudy Old Style (textos/títulos)
Papel: Cartão Supremo 250g/m² (capa);
Couche Kromma Fosco 80g/m² (miolo)
Tiragem: 500 • **Impressão:** Prol Editora Gráfica

A tiragem desta edição foi integralmente distribuída aos participantes do II Congresso Internacional de Direito Ambiental Internacional da UNISANTOS e V Congresso Internacional sobre Meio Ambiente e Direito Ambiental – ATINA 2012.

Distribuidora Loyola
Livros para um Brasil melhor.

Distribuidora Loyola
Rua São Caetano, 959 (Luz)
CEP 01104-001 – São Paulo – SP
Tel (11) 3322.0100 – Fax (11) 3322.0101
E-mail: vendasatacado@livrarialoyola.com.br

Colabore com a produção científica e cultural.
Proibida a reprodução total ou parcial desta obra sem a autorização do editor.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO..... *7*

PARTE I

CAP. 01 - LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO AMBIENTAL LUEGO DE LA CONFERENCIA DE ESTOCOLMO..... *9*
Isabel De los Ríos - Venezuela

CAP. 02 - EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL INTERÉS DIFUSO AMBIENTAL *27*
Santiago Rosado Pacheco - Espanha

CAP. 03 - PANORAMA DAS CONFERÊNCIAS DAS NAÇÕES UNIDADES SOBRE MEIO AMBIENTE, DE 1972 A 2012 ..... *53*
Alcindo Gonçalves
Maria Luiza Machado Granziera - Brazil

CAP. 04 - LA NATURALEZA COMO SUJETO DE DERECHOS..... *71*
René Bedón Garzón - Equador

CAP. 05 - RESULTADOS DA RIO + 20..... *85*
Gilberto de Paula Pinheiro - Brasil

CAP. 06 - REFLEXÕES SOBRE O PAPEL DO BRASIL NA RIO+20..... *89*
Fernando Rei - Brasil

CAP. 07 - PROBLEMAS ACTUALES DE LOS RECURSOS HÍDRICOS Y CONFLICTOS FUTUROS..... *97*
Julián Mora Aliseda - Espanha

PARTE II

CAP. 08 - EL PRINCIPIO DE NO REGRESION AMBIENTAL A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COSTARRICENSE..... *117*
Mario Peña Chacón - Costa Rica

CAP. 09 - O ORDENAMENTO DO TERRITÓRIO E O SEU ENQUADRAMENTO LEGAL EM PORTUGAL..... *157*
Fernando dos Reis Condesso - Brasil

CAP. 10 - PETRÓLEO, MEIO AMBIENTE E O DIREITO: NOVAS E VELHAS REALIDADES *171*
Vladimir Passos de Freitas
Nathalia Lima Barreto - Brasil

CAP. 11 - CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS AMBIENTAIS..... *185*
Vera Lucia R. S. Jucovsky - Brasil

CAP. 12 - EL DERECHO AMBIENTAL Y LA DOGMATICA PENAL..... *199*
José Antonio Peláez Bardales - Peru

PARTE III

CAP. 13 - EL ACCESO A LA JUSTICIA AMBIENTAL. HACIA UN NUEVO MODELO..... *213*
Genaro Uribe Santos - Peru

CAP 14 - O ACESSO À JUSTIÇA AMBIENTAL E A INADEQUADA VALORIZAÇÃO DOS DANOS AMBIENTAIS EM PORTUGAL..... *233*
Lúcio Pimentel Lourenço - Portugal

CAP. 15 - EL ACCESO A LA JUSTICIA AMBIENTAL. PERSECUSION DE LOS ILICITOS MEDIOAMBIENTALES EN CUBA *243*
Osvaldo Javier Fernández Guerra - Cuba

AUTORES.....*255*

APRESENTAÇÃO

Quarenta anos após a Conferência de Estocolmo e no mesmo ano da Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, a ATINA e a UNISANTOS realizam o 5º Congresso Internacional sobre Meio Ambiente e Direito Ambiental – ATINA 2012 e o 2º Congresso Internacional de Direito Ambiental Internacional da UNISANTOS, com o propósito de avaliar o histórico e a dinâmica do direito ambiental e do direito ambiental internacional no mundo e em particular nos países ibero-americanos.

Reconhecendo a existência de uma nova perspectiva em termos de política e discussão sobre o Desenvolvimento Sustentável na América Latina, ainda que os graus de compromisso envolvidos e de implantação de ações possam variar entre os diversos Estados, é incontestável que nos últimos anos o debate sobre questões ambientais em nossa região está crescendo e de repente se tornou tão importante que dificilmente pode ser excluído de qualquer ação ou decisão pública ou privada, a tal ponto que não é de se estranhar a preocupação com a necessidade de sua promoção e divulgação, inclusive nos sistemas jurídicos.

Neste sentido, o Sistema Universitário de Faculdades de Direito da América Latina adquiriu uma importância predominante, constituindo-se em elemento central para o posicionamento social da questão ambiental e do Direito Ambiental, que não só tem a ver com o envolvimento acadêmico e profissional, mas também com o envolvimento da comunidade que necessariamente atende a esses assuntos e que funciona como mecanismo de controle e envolvimento, com o propósito de proteger o interesse das gerações presentes e futuras.

Este livro reúne as Conferências ministradas em ambos os Congressos, e foi dividido em três partes, para melhor analisar as questões relacionadas com os problemas jurídico-ambientais atuais. Inicialmente, a partir de uma revisão histórica, surge a contribuição de Isabel de los Rios sobre os princípios gerais do direito ambiental decorrentes da Conferência de Estocolmo, secundada pela análise de Santiago Rosado Pacheco sobre a evolução histórica do interesse difuso ambiental. Em seguida, Alcindo Gonçalves e Maria Luiza Machado Granziera apresentam um panorama dos quarenta anos das Conferências das Nações Unidas sobre Meio Ambiente, enquanto Gilberto de Paula Pinheiro e Fernando Rei, separadamente, contribuem com análises sobre os resultados da Rio+20. Fechando a primeira parte, os trabalhos de René Bedón sobre a natureza como sujeito de direitos, e de Julián Mora Aliseda abordando os conflitos atuais e futuros dos recursos hídricos.

A segunda parte do livro está pensada a partir da análise de realidades que envolvem novos desafios ao direito ambiental. Mario Peña Chacón traz um estudo sobre o princípio da não regressão ambiental à luz da jurisprudência constitucional da Costa Rica, enquanto Fernando dos Reis Condesso se debruça na análise do ordenamento do território e seu enquadramento legal em Portugal. Do Brasil vêm as contribuições de Vladimir Passos de Freitas e Nathalia Lima Barreto sobre as novas e velhas realidades que envolvem a relação entre petróleo, meio ambiente e direito, e de Vera Lucia Jucovsky, um estudo sobre o controle de constitucionalidades nas ações civis públicas ambientais. Fechando a segunda parte da obra, a reflexão do direito ambiental e da dogmática penal pelas mãos de José Antonio Peláez Bardales.

Por sua vez, a terceira e última parte reúne três estudos sobre o acesso à justiça ambiental: Genaro Uribe Santos numa visão prospectiva de um novo modelo, Lúcio Pimentel Lourenço sobre a inadequada valorização dos danos ambientais em Portugal e Osvaldo Javier Fernández Guerra acerca dos ilícitos ambientais em Cuba.

Desta forma, espera-se com a organização desta obra, que conta com o apoio científico da CAPES, contribuir para a análise da efetividade do direito ambiental e a gestão do meio ambiente na América Ibérica, num contexto de balanço de resultados das quatro décadas da Conferência de Estocolmo.

Fernando Rei
Genaro Uribe
Coordenadores

PARTE I - **CAP. 01**

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO AMBIENTAL LUEGO DE LA CONFERENCIA DE ESTOCOLMO

ISABEL DE LOS RÍOS

INTRODUCCIÓN

Es imposible que la ley escrita comprenda y prevea toda la infinita variedad de situaciones humanas, variedad que no va sino en aumento, dada la frecuencia con que cambian actualmente. Por ello, quien debe aplicar las normas, se ve en ocasiones sin orientación, debiendo acudir a otras fuentes para resolver el asunto.

Una de estas fuentes la constituyen los principios generales del derecho para la ciencia jurídica en general, que sirven tanto de fuente sustitutiva del derecho en caso de ausencia de ley expresa, como de conductor e impulso para la formulación del derecho positivo, como de guía en la interpretación, con el objeto de uniformar los criterios interpretativos y normativos. Ello acontece de modo más marcado en el derecho ambiental, por encontrarse en constante renovación, y por ser un derecho emergente, resultando a veces de difícil interpretación.

Ello es así tanto para el derecho internacional como para los internos. El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, órgano judicial principal de las Naciones Unidas con sede en La Haya, señala en su artículo 38 como fuentes principales las convenciones internacionales, la costumbre internacional, los principios generales del derecho reconocidos por las naciones, la jurisprudencia y la doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones.

En materias nuevas la comparación es imprescindible, pero siendo el derecho del ambiente tan específico y diferenciado, los principios generales del derecho resultaron insuficientes, por lo que hubo que acudirse a sus propias fuentes, textos obligantes y directrices y a la doctrina para elaborarlos como complemento. Ellos no sólo sirven de guía para la elaboración de las nuevas normas e interpretación de las confusas, sino para suplir los vacíos legales.

El artículo 174 (antes 130 R) del Tratado de la Comunidad Europea, o Tratado de Ámsterdam, indica como sus principios de actuación el de nivel de protección elevado, de cautela, de acción preventiva, de corrección en la fuente, de quien contamina paga, de cooperación transfronteriza y de actuación más allá de sus fronteras, del desarrollo sustentable, de subsidiariedad, y de la utilización prudente de los recursos naturales. En este trabajo, no obstante, presento aquellos principios deducidos de los textos ambientales de alcance planetario y cuya apreciación, por supuesto, podrían variar de un autor a otro.

1. PRINCIPIO DE LA COMPATIBILIDAD AMBIENTE/DESARROLLO

Quizá en este se basa toda la gestión ambiental: ambiente y desarrollo deben ser compatibles; la humanidad no puede estancarse en su evolución, este es uno de sus objetivos primordiales y permite proporcionar bienestar a los miembros de la colectividad. Obviamente, el desarrollo no puede alcanzarse sin el aprovechamiento de los recursos naturales, pero la intervención en la naturaleza debe ser de tal forma que su capacidad de regeneración no sea rebasada, a fin de lograr su producción sostenida.

Los Principio 8 y 10 de Estocolmo declaran el paralelismo entre los factores económicos y ecológicos, al dejar sentado que el desarrollo económico y social es indispensable para asegurar al hombre un ambiente de vida y trabajo favorable y mejorar la calidad de la vida y que han de tenerse en cuenta tanto los factores económicos como los procesos ecológicos.

El Principio 4 de Río va más allá, al presentarlo como un hecho incontrovertible: *"A fin de alcanzar el desarrollo sustentable, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada".*

2. PRINCIPIO DE SUSTENTABILIDAD

No es posible entender el principio anterior sin desembocar en este que ahora se menciona. Una concepción del desarrollo a la cual ya se hizo referencia, supra, la cual fue objeto de atención prioritaria en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente de Río de Janeiro de 1992.

Esta Declaración deja constancia de estas preocupaciones al afirmar en sus principios 3 y 4 que el derecho al desarrollo debe ser ejercido de forma que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras y que para alcanzar el desarrollo sustentable, la protección del ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no debe considerarse de forma aislada.

Pero el desarrollo sustentable no se refiere únicamente a la equidad entre las generaciones presente y futura, sino entre la misma generación que hoy ocupa el planeta, lo que significa luchar por la búsqueda de soluciones ambientales diferentes para situaciones ambientales diferentes.

Por ello puede invocarse acertadamente el Principio 5 de Río: "*Todos los Estados y todas las personas deberán cooperar en la tarea esencial de erradicar la pobreza como requisito indispensable del desarrollo sustentable, a fin de reducir las disparidades en los niveles de vida y responder mejor a las necesidades de la mayoría de los pueblos del mundo*".

El principio presenta dos aristas:

2.1. DERECHO A USUFRUCTUAR LA NATURALEZA

En primer lugar, hay que contar como principio el derecho a aprovechar los recursos naturales para alcanzar el desarrollo. Así lo corrobora el Principio 8 de Estocolmo, visto.

En Río, este principio toma la primera prioridad: Principio 1: "*Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sustentable. Tienen derecho a una vida saludable y productiva, en armonía con la naturaleza*".

2.2. DEBER DE EXPLOTAR LOS RECURSOS NATURALES RACIONALMENTE

En segundo término, este principio le impone a la humanidad ciertos límites: el uso debe ser racional, vale decir, debe garantizar indefinidamente la integridad del recurso y su rendimiento sostenido, asegurando de este modo la posibilidad de legarlos a las generaciones futuras en las mejores condiciones.

El Principio 2 de Estocolmo plantea:

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

En el mismo sentido se pronuncia el Principio 5 de la misma Declaración:

Los recursos no renovables de la Tierra deben emplearse de forma que se evite el peligro de su futuro agotamiento y se asegure que toda la humanidad comparta los beneficios de tal empleo.

La Declaración de Río deja constancia de estas preocupaciones al afirmar en sus principios 3 y 4 que el derecho al desarrollo debe ser ejercido de forma que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y am-

bientales de las generaciones presentes y futuras y que para alcanzar el desarrollo sustentable, la protección del ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no debe considerarse de forma aislada.

3. PRINCIPIO DEL DAÑO PERMISIBLE O TOLERABLE

Como resultado del principio del derecho a usufructuar la naturaleza, es permisible o tolerable cierto residuo de daño ambiental: ninguna actividad humana se produce sin el consumo de la naturaleza y el hombre tiene el derecho, ya se vio, a intervenirla. Pero su impacto sobre el entorno es considerable pues la modificación que produce no proviene de su actividad biológica sino de su actividad productiva. Conciliar las actividades del desarrollo y la protección del ambiente significa la adopción de criterios flexibles entre los cuales es fundamental el principio del daño permisible: la posibilidad de permitir actividades capaces de degradar el ambiente en forma no irreparable, cuando se consideren necesarias por reportar beneficios económicos o sociales, siempre y cuando se establezcan medidas para limitar los daños y reparar sus efectos.

4. PRINCIPIO DE LA SOBERANÍA DE LOS ESTADOS SOBRE SUS RECURSOS NATURALES Y EL AMBIENTE

Había sido consagrado en el Nº 21 de la Declaración de Estocolmo, el cual ratifica a los Estados el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental, al mismo tiempo que les impone la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional. Pero este principio no es, en modo alguno, nuevo. Ya se observa en la Resolución 1.803 adoptada por la XVII Asamblea General de las Naciones Unidas el 14-12-62, relativa a la soberanía permanente de los pueblos sobre sus recursos naturales y en otras numerosas resoluciones de las Naciones Unidas.

Fue casi textualmente recogido en la Declaración de Río. No obstante su origen, este principio tuvo que ser duramente reivindicado por los países en desarrollo, que finalmente encontraron aceptada su postura en el Convenio de Diversidad Biológica, tras largos años de lucha en contra de la tesis de los países industrializados:

"Artículo 15: *En reconocimiento de los derechos soberanos de los Estados sobre sus recursos naturales, la facultad de regular el acceso a los recursos genéticos incumbe a los gobiernos nacionales y está sometido a la legislación nacional*".

Esta posición ya había tenido su antecedente y manifestado regionalmente en forma documental en el Tratado de Cooperación Amazónica, en

el cual se declara que *"el uso y aprovechamiento de los recursos naturales en sus respectivos territorios es derecho inherente a la soberanía del Estado y su ejercicio no tendrá otras restricciones que las que resulten del Derecho Internacional"*. De hecho, todo el Pacto Amazónico fue originado por el ánimo de conjurar todo intento de internacionalizar la Amazonia.

5. PRINCIPIO DE LA DEPENDENCIA DE LOS PROBLEMAS AMBIENTALES DEL ESTADIO DE DESARROLLO

En nuestros países, el problema ambiental si bien no llega a tener las proporciones de los industrializados, lo cual sería ya aberrante, está profundamente influido por el modo de desarrollo y en realidad puede asegurarse que la mayor parte de los problemas ambientales que aquí se confrontan son originados por el subdesarrollo: desequilibrio en cuanto a la disponibilidad de los bienes, el uso de métodos de explotación de los recursos y de tecnología inadecuada para nuestros ecosistemas, la falta de educación, la insuficiencia de mano de obra calificada, el atraso de las poblaciones campesinas, la marginalidad en las ciudades, la falta de equipamiento de la provincia, la ausencia de planificación, la calidad de los servicios públicos y la carencia de personal idóneo en las actividades administrativas.

Pero son igualmente inquietantes las amenazas directas representadas por el uso descontrolado de los recursos naturales, el despilfarro consciente de los recursos naturales y el originado en el uso de tecnologías inapropiadas a los ecosistemas tropicales, la falta de conocimientos sobre sus ecosistemas, la carencia de educación ambiental y de políticas coherentes para enfrentar los problemas ambientales.

Así se lee en la Proclama 4 de Estocolmo: *"En los países en desarrollo, la mayoría de los problemas ambientales están motivados por el subdesarrollo. (...) En los países industrializados, los problemas ambientales están generalmente relacionados con la industrialización y el desarrollo tecnológico"*.

Al respecto, igualmente se deben mencionar los Principios 9, 11 y 12 de Estocolmo:

Principio 9: *"Las deficiencias del medio originadas por las condiciones del subdesarrollo y los desastres naturales plantean graves problemas, y la mejor manera de subsanarlas es el desarrollo acelerado mediante la transferencia de cantidades considerables de asistencia financiera y tecnológica que complemente los esfuerzos interno de los países en desarrollo y la ayuda oportuna que pueda requerirse"*.

Principio 11:" *Las políticas ambientales de todos los Estados deberían estar encaminadas a aumentar el potencial de crecimiento actual o futuro de los países en desarrollo y no deberían coartar ese potencial ni obstaculizar el logro de mejores condiciones de vida para todos"*.

Principio 12: *"Deberán destinarse recursos a la conservación y mejoramiento del medio, teniendo en cuenta las circunstancias y las necesidades especiales de los países en desarrollo y cualesquiera gastos que pueda originar a estos países la inclusión de medidas de conservación del medio en sus planes de desarrollo, así como la necesidad de prestarles, cuando lo soliciten, más asistencia técnica y financiera internacional con ese fin".*

Es notoria también la insistencia en la Declaración de Principios de Río acerca de las diferencias entre los países según su estadio de desarrollo, como se verá en seguida.

6. PRINCIPIO DE NO CAUSAR DAÑOS AL AMBIENTE DE OTROS ESTADOS

El principio, que incluye paralelamente la obligación y el compromiso de no causar daño al ambiente de otros países o zonas, fue establecido por la Corte Internacional de Justicia en su decisión del 9 de abril de 1949, en el caso del estrecho de Corfú: *"Ningún Estado puede utilizar su territorio con fines contrarios a los derechos de otros Estados".*

Esos postulados fueron reafirmados en la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano en su principio 21: *"De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurarse que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de su jurisdicción nacional".*

Y así mismo el Principio 22: *"Los Estados deben cooperar para continuar desarrollando el derecho internacional en lo que se refiere a la responsabilidad y a la indemnización a las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales que las actividades realizadas dentro de la jurisdicción o bajo el control de tales Estados causen en zonas situadas fuera de su jurisdicción".*

El primer programa de actuación en materia ambiental de las Comunidades Económicas Europeas, de 1973, y la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 12 de diciembre de 1974, retoman el mismo principio. El desconocimiento de esa obligación conlleva la responsabilidad y el deber de reparar el perjuicio causado.

Con respecto a Río de Janeiro, el Principio 2 reitera el postulado 21 de Estocolmo, casi con idénticas palabras. Así mismo, lo hace el Convenio sobre Diversidad Biológica.

Ligado a este precepto, se encuentra el Principio 14 de Río: *"Los Estados deberían cooperar efectivamente para desalentar o evitar la reubicación y la transfe-*

rencia a otros Estados de cualesquiera actividades y sustancias que causen degradación ambiental grave o se consideren nocivas para la salud humana".

Los Principios 18 y 19 abundan sobre la necesidad de no causar daños a otros Estados:

Principio 18: *"Los Estados deberán notificar inmediatamente a otros Estados de los desastres naturales u otras situaciones de emergencia que puedan producir efectos nocivos súbitos en el medio ambiente de esos Estados. La comunidad internacional deberá hacer todo lo posible por ayudar a los Estados que resulten afectados (...)".*

Principio 19: *"Los Estados deberán proporcionar la información pertinente, y notificar previamente y en forma oportuna, a los Estados que posiblemente resulten afectados por actividades que puedan tener considerables efectos ambientales transfronterizos adversos, y deberán celebrar consultas con esos Estados en fecha temprana y de buena fe".*

7. PRINCIPIO DE INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN

Las normas ambientales dependen en gran medida de los conocimientos científicos y tecnológicos y de sus avances, por ello, para la protección del ambiente y la consecución del desarrollo sustentable es imprescindible el auxilio de todas las naciones. El conocimiento científico es un producto social, toda vez que la cultura emerge del hecho social, aun en los productos individuales pues estos reposan sobre una base de conocimientos producto del conjunto social. El avance en todos los campos de la ciencia, y de toda evidencia en derecho ambiental, será mucho más acentuado y más veloz en la medida en que no se dupliquen los esfuerzos.

Estocolmo ya lo destacaba, al punto de dedicarle dos principios:

Principio 18: *"(...) Como parte de su contribución al desarrollo económico y social, se debe utilizar la ciencia y la tecnología para descubrir, evitar y combatir los riesgos que amenazan al medio, para solucionar los problemas ambientales y por el bien común de la humanidad.*

Principio 20: *"Se deben fomentar en todos los países en desarrollo, la investigación y el desarrollo científicos referentes a los problemas ambientales, tanto nacionales como multinacionales. A este respecto, el libre intercambio de información científica actualizada y de experiencias sobre la transferencia debe ser objeto de apoyo y asistencia, a fin de facilitar la solución de los problemas ambientales; las tecnologías ambientales deben ponerse a disposición de los países en desarrollo en condiciones que favorezcan su amplia difusión sin que constituyan una carga económica excesiva para esos países".*

De su parte, el Principio 9 de Río reza: *"Los Estados deberían cooperar en el fortalecimiento de su propia capacidad de lograr el desarrollo sustentable, aumentando el saber científico mediante el intercambio de conocimientos científicos y tecno-*

lógicos, e intensificando el desarrollo, la adaptación, la difusión y la transferencia de tecnologías, entre éstas, tecnologías nuevas e innovadoras".

Los Principios 18 y 19 de Río, aunque se refiere al intercambio de información, pero no a la información científica sino a la información y notificación oportuna de sucesos que puedan incidir en el entorno físico, con la finalidad de prevenir desastres a otros Estados, lo que quedó expuesto en el punto anterior.

8. PRINCIPIO DE PREVENCIÓN DE DAÑOS TRANSFRONTERIZOS

Como dice lo que ya es un lugar común, el ambiente no conoce fronteras, ni los daños o riesgos de que estos se causen tampoco. Y aun cuando la contaminación tiene largas piernas, es lógico suponer que sean los países fronterizos quienes más pueden verse amenazados con los problemas ambientales originados en un Estado.

El Principio 12 de Río dispone sobre el particular que *"Los Estados deberían cooperar en la promoción de un sistema económico internacional favorable y abierto que llevara al crecimiento económico y el desarrollo sustentable de todos los países, a fin de abordar en mejor forma los problemas de la degradación ambiental. Las medidas de política comercial con fines ambientales no deberían constituir un medio de discriminación arbitraria o injustificable ni una restricción velada del comercio internacional. Se debería evitar tomar medidas unilaterales para solucionar los problemas ambientales que se producen fuera de la jurisdicción del país importador. Las medidas destinadas a tratar los problemas ambientales transfronterizos o mundiales deberían, en la medida de lo posible, basarse en un consenso internacional".*

Los Principios 18 y 19, transcritos supra, también se refieren a la prevención de daños fronterizos.

9. PRINCIPIO DE LA RESPONSABILIDAD COMÚN PERO DIFERENCIADA

El Principio 7 de la Declaración de Río consagra este, que, a todas luces, introduce la equidad también entre los Estados en cuanto a los deberes que tienen cada uno en la conservación del ambiente planetario, así como el desarrollo sustentable pretende la equidad entre los individuos:

"Los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra. En vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, los Estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas. Los países desarrollados reconocen la responsabilidad que les cabe en la búsqueda internacional

del desarrollo sustentable, en vista de las presiones que sus sociedades ejercen en el medio ambiente mundial y de las tecnologías y los recursos financieros de que disponen".

Los Principios 6 y 11 van en el mismo sentido: el primero en cuanto a la prioridad especial que deberán recibir los países en desarrollo, en particular los más vulnerables. El segundo, en lo referente a la advertencia de que las normas aplicadas por algunos países pueden resultar inadecuadas y representar un costo social y económico injustificado para otros países, en particular los países en desarrollo.

10. PRINCIPIO DE PREVENCIÓN

La prevención es la tendencia natural en materia ambiental, toda vez que ella significa impedir que sobrevengan daños al ambiente a través de la adopción de medidas, desde el inicio de las actividades capaces de causar daños al entorno, e incluso antes, desde la elaboración de los planes respectivos.

Este principio marcó las normas ambientales internacionales desde sus inicios y se basa en el hecho de que la corrección de daños ambientales no solo es más costosa y difícil sino que en ocasiones deviene imposible, con relación a la prevención de los daños desde la fuente.

Por ello se plantean como requisitos insoslayables medidas a ser tomadas ante de la producción de los hechos que puedan originar efectos nocivos al ambiente. Este principio tiene repercusiones en cuanto a los mecanismos de aplicación:

10.1. RECONOCIMIENTO DE LA PLANIFICACIÓN COMO MECANISMO ESENCIAL

Llama la atención las veces que la Declaración de Estocolmo se refiere a la necesidad de la planificación. Así ya se ha visto supra en el Principio 2.

El Principio 4 lo reitera: *"El hombre tiene la responsabilidad especial de preservar y administrar juiciosamente el patrimonio de la flora y la fauna silvestre y su hábitat, que se encuentren actualmente en grave peligro por una combinación de factores adversos. En consecuencia, al planificar el desarrollo económico debe atribuirse importancia a la conservación de la naturaleza, incluidas la flora y fauna silvestre".*

Otros principios del mismo documento insisten en ello:

Principio 13: *"A fin de lograr una más racional ordenación de los recursos y mejorar así las condiciones ambientales, los Estados deberían adoptar un enfoque integrado y coordinado de la planificación de su desarrollo, de modo que quede asegurada la compatibilidad del desarrollo con la necesidad de proteger y mejorar el medio ambiente humano en beneficio de su población".*

Principio 14: *"La planificación racional constituye un instrumento indispensable para conciliar las diferencias que puedan surgir entre las exigencias del desarrollo y la necesidades de proteger y mejorar el medio".*

Principio 15: *"Debe aplicarse la planificación a los asentamientos humanos y a la urbanización con miras a evitar repercusiones perjudiciales sobre el medio y a obtener los máximos beneficios sociales, económicos y ambientales para todos. A este respecto deben abandonarse los proyectos destinados a la dominación colonialista y racista".*

Principio 17: *"Debe confiarse a las instituciones nacionales competentes la tarea de planificar, administrar o controlar la utilización de los recursos ambientales de los Estados con el fin de mejorar la calidad del medio".*

10.2. OBLIGACIÓN DE TOMAR EN CUENTA LOS ESTUDIOS DE IMPACTO

Con este principio se buscar evitar que las obras humanas produzcan impactos negativos sobre el ambiente o, de no ser posible su eliminación, la reducción al máximo de sus secuelas, a través de la evaluación de las consecuencias que sobre el ambiente pueden causar, antes mismo de que la obra sea autorizada, vale decir, en la fase de proyecto.

El Principio 17 de Río dispone que deberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental como instrumento nacional, para cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir impacto negativo considerable en el ambiente y esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional.

11. PRINCIPIO QUIEN CONTAMINA RESPONDE

Este es uno de los primeros postulados aceptados en derecho ambiental, y tiene su origen en la teoría económica según la cual los costos sociales derivados de la producción industrial deben ser internalizados, es decir, considerados por los responsables de los proyectos dentro de sus costos.

Es diáfano el Principio 16 de Río: *"Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés publico y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales".*

Ello no significa, como ha sido interpretado en ocasiones, como el derecho o el permiso a degradar el ambiente mediando un pago. Todo lo contrario, este principio se traduce en la responsabilidad derivada del usufructo ambiental por parte de los administradores de los proyectos, de cargar con los costos ambientales generados.

12. PRINCIPIO QUIEN INFRINGE SERÁ SANCIONADO

Si bien la prevención es lo deseable en asuntos ambientales, es preciso contar con casos en que la prevención falle. Así, y acogiendo este principio, desde 1972 se han multiplicado las legislaciones nacionales que han tipificado como delitos las conductas agresoras del ambiente, con valor per se, con independencia del precio económico de los bienes afectados.

En este sentido resulta interesante la Resolución Nº 5 de 1977 del Consejo Europeo del Derecho del Ambiente, según la cual *"valor fundamental como la vida o la propiedad privada y pública, el ambiente debe ser protegido al mismo tiempo por el Derecho Penal: al lado del asesinato o del robo, cada código penal debe comprender penalidades por contaminación, molestias, destrucción, degradación y otros daños a la naturaleza".*

Quizá sea este el primer texto de alcance mundial que declara al ambiente como bien jurídico, esto es, digno de ser tutelado por el Derecho Penal. En este principio también se observa la responsabilidad por los daños ambientales, que aparte de la esfera civil, alcanza también la penal y administrativa, según el nivel de reproche de la conducta.

13. PRINCIPIO DE LA ABOLICIÓN DE DERECHOS ADQUIRIDOS

Tan es así, que, relacionado con este precepto, en materia ambiental ha sido revocado el principio existente en la tradición jurídica de la sacralidad de los derechos adquiridos. En este sentido, una nueva norma ambiental dejará sin efecto cualquier derecho adquirido que se le oponga, incluso originado en actos administrativos autorizatorios. Si las regulaciones ambientales sólo pudieran tornarse exigibles a las nuevas instalaciones o actividades, el derecho ambiental perdería todo sentido.

Esto es reconocido en el Derecho Internacional.

14. PRINCIPIO DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA

El principio de participación ciudadana, como uno de los derechos humanos de la solidaridad, todavía esperando su consagración internacional, incluye derechos y deberes. Dentro de los primeros, el acceso a la información, la oportunidad de participar en la toma de decisiones relativas a su medio ambiente, el derecho a la educación ambiental y el derecho a ser indemnizado como víctima; dentro de los segundos, el deber de colaborar en la protección del ambiente.

Se destacan también de Estocolmo los principios 23 y 24, en relación a la oportunidad de participar, tanto individual como colectivamente, en los procesos de preparación de las decisiones que conciernen directamente

a su medio ambiente y, en caso de haber sido objeto de daño, de ejercer los recursos necesarios para obtener una indemnización; y el deber de toda persona de procurar que se alcancen y se observen los objetivos y las disposiciones de la Carta.

Es en la Declaración de Río donde se encuentran más explícitos esos derechos y deberes. Así se ve en el Principio 10: *"El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda".*

Los principios 20 al 22 exigen ya la participación de categorías de personas expresamente; ellos tratan de la necesidad imperiosa de contar con la participación de la mujer, de los jóvenes y de las comunidades indígenas para lograr el desarrollo sustentable.

Como quiera que este principio requiere de especiales mecanismos para que se convierta en verdadero derecho y no permanezca en expectativa de derechos, el Convenio sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Materia de Medio Ambiente, o Convenio de Aarhus por haberse firmado en esa ciudad danesa, del 25 de junio de 1998, promueve una serie de mecanismos para garantizar la participación en los asuntos ambientales, exigiendo la remoción de los obstáculos que puedan dificultarla. La Unión Europea pretende así sensibilizar a los ciudadanos en las cuestiones ambientales y mejorar la aplicación de la normativa.

14.1. DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

El mismo Principio 10 de la Declaración de Río manifiesta que en el plano nacional, toda persona deberá tener el mismo acceso adecuado a la información sobre el ambiente que las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. *"Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre estos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes".*

14.2. DERECHO A LA EDUCACIÓN AMBIENTAL

Para lograr la participación de la ciudadanía es indispensable la educación ambiental, toda vez que sólo debidamente informados es posible elegir en libertad, por lo cual se incluye este principio dentro del derecho a la participación.

La Declaración de Estocolmo le dedica a este último el Principio 19, al señalar como indispensable una labor de educación en cuestiones ambientales, tanto para las generaciones jóvenes como a los adultos, con la debida atención al sector de población menos privilegiado, para ensanchar las bases de una opinión pública bien informada y de una conducta inspirada en el sentido de su responsabilidad en cuanto a la protección y mejoramiento del medio en toda su dimensión humana.

Supone también, como esencial, que los medios de comunicación de masas eviten contribuir al deterioro del medio ambiente humano y difundan, por el contrario, información de carácter educativo sobre la necesidad de protegerlo y mejorarlo, a fin de que el hombre pueda desarrollarse en todos los aspectos.

14.3. DERECHO A INDEMNIZACIÓN POR CAUSAS AMBIENTALES

El Principio 22 de Estocolmo hace referencia al asunto: *"Los Estados deben cooperar para continuar desarrollando el derecho internacional en lo que se refiere a la responsabilidad y a la indemnización a las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales que las actividades realizadas dentro de la jurisdicción o bajo el control de tales Estados causen en zonas situadas fuera de su jurisdicción."*

En cuanto al derecho a ser indemnizados por causas ambientales, el Principio 13 de Río ratifica el anterior, al declarar que los Estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad e indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales. Los Estados deberán cooperar asimismo de manera expedita y decidida en la elaboración de nuevas leyes internacionales sobre responsabilidad e indemnización por los efectos adversos de los daños ambientales causados por actividades dentro de su jurisdicción, o bajo su control, en zonas fuera de ella.

15. PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN

Siendo tan graves los efectos de gran parte de la mayoría de los atentados contra el ambiente, y las probabilidades de que ellos sean irreversibles, uno de los principios más recientes en esta materia es el de negar, como apoyo a la hora de tomar decisiones que impliquen efectos sobre el ambiente, el argumento de la falta de certeza científica.

Así se declara en el Principio 15 de Río: *"Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adop-*

ción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente".

Esto es el principio precautorio, "in dubio pro ambiente" o "in dubio pro natura", denominaciones ya recogidas en numerosos foros ambientalistas. La Declaración de Johannesburgo reitera el criterio, y si bien el de prevención reinó desde Estocolmo hasta finales del siglo pasado, el de precaución se impone en el XXI.

Va bastante más allá, pues el primero se basa en la previsibilidad de los acontecimientos, vale decir, en la certeza del hecho y de sus efectos, y, por el contrario, el precautorio encuentra su fundamento en una falta de certeza, en una incertidumbre, en la imprevisibilidad. Y es muy ambicioso, pues pretende, nada menos, ya no anticiparse al daño, sino anticiparse al riesgo de daño.

El principio trastoca el Derecho en general y no solo el derecho ambiental. Y el cambio drástico es a todos los niveles pues, de entrada, supone también la inversión de la carga de la prueba, toda vez que, en obediencia a este principio, corresponde al responsable de la actividad potencialmente dañosa, probar la inocuidad de su proyecto. Y en esta palabra "potencialidad" radica uno de los trazos fundamentales del principio, pues ya no se exige el riesgo cierto, como es lo usual en el derecho clásico, sino, por el contrario, el peligro potencial de daño grave es suficiente para dictar las medidas necesarias para conjurarlo.

Esto conduce a otra característica visible en su enunciado: el peligro de daño debe ser grave o irreversible. Así, el principio descansa en una incertidumbre científica, en un peligro potencial, pero también en la certeza de que si el daño se produce será grave o irreversible.

Este principio se sitúa, al menos por los momentos, en la primera escala en cuanto a los modos de hacer frente a los atentados al ambiente, por encima y en ese orden, de la prevención, de la restauración o reparación in natura, de la compensación, de la reordenación, de las medidas mitigantes, de la reparación por equivalentes y de las sanciones de carácter personal.

16. PRINCIPIO DE LA PAZ COMO REQUISITO DEL DESARROLLO SUSTENTABLE

Es sobre todo en Río de Janeiro donde se ponen de manifiesto las preocupaciones por la paz. Sus últimos cuatro principios son dedicados a este punto fundamental, entre los que se destaca el convencimiento de que es imposible conseguir el desarrollo sustentable en un clima de opresión y de guerra.

Principio 23: *"Deben protegerse el medio ambiente y los recursos naturales de los pueblos sometidos a opresión, dominación y ocupación.*

Principio 24: *La guerra es, por definición, enemiga del desarrollo sustentable. En consecuencia, los Estados deberán respetar las disposiciones de derecho internacional que protegen al medio ambiente en épocas de conflicto armado, y cooperar en su ulterior desarrollo, según sea necesario".*

Principio 25: *"La paz, el desarrollo y la protección del medio ambiente son interdependientes e inseparables".*

Principio 26: *"Los Estados deberán resolver pacíficamente todas sus controversias sobre el medio ambiente por medios que corresponda con arreglo a la Carta de las Naciones Unidas".*

El hecho de que se le dediquen 4 de los 27 principios al tema, no deja lugar a interpretaciones sobre la importancia que le concede la Declaración a la paz en la consecución del desarrollo sustentable. El lugar de primacía lo ocupa el ambiente, pues el primero de los principios se refiere a la defensa del ambiente en los países sometidos, y no a la protección de la población sometida.

El segundo y el tercero son muy similares en sus alcances: en tanto uno declara la guerra enemiga del desarrollo, el otro sostiene que la paz y el desarrollo son inseparables, vale decir, son amigos, por lo que en tiempo de conflicto armado es preciso proteger el ambiente. El último de ellos declara que el ambiente no debe ser motivo de discordia.

17. PRINCIPIO DEL MULTILATERALISMO

Es de los pocos principios que se pueden extraer de la Declaración de la Conferencia de Johannesburgo, pero lo hace de manera enfática. La Declaración de la Conferencia está organizada alrededor de seis ejes principales, de los cuales el quinto se titula *"El multilateralismo es el futuro"* y contiene los puntos 31 al 33, los cuales sostienen que para lograr las metas de desarrollo sustentable, se necesitan instituciones multilaterales e internacionales más efectivas, democráticas y responsables; se reafirma el compromiso con los principios y los propósitos de la Carta de la ONU y la ley internacional, así como también el fortalecimiento del multilateralismo; se apoya el papel de liderazgo de las Naciones Unidas como la organización más universal y representativa en el mundo, que está mejor posicionada para promover el desarrollo sustentable.

El señalamiento es claro en relación a que el multilateralismo, esto es, la búsqueda de acuerdos con todas las naciones, o al menos con la mayor cantidad posible, es considerado por la Cumbre como la vía posible para el logro del desarrollo sustentable. Este tipo de cooperación internacional tie-

ne como objetivo el garantizar la participación justa y equitativa de todos los países, como manera de luchar contra las posiciones hegemónicas o unilaterales de los más fuertes.

Sólo el fortalecimiento de instituciones internacionales integradas por una multitud de países puede garantizar la competencia en igualdad de condiciones en un mundo globalizado. Están demasiado a la vista y demasiado recientes las intervenciones unilaterales, concretamente de Estados Unidos, en países pequeños y vulnerables para no medir el peligro que ello significa para la paz mundial, requisito para el logro del desarrollo sustentable.

18. PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LAS NORMAS INTERNACIONALES SOBRE LAS INTERNAS

Los principios internacionales ambientales presentan la novedad de constituirse en obligatorios para los Estados firmantes sin necesidad de posterior aprobación por los organismos legislativos nacionales, como quedó establecido en Río y en las posteriores convenciones mundiales, cuyos mandatos aun cuando originariamente no tenían carácter vinculante hoy en día los compromisos asumidos por los Estados son acatados incluso antes de la incorporación al ordenamiento interno.

19. PRINCIPIO DE LA IRREVERSIBILIDAD DE LAS NORMAS AMBIENTALES

Las última crisis económicas mundiales han producido que la adaptación de las normas ambientales en algunos países, sobre manera en los más industrializados, haya sido en sentido inverso al propuesto inicialmente. Frente a estas amenazas se impone la fundamentación de una teoría que pueda oponerse con éxito a los retrocesos legislativos o jurisprudenciales en materia de ambiente. Ello motivó que un grupo de juristas, liderados por el francés Michel Prieur, en 2010 emprendiera una investigación con el objeto de construir este nuevo principio.

El principio de irreversibilidad es el compromiso mínimo para el Estado y trae aparejado la imposibilidad de su derogatoria y la obligatoriedad de aplicar, entre dos normas diferentes para el mismo caso, aquella más favorable, sin que venga al caso la jerarquía legal. Y es la obligación mínima porque no exige un avance, tan solo impide una desmejora. A pesar de los esfuerzos hechos en las reuniones preparatorias de la Reunión Río+20, el principio de irreversibilidad no fue aceptado en el documento final "El futuro que queremos"; quedó reducido al reconocimiento de que, respecto a lo insuficiente de los progresos alcanzados desde la última Cumbre Mundial y los contratiempos en algunos aspectos de la integración de las tres dimensiones

del desarrollo sustentable, agravados por las múltiples crisis financieras, económicas, alimentarias y energéticas, (...) "es esencial no dar marcha atrás al compromiso asumido con los resultados de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo", expuesto en el párrafo 20.

De hecho, "El futuro que queremos", al igual que el documento final de Johannesburgo, ya no es una declaración de principios, sino un compendio de enunciados sin ningún compromiso concreto y se centra en resaltar y reafirmar los resultados obtenidos en Río de Janeiro en 1992

CONCLUSIÓN

Los principios generales del derecho ambiental se encuentran derivados de los documentos internacionales, fundamentalmente de las Declaraciones de Principios de las Conferencias de Estocolmo, de Río, de la Reunión de Johannesburgo y de la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982.

Estos principios son universalmente aplicables y en su origen tenían solo carácter indicativo, hoy en día sirven de sustento a las normas jurídicas ambientales de los diferentes países, al servir de socorro para suplir las todavía abundantes carencias legislativas. Pero también para guiar al intérprete en la aplicación de las normas existentes, cuya especificidad y complejidad tan marcadas las tornan de difícil comprensión, y al legislador en una materia que ha irrumpido de modo avasallante en las normas clásicas del derecho, trastocando no pocos principios.

La validez de la elaboración de tales principios es un asunto pacífico, entre otras razones porque no existe una determinación expresa o un número cerrado de principios generales del derecho; porque ellos no se aplican a todas las disciplinas de manera inflexible (por ejemplo, el derecho penal escapa a algunos de ellos), sin contar la enorme construcción legal y doctrinaria del derecho ambiental, rama que nació, como ninguna otra, asistida de toda una elaboración filosófica, ideológica y conceptual.

PARTE I - **CAP. 02**

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL INTERÉS DIFUSO AMBIENTAL

SANTIAGO ROSADO PACHECO

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, se habla con una cierta familiaridad de un conjunto de situaciones y derechos que se han denominado como "derechos fundamentales de tercera generación" y que hacen referencia a los "derechos de los consumidores y usuarios", "protección de la salud", "calidad de vida", "protección del patrimonio histórico", y, para lo que aquí interesa, el reconocimiento del "derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona". En buena medida éstos derechos se recogen ya en los textos de las Constituciones Nacionales, en general, como principios inspiradores del ordenamiento jurídico, y en un buen número de instrumentos jurídicos internacionales[1], tanto como principios a incorporar por los Estados como recomendaciones a los mismos.

Este reconocimiento marca la nueva vocación de los Estados y de las Organizaciones internacionales que van incorporando "relaciones jurídicas que provisionalmente podemos denominar colectivas", es decir, relaciones jurídicas que ya no se pueden centrar en la tutela judicial del derecho subjetivo individual, porque es necesario hacer frente a la tutela de esos derechos e intereses que afectan a grupos muy numerosos de personas.

El camino recorrido para llegar a esta situación, como siempre sucede en el mundo jurídico, está siendo largo, complejo y no exento de dificultades. Por sintetizar la situación, se puede establecer que los problemas planteados vienen, por un lado, de la evolución, modo y cristalización del reconocimiento de estos "bienes jurídicos" que, en buena medida, son deudores

1 Ya desde la "Declaración Universal de los Derechos Humanos" de 1948, se establece claramente que "*toda persona tiene el derecho a un nivel adecuado de vida que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar*". Por otro lado, el "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" de 1966, establece el carácter del medio ambiente como un requisito indispensable para el adecuado desarrollo de la persona. Además, la Declaración de Estocolmo (Naciones Unidas) de 1972 sobre "medio Ambiente Humano", establece que es un derecho disfrutar de las "*condiciones de vida satisfactorias en un ambiente cuya calidad le permita vivir con dignidad y bienestar*". Por fin, la Declaración de Rio de 1992, afirma que "*la paz, el desarrollo y la protección del medio ambiente son interdependientes e inseparables*" (Principio 25) y que los Estados deberán promulgar leyes "eficaces" sobre el medio ambiente pero, además, deberán proporcionar el "acceso efectivo" a los procedimiento judiciales y administrativos (Cap. II Principios 11 y 10).

de lo que se ha dado en llamar la "*cláusula social del Estado*", y que siempre tienen una referencia a la "titularidad" de los mismos de manera genérica y/o colectiva, trascendiendo el ámbito meramente individual: Así, con fundamento en los materiales constitucionales del entorno Iberoamericano, podemos afirmar que "el derecho a un medio ambiente adecuado" está referido siempre a términos como "todos", "toda persona", "todos los habitantes", "todas las personas", o expresiones similares, y, en algunos casos como en el artículo 45 de su Constitución española de 1978 se hace referencia a que: "Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales...apoyándose en la indispensable **solidaridad colectiva**". Aquí se comprueba la referencia a una "titularidad" del bien jurídico del medio ambiente como de una titularidad difusa, o si se quiere, de toda la comunidad política ("todos"), y la indudable referencia a lo colectivo ("la solidaridad colectiva").

Este tipo de reconocimiento de una titularidad colectiva o difusa en el Derecho positivo encuentra otro problema añadido, estrechamente ligado a la concepción del Estado de Derecho, legado de la Revolución francesa de 1789 ("Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano), que consiste en el desafío de elaborar una técnica adecuada para dar cauce a la protección o tutela judicial del bien jurídico (medio ambiente, etc.), bien desarrollada para las relaciones jurídicas individuales, pero escasamente evolucionado con respecto a la titularidad colectiva o difusa, es decir, nos encontramos con un problema, fundamentalmente de Derecho procesal, que afecta al tema genérico de la legitimación para impetrar un determinado proceso en defensa de los derechos e intereses difusos y colectivos reconocidos en los textos de derecho positivo.

No obstante, como consecuencia de que en las Constituciones democráticas el Estado, también, asume un papel de portador de los intereses generales, éste no puede, únicamente, comportarse como un mero policía, al estilo del Estado liberal del "*laissez faire, laissez passer, le monde va de lui-même*", ya que recibe un encargo constitucional para hacer efectivos esos bienes jurídicos y, por ello, recibe una obligación de tutela que se superpone con la titularidad del bien colectivo o difuso.

I. LA CLÁUSULA DEL ESTADO SOCIAL

Otro problema añadido al reconocimiento "del derecho al medio ambiente", siempre ciñéndonos al ámbito iberoamericano, es una cierta confusión terminológica y jurídica a la hora de calificar tal derecho. Con frecuencia nos encontramos con la calificación según la cuál "el derecho al medio ambiente" pertenece a **la tercera generación de los derechos fundamenta-**

les. Esta idea puede ser equívoca y llevar a una gran confusión, por lo que se imponen unas aclaraciones previas.

1. LA PRIMERA GENERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

En primer lugar, se debe recordar que, tomando como referencia la "Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano" de 1789 (donde aparecen las ideas de libertad, propiedad, seguridad y resistencia a la opresión)[2] y la propia Constitución francesa de 1791, el catálogo constitucional de derechos fundamentales tiene la característica, en aquél momento, de tratarse de un reconocimiento de derechos en el marco de las leyes, por ello se habla en muchas ocasiones de que los derechos fundamentales son meras declaraciones programáticas constitucionales que, para su efectividad requieren con posterioridad una regulación mediante leyes ordinarias, y por ello, se puede afirmar que se trata de "un sistema de derechos fundamentales en el marco de las leyes". Esta es la llamada "**primera generación de derechos fundamentales**".

2. LA SEGUNDA GENERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

"**La segunda generación de derechos fundamentales**" viene expresada en un cambio radical desde la perspectiva jurídico-constitucional, de manera que el texto constitucional reconoce de manera positiva un catálogo de derechos subjetivos de aplicación directa desde la Constitución, a los que se reviste de unas garantías jurídicas y unos medios de protección tales que se puede afirmar de un modo gráfico que se configura un "**sistema de leyes en el marco de los Derechos Fundamentales**". Este rasgo hace posible que el ciudadano pueda acudir a los Tribunales y/o al Tribunal Constitucional en amparo de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la Constitución, existan o no regulaciones posteriores a través de ley de los mismos[3]. En general, esta fase

2 Es necesario recordar que el origen de los derechos humanos o "fundamentales" (terminología alemana) se encuentra en las luchas religiosas en Inglaterra en los Siglos XVI y XVII, que dieron como resultado la declaración contenida en el "*Bill od Rights*" en 1689, además de la Declaración de Virginia y la Constitución americana de 1786 (que impone los derechos desde la propia Constitución, sin necesidad de desarrollo legal). La revolución inglesa se inicia en 1628 con el documento denominado "*Petition of rights*" que contiene la relación de derechos y libertades que el Parlamento considera violados y cuya garantía se exige al Rey Carlos I (aprobación de tributo, seguridad política, etc.) y donde aparecen las ideas de libertad y propiedad. En 1679 el "*Writ of Habeas Corpus*", y en 1689 el famoso "*Bill of rights*", que contiene la declaración de los derechos proclamada por el Parlamento y los principios esenciales del constitucionalismo británico.

3 Se puede traer aquí el ejemplo español del régimen jurídico de los derechos y libertades fundamentales en la Constitución de 1978: 1) La Constitución declara el contenido constitucional del derecho; 2) se exige lay orgánica ("quórum" cualificado) para la regulación y desarrollo de los mismos (art. 81.1 CE), en concreto de los regulados en el Título I , Capítulo II, Sección I (arts. 14 a 29 CE), mientras que los derechos de la Sección II serán regulados por ley ordinaria (así el art. 33

se produce después del primer cuarto del siglo XX y se consolida a partir del final de la segunda Guerra Mundial.

3. LA TERCERA GENERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En un proceso paralelo a la evolución de los derechos y libertades *individuales* y fundamentales, que son útiles para la protección del ciudadano ante las intervenciones del poder del Estado en relación con la vida, la libertad y la propiedad, se inició con la Constitución mejicana de 1917 (Querétaro) y con la Constitución alemana de Weimar el denominado constitucionalismo social, (reforma agraria, estatuto constitucional del trabajo, titularidad pública en origen de bienes, recursos y propiedad, etc.) hasta llegar al hoy denominado "Estado Social de Derecho" o la "Cláusula Social del Estado" (significativamente la Constitución española de 1978, en su art. 1.1: "*España se constituye en un Estado Social y Democrático de Derecho*", la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania de 1949, en su art. 20.1: "*La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social*", la Constitución de la República francesa de 1958, en su art.1: "*Francia es una República indivisible, laica, democrática y social...*"). Esta expr esión marca la vocación de los Estados contemporáneos, o expresado de otra forma, marca una dirección en la actuación del Estado. Este rasgo implica un Estado fuertemente intervencionista que desplegará su actividad en los más diversos sectores (vivienda, economía, medios de comunicación, sociedad de la información, patrimonio histórico, medio ambiente, etc.). Pero, para lo que aquí interesa, conviene dejar sentado que el "Estado Social" incorpora un contenido a la Constitución que ha sido denominado como "**derechos fundamentales de tercera generación**"[4].

CE: "derecho a la propiedad y a la herencia"); 3) Se prohíbe la regulación normativa de los derechos (arts. 14 a 29 CE) mediante Decretos-Legislativos y Decretos-Ley del Gobierno, pero no los de la Sección II; 4) al existir reserva de ley, no caben los supuestos de regulación de los mismos a través de la potestad reglamentaria independiente o "*praeter legem*" del Gobierno; la reforma constitucional que afecte a los derechos fundamentales y libertades públicas regulados en los arts. 14 a 29 CE tiene el mismo procedimiento que la revisión total de la Constitución, es decir, reforma rígida; 5) también existe la prohibición que impide al Gobierno/Administración a realizar con carácter previo valoraciones sobre la licitud o ilicitud de los fines y medios del ejercicio de estos derechos fundamentales, correspondiendo el control al Poder judicial , como puso de manifiesto la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4ª), de 3 de julio de 1979, sobre la inscripción en el registro de asociaciones de la entidad de la Masonería "El Grande Oriente España Unido"; 6) la existencia de un régimen de protección o reacción contra las violaciones de estos derechos fundamentales (art. 53 CE), ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, y una vez agotada esta vía, recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

4 Este nuevo concepto de "derechos humanos de tercera generación" es situado dentro de la doctrina jurídica francesa hacia los años setenta del Siglo XX, pero, en puridad, su autor original es el jurista checo KAREL VASAK (afincado en París), véase su artículo "*Les différents catégories des droits de l'homme*" en la obra colectiva "*les dimensións universelles des droits de l'homme*", Emile Bruylant, Vol. I, Bruxelles 1990, págs. 301 y ss. Según este autor, los derechos de la primera generación, que arrancan de la Declaración francesa de 1789, forman un grupo de "derechos de la libertad del individuo" y, claro está, ya han sido reconocidos internacionalmente, sobre todo por el "Pacto Internacional de

Esta tercera generación de derechos fundamentales, que se desarrolla a partir de la segunda generación, presenta dos caras. La primera, es aquella en la que se impone lo que se denomina "el contenido objetivo de los derechos individuales fundamentales" reconocidos en la Constitución[5] (de manera muy clara en la Constitución española de 1978), es decir, este concepto supone la existencia de un mandato constitucional dirigido al Estado para que mantenga un comportamiento activo, una actuación positiva para garantizar el derecho a una vida digna del ciudadano y la libertad o, expresado de otra forma, el Estado debe establecer las condiciones para que los derechos fundamentales y libertades públicas sean reales y efectivas[6], para conseguir la plenitud de los derechos fundamentales[7] (hoy nadie mantendría que el

---

los Derechos Políticos y Civiles de 1966. Más tarde aparece el grupo de derechos de la legalidad que contiene los "derechos económicos, sociales y culturales", son los denominados derechos de segunda generación, y el Documento internacional más importante que recoge estos derechos es el "pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales" de 1966. La tercera generación de derechos humanos todavía no tiene un Documento internacional que los contenga y establezca su marco. Se trata de derechos basados en la fraternidad y en la solidaridad y, en un principio contenía cuatro derechos: derecho al medio ambiente sano, derecho al agua pura, derecho al aire puro y el derecho a la paz. Hoy se formulan de forma parecida, pero diferente, así: derecho al medio ambiente, derecho de los consumidores y usuarios, derecho a las consideraciones biotécnicas, derecho al desarrollo de los pueblos y naciones y derecho a la paz.

5 Aquí es necesario realizar una aclaración en relación con la Constitución de la República Federal de Alemania, que en general está teniendo efectos en la doctrina de la propia Alemania y en la doctrina española, creándose una fuerte confusión. Primero, se debe señalar como la doctrina alemana, por ejemplo, HORN, HANS RUDOLF: "*Generaciones de Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Cooperativo. Contribuciones Iberoamericanas al Constitucionalismo*", Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional nº 4 (2004), pág. 274, sitúa lo que hemos denominado "contenido objetivo de los derechos fundamentales" dentro de la segunda generación de los derechos fundamentales, lo que se hace sin ninguna argumentación, pero en páginas anteriores (pág. 265y 266) se hace una referencia al sistema seguido en Alemania para el desarrollo de los derechos fundamentales sociales, en el marco de una interpretación creativa de la Ley Fundamental Alemana, donde, y así lo cita el autor en la nota 47 (pág. 265) se hace referencia a la famosa sentencia del Tribunal Constitucional Alemán (BVerfG 40, 121 (133) donde se ha admitido ese desarrollo para el caso de la garantía del mínimo existencial deducida del deber de asegurar los presupuestos mínimos para una vida humanamente digna. Este aspecto es así como consecuencia de que, por el año de la entrada en vigor de la Ley Fundamental de 1947, es imposible glosar en el texto constitucional alemán este aspecto objetivo de los derechos fundamentales. Por ello, la jurisprudencia y doctrina de Alemania han elaborado la idea o el concepto de "garantía institucional" que es el medio para poder hacer evolucionar el régimen de los derechos fundamentales. Esto se puede ver, muy bien explicado, en GALLEGO ANABITARTE, A.: "*Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales: Análisis doctrinal y jurisprudencial*" Madrid 1994, en especial págs. 83 a 99.

6 Así, la Constitución española, a diferencia de otras Constituciones europeas, declara que la libertad, la igualdad y la justicia son "*valores superiores del ordenamiento jurídico*" de España y, además, los derechos inviolables de la persona, es decir, los derechos fundamentales, son "*fundamento del orden político y de la paz social*" (art. 10.1 CE). Por otro lado, como Estado de Derecho (art. 1.1 CE el art. 9.2 de la Constitución española establece: "*Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*".

7 De esta forma, en España, los derechos fundamentales poseen una doble vertiente: a) subjetiva, es decir, la facultad que tiene el ciudadano de actuar libremente y defenderse contra cualquier lesión de los derechos fundamentales; y, b) una vertiente objetiva con las siguientes implicaciones: 1) el Estado tiene que respetar el ámbito de la libertad del ciudadano que garantizan los derechos fundamentales; 2) el estado tiene que modificar el Ordenamiento jurídico de acuerdo con los derechos fundamentales (efecto irradiación); 3) el Estado está obligado a regular los derechos fundamentales cuando sea necesario para que éstos puedan ser ejercidos de forma real y efectiva, ya que no son sólo

derecho de reunión, el derecho de asociación, el derecho a la educación, el derecho de sindicación, el derecho de huelga, que normalmente se recogen en los catálogos constitucionales de derechos fundamentales, no son verdaderos derechos sociales).

La segunda cara del "Estado social" viene constituida en un modo determinado de regulación constitucional. La técnica constitucional consiste en dirigir mandatos al Estado para la efectiva realización de la cláusula social ("El Estado promoverá la educación o corresponde al Estado promover el aumento del bienestar, etc."), mandatos que se concretarán por definición legal o, expresado de otra forma, mandatos que luego requieren una configuración legal, una regulación mediante ley para su efectiva aplicación. Aquí conviene anotar que frente al rasgo de los derechos que llenan "la cláusula social" del Estado, los verdaderos "derechos fundamentales" (Estado de Derecho, Libertad) son de aplicación directa y vinculan a las entidades públicas y privadas (art. 18.1 CP), no requiriendo para su efectividad una regulación mediante ley, aunque no se impide la misma –debiéndose respetar el contenido constitucional del derecho-. Desde cierta perspectiva utilitarista, podría mantenerse que el Estado de Derecho (Libertad) es estático (salvo para el contenido objetivo de los derechos fundamentales), mientras que el Estado Social es dinámico, de manera que en cada momento histórico contingente se tendrá una fotografía del mismo en virtud de las leyes que lo regulen, es decir, serán los órganos soberanos con competencia legislativa los que vayan definiendo la calidad de ese Estado Social y, claro está, aquí juega el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico y una de sus reglas claves "*lex posterior derogat lex anterior*". Por esa misma razón, parece evidente, dentro de la idea de "gobernanza", la necesidad de reconocer la pluralidad de agentes sociales con posibilidad de intervenir en los asuntos públicos de manera que su asociación implique su participación y cooperación en la toma de decisiones, la propia gestión y la adopción de responsabilidades, como se pone de manifiesto con los dos pilares del Convenio Internacional de Aarhus de 1998 garantizando la información, por un lado, y la participación pública de los ciudadanos en relación con el medio ambiente. Ya ha sido dicho (PAREJO ALFONSO 2000) con mucho acierto "*el Estado social es, por razones obvias, fundamentalmente un Estado administrativo, cuyo centro de gravedad radica en la ejecución de las políticas públicas formalizadas legislativamente*". Este hecho ha

derechos subjetivos individuales, sino, también verdaderos encargos constitucionales al Estado; 4) los efectos del contenido objetivo de los derechos fundamentales imponen la obligación al Estado de otorgar subvenciones o prestaciones determinadas que se puedan constituir en verdaderos derechos subjetivos del titular del derecho fundamental en cuestión. Para todos estos aspectos debe consultarse la magnífica obra del Profesor GALLEGO ANABITARTE, A.: "Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales: Análisis doctrinal y jurisprudencial", ob. cit., en especial págs. 103 y ss.

permitido hablar del "Estado Osmótico" (PREDIERI 1994) en el sentido de que en él se produce una compenetración continua y difusa y, claro está, una tensión entre sociedad y Estado.

4. EL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE EN LAS CONSTITUCIONES IBEROAMERICANAS.

Teniendo todo ello en cuenta, hay que señalar, como hecho novedoso, que un buen número de Constituciones del ámbito Iberoamericano sitúan "el derecho al medio ambiente" dentro de los "derechos clásicos fundamentales de las personas" mientras que otras lo sitúan dentro de los principios rectores de la política social y económica que dan contenido a la cláusula social del Estado, sin rango de derechos fundamentales, por lo que difícilmente con el Derecho positivo en la mano, puede calificarse el derecho al medio ambiente como derecho fundamental de tercera generación, más bien se trata de un derecho o principio constitucional que requiere una posterior regulación a través de normas jurídicas que establezcan su verdadero alcance y la manera de obtener la correspondiente tutela judicial del mismo.

Si repasamos el reciente constitucionalismo iberoamericano, nos encontramos con los siguientes datos sobre el reconocimiento del derecho al medio ambiente:

a) Constituciones en las que aparece "el derecho al medio ambiente" como un derecho de la persona de naturaleza fundamental:

1) La Constitución Argentina (1994), reconoce el derecho en su artículo 41, con acceso al "Amparo", pero de manera subsidiaria (art. 43)[8], aunque con una legitimación muy amplia;
2) La Constitución de Bolivia (2009), reconoce el derecho en su artículo 33 y en su artículo 34 establece la legitimación difusa para emprender acciones legales[9] y la acción pública en el artículo 135[10];
3) La Constitución de Chile (1980), el reconocimiento del derecho en su artículo 19. 8 es peculiar, en tanto que se trata del re-

8 Art. 43 de la Constitución Argentina: "*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 lesiones, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos en la Constitución, un Tratado o una Ley...Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a derechos que protegen al ambiente...*"

9 Artículo 34: "*Cualquier persona, a título individual o en representación de una colectividad, está facultada para ejercitar las acciones legales en defensa del derecho al medio ambiente, sin perjuicio de la obligación de las instituciones públicas de actuar de oficio frente a los atentados contra el medio ambiente.*"

10 Art. 135: "*La Acción Popular procederá contra todo acto u omisión de las autoridades o de personas individuales o colectivas que violen o amenacen con violar derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad pública, el medio ambiente y otros de similar naturaleza reconocidos por esta Constitución.*"

conocimiento de un derecho a vivir en un medio ambiente "**sin contaminación**"[11], con el acceso al recurso de protección del art. 20 de la Constitución[12];

4) La Constitución de Méjico (reforma de 1999), reconoce el derecho en su art. 4, quedando bajo la protección del "juicio de amparo" de los arts. 103 y 107[13];
5) La Constitución de Perú (1993), reconoce el derecho en su art. 2. 22[14], otorgándole la protección de "amparo" el art. 237. 23 del Código Procesal Constitucional de 2004;
6) La Constitución de Venezuela (1999), reconoce el derecho en el art. 127 y le otorga el amparo constitucional en el art. 27[15], reconociéndose una legitimación por interés difuso en el art. 26[16];

b) Constituciones en las que aparece "el derecho al medio ambiente", pero fuera del régimen jurídico de los derechos fundamentales y, en general dentro de principios del orden económico y social (cláusula del Estado Social):

11 Así expuesto se trata de un derecho muy limitado, ya que sólo se refiere a la contaminación, mientras que el concepto de medio ambiente incluye, además de los recursos naturales clásicos (agua, atmósfera, suelo, flora y fauna), el paisaje (noción estética), culturales e históricos (con una referencia visual), puede verse sobre este aspecto la muy famosa Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 102/1995, de 26 de junio (Ref. FJ b).

12 Art. 20: "*El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º inciso cuarto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final,11º, 12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º y 25º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.*
Procederá, también, el recurso de protección en el caso del Nº 8º del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto arbitrario e ilegal imputable a una autoridad o persona determinada."

13 Ello significa que se pueden impugnar leyes y actos de autoridad que atenten contra el derecho. Mo obstante existen algunas dificultades jurídicas en relación con los requisitos constitucionales para la interposición del juicio de amparo, como son la instancia de amparo agraviada y la "firmeza" del acto de autoridad contra el que se reclama.

14 Aunque los arts. 66 a 69 de la Constitución ("Del Ambiente y de los Recursos Naturales") remiten el tema a una regulación legal posterior.

15 El Artículo 27: "*Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. El procedimiento de la acción de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad, y la autoridad judicial competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. Todo tiempo será hábil y el tribunal lo tramitará con preferencia a cualquier otro asunto. La acción de amparo a la libertad o seguridad podrá ser interpuesta por cualquier persona, y el detenido o detenida será puesto bajo la custodia del tribunal de manera inmediata, sin dilación alguna. El ejercicio de este derecho no puede ser afectado, en modo alguno, por la declaración del estado de excepción o de la restricción de garantías constitucionales.*"

16 Artículo 26: "*Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.*"

1) La Constitución de Brasil (1988), reconoce el derecho al medio ambiente en el art. 225, en el capítulo VI, titulado "Del Medio Ambiente[17], pero fuera del régimen jurídico de los Derechos Individuales y Colectivos (Derechos fundamentales), e imponiendo al Estado obligaciones de preservación y regulación, con referencias claras a una posterior regulación mediante Ley;
2) La Constitución de Colombia (1991), reconoce el derecho en su art. 79[18], dentro del capítulo de los derechos colectivos", pero fuera del capítulo de los derechos fundamentales;
3) La Constitución de Costa Rica (reforma de 1994), reconoce el derecho en su art. 50 (Tít. V.)[19], fuera del Título IV dedicado a los "Derechos y Garantía Individuales", con una remisión a la Ley;
4) La Constitución de Ecuador (1998), reconoce el derecho en el art. 86[20], en el Capítulo de los Derechos Colectivos Sección 2ª dedicada al medio ambiente, estableciendo que se regulará mediante ley;
5) La Constitución de España (1978), reconoce el derecho en el art. 45[21], dentro de los principios rectores de la política social y económica, y fuera del régimen de los derechos fundamentales;
6) La Constitución de Nicaragua (1987), reconoce el derecho en su art. 60[22], dentro de los derechos sociales, y fuera de los derechos individuales sometidos a amparo, parece que conforme a la ley;

---

17 Art. 225: " *Todos tienen derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial para una sana calidad de vida, imponiéndose al Poder Público y a la colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las generaciones presentes y futuras*".

18 Art 79: "*Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo.*
Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines".

19 Art. 50: "*El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza.*
Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado.
El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho. La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes."
(Así reformado por Ley No. 7412 del 3 de junio de 1994.)

20 Art. 86: "*El Estado protegerá el derecho de la población a vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice un desarrollo sustentable. Velará para que este derecho no sea afectado y garantizará la preservación de la naturaleza.*
Se declaran de interés público y se regularán conforme a la ley".

21 Art. 45: "*1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.*
2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.
3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la Ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado."

22 Art. 60: "*Los nicaragüenses tienen derecho de habitar en un ambiente saludable; es obligación del Estado la preservación, conservación y rescate del medio ambiente y de los recursos naturales.*"

7) La Constitución de Paraguay (reforma de 1992), reconoce el derecho en su art. 7[23], además como principio que informará la legislación y que se configura conforme a la ley;
8) La Constitución de Portugal (1976), reconoce el derecho en su art. 66[24], fuera de los derechos fundamentales;

II. LOS INTERESES DIFUSOS

Como se ha puesto ya de manifiesto el reconocimiento del "derecho al medio ambiente", bien como derecho fundamental (sea individual o colectivo), sea como principio informador del ordenamiento jurídico, bajo la cláusula del "Estado Social" ha presentado problemas desde el punto de vista de su realización efectiva. Esta realización efectiva, que normalmente va acompañada de un encargo constitucional al propio Estado, requiere, a su vez, de un reconocimiento, bien individual, bien colectivo, de carácter "reaccional", o dicho de otra forma, requiere la posibilidad de ser ejercido ante el sistema de justicia , si se quiere, que tenga asegurado el acceso a los Tribunales de Justicia. Pero este aspecto no ha sido fácil, ya que ha habido que despejar el concepto de interés difuso y, sobre todo, quién y cómo es su titular.

El concepto de "**interés difuso**" emerge con fuerza en la terminología jurídico- procesal como consecuencia de la importante influencia de la doctrina científica italiana.

1) La Doctrina Procesal Italiana y el VII Congreso Internacional de Derecho Procesal de 1983.

En efecto, la doctrina de Derecho procesal italiana celebró en junio de 1974 un importante Congreso en Pavía bajo el título "Le azione a tutela di interessi collettivi"[25], que puede ser considerado como la génesis de otro importante Congreso, éste a nivel mundial, que fue el VII Congreso Inter-

23 Art. 7: "*Toda persona tiene derecho a habitar en un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado. Constituyen objetivos prioritarios de interés social la preservación, la conservación, la recomposición y el mejoramiento del ambiente, así* como *su conciliación con el desarrollo humano integral. Estos propósitos orientarán la legislación y la política gubernamental pertinente.*"

24 Art. 66: "1. *Todos tendrán derecho a un ambiente humano de vida, salubre y ecológicamente equilibrado y el deber de defenderlo.*
2. Corresponde al Estado, mediante órganos propios y la apelación a iniciativas populares:
a) prevenir y controlar la contaminación (poluicao) y sus efectos y las formas perjudiciales de erosión;
b) ordenar el espacio territorial de forma tal que resulten paisajes biológicamente equilibrados;
c) crear y desarrollar reservas y parques naturales y de recreo, así como clasificar y proteger paisajes y lugares, de tal modo que se garantice la conservación de la naturaleza y la preservación de valores culturales de interés histórico o artístico;
d) promover el aprovechamiento racional de los recursos naturales, salvaguardando su capacidad de renovación y la estabilidad ecológica.
3. Todo ciudadano perjudicado o amenazado en el derecho a que se refiere el número l podrá pedir, con arreglo a lo previsto en la ley, la cesación de las causas de violación del mismo y la correspondiente indemnización".

25 "Le azione a tutela di interessi collettivi: atti del Convegno di studio" (Pavia, 11 y 12 de junio de 1974), Cedam-Padova 1976.

nacional de Derecho Procesal celebrado en Wurzburg (República Federal Alemana)[26], en septiembre de 1983. En este Congreso uno de los tres temas plenarios fue, precisamente, "la tutela judicial de los intereses difusos" y el informe general sobre el mismo fue elaborado por Mauro Cappelletti, y Bryan Garth, con el título "Der Schutz diffüser und kollektiver Interessen im Zivilprozess", Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmaBige Ordnung zum VII. Internationalen Kongress fur ProzeBrecht, Würzburg 1983, Gieseking, Bielefeld, 1983[27].

Es, por tanto, en los años 70 y 80 del Siglo XX cuando aparece con mucho vigor el tema genérico de los "Intereses Difusos", en el plano de las técnicas jurídicas procesales, aunque desde un punto de vista doctrinal.

La doctrina italiana toma como referencia, con buena técnica, las instituciones seculares que nacieron en el Derecho romano[28], partiendo de las regulaciones en materia de la tutela de la salud pública (*salubritas*) contenidas en el Digesto, en su Libro 43, sobre los interdictos dirigidos a impedir el deterioro de los vertederos y cloacas públicas y privadas. Como dice el romanista español Fernández de Buján[29], se trataba de interdictos restitutorios mediante los cuales la autoridad administrativa garantiza el perfecto funcionamiento de las cloacas privadas ordenando a sus poseedores la *purgatio* y la *refectio*, a fin de evitar el peligro de enfermedad y pestilencia a las poblaciones. Asimismo, en este cuerpo jurídico está regulado de modo preciso el funcionamiento de las cloacas, atribuyéndose a la autoridad administrativa el deber de realizar las obras dirigidas a evitar riesgos para la higiene y la salud pública. Nos cuenta **Sexto Julio Frontino**[30] que el cargo de administrador de las aguas en Roma no sólo afecta a la utilización de las mismas sino también a la sanidad e incluso a la seguridad de la Urbe (*...ad usum tum ad salubritatem atque etiam ad securitatem urbis pertinens...*) a través de la tutela de la "*res*

26 Por iniciativa de la Asociación Alemana de Derecho Procesal Internacional y Comparado, presidida por el Profesor Walter Habscheid, el Comité promotor del Congreso se reunió en Innsbruck (Austria), en el mes de septiembre de 1980, decidiendo como temas centrales para el Plenario: 1) La influencia de las Constituciones sobre el derecho procesal; 2) El derecho a la prueba; 3) La tutela judicial de los intereses difusos.

27 Este informe general tuvo su precedente en la obra de Cappelletti y Garth: "*Acces to justice: the worldwide movement to make rights effective*", A.W. Sijthoff, 1978.

28 Este aspecto ha sido señalado en el trabajo de Lucio Cabrera Acevedo: "*La tutela de los intereses colectivos o difusos*" en la Revista de la Facultad de Derecho en México, tomo XXXIII, enero-junio de 1983, núms. 127-129, pág. 213, cuando escribe: "*Sobre estas instituciones romanas se apoyó Vittorio Scialoja hace más de cien años, en el Siglo XIX, para expresar la idea de los intereses difusos: diritti diffusi in tutti i menbri della comunitá, da esercitarsi percio de ciascuno di essi*".

29 Fernández de Buján, Antonio: "Derecho Administrativo Histórico", Escola Galega de Administración Pública 2005, págs. 132-133.

30 Frontino fue un político del Imperio romano, uno de los más importantes aristócratas de finales del siglo I. Famoso por sus obras y tratados, especialmente por uno que habla de los acueductos de la ciudad de Roma, "*De aqueductu urbis Romae*", existe una edición bilingüe (latín/español) con comentarios de Tomás González Roldán, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid 1985.

publica" que tenia encargada por los interdictos populares que eran acciones "*qua suum ius populi tuentur*", protegiendo el derecho público difuso, en tanto que es una acción del individuo y miembro del pueblo con fundamento en el derecho de los ciudadanos sobre el uso común de los bienes públicos (*res pública*).

Lo que el movimiento de la doctrina procesal italiana nos proporciona, luego extendido rápidamente al resto de las europeas, es, por un lado, un concepto y unas características de lo que debe entenderse por "Interés Difuso", y, por otro, como debe encajarse dicho concepto dentro de las técnicas procesales.

2) Las Características del "Interés Difuso" según la doctrina.

En relación con las características del interés difuso se deben apuntar las siguientes:

1) Se trata de un interés "supraindividual" en el sentido de que aún afectando al individuo como tal, el espectro de los derechos lesionados abarca a un número indeterminado de personas que integran una comunidad, grupo o categoría de personas tomada como un conjunto;
2) Esa comunidad, grupo o categoría no tiene una referencia a la persona jurídica, siendo el vínculo entre las personas extremadamente genérico, o aleatorio por circunstancias de hecho o circunstancias mutables (ser habitante de una región, o consumidores de un mismo producto –agua, por ejemplo), por consiguiente, no existe un ente, sea o no persona jurídica, que pueda afirmar que agrupa a todas aquellas personas físicas, ni que tiene una "representación institucional" confiada por la ley;
3) Se trata de un interés común y compartido por un grupo indeterminado o muy difícil de determinar, por lo que el término "difuso" hace referencia a una titularidad del interés algo "esfumada", de manera que determinar a quienes y a cuantos afecta varía caso por caso;
4) No se debe confundir, en principio, con el "interés colectivo", ya que éste hace referencia a un grupo determinado de personas;
5) Desde un punto de vista objetivo, no está determinado el alcance de las prestaciones debidas, ni el sujeto que tiene a su cargo la satisfacción del interés, de manera que el contenido del objeto de los derechos se difumina, bien porque la ley no fija el mínimo, bien porque los obligados son múltiples;

6) Se puede mantener que los intereses difusos producen conflictos de intereses supraindividuales (el interés medio ambiental frente al interés industrial, por ejemplo).

3) Ruptura o Adecuación de los Conceptos Clásicos para la Legitimación Procesal.

Las grandes aportaciones de la doctrina italiana, también, plantearon si la necesidad de construir una legitimación procesal para hacer viable "el interés difuso", debía prescindir del sistema tradicional, decimonónico, respaldado en una concepción individualista, ya que el nuevo Estado social podría superar esa construcción y crear nuevos mecanismos que den satisfacción a la vocación social de los nuevos Estados, o, por el contrario, esas figuras, de corte individualista, como "interés directo", "interés público", "interés colectivo", "interés legítimo", "derecho subjetivo" tienen la posibilidad de adecuarse a los nuevos retos planteados tanto para las Administraciones públicas como para los jueces[31]. Esta última es la línea que, en principio, parecen haber seguido las diferentes legislaciones y jurisprudencias nacionales, quizás, con la salvedad de la jurisprudencia constitucional de Costa Rica.

4) Algunos Sistemas Procesales

A) El Sistema de los EEUU.

En el recorrido que se puede hacer en los diversos sistemas jurídicos, quizás, el primero que contiene una respuesta a ésta problemática procesal es el de los Estados Unidos. En efecto, allí nos encontramos con la "*Federal Rules of Civil Procedures*" de 1938, que fue reformada en 1966, y acompañada de la "*Advisory Commitee Note*", con el objeto de introducir en el ámbito del medio ambiente la denominada "*Class Action*" o acción de grupo o representativa, basado en el antiguo principio de la "*Equity*", que, sintéticamente, responde a las siguientes características, a la hora de poder ser ejercida:

a) El grupo es tan numeroso que resulta imposible o impracticable que todos sus miembros sean parte de la demanda;
b) Siempre han de darse cuestiones de hecho o de derecho comunes a todo el grupo;
c) Los elementos de la acción procesal o de las excepciones y las defensas son comunes a todos los miembros, y quienes desempeñan el papel de representantes protegen los intereses del grupo de manera justa y adecuada.

31 Sobre este aspecto y su evolución debe verse el magnífico trabajo de HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, María del Pilar: "Mecanismos de tutela de los intereses difusos y colectivos" UNAM, México 1997, págs. 40 y ss.

Por otro lado, es necesario tener en cuenta que la acción procesal que ejercita el demandante tiende a garantizar tanto su propio interés como el de los demás miembros del grupo que se encuentra en la misma situación. Este dato tiene interés ya que los efectos de la sentencia se proyectan sobre el demandante y respecto de todos los miembros del grupo, siempre que hayan sido legal y adecuadamente representados por el demandante y que hayan sido debidamente notificados del proceso[32].

B) El Sistema en la Unión Europea

En la Unión Europea hay que distinguir dos momentos diferentes:

a) El primero, que va desde el reconocimiento del derecho al medio ambiente tanto en las diferentes Constituciones, como su regulación posterior en el ordenamiento jurídico ordinario, hasta la entrada en vigor del Tratado Internacional Europeo celebrado en Dinamarca y denominado "*Convenio de Aarhus*", de 25 de junio de 1998. Aquí el acceso de los intereses difusos a su protección jurisdiccional se fundamenta en la noción de interés directo e indirecto, así como el interés legítimo. Esto quiere decir que para ejercer una acción, en relación con el medio ambiente, se requiere una legitimación que tenga su fundamento en la existencia de un beneficio o de un perjuicio de forma directa o indirecta en la esfera jurídica del demandante, sea persona física o jurídica (por ejemplo, una asociación), por lo que dándose este requisito se está ante un interés legítimo que es lo que exigen, en general, las Constituciones nacionales para asegurar el derecho fundamental de la persona de la "Tutela Efectiva de Jueces y Tribunales" (por ejemplo, art. 24 CE de 1978).

   Explicado de otra forma, se entiende que la legitimación es un presupuesto inexcusable del proceso e implica una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de manera que su anulación (para los supuestos de los actos del Estado en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa) debe producir automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro, pero cierto, que debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso[33]. Esta

32 Véase también en HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, María del Pilar: "*Mecanismos...*" *Ob. cit.* págs. 36 y concordantes.

33 Por ejemplo, en este sentido las Sentencias del Tribunal Constitucional español núms. 197/88, 99/89, 91/95, 129/95, 123/96 y 129/2001. Aquí los criterios interpretativos son:
La importancia del interés, que desde el punto de vista procedimental administrativo y procesal jurisdiccional es una situación reaccional, en evitación de un potencial perjuicio ilegítimo temido, de modo que el interés se reputa que existe siempre que pueda presumirse que la declaración jurídica

orientación permitió una importante apertura de los Tribunales a la posibilidad de recabar la tutela judicial en materia de medio ambiente

b) Después de la entrada en vigor del "*Convenio de Aarhus*", de 25 de junio de 1998 (ratificado, por España en 2004, y que entró en vigor, según los casos en 2005 y 2006[34]). Poniendo como ejemplo

---

pretendida coloque al accionante en condiciones legales y naturales de conseguir un determinado beneficio material o jurídico o la persistencia de la situación fáctica creada o que pudiera crear el acto administrativo al ocasionar un perjuicio, como resultado inmediato de la resolución dictada.
b) Ese interés legítimo, que abarca todo interés que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada, puede prescindir de las notas de personal y directo y al diferenciar el interés directo y el interés legítimo, éste no sólo es más amplio que aquél y también es autosuficiente, en cuanto presupone que la resolución administrativa o jurisdiccional ha repercutido o puede repercutir, directa o indirectamente, pero de un modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien se persona, esto es, verse afectado por el acto o resolución impugnada.
c) La genérica legitimación en la Ley Jurisdiccional que se establece a favor de corporaciones, asociaciones, sindicatos, grupos de afectados, uniones sin personalidad o patrimonios independientes o autónomos y la legitimación que no ampara el puro interés por la legalidad, salvo en los limitados casos de la acción popular.
d)Een Auto de 21 de noviembre de 1997 , ya se declaró la imposibilidad de reconocer el interés legitimador cuando resultaba únicamente de una autoatribución estatutaria, por cuanto aceptar tal posibilidad equivaldría a admitir como legitimada a cualquier asociación que se constituyera con el objeto de impugnar disposiciones de carácter general o determinadas clases de actos administrativos.
e) Es cierto que debe mantenerse un criterio interpretativo de los requisitos de admisibilidad del recurso contencioso- administrativo acorde al principio "pro actione", de manera no formalista y de forma favorable a la producción del efecto perseguido por el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de derechos e intereses legítimos a que responde el art. 24.1 de la Constitución, pero también hay que considerar la reiterada jurisprudencia constitucional que señala como el derecho prestacional de la tutela ha de sujetarse al plano de la estricta legalidad, pues sólo inciden en la vulneración del contenido constitucional del artículo 24.1 de la CE aquellas resoluciones que generan interpretaciones arbitrarias e irracionales, lo que no sucede en este caso.
Una cosa es que una Fundación constituida para la defensa de cualesquiera intereses o para el logro de cualesquiera finalidades resulte legitimada plenamente para impugnar actos administrativos, cuando esos intereses resulten afectados o, a juicio del propio ente, deban ser defendidos, tal y como se infiere, con toda claridad, del art. 19.1.aps. a) y b) de la Ley de esta Jurisdicción y otra bien diferente es que tal legitimación se reconozca indiferenciadamente sobre la base de perseguir fines genéricos, incluso de contenido moral, respecto de la actuación de las Administraciones públicas o la prestación de los servicios públicos, cuando, en este caso, el Acuerdo impugnado sólo incidía directamente en los participantes en la convocatoria, cuyo interés profesional sí estaba afectado.
f) Otro de los ejes sobre los que se ha producido la expansión del concepto de la legitimación activa ha sido la acentuación de la idea de los intereses colectivos o de grupo, como refleja la regulación que hoy hacen las Leyes 29/1998 y 1/2000, acogiendo la evolución iniciada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y continuada por el Tribunal Constitucional. Pero también, en este aspecto, la ampliación experimentada tiene sus límites y así resulta en cuanto a los intereses colectivos cuya diferencia con los intereses difusos -reconocidos por el art. 7 de la LOPJ , como aptos también para generar un título legitimador- se encuentra en que se residencia en tales entes, asociaciones o corporaciones representativas específicos y determinados intereses colectivos.
A diferencia de éstos, los intereses difusos no tienen depositarios concretos y son intereses generales que, en principio, afectan a todos los ciudadanos y que, por su interés prevalente, han obtenido reconocimiento público, plasmado en algún instrumento, incluso en normas constitucionales, y que no deben confundirse con la legitimación que nace, excepcionalmente, de la acción popular, que corresponde a cualquier ciudadano y que debe ser reconocida expresamente por la Ley o de una acción de alcance general como reconoce la STEDH 4/81 de 22 de octubre (asunto Dudgeon contra Reino Unido) ".

34 Su artículo 9, titulado Acceso a la justicia**, dispone que:**
"*1. Cada Parte velará, en el marco de su legislación nacional, porque toda persona que estime que su solicitud*

el caso de España[35], se puede decir que el derecho al medio ambiente, como interés difuso, ya ha conseguido, como en el resto de Europa, la debida legitimación procesal, de manera que la Ley 27/2006, de 18 de julio por la que se regulan los derechos de acceso a la información, a la participación pública y del acceso a la justicia en materia de medio ambiente (que incorpora las Directivas de la Unión Europea 2003/4/CE y 2003/35/CE, que son, a

---

de información en aplicación del artículo 4 no ha sido atendida, ha sido rechazada ilícitamente, en todo o en parte, no ha obtenido una respuesta suficiente, o que, por lo demás, la misma no ha recibido el tratamiento previsto en las disposiciones de dicho artículo, tenga la posibilidad de presentar un recurso ante un órgano judicial o ante otro órgano independiente e imparcial establecido por la ley. En el caso de que una Parte establezca tal recurso ante un órgano judicial, velará porque la persona interesada tenga también acceso a un procedimiento rápido establecido por la ley que sea gratuito o poco oneroso, con miras al reexamen de la solicitud por una autoridad pública o a su examen por un órgano independiente e imparcial distinto de un órgano judicial. Las decisiones finales adoptadas en virtud del presente apartado 1 serán obligatorias para la autoridad pública que posea las informaciones. Los motivos que las justifiquen se indicarán por escrito, por lo menos cuando se deniegue el acceso a la información en virtud de este apartado.
2. Cada Parte velará, en el marco de su legislación nacional, porque los miembros del público interesado:
a) Que tengan un interés suficiente o, en su caso,
b) Que invoquen la lesión de un derecho, cuando el Código de procedimiento administrativo de una Parte imponga tal condición, podrán interponer recurso ante un órgano judicial u otro órgano independiente e imparcial establecido por la ley para impugnar la legalidad, en cuanto al fondo y en cuanto al procedimiento, de cualquier decisión, o cualquier acción u omisión que entre en el ámbito de las disposiciones del artículo 6 y, si el derecho interno lo prevé y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3 infra, de otras disposiciones pertinentes del presente Convenio. Lo que constituye interés suficiente y lesión de un derecho se determinará con arreglo a las disposiciones del derecho interno y conforme al objetivo de conceder al público interesado un amplio acceso a la justicia en el marco del presente Convenio. A tal efecto, el interés de toda organización no gubernamental que cumpla las condiciones previstas en el apartado 5 del artículo 2 se considerará suficiente en el sentido de la letra a) supra. Se considera igualmente que esas organizaciones tienen derechos que podrían ser lesionados en el sentido de la letra b) supra. Las disposiciones del presente apartado 2 no excluyen la posibilidad de presentar un recurso preliminar ante una autoridad administrativa ni eximen de la obligación de agotar las vías de recurso administrativo antes de entablar un procedimiento judicial cuando el derecho interno imponga tal obligación.
3. Además, sin perjuicio de los procedimientos de recurso a que se refieren los apartados 1 y 2 supra, cada Parte velará porque los miembros del público que reúnan los eventuales criterios previstos por su derecho interno puedan entablar procedimientos administrativos o judiciales para impugnar las acciones u omisiones de particulares o de autoridades públicas que vulneren las disposiciones del derecho medioambiental nacional.
4. Además, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1, los procedimientos a que se refieren los apartados 1, 2 y 3 supra deberán ofrecer recursos suficientes y efectivos, en particular una orden de reparación si procede, y deberán ser objetivos, equitativos y rápidos sin que su costo sea prohibitivo. Las decisiones adoptadas en virtud del presente artículo se pronunciarán o consignarán por escrito. Las decisiones adoptadas en virtud del presente artículo se pronunciarán o consignarán por escrito. Las decisiones de los tribunales y, en lo posible, las de otros órganos deberán ser accesibles al público.
5. Para que las disposiciones del presente artículo sean aún más eficaces, cada Parte velará porque se informe al público de la posibilidad que se le concede de iniciar procedimientos de recurso administrativo o judicial, y contemplará el establecimiento de mecanismos de asistencia apropiados encaminados a eliminar o reducir los obstáculos financieros o de otro tipo que obstaculicen el acceso a la justicia."

35 Desde un punto de vista doctrinal, el tema del interés difuso en España está bastante consolidado, aunque no cerrado, debe verse al respecto, ALMAGRO NOSETE, José: "*La protección procesal de los intereses difusos en España*", en la revista JUSTICIA nº1 (1983), págs. 69 y ss.; CORDÓN MORENO; Faustino: "*De nuevo sobre la legitimación*", Revista de Derecho Procesal nº 1(1997); GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo: "*La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*", Pamplona 1999; LOZANO-HIGUERO PINTO; Manuel: "*Legitimación, protección jurisdiccional de los intereses difusos*", VVAA (coordina Manuel Morón Palomino), en el "*Proceso civil*", Madrid 1998, págs.. 169 y ss.

su vez, incorporación del art. 9 del *Convenio de Aarhus* de 1998), introduce una "especie de acción popular" o mejor aún, una acción colectiva a favor de las personas jurídicas sin ánimo de lucro dedicadas a la protección del medio ambiente[36], aunque el ordenamiento jurídico somete a estas entidades a los siguientes requisitos de legitimación:

a) Que tengan entre los fines acreditados en sus estatutos la protección del medio ambiente en general o de alguno de sus elementos en particular.
b) Que se hubieran constituido legalmente al menos dos años antes del ejercicio de la acción y que vengan ejerciendo de modo activo las actividades necesarias para alcanzar los fines previstos en sus estatutos.
c) Que según sus estatutos desarrollen su actividad en un ámbito territorial que resulte afectado por la actuación, o en su caso, omisión administrativa.

Además, estas personas jurídicas sin ánimo de lucro tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita.

No obstante, el tema del interés difuso en el ámbito europeo ofrece todavía un buen número de problemas de los que se deja buena cuenta en la siguiente nota a pié de página[37].

36 Art. 22 Ley 27/2006: "*Los actos y, en su caso, las omisiones imputables a las autoridades públicas que vulneren las normas relacionadas con el medio ambiente enumeradas en el art. 18.1 podrán ser recurridas por cualesquiera personas jurídicas sin ánimo de lucro que reúnan los requisitos establecidos wen el art. 23 a través de los procedimientos de recurso regulados en el Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de RJYPAC, así como a través del recurso contencioso-administrativo previsto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, de JCA*".

37 En algunos Estados miembros, como Portugal, la ley permite ya que cualquier ciudadano u ONG interponga una acción judicial para defender un interés ambiental. Se considera que Hungría cumple ya substancialmente los requisitos de acceso a la justicia del Convenio de Aarhus. El defecto clave identificado atañe al sistema actual de honorarios de los expertos de alto nivel en procedimientos judiciales sobre asuntos ambientales. Entre los cambios concretos mencionados más a menudo que la propuesta de directiva podría conllevar para mejorar el acceso a la justicia están la reducción de los costes de los procedimientos jurídicos y el reconocimiento de los derechos de las organizaciones ambientales a entablar recursos que impugnen el incumplimiento del derecho medioambiental de la Unión Europea a escala nacional. En Francia se requiere una representación legal profesional para acudir ante los tribunales superiores. Los costes de representación pueden ser prohibitivos, algo que la propuesta de directiva pretende tratar. En el Reino Unido, el riesgo de tener que sufragar las costas legales del contrario funciona como un factor disuasorio importante de la actuación judicial. En Eslovenia, las posibilidades del público y de las organizaciones ambientales que cuestionan las violaciones del derecho medioambiental por parte de las autoridades públicas son muy escasas. La dificultad radica en que las normas que regulan la capacidad jurídica son muy restrictivas. La ley permite que las organizaciones ambientales participen en
procedimientos administrativos o judiciales si han obtenido el estatus de ONG que actúe en interés público. Sin embargo, se exige una auditoría financiera anual para obtener este estatus. En la práctica, este requisito es un obstáculo substancial. La auditoría es costosa y es una carga que no se les impone a las compañías. La ley eslovena exige una auditoría financiera anual solamente para los negocios con más de cincuenta empleados. Ninguna organización ambiental eslovena emplea a más

de cincuenta personas. Como resultado de esto y de otras restricciones de la ley, solamente han obtenido el estatus de organización que actúe en interés público cerca de diez grupos de conservación de la naturaleza y ninguna organización de protección del medio ambiente. En términos prácticos, esto significa que las organizaciones ambientales no tienen actualmente acceso a la justicia. En Suecia, la directiva mejoraría el acceso de las organizaciones a la justicia, puesto que el código ambiental actual excluye del acceso a la justicia a las organizaciones ambientales sin miembros votantes (WWF y Greenpeace, por ejemplo). En Irlanda, la directiva propuesta ampliaría la capacidad legal y permitiría impugnar por motivos de forma y de fondo. Éste no es actualmente el caso, por ejemplo, de la revisión judicial de una decisión de una Comisión de Planificación, donde sólo se pueden examinar las cuestiones formales. En Polonia, la directiva propuesta mejoraría el acceso a la justicia para las organizaciones ambientales en los casos en que actualmente no se garantiza: en los procedimientos medioambientales para los que las leyes en vigor no requieren la participación del público. Sin embargo, el acceso eficaz a la justicia requiere más que la directiva propuesta en su forma actual. El acceso a la justicia se beneficiaría del desarrollo de los artículos 9.4 y 9.5 del Convenio de Aarhus, esto es, el establecimiento de calendarios y medidas prácticas para superar las barreras financieras y otras. Pero poco haría la directiva propuesta para tratar el largo tiempo
que se tarda a menudo en obtener una decisión. Y tampoco ayudaría a tratar la cuestión de la financiación, en los asuntos que conllevan un coste elevado del peritaje técnico necesario. Se reconoce que la solución de algunas barreras para acceder a los tribunales, por ejemplo, la falta de recursos humanos y financieros, no es de naturaleza exclusivamente legal. El estudio también preguntaba si cabía la posibilidad de que una
directiva débil pudiera conducir a un retroceso en cuanto a los derechos existentes y qué preocupación suscitaba. Las respuestas mostraron que en algunos países existe este riesgo. En Estonia, los tribunales han aplicado directamente los requisitos de acceso a la justicia del Convenio al no existir en el derecho interno. Se ha garantizado a las organizaciones ambientales una amplia legitimación sin ninguno de los criterios limitadores de la directiva propuesta (entidad legal, actividad durante tres años, informe anual, estructura de la organización). La introducción de estos criterios dañaría sobre todo a las organizaciones más pequeñas, locales y a las más recientes, precisamente las organizaciones ambientales que a menudo
están más capacitadas para proteger los intereses ambientales en situaciones locales específicas. Aunque la propuesta de directiva permite a los Estados miembros ser más laxos al establecer tales criterios, es de esperar que Estonia, como otros países de la Unión Europea, opte por una transposición exacta. En Hungría, este riesgo está presente, como resultado, por suerte, de la situación actual en que el acceso a la justicia en asuntos medioambientales está bastante bien desarrollado y no hay obstáculos procesales importantes para que las ONG o el público acudan a los tribunales. En Polonia, la directiva propuesta incluye requisitos formales para el acceso a la justicia que no existen en el derecho interno. Aunque la propuesta de directiva prevé solamente requisitos mínimos, existe el riesgo de que desencadene la introducción de estos requisitos adicionales en el derecho interno. El riesgo existe, dadas las tendencias recientes en el derecho ambiental polaco a limitar los derechos del público y de las organizaciones medioambientales y a no avanzar más en las disposiciones ambientales nacionales de lo exigido por el derecho comunitario. En Suecia y los Países Bajos, donde el acceso a la justicia es en algunos aspectos más amplio que lo que la directiva requeriría, existe la preocupación de que los que son contrarios al acceso a la justicia de las organizaciones ambientales pudieran aprovechar la oportunidad para impulsar cambios que eliminaran el acceso a los derechos de justicia que sobrepasen la directiva. Esto es parte de una tendencia más general de los Estados miembros hacia la puesta en práctica de la equivalencia exacta en la aplicación. Este riesgo podría paliarse con los términos de la propia directiva, pero dada la renuencia del Consejo a avanzar en lo relativo a la directiva, es improbable que ésta se formule en términos que excedan las disposiciones con más alcance que ya existen en algunos Estados miembros. Otros no veían el retroceso como algo preocupante (Austria, Bélgica, Alemania e Italia): Eslovenia tiene que alcanzar todavía el nivel de acceso a la justicia que demanda la propuesta de directiva, así que en su caso no hay riesgo de retroceso. Entre las preocupaciones específicas sobre la directiva, según esta propuesta, están los criterios para reconocer qué grupos tienen derecho a acceder a la justicia. Por ejemplo, imponer criterios geográficos podría significar que los grupos de ámbito nacional no podrían actuar a escala local ni regional. Los requisitos de contabilidad podrían introducir nuevas cargas administrativas para los grupos ambientales, más allá de lo que ahora exigen las autoridades nacionales. El propio concepto de reconocimiento podía ser utilizado de forma abusiva por las autoridades para bloquear el acceso a los tribunales. Las respuestas del estudio concluyeron que en la mayoría de los Estados miembros no se ha alcanzado la conformidad con el tercer pilar del Convenio de Aarhus. Las barreras existentes significan que el público y las organizaciones ambientales en concreto, tienen poco margen de actuación cuando se trata de impugnar, por motivos de forma o de fondo, la legalidad de muchas decisiones importantes desde el punto de vista ambiental. El control judicial, en la medida que es

C) La variedad de sistemas en Iberoamérica.

Si se repasan los ordenamientos jurídicos de los Estados americanos, encontramos que cada país ha desarrollado las distintas acciones procesales de forma diferente y con diversos matices. Además, a través de la Jurisprudencia se han dado interpretaciones que aclaran o amplían en distintos sentidos el alcance de la legitimidad para actuar en los procesos donde se debate el derecho al medio ambiente.

Argentina, que reconoce el "derecho al medio ambiente" como un derecho fundamental, expresamente en el artículo 43 de su Constitución, consagra la Acción de Amparo (como acción de protección constitucional de los derechos fundamentales)[38] abierta en su legitimación, desde el punto de vista de los intereses difusos, tanto al Defensor del Pueblo como a las Asociaciones que tengan entre sus fines estatutarios el medio ambiente[39].

Brasil, que no comprende el derecho al ambiente dentro de los derechos fundamentales, reguló constitucionalmente la legitimidad del Ministerio Público[40] para promover la acción pública en defensa del ambiente (art. 129, III CB de 1988)[41], aunque desde la perspectiva del daño ambiental, que

---

posible, es a menudo ineficaz debido al tiempo necesario para obtener una decisión y a lo difícil que resulta obtener el efecto suspensivo. El coste de los procedimientos es otro factor importante que disuade a los particulares y a las ONG de emprender una acción legal. FUENTE: "*La aplicación del Convenio de Aarhus en la Unión Europea*" (2007), por Fé Sanchis Moreno.

38 Art 43: "*...Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente...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*".

39 En relación con las asociaciones, la legitimación de las mismas ha sido reconocida en reiteradas oportunidades por la jurisprudencia, siendo trascendente destacar, dado el Tribunal que dicta la sentencia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los autos ASOCIACIÓN DE GRANDES USUARIOS DE ENERGÍA ELÉCTRICA DE LA REPÚBLICA ARGENTINA c/PROVINCIA DE BUENOS AIRES Y OTRO s/ACCIÓN DECLARATIVA, en donde el Tribunal Supremo considera que las asociaciones no sólo están habilitadas para interponer acción de amparo sino también acciones que revisten analogía con la misma, como es la acción declarativa. Es de destacar que, de ninguna manera, como se ha pretendido juzgar en algún caso, las asociaciones que defienden intereses colectivos violan el artículo 22 de la Constitución Nacional, sino que, por el contrario, quien acude a peticionar en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional está clara y perfectamente legitimado para hacerlo. Por otro lado, la orientación constitucional ha sido respaldada por la Ley General del ambiente de 6 de noviembre de 2002, así su Artículo 30, establece que: "*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*".

40 El éxito que ha tenido el Ministerio Público al intentar la acción civil de debe a las garantías establecidas a su favor en la Constitución Federal , ya que sus funcionarios gozan de prerrogativas como la inamovilidad y la irreductibilidad de sueldos. Este aspecto ya lo puso de manifiesto PASSOS de FREITAS, Vladimir, en la ponencia presentada en el Simposium Judicial sobre Derecho Ambiental y Desarrollo Sostenible: El acceso a la Justicia Ambiental en América Latina, realizado del 26 al 28 de enero de 2000, en la ciudad de Méjico, véase en www.rolac.unepmx/deramb/esp/simposio.

41 El Art. 129 de la Constitución de Brasil dispone que: "*Son funciones del Ministerio Público:*

ha sido desarrollada en parte en la Ley Nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, sobre "a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências", ampliando la legitimación en la acción civil y penal a los Estados[42], y reforzada por la Ley Nº 7.347, de 24 de julio de 1985[43], que amplía la legitimidad para el ejercicio de la acción civil pública" a municipios, empresas públicas, fundaciones y asociaciones privadas, previamente constituidas, en relación con la "responsabilidad por daños causados al ambiente", entre otros, además la ley 8078, de 11 de septiembre de 1990 (Código de Defensa del Consumidor) añadió otro número (el IV) "cualquier otro interés difuso o colectivo"[44].

Chile, donde se regula como derecho fundamental un derecho al medio ambiente sin contaminación, con su recurso de protección constitucio-

---

3. promover la demanda civil y la acción civil publica, para la protección del patrimonio público y social, del medio ambiente y otros intereses difusos y colectivos;".

42 Así su artículo 14, 1º: "*...O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.*"

43 Art. 5o: " *Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).*

I - o Ministério Público; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

II - a Defensoria Pública; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

IV - a autarquia, empresa p ública, fundação ou sociedade de economia mista; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

V - a associação que, concomitantemente: (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

§ 1º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

§ 2º Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes.

§ 3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa. (Redação dada pela Lei nº 8.078, de 1990)

§ 4.º O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. (Incluído pela Lei nª 8.078, de 11.9.1990)

§ 5.º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei. (Incluído pela Lei nª 8.078, de 11.9.1990) (Vide Mensagem de veto) (Vide REsp 222582 /MG - STJ)

§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. (Incluído pela Lei nª 8.078, de 11.9.1990) (Vide Mensagem de veto) (Vide REsp 222582 /MG - STJ)".

44 Este Código del Defensa del Consumidor tiene la virtud de regular desde el Derecho positivo brasileño el concepto de "interés difuso" y el de "interés colectivo", así su art. 81 establece respecto a los difusos como aquellos "*transindividuales, de naturaleza indivisible, de que sean sujetos personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho*" y colectivos son aquellos "*transindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea sujeto un grupo, una categoría o una clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica-base*". Sobre el tema en concreto de Brasil debe verse BARBOSA MOREIRA, José Carlos: "*La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos* y colectivos *(Un aspecto de la experiencia brasileña)*" Revista Uruguaya de Derecho Procesal nº 2 (2002), pág. 153 y ss.

nal, sin embargo, sólo regula una legitimación procesal, desde la perspectiva del daño, dentro de los clásicos parámetros del interés directo (el que sufre el daño medio ambiental)[45], la Municipalidad donde se produce el daño y el Estado, así lo pone de manifiesto el art.54 de la Ley Nº19.300, Ley de Bases del Medio Ambiente, publicada en el Diario Oficial del 9 de marzo de 1994[46].

Colombia, donde el derecho al medio ambiente no está regulado como un derecho fundamental, sin embargo posee una regulación muy avanzada en relación con los "intereses difusos" y, en concreto con el derecho al medio ambiente, tanto en el art. 88 de su Constitución de 1991[47], como en la Ley 472, de 5 de agosto de 1998, sobre el ejercicio de acciones populares y de grupo. Esta ley define y regula las acciones populares[48] y de grupo[49] y los derechos e intereses colectivos entre los que se encuentra el derecho al medio ambiente[50], otorgando la legitimación para ejercer este tipo de acciones a:

---

45 No obstante existen algunas sentencias en la que se declara la posibilidad para los ciudadanos de demandar sin tener que demostrar el daño directo, así la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó de 22 de junio de 1992, confirmada por la de la Corte Suprema de 16 de agosto de 1992, sobre el recurso de protección interpuesto por Homero Callejas Molina y otros contra Compañía Minera del Pacífico S.A.; y la Sentencia de la Corte Suprema de 19 de marzo de 1997, en la que Alejandro Navarro y otros (en representación del Movimiento Pro-Defensa del Medio Ambiente ejercieron el recurso de protección contra la Comisión Regional del Medio Ambiente de Magallanes y Antártica Chilena por la expedición de una resolución violatoria del derecho a un ambiente sano.

46 Artículo 54: "*Son titulares de la acción ambiental señalada en el artículo anterior, y con el solo objeto de obtener la reparación del medio ambiente dañado las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que hayan sufrido el daño o perjuicio, las municipalidades, por los hechos acaecidos en sus respectivas comunas, y el Estado, por intermedio del Consejo de Defensa del Estado. Deducida demanda por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros. Para los efectos del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, se presume que las municipalidades y el Estado tienen interés actual en los resultados del juicio.*

Cualquier persona podrá requerir a la municipalidad en cuyo ámbito se desarrollen las actividades que causen daño al medio ambiente para que ésta, en su representación y sobre la base de los antecedentes que el requirente deberá proporcionarle, deduzca la respectiva acción ambiental. La municipalidad demandará en el término de 45 días, y si resolviere no hacerlo, emitirá dentro de igual plazo una resolución fundada que se notificará al requirente por carta certificada. La falta de pronunciamiento de la municipalidad en el término indicado la hará solidariamente responsable de los perjuicios que el hecho denunciado ocasionaré al afectado".

47 Artículo 88: "*La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.*
También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.
Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos".

48 Su art. 2 establece: Acciones Populares: "*Son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos.*
Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible".

49 Su art. 3 establece que: Acciones de Grupo: "*Son aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas.*
La acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de indemnización de perjuicios".

50 Su art. 4 ordena que: " *Son derechos e intereses colectivos, entre otros, los relacionados con:*
a) El goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias;

a) Toda persona natural o jurídica;

Las organizaciones no gubernamentales, las organizaciones populares, Cívicas o de índole similar;

b) Las entidades públicas que cumplan funciones de control, intervención o vigilancia, siempre que la amenaza o vulneración a los derechos e intereses colectivos no se haya originado en su acción u omisión;

c) El Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo y los Personeros Distritales y municipales, en lo relacionado con su competencia.

d) Los alcaldes y demás servidores públicos que por razón de sus funciones deban promover la protección y defensa de estos derechos e intereses.

Ecuador, que no incluye en el régimen de los derechos fundamentales el "derecho al medio ambiente", si tiene una regulación constitucional en que se abre la legitimación a cualquier persona natural o jurídica o grupo humano para poder ejercer las acciones previstas en la ley de protección del medio ambiente (art. 91 Constitución de 1998), y la Ley de Gestión Ambiental nº 99-37 de 1992 no deja duda de ello[51].

El caso de Costa Rica[52] es muy interesante, ya que incorpora una solida jurisprudencia constitucional, primero, para conectar el "derecho al medio ambiente" que implica un interés difuso (que, en principio, no está regulado por la Constitución costarricense dentro de los derechos fundamentales) con el régimen de los derechos fundamentales[53], y segundo, al abrir la legiti-

---

c) La existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente;
f) La defensa del patrimonio cultural de la Nación;
g) La seguridad y salubridad públicas;
h) El acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública;
k) La prohibición de la fabricación, importación, posesión, uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares o tóxicos;
l) El derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente;
m) La realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes"

51 Art. 41: "*Con el fin de proteger los derechos ambientales individuales o colectivos, concédese acción pública a las personas naturales, jurídicas o grupo humano para denunciar la violación de las normas de medio ambiente, sin perjuicios de la acción de amparo constitucional previsto en la Constitución Política de la República*".
Art. 42: "*Toda persona natural, jurídica o grupo humano podrá ser oída en los procesos penales, civiles o administrativos, previa fianza de calumnia, que se inicien por infracciones de carácter ambiental, aunque no hayan sido vulnerados sus propios derechos.*
El Presidente de la Corte Superior del lugar en que se produzca la afectación ambiental, será el competente para conocer las acciones que se propongan a consecuencia de la misma. Si la afectación comprende varias jurisdicciones, la competencia corresponderá a cualquiera de los presidentes de las cortes superiores de esas jurisdicciones".

52 Véase el magnífica trabajo de ARMIJO SANCHO, Gilbert: "*La legitimación para interponer la acción de inconstitucionalidad: el interés difuso*", en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano (2002), págs. 185 y ss.

53 Así, por ejemplo, la Resolución de la Sala Constitucional nº 2331-96, de 14 de mayo de 1996, que declara "*las reglas generales tendentes a crear una situación ambiental que facilite, lo más posible, el ejercicio de las libertades y el goce de los derechos fundamentales*".

mación en "los recursos de inconstitucionalidad", a partir de los años 90 del Siglo XX y de "amparo", a partir de los años 2001 y 2002, ante el Tribunal Constitucional con ocasión de los "intereses difusos", considerando que se trata de una cuestión de orden público[54]. Como consecuencia de esta doctrina constitucional se ha dictado la Ley 8508 (Código Procesal Contencioso Administrativo), de 28 de abril de 2006) que amplía el esquema de la legitimación de forma muy importante, así su artículo 10 establece que: "*Estarán legitimados para demandar: c) quienes invoquen la defensa de intereses difusos y colectivos; d) todas las personas por acción popular, cuando así lo disponga, expresamente, la ley*"[55].

III. ALGUNAS CONCLUSIONES

1) El derecho al medio ambiente aparece reconocido en las Constituciones nacionales del entorno Iberoamericano en regímenes jurídicos diferentes, en esencia, o se sitúa dentro del "régimen de los derechos fundamentales característicos de la persona", con un régimen de protección y acceso de carácter extraordinario (recurso de amparo constitucional), o se sitúa dentro de declaraciones que inspiran las actuación de los diversos poderes que constituyen el Estado (informando la elaboración de las normas, de la actividad del Gobierno, de la jurisprudencia), en general, como principios del orden social y económico del Estado (Cláusula social del Estado) y que requieren de un desarrollo legal de los mismos, de manera que se ha de hablar de un "derecho al medio ambiente" conforme a la Ley, la cual suele regular lo que podríamos denominar como una acción medio ambiental que da acceso a los ciudadanos a los Jueces y tribunales.
2) La irrupción del "derecho al medio ambiente" en los ordenamientos jurídicos ha venido de la mano de la idea del "Estado Social", en un doble sentido: primero, como reconocimiento del <u>contenido objetivo</u> de los derechos individuales clásicos", es decir, supone un mandato constitucional al Estado para que mantenga un comportamiento activo con el fin de garantizar el derecho a la libertad y una vida digna del ciudadano, de manera que los clásicos dere-

54 Así, por ejemplo, la Resolución de la Sala Constitucional nº 0058-97, de 7 de enero de 1997: "*La jurisdicción constitucional, como medio jurídicamente idóneo y necesario para garantizar el Derecho de la Constitución es, además de supremo, de orden público esencial, y ello implica, en general una legitimación mucho...menos formalista. El concepto de "interés difuso" tiene por objeto desarrollar una forma de legitimación... como último ensanchamiento, novedoso paro necesario, para que esa fiscalización sea cada vez más efectiva y eficaz.*"

55 Sobre el tema en Costa Rica debe verse PEÑA CHACÓN, Mario: "*Tesis de Derecho Ambiental*" San José 2008, págs. 87 y ss.

chos fundamentales y libertades públicas sean reales y efectivos (ello, en un buen número de casos se vincula con el "derecho al medio ambiente", como es el caso ejemplar de Costa Rica); y, segundo, obliga al Estado a regular mediante normas ese "derecho al medio ambiente", esté regulado bien como derecho fundamental (en este caso se debe hablar de leyes en el marco del derecho constitucional al medio ambiente), bien como principio informador de la política social y económica (en cuyo caso se debe hablar del derecho al medio ambiente regulado en el marco o conforme a Ley).

3) Para que el "derecho al medio ambiente" goce de una verdadera efectividad requiere, como bien jurídico que es (proclamado en la Constitución o en el Ordenamiento jurídico positivo ordinario), que tenga asegurado su acceso, en caso de conflicto, a los Jueces y Tribunales. Es en este punto donde aparece el gran tema del "Interés difuso del medio ambiente", es decir, cómo se hace efectiva la posibilidad de impetrar acciones con base en el derecho al medio ambiente ante el orden jurisdiccional.
4) La doctrina científica italiana, desde posiciones de Derecho procesal, ha sido la que impulsó el estudio y desarrollo de los "intereses difusos", con fundamento en las regulaciones contenidas en el Digesto (Derecho Romano), partiendo de la tutela de la salud pública (*salubritas*), consiguiendo entresacar las características del concepto de "Interés Difuso" que rápidamente son acogidas por las diferentes doctrinas europeas e iberoamericanas.
5) El término "Difuso" hace referencia, esencialmente, al tema de la titularidad del derecho al medio ambiente, en el sentido de que se trata de un "interés supraindividual", pero que afecta a la persona individual, por un lado, pero, a la vez, afecta a un número indeterminado, o muy difícil de determinar, de personas físicas que integran una comunidad, grupo o categoría tomada como conjunto. Por ello, no estamos en presencia de un interés difuso cuando: a) su titularidad se confunda con toda la comunidad nacional o sea un interés en extremo vago o amplio; b) sea tan concreto que frente a él resulten identificables las personas afectadas; y, c) pertenezca a grupos personalizados, cuya legitimación ya no derivaría de los intereses difusos, sino de intereses corporativos o de colectivos definidos, en este caso estamos en presencia de "intereses colectivos".
6) Se observa, a pesar de la variedad de sistemas, en la evolución del "interés difuso", que éste se hace instrumental y válido a través de categorías clásicas del derecho procesal clásico, es decir, con una re-

visión y actualización de los conceptos de "interés individual", " interés directo o indirecto", "interés legítimo", o "interés colectivo", de manera que, en diferentes ordenamientos jurídicos nacionales, nos encontramos con regulaciones que se centran en la legitimación procesal a través de la idea del "daño sufrido o que potencialmente puede sufrir" un determinado patrimonio jurídico, por lo que a su titular se le otorga la correspondiente legitimación para el ejercicio de las acciones jurisdiccionales correspondientes. Pero, por otro lado, cada vez es más frecuente que el derecho positivo reconozca la idea de "interés difuso", estableciendo sus condicionamientos formales, entregando su ejercicio a asociaciones, que reúnan unas características previas, ante los Jueces y Tribunales, aquí, de hecho, se transforma el "Interés Difuso" en un "Interés Colectivo", categoría tradicional del Derecho Procesal.

7) Lo característico de los intereses colectivos es que los mismos corresponden a una serie de personas, más o menos numerosa, que están o pueden ser determinadas, entre las cuales puede existir un vínculo jurídico, existiendo una entidad que es persona jurídica a la cual se le atribuye por la ley la "representación institucional" para la defensa de ese interés, o que no existiendo vínculo jurídico es clara y manifiesta la afectación de las mismas por el mismo hacho dañoso, de manera que puede determinarse con precisión a los afectados.

PARTE I - **CAP. 03**

PANORAMA DAS CONFERÊNCIAS DAS NAÇÕES UNIDADES SOBRE MEIO AMBIENTE, de 1972 a 2012

ALCINDO GONÇALVES
MARIA LUIZA MACHADO GRANZIERA

As Conferências realizadas pela Organização das Nações Unidas (ONU) para tratar especificamente das questões globais que envolvem o meio ambiente, o desenvolvimento e a sustentabilidade constituem uma mudança de paradigma para a compreensão do papel e do poder do homem em relação aos recursos naturais e às demais espécies que habitam o planeta. Se ao longo dos séculos o homem dominou a Natureza a qualquer preço, para assegurar a sua sobrevivência e sua hegemonia sobre os demais seres, a partir da década de 1970, em face das evidências de graves danos ambientais ocorridos, foi necessário repensar esse comportamento.[1]

Todavia, esse "repensar" não é tarefa nem fácil nem pacífica. Mudar uma fórmula que foi exitosa por séculos implica uma mudança de valores que nem todos estão dispostos a adotar de imediato. Esse novo limite imposto, seja por normas internacionais ou por leis internas, impacta de forma direta as economias, exigindo a aplicação de recursos financeiros e novas tecnologias para prevenir novos danos, e recuperar o que está degradado contraria interesses consolidados. Todas essas alterações no quadro político, econômico e legal ensejam a adoção de sistema de solução de conflitos tanto na ordem interna, via poderes judiciários, como na comunidade internacional, e, em ambas as esferas, introduz a necessidade de negociação e participação da sociedade nas decisões.

Destacam-se três conferências internacionais sobre meio ambiente: a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano, realizada em 1972 em Estocolmo, Suécia; a Conferência das Nações Unidas sobre Ambiente e Desenvolvimento, realizada em 1992 no Rio de Janeiro, denominada Rio 92; e, mais recentemente, em 2012, a Conferência das Nações

1 Granziera, 2011.

Unidas Sobre Desenvolvimento Sustentável, também realizada no Rio de Janeiro, denominada Rio+20.

A análise a seguir baseia-se em dois eixos: a avaliação dos princípios que foram estabelecidos nas conferências e o balanço sobre os avanços ocorridos, ao longo dos 40 anos que separam Estocolmo da Rio+20, quanto à Governança Ambiental Global.

1. OS PRINCÍPIOS ESTABELECIDOS NAS CONFERÊNCIAS SOBRE MEIO AMBIENTE

A **Conferência de 1972** distinguiu-se dos demais tratados e conferências internacionais anteriores pelo enfoque do tema, que não se restringia a um recurso natural específico ou a uma espécie em perigo, mas abordava o meio ambiente como um todo, objeto de preocupação de toda a humanidade. Foi um marco na história do século XX, pois explicitou a necessidade de considerar variável ambiental nas atividades humanas, o que foi tomando corpo à medida que cada país estruturou um conjunto de normas ambientais, estabelecendo novas regras para as atividades econômicas e impondo responsabilidade aos infratores.

A Declaração de Estocolmo estabeleceu 26 princípios que praticamente resumem as preocupações com o desenvolvimento e o meio ambiente, constituindo uma importante fonte do direito ambiental brasileiro.

Os temas abordados podem ser resumidos em: o meio ambiente como direito humano, desenvolvimento sustentável, proteção da biodiversidade, luta contra a poluição, combate à pobreza, planejamento, desenvolvimento tecnológico, limitação à soberania territorial dos Estados, cooperação e adequação das soluções à especificidade dos problemas.

O **direito humano ao meio ambiente** saudável é fixado no Princípio 1, que trata da "obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente, para as gerações presentes e futuras". Esse princípio inspirou o *caput* do art. 225 da Constituição Federal de 1988, que inseriu o "meio ambiente ecologicamente equilibrado" como direito de todos, "impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações". O Princípio 8 da Declaração associa o desenvolvimento econômico e social à melhoria da qualidade de vida.

Embora o conceito de **desenvolvimento sustentável** tenha se cristalizado na preparação da Convenção do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, com a publicação do *Relatório Brundtland*, a Declaração de Estocolmo já estabeleceu, com clareza, a necessidade de assegurar às futuras gerações os benefícios gerados pelos recursos naturais. O Princípio 2 trata da preservação dos ecossistemas para as futuras gerações; o Princípio 3 dispõe

que deve ser "mantida e, sempre que possível, restaurada ou melhorada a capacidade da Terra de produzir recursos vitais renováveis".

O Princípio 4, além de discorrer sobre a responsabilidade do homem na preservação da flora e fauna silvestres, ressalta a importância de seus habitats, cabendo, no planejamento do desenvolvimento econômico, "atribuir importância à conservação da natureza, incluídas a flora e a fauna silvestres".

O Princípio 5 determina que os recursos não renováveis da Terra devem ser utilizados de forma a evitar o perigo do seu esgotamento futuro e a assegurar que toda a humanidade participe dos benefícios de tal uso. Fica bastante evidente, nesse dispositivo, o conceito subjacente do desenvolvimento sustentável.

No que se refere ao *combate à poluição*, dispõe o Princípio 6 que se deve pôr fim à descarga de substâncias tóxicas ou de outras matérias e à liberação de calor, em quantidades ou concentrações tais que não possam ser neutralizadas pelo meio ambiente, de modo a evitar danos graves e irreparáveis aos ecossistemas. O Princípio 7 é específico sobre a poluição dos mares.

O **combate à pobreza,** como forma de lutar contra os danos ambientais, tema aprofundado no Relatório Brundtland, está considerado no Princípio 9. O Princípio 10 dispõe sobre a estabilidade de preços e pagamento adequado para as *commodities* e matérias-primas como fatores essenciais à administração do meio ambiente, uma vez que se deve levar em conta tanto os fatores econômicos como os processos ecológicos.

Nessa linha, o Princípio 19 determina ser indispensável um trabalho de educação em questões ambientais, com a devida atenção às populações menos privilegiadas, para assentar as bases de uma opinião pública bem informada e de uma conduta responsável por parte dos indivíduos, das empresas e das comunidades, inspirada no sentido de sua responsabilidade, relativamente à proteção e melhoramento do meio ambiente, em toda a sua dimensão humana.

A situação dos países ricos, seus problemas e possíveis soluções para as questões ambientais, que ensejou grandes discussões na formatação da Conferência de Estocolmo, está evidenciada no Princípio 11, ao dispor que "as políticas ambientais de todos os países deveriam melhorar e não afetar adversamente o potencial desenvolvimentista atual e futuro dos países em desenvolvimento, nem obstar o atendimento de melhores condições de vida para todos".

Ainda sobre esse tema, e já introduzindo a relação intrínseca entre a proteção ambiental e a aplicação de recursos financeiros nessa proteção, o Princípio 12 da Declaração de Estocolmo enfatiza a necessidade de destinar "recursos à preservação e melhoramento do meio ambiente, tendo em conta

as circunstâncias e as necessidades especiais dos países em desenvolvimento e quaisquer custos que possam emanar, para esses países, a inclusão de medidas de conservação do meio ambiente em seus planos de desenvolvimento, assim como a necessidade de lhes ser prestada, quando solicitada, maior assistência técnica e financeira internacional para esse fim".

O Princípio 20 trata da cooperação entre os países ricos e aqueles em desenvolvimento, ao determinar que o livre intercâmbio de informação e de experiências científicas atualizadas deve constituir objeto de apoio e assistência, a fim de facilitar a solução dos problemas ambientais; as tecnologias ambientais devem ser postas à disposição dos países em desenvolvimento, em condições que favoreçam sua ampla difusão, sem que constituam carga econômica excessiva para esses países.

Por fim, o Princípio 23 também trata das diferenças entre os países ricos e os em desenvolvimento, declarando indispensável "considerar os sistemas de valores predominantes em cada país e o limite de aplicabilidade de padrões que são válidos para os países mais avançados, mas que possam ser inadequados e de alto custo social para os países em desenvolvimento".

O **planejamento racional** constitui importante tema na Declaração de Estocolmo, pois é por meio de ações planejadas que se podem verificar os impactos ambientais decorrentes dos novos empreendimentos e estabelecer as necessárias medidas para evitar a ocorrência de danos, com a devida antecedência, conforme estabelece o Princípio 14. Nos termos do Princípio 13, cabe aos Estados adotar um "enfoque integrado e coordenado para planejar o seu desenvolvimento, assegurando a compatibilidade deste com a necessidade de proteger e melhorar o meio ambiente humano, em benefício de sua população". Note-se que, afinal, o objetivo desse princípio versa sobre a qualidade de vida das pessoas, dando ênfase à noção do meio ambiente equilibrado como direito humano.

O planejamento das cidades, para evitar repercussões prejudiciais ao meio ambiente e obter o máximo de benefícios sociais, econômicos e ambientais para todos, é o objeto do Princípio 15. O Princípio 16 trata da necessidade de estabelecer políticas demográficas como forma de controlar as altas densidades e os vazios populacionais, ambos prejudiciais ao desenvolvimento e à melhoria do meio ambiente.

O Princípio 17 aborda uma questão crucial relativa à **efetividade das normas jurídicas**, ao dispor sobre a necessidade de haver instituições nacionais competentes, com a tarefa de planejar, administrar e controlar a utilização dos recursos ambientais dos Estados, buscando melhorar a qualidade do meio ambiente. Uma das grandes lutas que se travam hoje, no Brasil, concerne: 1. à capacitação dos órgãos e entidades do Sistema Nacional do Meio

Ambiente – SISNAMA, para cumprir as respectivas competências; e 2. ao controle do exercício das competências administrativas, para garantir que, na atuação de cada órgão ou entidade de proteção ambiental, sejam respeitados os princípios básicos da Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, contidos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal.

O **uso da ciência e da tecnologia** para descobrir, evitar e combater os riscos que ameaçam o meio ambiente, para solucionar os problemas ambientais e para o bem comum da humanidade, é objeto do Princípio 18, cabendo, em todos os países, especialmente naqueles em desenvolvimento, a investigação científica no sentido de facilitar a solução dos problemas ambientais, tanto nacionais como multinacionais, conforme estabelece o Princípio 20.

A ideia de **limitação da soberania territorial dos Estados**, originada na sentença arbitral de 1941, sobre o Caso Smelter Trail, foi incorporada no Princípio 21. Além disso, o Princípio 22 estabelece a necessidade de os "Estados cooperarem no desenvolvendo do direito internacional, no que se refere à possibilidade de indenização das vítimas da poluição e outros danos ambientais, que as atividades realizadas dentro da jurisdição ou sob controle de tais Estados causem às zonas situadas fora de sua jurisdição".

O Princípio 24 cuida da necessidade de *cooperação* na "solução das questões internacionais relativas à proteção e melhoria do meio [ambiente]". Essa cooperação, em nível internacional, deve ser feita mediante "acordos multilaterais e bilaterais", a fim de estabelecer obrigações e direitos recíprocos, evitar e controlar os efeitos prejudiciais das atividades humanas ao meio ambiente, considerando a soberania e os interesses de todos os Estados. O Princípio 25 insere o dever das organizações internacionais em proceder a um trabalho coordenado, o que envolve a cooperação na conservação e melhoria do meio ambiente.

A **Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento – Rio 92** teve grande repercussão mundial, reunindo dezenas de chefes de Estado e Governo, contando com forte participação de grupos da sociedade civil. Reafirma, em seu preâmbulo, os princípios aprovados na Conferência de Estocolmo em 1972, e busca, a partir daí, "estabelecer uma parceria global mediante a criação de novos níveis de cooperação entre os Estados, os setores-chave da sociedade e os indivíduos", respeitando os "interesses de todos" e protegendo a "integridade global do meio ambiente".

Na linha do que foi apresentado pelo Relatório Brundtland, a Declaração da Rio 92 estabelece uma estreita conexão entre a pobreza mundial e a degradação do planeta, cabendo providências sérias e permanentes no que se

refere à cooperação, na busca de maior equilíbrio entre os Estados, no campo do desenvolvimento sustentável.

Os 27 princípios da Declaração repetiram alguns postulados estabelecidos na Declaração de Estocolmo, e tratam, fundamentalmente, do desenvolvimento sustentável, da limitação à soberania territorial, da responsabilidade, da cooperação e da precaução.

O **desenvolvimento sustentável** está contido no próprio nome da Conferência, permeando todo o texto da Declaração. O Princípio 3 determina que o "direito ao desenvolvimento deve ser exercido de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de desenvolvimento e de meio ambiente das gerações presentes e futuras". Complementando esse conceito, o Princípio 4 estabelece que, "para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental constituirá parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada isoladamente deste". O Princípio 8 aponta para a redução e eliminação dos "padrões insustentáveis de produção e consumo", e a promoção de "políticas demográficas adequadas" pelos Estados, como meio de atingir o desenvolvimento sustentável e uma qualidade de vida mais elevada para todos.

O meio ambiente saudável como um **direito humano** também foi inserido na Declaração, cujo Princípio 1 estabelece que "os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza". Ressalte-se que esse direito encontra-se assegurado no art. 225 da CF/88, conforme já mencionado no capítulo anterior.

O **princípio da precaução** foi expressamente contemplado no Princípio 15, cabendo aos Estados observá-lo amplamente, de acordo com suas capacidades. "Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental." Na legislação brasileira, O Decreto nº 5.300, de 7-12-2004, em seu art. 5º, X, determina, entre os princípios aplicáveis ao gerenciamento costeiro, a precaução, "tal como definido na Agenda 21, adotando-se medidas eficazes para impedir ou minimizar a degradação do meio ambiente, sempre que houver perigo de dano grave ou irreversível, mesmo na falta de dados científicos completos e atualizados". A Lei nº 7.802/89, de 11-7-1989, que dispõe sobre o controle de agrotóxicos, também adota o princípio da precaução, ao proibir o registro de agrotóxicos, seus componentes e afins nos casos mencionados no art. 3º, § 6º, todos relacionados com riscos de danos e incertezas quanto aos efeitos dessas substâncias.

A **cooperação** constitui tema amplamente abordado na Declaração Rio 92. O Princípio 5 menciona a cooperação de Estados e indivíduos "na tarefa de erradicar a pobreza, a fim de reduzir as disparidades de padrões de vida [...]". O Princípio 7 trata da cooperação entre os Estados e "suas responsabilidades comuns, porém diferenciadas", na medida em que aos países desenvolvidos cabe um papel determinante na "busca internacional do desenvolvimento sustentável", em face das "pressões exercidas por suas sociedades sobre o meio ambiente global e as tecnologias e recursos financeiros que controlam".

A questão das diferenças entre os países ricos e os países pobres, refletindo as discussões contidas no Relatório Brundtland, foi também incluída no Princípio 6, determinando-se uma "prioridade especial à situação e às necessidades especiais dos países em desenvolvimento, especialmente dos países menos desenvolvidos e daqueles ecologicamente mais vulneráveis. As ações internacionais na área do meio ambiente e do desenvolvimento devem também atender aos interesses e às necessidades de todos os países".

O Princípio 9 cuida da cooperação entre os Estados com vistas a uma "capacitação endógena para o desenvolvimento sustentável, mediante o intercâmbio de conhecimentos científicos e tecnológicos, e mediante a intensificação do desenvolvimento, da adaptação, da difusão e da transferência de tecnologias, incluindo as tecnologias novas e inovadoras".

O Princípio 12 prevê que "os Estados devem cooperar na promoção de um sistema econômico internacional aberto e favorável, propício ao crescimento econômico e ao desenvolvimento sustentável em todos os países, de forma a possibilitar o tratamento mais adequado dos problemas da degradação ambiental".

O Princípio 27 determina que os Estados e os povos irão cooperar, imbuídos de boa-fé e de um espírito de parceria, para a "realização dos princípios consubstanciados [na Declaração] e para o desenvolvimento progressivo do Direito Internacional no campo do desenvolvimento sustentável".

A participação social e o acesso à informação, elementos básicos para garantir um permanente desenvolvimento das questões relacionadas com a proteção ambiental, constituem, conforme o Princípio 10, a "melhor maneira de tratar as questões ambientais".

A Declaração do Rio de Janeiro, assim com a de Estocolmo, incluiu, em seu texto (Princípio 2), a **limitação da soberania territorial** dos Estados em face da responsabilidade por danos ambientais, declarada pela primeira vez no caso Smelter Trail. O Princípio 13 prevê, ainda, o desenvolvimento de normas nacionais relativas à "responsabilidade e à indenização das vítimas de poluição e de outros danos ambientais", assim como "o desenvolvi-

mento do Direito Internacional no que se refere à responsabilidade e à indenização por efeitos adversos dos danos ambientais causados, em áreas fora da jurisdição de cada Estado, por atividades dentro de sua jurisdição ou sob seu controle".

Além disso, o Princípio 18 trata da necessidade de os Estados notificarem imediatamente outros Estados acerca de "desastres naturais ou outras situações de emergência que possam vir a provocar súbitos efeitos prejudiciais sobre o meio ambiente destes últimos. Todos os esforços serão envidados pela comunidade internacional para ajudar os Estados afetados", o que denota o espírito de cooperação contido no texto.

Nos termos do Princípio 19, ainda no âmbito da responsabilidade, cabe aos Estados fornecer, oportunamente, a outros Estados potencialmente afetados, "notificação prévia e informações relevantes, acerca de atividades que possam vir a ter considerável impacto transfronteiriço negativo sobre o meio ambiente".

Conforme dispõe o Princípio 14, cabe a cooperação entre os Estados "para desestimular ou prevenir a realocação e a transferência, para outros Estados, de atividades e substâncias que causem degradação ambiental grave ou que sejam prejudiciais à saúde humana". Isso implica a responsabilidade por atos que geram a poluição e a degradação ambiental, causando danos a outros Estados.

Um ponto fundamental, na efetividade da proteção do meio ambiente, foi abordado no Princípio 11, que trata da necessidade de os Estados adotarem uma **legislação ambiental eficaz**, salientando-se que "as normas aplicadas por alguns países poderão ser inadequadas para outros, em particular para os países em desenvolvimento, acarretando custos econômicos e sociais injustificados". Daí a necessidade de cada país formular as normas ambientais em consonância com suas características e necessidades.

O **princípio poluidor pagador**, já adotado no Brasil pelo art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81, foi inserido no Princípio 16 da Declaração, ao afirmar que "as autoridades nacionais devem procurar promover a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, tendo em vista a abordagem segundo a qual o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo da poluição, com a devida atenção ao interesse público e sem provocar distorções no comércio e nos investimentos internacionais".

A **avaliação do impacto ambiental**, instrumento da Política Nacional de Meio Ambiente, foi prevista no Princípio 17, devendo ser aplicada às "atividades planejadas que possam vir a ter um impacto adverso significativo sobre o meio ambiente e estejam sujeitas à decisão de uma autoridade nacional

competente". Esse princípio foi adotado pela Lei nº 6.938/81 e pela Constituição Federal.

O Princípio 22 trata dos **povos indígenas e outras comunidades locais**, com "papel vital no gerenciamento ambiental e no desenvolvimento, em virtude de seus conhecimentos e de suas práticas tradicionais. Os Estados devem reconhecer e apoiar adequadamente sua identidade, sua cultura e seus interesses, e oferecer condições para sua efetiva participação no alcance do desenvolvimento sustentável". Segundo o Princípio 23, "o meio ambiente e os recursos naturais dos povos submetidos a opressão, dominação e ocupação serão protegidos". No Brasil, o Decreto nº 4.339, de 22-8-2002, que institui os princípios e diretrizes para a implementação da Política Nacional da Biodiversidade, e a Lei nº 9.985, de 18-7-2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC), tratam das comunidades tradicionais. Além disso, o Decreto nº 6.040, de 7-2-2007 instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais.

Além da Declaração acima comentada, na Conferência foram aprovadas duas importantes convenções internacionais: a **Convenção-quadro sobre Mudança do Clima** e a **Convenção sobre Diversidade Biológica.** Além disso, foi estabelecida a **Agenda 21.**

No que se refere às **mudanças do clima**, duas questões permeiam os problemas climáticos, decorrentes de desequilíbrio ambiental: (1) o aquecimento global, ou efeito estufa, fenômeno natural agravado pelo excesso de emissão de dióxido de carbono (CO_2) pela indústria e por veículos automotivos; e (2) a perda da camada de ozônio, que protege a Terra dos raios ultravioleta, pelo lançamento de gases clorofluorcarbonetos (CFC) e por gases halônios.

A questão relativa à camada de ozônio foi tratada na Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio, de 1985, e pelo Protocolo de Montreal sobre substâncias que destroem a Camada de Ozônio, de 1987.

A Convenção-quadro sobre Mudança do Clima estabelece estratégias de combate ao efeito estufa e à destruição da camada de ozônio não controladas pelo Protocolo de Montreal. Todavia, não se definiram com precisão as obrigações relativas à redução das emissões de CO_2 e outros gases provocadores do efeito estufa, justamente por constituir uma Convenção denominada Quadro.

Coube aos Protocolos realizados posteriormente, como Kyoto em 1997 e Durban em 2011, definir, com maior precisão, o compromisso global de redução das emissões de gases que causam o efeito estufa.

O objetivo **Convenção sobre Diversidade Biológica** consiste na conservação da diversidade biológica, no uso sustentável de seus componentes e na repartição justa e equitativa dos benefícios derivados dos recursos genéticos, incluindo o acesso a esses bens e a transferência de tecnologias. Trata da regulação do uso dos recursos genéticos, que vêm se transformando em bens de valor econômico, com a alteração de patrimônio comum para patrimônio privado *dotado de valor monetário.*

A **Agenda 21** consiste em um programa de proteção ambiental para o século XXI. Formada por 40 capítulos, trata de praticamente todos os aspectos relacionados ao meio ambiente, fixando metas gerais a serem cumpridas. São os seguintes os elementos objeto da Agenda 21, reunindo os temas abaixo mencionados:

1. **Dimensões sociais e econômicas do desenvolvimento**: pobreza, produção e consumo, saúde, aglomerações humanas, processos integrados de decisão.
2. **Conservação e gerenciamento de recursos naturais**: atmosfera, oceanos e mares, solo, florestas, montanhas, diversidade biológica, ecossistemas, biotecnologia, água potável, substâncias tóxicas, lixo radioativo e resíduos sólidos.
3. **Fortalecimento do papel de grupos:** jovens, mulheres, povos indígenas, organizações não governamentais, autoridades locais, sindicatos, negócios, comunidades científicas e tecnológicas, fazendeiros.
4. **Meios de implementação:** finanças, transferência de tecnologia, informação, consciência pública, capacidade de construção, educação, instrumentos legais, estruturas institucionais.

No Brasil, a Agenda 21, definida na Conferência do Rio de Janeiro de 1992, desdobrou-se em Agendas 21 locais – nacional, estaduais e municipais –, cabendo a cada ente federado brasileiro formular as suas metas. Tais agendas locais estabelecem planos de ações concretas para a realização dos objetivos descritos na Agenda 21, indicando, inclusive, as fontes de financiamento e as entidades responsáveis pela realização de cada atividade. Todavia, essas agendas não constituem direito cogente e dependem de acordo político e de recursos financeiros para se realizar.

A **Conferência das Nações Unidas Sobre Desenvolvimento Sustentável – Rio+20** aprovou uma declaração com estrutura mais complexa, reafirmando princípios já consagrados nas Conferências anteriores e introduzindo novas questões, como a economia verde e a governança global.

Da **visão comum**, cabe destacar, na Declaração da Rio+20, a preocupação com a erradicação da pobreza, a adoção de padrões de consumo

mais sustentáveis e o desenvolvimento com equidade, com oportunidade a todos, como condições essenciais para o alcance do desenvolvimento sustentável (I, 4).

A Declaração da Rio+20 **reafirma os compromissos políticos** assumidos anteriormente, como os Princípios da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento – Rio 92 e outros planos de ação, como a Agenda 21, o Plano de Implementação da Conferência de Johanesburgo (Rio+10), o Programa de Ação para os Países Menos Desenvolvidos para a Década de 2011-2010 (Plano de Ação de Istambul), o Consenso de Monterrey da Conferência Internacional de Financiamento do Desenvolvimento e a Declaração de Doha sobre o Financiamento do Desenvolvimento, os compromissos decorrentes dos documentos oriundos das grandes conferências e reuniões no âmbito das Nações Unidas nos campos econômico, social e ambiental, inclusive a Declaração do Milênio de 2005, entre outros documentos (II, A, 16).

No que se refere à evolução dos acontecimentos após a Conferência Rio 92 ressalta-se o reconhecimento de que, desde 1992, a integração das três dimensões do desenvolvimento sustentável evoluiu de modo desigual com reveses, agravados por múltiplas crises financeiras, econômicas, alimentares e energéticas, inclusive atualmente, que dificultaram a realização do desenvolvimento sustentável por todos os países, sobretudo os países em desenvolvimento. Nesse ponto, é imprescindível que não haja retrocesso nos compromissos assumidos em 1992 (II, B, 20).

A ideia de que o desenvolvimento sustentável deve beneficiar a todos e estar centrado no indivíduo, inclusive crianças e jovens (II, B, 31) é um ponto estratégico da Declaração, na medida em que se coaduna com a preocupação relativa à necessidade de oferta de empregos para a erradicação da pobreza (II, B, 24).

No que se refere ao **fortalecimento da estrutura institucional** para o alcance do desenvolvimento sustentável, o entendimento é no sentido de que ela deve integrar suas três dimensões de modo equilibrado, fortalecendo a coerência, a coordenação, com a análise do progresso na implementação e concretização do desenvolvimento sustentável e evitando-se a duplicação de esforços. Além disso, essa estrutura deve ser inclusiva, transparente e efetiva, buscando soluções comuns no que se refere aos desafios globais relativos ao tema (IV, A, 75).

A **estrutura para ação e respectivo acompanhamento** (V), no âmbito da Declaração da Rio+20, tratam de temas extremamente varia dos, mas que convergem para uma visão de integração global, com vistas à igualdade, à melhoria da qualidade de vida, à erradicação da pobreza, à proteção da sociobiodiversidade.

Os temas objeto de manifestação expressa são: erradicação da pobreza, segurança alimentar e agricultura sustentável, água e saneamento, energia, turismo sustentável, transporte sustentável, cidades e aglomerações urbanas sustentáveis, saúde e população, promoção do emprego, do trabalho decente e da proteção social, oceanos e mares, países insulares e com pequeno território, países com pouco desenvolvimento, países sem litoral, África, esforços regionais, redução de risco de desastres, mudanças climáticas, florestas, biodiversidade, desertificação, degradação e seca, montanhas, substâncias químicas e resíduos, consumo e produção sustentáveis, mineração, educação, equidade de gêneros e aumento do poder das mulheres.

No que se refere aos meios de implementação identificados na Agenda 21, no Programa de Implementação da Agenda 21, no Plano de Implementação de Johanesburgo, no Consenso de Monterrey da Conferência Internacional de Financiamento do Desenvolvimento e na Declaração de Doha sobre o Financiamento do Desenvolvimento, a Declaração da Rio+20 reafirma que tais documentos são indispensáveis para o atingimento de uma plena e efetiva transição de compromissos para um resultado tangível de desenvolvimento sustentável.

Nesses termos, a Declaração da Rio+20 reitera que cada Estado é responsável por seu próprio desenvolvimento econômico e social, e que o papel das políticas nacionais, recursos locais e estratégias de desenvolvimento não pode ser subestimado (VI, 252).

2. GOVERNANÇA AMBIENTAL, DE 1972 À RIO+20

Para realizar uma breve análise sobre a evolução da Governança Ambiental ao longo dos 40 anos que separam a Conferência de Estocolmo da Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável, a Rio+20, é preciso antes definir com clareza o significado da expressão. A ideia de governança é recente no cenário internacional: foi aplicada pela primeira vez nos anos 1980, pelo Banco Mundial, com o sentido de um receituário prescritivo que as nações deveriam cumprir para ter acesso a financiamentos e empréstimos. Tratava-se então de buscar a "boa governança", ou seja, práticas de eficiência administrativa, desenvolvidas com transparência, imparcialidade e responsabilidade. Sua evolução, já nos anos 1990, indica, porém, um alargamento do conceito. O relatório da Comissão sobre a Governança Global, formada pela ONU em 1992, define governança como a "totalidade das diversas maneiras pelas quais os indivíduos e as instituições, públicas e privadas, administram seus problemas comuns".[2] É uma definição

2 Comissão sobre Governança Global, 1996.

simples e direta, mas que sintetiza bem o novo significado que a expressão assume. Trata-se agora de principalmente valorizar a participação ampliada no diagnóstico de problemas, tomada de decisões e implementação de ações e medidas. Há múltiplos atores nos processos de governança: não apenas os Estados e as organizações internacionais, mas também organizações não governamentais, movimentos civis, empresas multinacionais e mercados de capital globais, com os quais interagem os meios de comunicação de massa.

Governança não diz respeito exclusivamente a formas ampliadas de participação nos processos e atividades. Pode-se dizer, *grosso modo*, que é vista também como a arquitetura do sistema, ao desenho institucional capaz de permitir a articulação e ações dos diferentes atores envolvidos em determinada área (como é o caso da temática ambiental), mas que compreende quatro características fundamentais:

1. Ela tem um caráter instrumental, ou seja, é meio e processo capaz de produzir resultados eficazes;
2. Exige a participação ampliada nos processos de decisão (envolvendo não apenas a dimensão estatal como também atores não governamentais);
3. Enfatiza o caráter de consenso e persuasão nas relações e ações, muito mais do que a coerção e a obrigação de cumprir;
4. Pressupõe a existência de um conjunto de normas e regras a sustentá-la, ou seja, um arcabouço institucional.[3]

Governança Ambiental Global é, portanto, a aplicação dessas ideias e conceitos à temática ambiental. Opera em escala global na medida em que a solução de problemas ambientais exige ações que não estão circunscritas em territórios nacionais ou mesmo regionais. Exige a participação ampla – Estados, organizações internacionais, organizações não governamentais, comunidade científica, empresas transnacionais, e se desenvolve em cenários de articulação destes múltiplos atores, num esforço permanente de busca do consenso e da persuasão, baseada em instituições internacionais desenhadas para tal fim. Vale ressaltar que hoje a Governança Ambiental Global vai além dos tradicionais acordos e tratados internacionais, bem como das organizações criadas para sua implementação. Atores não governamentais participam, de fato, do processo, e as maneiras de fazê-lo constituem uma questão importante. As ONGs participam da fixação da agenda, do desenvolvimento de normas e do monitoramento das ações, e podem ser vistas como a expressão da sociedade civil num balanço entre os Estados e as empresas privadas. ONGs formam redes, coalizões e grandes movimentos sociais que influen-

3 Gonçalves, 2011.

ciam políticas diretamente ou através de mudanças de concepções quanto às ações apropriadas em determinadas situações.[4]

Embora a governança ambiental global não se resuma à participação ampliada de atores não governamentais, uma observação desta evolução desde 1972 a 2012 pode ser útil e eficaz para aferir seus avanços. A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em 1972, é considerada o primeiro esforço concentrado da comunidade internacional para tratar o meio ambiente como um tema de atenção global. Produto da preocupação nacional, especialmente nos países industrializados em razão dos altos níveis de poluição, e do papel crescente dos países em desenvolvimento, interessados em introduzir na agenda internacional temas relacionados com objetivos sociais e econômicos (como a pobreza e o desenvolvimento econômico), Estocolmo assistiu ao confronto de visões sobre a política ambiental: Norte x Sul, meio ambiente x desenvolvimento econômico, poluição nos países ricos x degradação causada pela pobreza. O compromisso tomou a forma da doutrina do desenvolvimento com preocupação ambiental (embrião da futura ideia de desenvolvimento sustentável).[5] O debate foi conduzido e encaminhado basicamente pelos Estados nacionais, embora tenha havido a presença da sociedade civil. Foi a primeira vez que ONGs e outros atores não governamentais estiveram presentes e de certa forma engajados no processo, sendo registrada a presença de 134 ONGs em eventos não oficiais (ou "paralelos"). Ainda assim, os avanços se deram muito mais pela iniciativa estatal, como a criação do PNUMA (Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente), que representou a resposta dos países, tendo em vista a necessidade de existência de um organismo internacional para agir como catalisador das ações no campo ambiental.

Os avanços prosseguiram nos vinte anos que se seguiram. A ação do PNUMA é importante: a agência da ONU começa a desenvolver levantamento de dados e distribuí-los amplamente, o que ajudou a mobilizar e organizar redes de cientistas que ampliaram as pesquisas, e passaram a influir e pressionar governos quanto à proteção ambiental. Vai sendo forjada assim uma agenda que é levada adiante mediante a ação conjunta de governos, da ONU, de cientistas e de organizações não governamentais. Cresce a ação e presença das ONGs na mídia, aumentando o grau de consciência da população quanto aos riscos ambientais e exercendo pressão em governos nacionais e locais. A ação concertada para proteger a camada de ozônio, marcada pela Convenção de Viena (1985) e Protocolo de Montreal (1987), é vista como notável exemplo de articulação entre governos nacionais, organizações inter-

4 Delmas e Young, 2009.
5 Speth e Haas, 2006.

nacionais (o PNUMA, em destaque), empresas transnacionais e organizações não governamentais.

O PNUMA foi também base para a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento que, sob a liderança da primeira ministra da Noruega, Gro Harlem Brundtland, produziu o relatório denominado "Nosso Futuro Comum", que definiu o desenvolvimento sustentável como o desenvolvimento que satisfaz as necessidades das gerações presentes sem comprometer a capacidade das futuras gerações de suprir suas próprias necessidades. Embora não fosse uma ideia original (em 1980, a IUCN[6] e o WWF[7], com o apoio do PNUMA, criaram a Estratégia Mundial de Conservação, que lançou o conceito), sua utilização no relatório projetou a expressão e fez com que ela adquirisse destaque político internacional.

Em 1989, para tentar resolver o problema de como implementar o desenvolvimento sustentável, a Assembleia Geral das Nações Unidas decidiu organizar uma Conferência sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, que se realizaria em 1992 no Rio de Janeiro. Cento e setenta e oito países participaram desta conferência, a Rio 92, com 118 chefes de Estado ou governo (houve apenas dois em Estocolmo) e 8 mil delegados oficiais. Mas o destaque foi o avanço da participação da sociedade civil: estiveram presentes 1.400 ONGs, representadas por 3 mil observadores credenciados, 9 mil jornalistas, e cerca de 15 a 20 mil visitantes.[8] Houve ainda um Fórum Global para lideranças da sociedade civil se encontrarem, trocar ideias e comparar estratégias de ação. A Conferência produziu uma declaração final com 27 princípios e a chamada Agenda 21, que constituiu um marco na implementação do desenvolvimento sustentável. A Agenda 21 foi dividida em quatro áreas, e uma delas referia-se ao Fortalecimento do papel dos grupos principais, destacando atores não estatais, como mulheres, infância e juventudes, populações indígenas, ONGs, negócios e indústria, comunidade científica e tecnológica, trabalhadores, sindicalistas e agricultores.

Na Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável, a Rio+20, realizada novamente no Rio de Janeiro em 2012, a participação da sociedade civil foi muito maior. Ao lado da agenda oficial (Segmento de Alto Nível), que se desenvolveu entre 20 e 22 de junho, com delegações lideradas por chefes de Estado e governo, foi organizada, pela própria ONU,

---

6 IUCN – International Union for Conservation of Nature, criada em 1948, é a mais antiga e maior rede global ambientalista, constituída por mais de mil organizações governamentais e não governamentais e quase 11 mil cientistas voluntários em mais de 160 países, com mil funcionários distribuídos em 60 escritórios pelo mundo.

7 WWF – World Wide Fund for Nature, fundada na Suíça em 1961, é uma organização não governamental internacional que atua nas áreas de conservação, investigação e recuperação ambiental, é hoje uma rede mundial de defesa do meio ambiente, com representações nos principais países do mundo.

8 Speth e Haas, Ibid.

a participação da sociedade civil. Assim, aconteceu um painel de especialistas denominado "Diálogos sobre o Desenvolvimento Sustentável", reunindo 2 mil membros da sociedade civil, num processo considerado inédito em conferências da ONU. Houve ainda uma agenda de eventos paralelos realizados também no Riocentro, sede oficial da conferência. De 13 a 22 de junho aconteceram 494 eventos apresentados por agências da ONU, como o PNUD, OIT, UNICEF, PNUMA, UNESCO, por governos nacionais, por entidades como o FMI e a OMC, além de empresas como Eletrobrás e Petrobras, e organizações não governamentais, como o WWF Internacional, Oxfam, Friendsofthe Earth, Instituto Ethos, Sierra Club International, Caritas Internationalis.

Mas a iniciativa mais genuína da sociedade civil na Rio+20 foi a chamada Cúpula dos Povos, evento paralelo realizado no Aterro do Flamengo. A Cúpula dos Povos foi anunciada como uma iniciativa de representantes da sociedade civil de todo o mundo destinada a reivindicar dos dirigentes mundiais justiça social e ambiental. Os eixos do movimento apresentavam viés ideológico marcante: causas estruturais das crises e injustiças sociais e ambientais, falsas soluções e novas formas de acumulação do capital sobre os povos e territórios; soluções reais e novos paradigmas dos povos; agendas, campanhas e mobilizações que unificam o processo da luta anticapitalista após a Rio+20. Levantamento feito com base na programação da Cúpula dos Povos, realizada entre 15/6 e 23/6 em tendas que foram montadas no Aterro do Flamengo, mostra a realização de 978 eventos distintos.[9]

Devem ser ainda contabilizados outros eventos paralelos que aconteceram em vários locais da cidade do Rio de Janeiro. Todos eles fizeram parte de agenda divulgada pela organização da conferência e, desenvolvidos entre 11 e 23 de junho, somaram 446 eventos, deduzidas repetições, entrega de prêmios e almoços. Eles foram apresentados por órgãos governamentais, empresas, além de entidades empresariais, universidades e ONG´s ambientais. Houve ainda intensa programação cultural durante todo o período, compreendendo espetáculos de dança e música, oficinas culturais e apresentação de filmes. Enquanto na Conferência Rio 92 o envolvimento empresarial foi insignificante, os executivos constituíram um dos grupos não governamentais mais numerosos na Rio+20. Vale ainda salientar a intensa atividade de entidades empresariais, como as federações de indústrias FIESP e a FIR-

9 O levantamento foi feito com base nos eventos listados no site www.agendatotal.org, plataforma desenvolvida com o suporte do Comitê Nacional de Organização da Rio+20 (CNO) e do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), para o Centro de Informações das Nações Unidas (UNIC Rio) com o objetivo de atender à conferência Rio+20. Para o cálculo do número total de eventos foram descontados aqueles que se repetiram, em dias subsequentes. Consultado entre 22 e 28/6/2012.

JAN. Foram realizados por elas 20 eventos, dentro da programação paralela que foi realizada no Forte de Copacabana. Os temas traduzem a relevância dos principais seminários, como Governança de Águas; Biodiversidade; Resíduos Sólidos; Produção e Consumo Sustentável: Governança Nacional e Global, Avanços da Indústria no Brasil e Perspectivas Pós-Rio+20; Diálogos sobre Mudanças do Clima: cenários nacional e internacional; Energias Renováveis para o Desenvolvimento Sustentável; Segurança Alimentar e Tecnologias do Agronegócio.

Finalmente, cabe salientar a atividade subnacional na Rio+20. Um momento importante da conferência foi o evento C-40, rede de prefeitos das grandes cidades do planeta, que reúne 58 megalópoles, concentrando mais de 300 milhões de pessoas, e representando 20% do PIB mundial, com 75% dos gastos de energia global, e um resultado prático foi anunciado pelos prefeitos destas cidades, que assumiram compromisso de reduzir suas emissões de dióxido de carbono em 5,8% até 2020.

Não há dúvida, portanto, que a trajetória dos quarenta anos, de Estocolmo à Rio+20, mostra um significativo avanço no que diz respeito à participação ampliada nas conferências da ONU sobre questões ambientais. A governança ambiental, pelo menos nesta área, teve crescimento e reforço expressivo. Pode-se, entretanto, questionar a efetividade dessa participação. Afinal, qual o efeito prático da ação da sociedade civil nas decisões tomadas? Em termos imediatos, ele é bastante restrito. No caso da Rio+20, os resultados da conferência frustraram os atores não governamentais presentes, de ambientalistas a empresários, que viram suas propostas deixadas de lado no documento final. No entanto, a visão deve ser de longo prazo: indiscutivelmente, a presença e a atividade da sociedade civil contribuem para a consciência dos problemas ambientais e influencia a agenda global a respeito. Há desafios gigantescos no futuro imediato. Mas a Governança Ambiental Global avança, conferência após conferência, e constitui um mecanismo importante de inclusão, pressão e de solução dos problemas ambientais.

REFERÊNCIAS

COMISSÃO SOBRE GOVERNANÇA GLOBAL. *Nossa Comunidade Global.* Relatório da Comissão sobre Governança Global. Rio de Janeiro: FGV, 1996.

DELMAS, Magali A.; YOUNG, Oran R. (ed.). *Governance for the Environment – New Perspectives.* Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

GONÇALVES, Alcindo. Governança Global. In: GONÇALVES, Alcindo; COSTA, José Augusto Fontoura. *Governança Global e Regimes Internacionais.* São Paulo: Almedina, 2011.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito Ambiental.* 2 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SPETH, James Gustav; HAAS, Peter M. *Global Environmental Governance.* Washington, DC: Island Press, 2006.

PARTE I - **CAP. 04**

LA NATURALEZA COMO SUJETO DE DERECHOS

RENÉ BEDÓN GARZÓN

La Tierra no pertenece al hombre;
es el hombre el que pertenece a la Tierra [1]

INTRODUCCION

La Constitución Ecuatoriana ha consagrado a favor de la Naturaleza varios derechos, instituyéndola como un sujeto de derechos para determinadas relaciones jurídicas. Con este antecedente, en el presente ensayo se conceptualizará y se buscará el significado de sujeto de derechos a fin de determinar si, efectivamente, la naturaleza puede ser uno de ellos.

También se analizarán las motivaciones que llevaron a la Asamblea Constituyente a consagrar a la Naturaleza, para ciertas relaciones jurídicas, como sujeto y no solo como tradicionalmente se la había concebido como objeto de la relación jurídica.

Finalmente se realizará una referencia de la sentencia dictada por la Corte Provincial de Justicia de Loja en la primera acción de protección planteada para precautelar el derecho de la naturaleza a la conservación integral, a fin de evidenciar la forma en que la justicia ecuatoriana está procediendo procesalmente con este nuevo sujeto de derechos.

1. DESARROLLO Y CONTENIDO

1.1. EL SUJETO DE DERECHOS

Un sujeto de derechos ha sido concebido tradicionalmente como uno de los elementos de la relación jurídica, además del objeto y el título, de esta forma la categoría de sujeto de derechos para el positivismo ha sido otorgada por el derecho y para las concepciones naturalistas ha sido reconocida por él exclusivamente en función de las relaciones jurídicas de las que este sujeto pueda ser parte.

En la antigua Roma, ser humano y persona como sujeto de derechos no eran equivalentes, pues no todos los seres humanos tenían personalidad,

1 Carta del jefe indio de Seattle al presidente de los EEUU (1854)"

como el caso de los esclavos, luego, el derecho progresó en sus concepciones y en épocas modernas se ha considerado que la personalidad no está ligada a la posición de ninguna cualidad, y se le considera como una emanación de la propia naturaleza humana.

Tienen categoría de sujeto de derechos, también las creaciones ficticias del ser humano, de tal forma que actualmente para nadie resulta extraño que una sociedad o una corporación constituida legalmente como persona jurídica pueda ser titular de un derecho o inclusive sujeto pasivo de una obligación, de ahí, por ejemplo que no podamos apreciar físicamente a una corporación pero esta ficción jurídica si puede tener derecho de propiedad sobre bienes corporales.

En definitiva, tradicionalmente, únicamente han sido considerados sujetos de derecho las personas, tal es así que inclusive se ha definido como persona a todo sujeto de derecho[2]. Existen dos tipos de personas, a saber, por un lado, la persona natural definida por el artículo 41 del Código Civil Ecuatoriano como todo individuo de la especie humana; y, por otro lado, la persona jurídica definida por el tratadista ecuatoriano Monseñor Juan Larrea Holguín[3] como aquellos grupos de personas naturales u organizaciones dotadas de bienes y que para conseguir el fin que se proponen son capaces de tener derechos y de obligarse. Las personas, sean naturales o jurídicas, por su parte, tienen capacidad, la cual puede ser de goce, lo que significa la posibilidad de ser titular de derechos y obligaciones o capacidad de ejercicio, lo que significa realizar actos jurídicos por sí mismo.

Por su parte, sujeto[4] de[5] derecho[6], partiendo de las acepciones establecidas por la Real Academia de la Lengua Española, podría ser entendido como el ser que en toda sociedad, tiene atribuido lo que expresa el título normativo que regula las relaciones humanas la cual puede ser impuesta coactiva-

2 Larrea Holguín, Juan, Manual Elementario de Derecho Civil del Ecuador, (2005) Volumen I. Corporación de Estudios y Corporaciones Quito 7ma edición actualizada. Pág 111.

3 Larrea Holguín, Juan, Manual Elementario de Derecho Civil del Ecuador, (2005) Volumen I. Corporación de Estudios y Corporaciones Quito 7ma edición actualizada. Pág 111.

4 Sujeto, ta. (Del lat. subiectus, part. pas. de subiic□re, poner debajo, someter). 1.adj. Expuesto o propenso a algo 2. Asunto o materia sobre que se habla o escribe. 3. Persona innominada. 4. Fil. Espíritu humano, considerado en oposición al mundo externo, en cualquiera de las relaciones de sensibilidad o de conocimiento, y también en oposición a sí mismo como término de conciencia. 5. Fil. Ser del cual se predica o anuncia algo 6. ser1.(De ser).1. verbo sust. U. para afirmar de sujeto lo que significa el atributo.

5 De (Del lat. de). 1.prep. Denota posesión o pertenencia. 2.prep. Denota de dónde es, viene o sale alguien o algo.. 3. prep. Denota la materia de que está hecho algo. 4.prep. U. para señalar lo contenido en algo. 5.prep. Denota asunto o ma eria. 6.prep. Denota la causa u origen de algo. 7.prep. U. para expresar la naturaleza, condición o cualidad de alguien o algo

6 Derecho; Conjunto de principios y normas, expresivos de una idea de justicia y de orden, que regulan las relaciones humanas en toda sociedad y cuya observancia puede ser impuesta de manera coactiva

mente. Es decir, no es más que el ser actuando en una relación jurídica determinada, resultando imposible que exista una relación jurídica sin sujeto.

Bajo este orden de cosas, es decir para la concepción tradicional, resultaría aparentemente imposible que algo que no sea una persona natural o jurídica sea sujeto de derechos, puesto que cualquier otro ente no sería más que un objeto de la relación jurídica creada o reconocida por el ordenamiento jurídico emanado de las estructuras estatales.

1.2. TEORIA ANTROPOCENTRICA

Siguiendo la referida posición tradicional jurídica romanista, la teoría antropocéntrica de derecho ambiental percibe al ser humano como el centro del universo y a la naturaleza solo en tanto le es útil al ser humano se la protege, es decir, siguiendo el tradicional sistema jurídico, el ser humano es sujeto de derechos y el ambiente objeto.

La teoría antropocéntrica sostiene que el medio ambiente no está dotado de un valor intrínseco, simplemente, se hace evidente que al destruir al medio que lo rodea, el hombre se arriesga efectivamente a poner su propia existencia en peligro, o por lo menos, a privarse de las condiciones de una vida adecuada sobre la tierra.

Se ha sostenido, siguiendo esta posición antropocéntrica que todas las cosas inferiores al hombre han sido creadas para su uso y disfrute; cumplen la finalidad de su existencia satisfaciendo las carencias y necesidades de aquel. Por lo tanto, cualquier cosa perteneciente al reino animal, vegetal o inorgánico puede ser llevada a depender del hombre, y convertida en su propiedad. El derecho a adquirir propiedad útil y necesaria para una vida humana ordenada, constituye uno de los derechos naturales del hombre, que no puede serle arrebatado por el Estado. El Estado puede, efectivamente, dictar leyes razonables que regulen y definan los derechos de propiedad de los ciudadanos para el bien común, pero no puede abrogarlos por completo. Tales derechos son anteriores al Estado, y en sustancia, independientes de él; el Estado ha sido instituido para protegerlos y defenderlos, no para suprimirlos. Los derechos son condición natural de los seres inteligentes como tales, que pueden reflexionar sobre sí mismos, conocer sus propias necesidades y que están capacitados para subvenir a ellas mediante la apropiación de objetos que les están subordinados y que pueden satisfacer aquellas necesidades. [7]

Esta posición antropocéntrica ha sido la predominante y se encuentra plasmada en los ordenamientos jurídicos de la mayoria de países del planeta, así como en la mayoría de instrumentos internacionales, tal es el caso, por

7 http://ec.aciprensa.com/j/justicia.htm Escrito por T. Slater. Transcrito por Rick McCarty Traducido por Estela Sánchez Viamonte

ejemplo, de La Declaración de Estocolmo, en la cual se manifiesta que de todas las cosas del mundo, los seres humanos son lo más valioso. Por consiguiente, lo más importante es el bienestar del hombre, si para dicho bienestar se necesita cuidar a la naturaleza, se lo hará, pero no porque la Naturaleza sea aquella que merece ser protegida, sino porque aquel es el escenario del hombre y lo necesita para su beneficio.

Es claro entonces, que con esta teoría se intenta fijar al ser humano como el centro de todo el universo, al cual la naturaleza le debe ser útil. Todas las decisiones con respecto a la naturaleza se tomarán en base al exclusivo beneficio del hombre y de su protección, más no porque el medio ambiente merezca ser conservado. Esto ha generado que en un análisis de ponderación de derechos y bienes jurídicos que cuando se ha tratado de tomar una decisión con consecuencias ambientales, siempre se ha preferido al desarrollo económico por sobre la conservación, con lo cual, se ha generado un acelerado deterioro ambiental.

1.3. TEORIA ECOCENTRICA Y LA NATURALEZA COMO SUJETO DE DERECHOS

Como contrapartida se empezó a generar una corriente, que poco a poco ha ido creciendo, en la cual se coloca al ambiente y a la naturaleza como el eje central de las cuestiones ambientales.

La Carta de la Naturaleza de las Naciones Unidas ya en 1982 decía que la especie humana es parte de la naturaleza y la vida depende del funcionamiento ininterrumpido de los sistemas naturales que son fuente de energía y materias nutritivas, que toda forma de vida es única y merece ser respetada, cualquiera que sea su utilidad para el hombre, y que con el fin de reconocer a los demás seres vivos su valor intrínseco, el hombre ha de guiarse por un código de acción moral."

Esta posición que fue en principio estrictamente ecológica, lo que busca es reconocer el valor intrínseco de la Naturaleza y que se mire al ser humano como parte del ecosistema.

Ferry define tres categorías o niveles del ecologismo; el primero sería el menos dogmático y más humanista, el ecologismo democrático, en el que el hombre es el centro y sólo él debe ser considerado sujeto de derecho. Esta concepción se inscribiría dentro de la tradición liberal y, según ella, los animales y la naturaleza quedarían al servicio del hombre por lo que agredir a alguno de ellos es condenable porque supone atentar contra derechos del hombre, el de propiedad fundamentalmente. Por ello, las leyes protectoras que se basan en esta visión suelen considerar que es falta o delito el maltrato de los animales si se trata de los domésticos, o en espectáculos públicos

porque en este caso se atenta contra la dignidad del hombre. Las otras dos categorías del ecologismo rompen con la concepción "antropocentrista" de la primera y, en la segunda, los animales son reconocidos como sujetos de derecho, alcanzando este reconocimiento la naturaleza o incluso la totalidad del universo en la tercera categoría. Hoy en día, el segundo nivel, el que sirve de fundamento para el movimiento de "liberación animal", está más extendido en el mundo anglosajón, mientras que el ecologismo "ecocéntrico" o "biocéntrico", la llamada ecología profunda, domina en los movimientos alternativos y antiglobalizadores de Estados Unidos y Alemania.[8]

Esta corriente ecocentrista poco a poco se ha ido trasladando de la ecología a otras esferas como el derecho y la legislación ambiental. En efecto, tradicionalmente, como hemos analizado, por definición el Derecho a correspondido al hombre en tanto ser humano o a sus creaciones denominadas personas jurídicas, y como la naturaleza no es persona entonces sólo podría ser objeto del derecho más no sujeto del mismo. Con este análisis supuestamente el debate había llegado a su fin, pero por los graves problemas ambientales contemporáneos como el cambio climático así como por la propia evolución del pensamiento jurídico el tema relativo a otorgar derechos a la naturaleza como sujeto de determinadas relaciones jurídicas con el fin de conseguir que los seres humanos frenen el proceso de devastación en contra de la naturaleza, se ha puesto en vigencia.

Según Alberto Acosta[9], la Naturaleza y las especies vivientes son consideradas como objeto de propiedad o simples "recursos" naturales. No consideran a la Naturaleza como un todo, sino que reconocen sus elementos en tanto tienen una utilidad inmediata para la ganancia y el consumismo sin límites, que hace de todo una mercancía. A lo largo de la historia jurídica, cada ampliación de los derechos y las leyes conexas fue anteriormente impensable. La emancipación de los esclavos o la extensión de los derechos civiles a los afroamericanos, a las mujeres, a los niños y niñas fueron resistidas por las autoridades que las consideraban un absurdo jurídico, ya que los consideraban como objetos de protección.[10]

La teoría de subjetivizar a la naturaleza surge doctrinariamente con Christopher D. Stone, juez estadounidense que escribió un ensayo sobre los árboles Secuoyas[11]. El problema surgió cuando una empresa tuvo la intención de cortar estos árboles que se encontraban dentro del Mineral King Va-

8 http://www.libertaddigital.com/ilustracion_liberal/articulo.php/387
9 Presidente de la Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador que consagró los derechos de la naturaleza.
10 http://www.peripecias.com/ambiente/477AcostaNaturalezaDerechos.html Publicado en la página de la Asamblea Nacional Constituyente el 29 de febrero de 2008. Reproducido en el semanario Peripecias Nº 87 el 5 de marzo de 2008.
11 Jurisprudencia norteamericana: caso Sierra Club vs. Morton.

lley, para construir un parque de diversiones. En este ensayo sostiene Stone que, los árboles Secuoyas son árboles que debían ser preservados por sí mismo y que son sujeto de derechos. Postura que fue redefinida por el mismo autor, señalando que para proteger a la naturaleza antes que reconocer su calidad de sujeto de derechos, se debe imponer deberes a los seres humanos. El profesor Stone planteó que los árboles deberían tener derecho a representación legal y cuando sean objeto de daño también deberían tener derecho a la reparación.

Otro defensor de los derechos de la naturaleza Godofredo Stutzin manifiesta que este mundo que ahora reclamamos como nuestro medio ambiente tenía ya más de dos mil millones de años de existencia cuando apareció el primer homínido y que la biosfera, que sólo miramos como fuente de recursos para la vida humana, constituye también la esfera de la vida para una infinidad de especies que nada deben al hombre. Agrega que es preciso abandonar nuestra miope y cómoda posición antropocéntrica y avanzar hacia una comprensión del mundo en que la naturaleza recupere su dignidad frente al hombre y sea reconocida por éste como su maestra y socia mayoritaria en vez de ser tratada como esclava sin voz ni voto[12]

El escritor uruguayo Eduardo Galeano en su artículo "La Naturaleza no es muda", manifiesta que es absurdo que suene extraño que la naturaleza tenga derechos y que suene de lo más normal que las grandes empresas de Estados Unidos disfruten de derechos humanos. En 1886, la Suprema Corte de Estados Unidos, modelo de la justicia universal, extendió los derechos humanos a las corporaciones privadas. La ley les reconoció los mismos derechos que a las personas, derecho a la vida, a la libre expresión, a la privacidad y a todo lo demás, como si las empresas respiraran.[13]

Según Cormac Cullinan, autor del libro "Wild Law: A Manifesto for Earth Justice" el mundo científico se ha dado cuenta que no hay un aspecto de la naturaleza que se pueda entender sin mirarlo en el contexto de los sistemas de los cuales forma parte. Sin embargo, este concepto no ha sido trasladado al mundo de las leyes y las políticas, ni a la sociedad en general.[14]

1.4.- LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA EN EL ECUADOR

En el Ecuador, en el año 2008, luego de un proceso extremadamente controvertido, se dictó una nueva Constitución de la República en la cual se consagró a la naturaleza como sujeto de derechos. Respecto a ello, Eduardo

12 Godofredo Stutzin El Arrayán, 1992
13 http://laventana.casa.cult.cu/modules.php?name=News&file=print&sid=4179
14 http://www.iucn.org/es/sobre/union/secretaria/oficinas/sudamerica/sur_trabajo/sur_equidad/?2421/La-naturaleza-tiene-derechos

Galeano advierte que por primera vez en la historia universal se reconocen los derechos de la naturaleza.[15]

En efecto, la Constitución Política de la República del Ecuador, en su artículo 10 inciso segundo, estableció que "La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que establezca la Constitución". Es decir, por un lado se entregó derechos subjetivos a la naturaleza y por otro lado, se estableció una reserva constitucional para su creación.

El artículo 14 de este mismo cuerpo constitucional, por su parte, consagró el derecho de las personas y colectivos a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, con lo cual aparente aunque no realmente, se generaría un conflicto, pues la naturaleza tendría un doble carácter de sujeto y objeto al mismo tiempo, lo que generó amplias discusiones en el foro jurídico ecuatoriano.

Se sostuvo, por un lado, que la que la naturaleza no es un pleno sujeto de derecho, ya que el sistema jurídico ecuatoriano sólo regula derechos de personas no de objetos, que la naturaleza no goza de capacidad de ejercicio, porque no puede realizar actos jurídicos por sí misma, ni iniciar acciones legales para su protección a nombre propio y que adicionalmente no puede contraer obligaciones. Por otro lado, se sostuvo que la naturaleza era un sujeto pleno de derechos.

Un análisis jurídico respecto al doble carácter de la naturaleza como sujeto u objeto de derechos, supera esta controversia, pues revisando el articulado constitucional nos encontramos que la redacción del texto es clara al establecer que la naturaleza es sujeto de los derechos previstos constitucionalmente. Naturalmente, para cualquier otro efecto, esta misma naturaleza, continua siendo un objeto de la relación jurídica.

La mesa uno de la Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador 2008, se fundamentó en tres diferentes aspectos para sostener el otorgamiento de derechos a la naturaleza:

a) Jurídico: Este fundamento se apoya en el principio de progresividad, que sostiene que el derecho es por esencia evolutivo y mutable, no estático o rígido. Las normas legales cambian en la medida que la sociedad se transforma, aparecen nuevas relaciones sociales y se generan nuevas dinámicas de interacción. Sostinene que la naturaleza no es solo un objeto de apropiación y satisfacción de

15 http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/es-la-naturaleza-un-sujeto-de-derechos-317015.html "La naturaleza tiene mucho que decir, y ya va siendo hora de que nosotros, sus hijos, no sigamos haciéndonos los sordos. Y quizás hasta Dios escuche la llamada que suena desde este país andino, y agregue el undécimo mandamiento que se le había olvidado en las instrucciones que nos dio desde el monte Sinaí: "Amarás a la naturaleza, de la que formas parte."

las necesidades del hombre sino un ser vivo capaz de ser titular de derechos.

b) Económico: Según este fundamento es necesario establecer un nuevo sistema de explotación de los recursos naturales, ya que con siendo la naturaleza sujeto de derecho, las personas y colectividades tienen el derecho al uso de la naturaleza y sus recursos pero de una forma limitada. Según Alberto Acosta, el objetivo era "buscar un mecanismo para proteger a la naturaleza y a partir de esa visión, abrir la puerta a un nuevo régimen de desarrollo en Ecuador".

c) Dimensión Filosófica: Según este fundamento el ser humano debe dejar a un lado la posición antropocéntrica, en la que él mismo se asume amo y señor de todo lo que pueda conquistar para dar paso a una posición ecocéntrica en la que él se considera parte de todo lo que le rodea.

Los derechos de la naturaleza se encuentra en el régimen del "buen vivir", o "sumak kawsay", la cual para el doctor Mario Melo, es una categoría simbólica que denota, en la cosmovisión de numerosos pueblos ancestrales, un conjunto de valores que dan sentido a la existencia en el plano individual y colectivo. Vida en armonía que conjuga la relación con el entorno natural, la "tierra sin mal" y con la cultura o "sabiduría de los ancestros"[16].

Ahora bien, los derechos que la Constitución Política de la República del Ecuador reconoce al sujeto de la relación jurídica naturaleza son cuatro:

1.4.1. EL DERECHO A A CONSERVACIÓN INTEGRAL CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 71[17] EN VIRTUD DEL CUAL LA NATURALEZA TIENE DERECHO A QUE SE RESPETE INTEGRALMENTE SU EXISTENCIA Y EL MANTENIMIENTO Y REGENERACIÓN DE SUS CICLOS VITALES, ESTRUCTURA, FUNCIONES Y PROCESOS EVOLUTIVOS.

Es importante entender este derecho, puesto que no dejaron de escucharse voces en el Ecuador que manifestaban que con el otrogamiento de este derecho a la naturaleza se afectaría la vida cotidiana de los ecuatorianos, por ejemplo, en el consumo de recursos de esta naturaleza necesarios para su

16 http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/sites/default/files/Buen%20vivir,%20naturaleza%20y%20nacionalidades%20en%20la%20nueva%20Constituci%C3%B3n-1.doc

17 El artículo 71 de la Constitución dispone "La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.

propia vida. Es importante entonces precisar que este derecho busca la protección integral del ecosistema, es decir que este permanezca integro, lo cual no se opone al hecho de que de conformidad con el artículo 64 de la Constitución Política, pueda utilizarse un determinado componente de la naturaleza para satisfacer las necesidades del ser humano, como por ejemplo la alimentación, con especies renovables, siempre que dicho consumo no afecte a la conservación integral de la naturaleza como un todo.

1.4.2. EL DERECHO A LA RESTAURACIÓN PREVISTO POR EL ARTÍCULO 72[18], QUE VA DE LA MANO CON LA FINALIDAD QUE TIENE EL DERECHO AMBIENTAL. ESTA RESTAURACIÓN SERÁ INDEPENDIENTE DEL DERECHO DE LAS PERSONAS O COMUNIDADES A SER INDEMNIZADOS POR EL DAÑO AMBIENTAL.

Este derecho es fundamental, puesto que se genera la obligación de quien produce un impacto ambiental negativo de lograr la restauración de la propia naturaleza, lo cual no es reemplazable con indemnizaciones a personas o colectivos, en efecto, se estableció claramente que uno es el daño ambiental producido a la naturaleza, el cual se resarce con la restauración y otro es el daño a los individuos y colectividades derivados del daño ambiental producido por el evento ambiental negativo, quienes deberán demostrar efectivamente un daño a su patrimonio o a su moral derivado de ese evento ambiental para recibir una indemnización pecuniaria. Con ello, también se ha logrado que las demandas por eventos ambientales dañosos tengan que dirigirse a buscar la restauración a favor de la naturaleza y no como ocurría anteriormente, en que era común ver a personas naturales buscar indemnizaciones a favor propio tomando como pretexto el daño ambiental.

1.4.3. EL DERECHO A QUE EL ESTADO APLIQUE MEDIDAS DE PRECAUCIÓN Y RESTRICCIÓN PARA LAS ACTIVIDADES QUE PUEDAN CONDUCIR A LA EXTINCIÓN DE ESPECIES, LA DESTRUCCIÓN DE ECOSISTEMAS O LA ALTERACIÓN PERMANENTE DE LOS CICLOS NATURALES, INCLUIDA LA PROHIBICIÓN DE QUE SE INTRODUZCAN ELEMENTOS QUE PUEDAN ALTERAR DE MANERA DEFINITIVA EL PATRIMONIO GENÉTICO NACIO-

18 Art. 72.- La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de Indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados. En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas.

NAL. ESTE DERECHO ESTÁ PREVISTO POR EL ARTÍCULO 73 DE LA CONSTITUCIÓN[19]; Y,

1.4.4. EL DERECHO A QUE NADIE, NI SIQUIERA EL ESTADO SE APROPIE DE SERVICIOS AMBIENTALES. ESTE DERECHO SE ENCUENTRA PREVISTO POR EL ARTÍCULO 74 DE LA CONSTITUCIÓN[20]

Es importante reiterar que según nuestro análisis, en la Constitución del Ecuador, a pesar de reconocer a la naturaleza como sujeto de derechos, también la considera un objeto, en efecto, el artículo 64 de la propia Constitución del Ecuador establece que "Las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir". Esto ratifica el hecho comentado de que únicamente para los derechos antes referido la naturaleza es un sujeto de derechos y para las restantes relaciones jurídicas continua siendo un objeto.

Finalmente afirma Martínez que "El reconocimiento de los derechos de la naturaleza plantea simultáneamente el tema de titularidad y la tutela. La titularidad tiene que ver con la condición de ser sujeto de derechos propios, y tutela con quien representa o hace aplicables los mismos. Esto plantea un cambio de visión, pues la naturaleza ya no sería un objeto que puede ser propiedad de las personas, sino un sujeto con derechos propios". Complementa la autora que: "el sistema de tutela de los derechos de la Naturaleza puede y debe ser compartida entre los individuos y colectividades que tienen derecho a interponer [21]

En el Ecuador este problema jurídico se solucionó dotando de legitimación activa a cualquier persona para que represente a la naturaleza, esta persona recibirá como premio el diez por ciento de lo efectivamente ordenado pagar a la persona que presentó la demanda conforme al artículo 42 de la Ley de Gestión Ambiental.

En cuanto a los aspectos procesales es preciso señalar también que en virtud del artículo 396 de la Constitución de la República se consagró en el

19 Art. 73.- EI Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales. Se prohíbe la introducción de organismos y material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional.

20 Art. 74.- Las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir. Los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación; su producción, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado.

21 Martínez Esperanza, 2008. Los derechos de la naturaleza. Nueva arma de lucha frente a las actividades petroleras en los países amazónicos. Maippa. 11 p.

Ecuador la imprescriptibilidad de las acciones por daño ambiental y la responsabilidad objetiva o sin culpa para su juzgamiento.

1.5. REFERENCIA A LA SENTENCIA QUE SOBRE EL DERECHO DE LA NATURALEZA A LA CONSERVACION INTEGRAL DICTO LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE LOJA, ECUADOR, EN LA ACCION DE PROTECCION NO. 10-2011.[22]

En la provincia de Loja, el Gobierno de esa provincia decidió construir una carretera entre las poblaciones de Vilcabamba y Quinara, sin contar con la correspondiente licencia ambiental que debía ser otorgada por el Ministerio de Ambiente de Ecuador. En virtud de ello, dos personas naturales "presentaron acción de protección constitucional a favor de la naturaleza…" especialmente porque en virtud de la construcción de la referida obra se habían depositado en el río Vilcabamba, en el Sector del barrio Santorum, piedras y material resultantes de la excavación que se estaba realizando para la construcción de la carretera.

Al resolver el recurso, la Sala consideró absurdo que el Gobierno Provincial de Loja, haya empezado la obra sin contar con el respectivo licenciamiento, tanto mas que había obtenido la acreditación del Ministerio de Ambiente como Autoridad de Aplicación Responsable del otorgamiento de licencias ambientales en su territorio en aplicación de los principios establecidos por el Sistema Único de Manejo Ambiental Ecuatoriano.

En la parte considerativa del fallo la Sala manifiesta "Nuestra Constitución de la República, sin precedente en la historia de la humanidad, reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos. El art. 71 manifiesta que "la Naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se le respete integralmente su existencia…" La importancia de la naturaleza es tan evidente e indiscutible que cualquier argumento respecto a ello resulta sucinto y redundante, no obstante, jamás es de olvidar que los daños generados a ella son generacionales…" Continúa considerando que en aplicación estricta del artículo 397 de la Constitución correspondía al Gobierno Provincial de Loja, entidad promotora de la obra, probar la inexistencia del daño ambiental alegado, lo cual no ocurrió en el proceso. La Sala consideró también, que respecto a la argumentación de la entidad gubernamental respecto al hecho de que la población necesita carreteras, en el caso no se discutía este hecho sino que se las estaba construyendo sin licencia ambiental, pero que en cualquier caso el interés de las personas de una población a una

22 Sentencia de 30 de marzo de 2011, dictada en la acción de protección a favor de la naturaleza 10-2011 por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Loja en el proceso iniciado por Eleanor Geer contra el Gobierno Provincial de Loja.

carretera no era comparable con el interés a un ambiente sano que abarca a una mayor cantidad de población. Naturalmente, considero que se entiende que estas cuestiones precisamente son las que debían constar en el estudio de impacto ambiental y en el Plan de Manejo Ambiental que permitirían el licenciamiento de la obra.

Resolviendo la Sala aceptó el recurso y declaró que "la entidad demandada está violentando el derecho que la naturaleza tiene de que se le respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos" y por ello dispuso el cumplimiento de las recomendaciones que habían sido emitidas por el Subsecretario de Calidad Ambiental para la protección de la naturaleza las cuales debían ser monitoreadas por los delegados provinciales del Ministerio del Ambiente a quienes impuso la obligación de informar periódicamente a la Sal del cumplimiento de las medidas. Finalmente, ordenó que el Gobierno Provincial de Loja realice una publicación en la cual pida disculpas públicas por haber iniciado la construcción de una obra sin contar con la correspondiente licencia ambiental.

2. CONCLUSION

Considero que la Constitución ecuatoriana ha dado un paso jurídico trascendental al reconocer derechos a la naturaleza[23], lo importante ahora es lograr normas jurídicas de aplicación, que permitan que el sujeto de derechos naturaleza exista armónicamente con las otros sujetos de derechos que contempla o reconoce el ordenamiento jurídico, es decir, que el ser humano pueda seguir desarrollando su existencia pero en armonía con el nuevo sujeto naturaleza quien tiene derecho también a su existencia integral. También es importante generar normas jurídicas administrativas, civiles y procesales que permitan que se haga efectivo el derecho a la restauración cuando este nuevo sujeto de derechos tenga alguna contingencia, de lo cual no está exento, como tampoco lo estamos ninguno de los otros sujetos del ordenamiento jurídico.

23 La Constitución ha mejorado muchos aspectos en cuanto a protección ambiental y ha consagrado derechos a favor de la naturaleza, sin embargo en otros pasajes es muy ambigua, un ejemplo de aquello se encuentra en el artículo 407, en el que se "prohíbe la actividad extractiva de recursos no renovables en las áreas protegidas", aunque más adelante se incluye como excepción a la regla de explotación "la petición fundamentada de la Presidencia de la República, previa declaratoria de interés nacional", con lo cual el Presidente con el consentimiento de la Asamblea o por consulta popular puede lograr que se realicen actividades extractivas en zonas protegidas, es decir, se deja a este nuevo sujeto de derechos sometido al arbitrio del Gobierno de turno.

REFERENCIAS

Larrea Holguín, Juan, Manual Elementario de Derecho Civil del Ecuador, (2005) Volumen I. Corporación de Estudios y Corporaciones Quito 7ma edición actualizada.

Diccionario de la Real Academia de la Lengua. Vigésima Primera Edición.

http://ec.aciprensa.com/j/justicia.htm Escrito por T. Slater. Transcrito por Rick McCarty Traducido por Estela Sánchez Viamonte.

http://www.libertaddigital.com/ilustracion_liberal/articulo.php/387

http://www.peripecias.com/ambiente/477AcostaNaturalezaDerechos.html

http://laws.findlaw.com/us/405/727.html Jurisprudencia norteamericana: caso Sierra Club vs. Morton

Godofredo Stutzin, El Arrayán, Editorial Cuatro Vientos, Santiago, 1992

http://laventana.casa.cult.cu/modules.php?name=News&file=print&sid=4179

http://www.iucn.org/es/sobre/union/secretaria/oficinas/sudamerica/sur_trabajo/sur_equidad/?2421/La-naturaleza-tiene-derechos

http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/es-la-naturaleza-un-sujeto-de-derechos-317015.html

http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/sites/default/files/Buen%20vivir,%20naturaleza%20y%20nacionalidades%20en%20la%20nueva%20Constituci%C3%B3n

Martínez Esperanza, Los derechos de la naturaleza. Nueva arma de lucha frente a las actividades petroleras en los países amazónicos. Maippa, 2008, 11 p.

Sentencia de 30 de marzo de 2011, dictada en la acción de protección a favor de la naturaleza 10-2011 por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Loja en el proceso iniciado por Eleanor Geer contra el Gobierno Provincial de Loja.

PARTE I - **CAP. 05**

RESULTADOS DA RIO + 20

GILBERTO DE PAULA PINHEIRO

A partir da reunião realizada em Estocolmo em 1972, promovida pela Organização das Nações Unidas – ONU, mudou-se a preocupação com o meio ambiente. O ser humano vem degradando o planeta há séculos, porém, a partir da Revolução Industrial esse dano contra a natureza cresceu a nível altíssimo. Com mais ênfase o mundo passou a se preocupar com os países pobres e também com o consumo excessivo por países ricos, preservação da biodiversidade etc.

A criação do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente - PNUMA, pelas Nações Unidas, foi um passo da ONU para combater esses danos ambientais, preocupando-se esse órgão não só com a poluição, mas também com o desmatamento, desertificação, problemas climáticos, educação ambiental entre outros.

A pergunta da população menos esclarecida é, por que Rio + 20? E os objetos de sua discussão. Para isso, temos que retroagir e lembrar a reunião realizada pela Conferência das Nações Unidas em 1992, em que participaram 178 representantes dos países. A ótica da Assembleia era a degradação ambiental e como alcançar o desenvolvimento sustentável. Os Estados Unidos, um dos países mais desenvolvidos e também mais poluidor, não assinou a Carta, preferindo um crescimento econômico sem observar os custos ambientais. Dez anos depois, em Johanesburgo, África do Sul, foi realizada pela ONU uma conferência mundial para avaliar os avanços da reunião do Rio de Janeiro. Aquele evento não alcançou o objetivo esperado, nomeadamente a concretização da Declaração do Rio de Janeiro e da Agenda 21.

Da reunião da Rio de 1992 até a Rio + 20, o mundo presenciou grandes catástrofes, como por exemplo em 2001 um terremoto na Índia que atingiu 7.9 na escala Richter, matando mais de 30 mil pessoas e destruindo inúmeros prédios; em 2003, uma onda de calor assolou a Europa, causando a morte de mais de 20 mil pessoas e um prejuízo estimado de cerca de 60 bilhões de dólares; naquele mesmo ano, um terremoto no Irã atingiu 70% da cidade de Bam e 6.6 graus na escala Richter, onde milhares de pessoas pereceram; em 2004, na Malásia, Sri Lanka e Indonésia, ondas gigantes com velocidade de 800 km/h estrondaram cidades inteiras, quase 300 mil pessoas

morreram; em 2005, um dos mais conhecidos furacões, o Katrina, atingiu a região de New Orleans-EUA, com ventos de 280 km/h, onde um milhão de pessoas tiveram que abandonar suas residências e mais de mil morreram; em 2008, um terremoto na China devastou a Província de Sichuan, matando quase 90 mil pessoas, com prejuízo em torno de 70 bilhões de dólares. Naquele mesmo ano, o ciclone Nargis atingiu o sudoeste asiático com ventos de mais de 200 km/h, em Mianmar morreram cerca de 80 mil pessoas e quase 60 mil desaparecidos; em 2009, na ilha de Sumatra, na Indonésia, um terremoto de 7.6 graus soterrou cerca de quatro mil pessoas; em 2010, um terremoto de 7 graus, na escala Richter arrebentou com o pobre Haiti, onde cerca de 230 mil pessoas pereceram e mais de três milhões ficaram sem abrigos. Naquele mesmo ano, no Chile, um terremoto de 8.8 graus arrasou a região costeira de Maule, matando 404 pessoas.

O balanço negativo da mudança de clima, no mundo inteiro, é traduzido nas enchentes, secas, tempestades, terremotos, temperaturas extremas, incêndios em florestas etc. A natureza responde ao ser humano, alertando-o das mazelas praticadas contra ela.

Esses eventos danosos contribuíram para aprofundar a discussão sobre o meio ambiente e a busca de soluções para diminuir os estragos causados à natureza, e ao mesmo tempo a busca de uma sustentabilidade ambiental.

A Rio + 20 iniciou-se com a preocupação de três temas principais: inclusão social, combate à miséria; economia; e meio ambiente. Como o mundo deve realizar um liame entre o meio ambiente e o desenvolvimento econômico? Eis a questão!

O texto final da reunião assim inicia-se:

> "Nós, chefes de Estados e de governos e representantes de alto escalão, tendo nos reunido no Rio de Janeiro, Brasil, de 20 a 22 de junho de 2012, com plena participação da sociedade civil, renovamos nosso compromisso com o desenvolvimento sustentável e com assegurar a promoção de um futuro economicamente, socialmente e ambientalmente sustentável para o nosso planeta e para as gerações presentes e futuras."

Entre os temas principais tratados, a preocupação com a erradicação da pobreza e a implantação da economia verde como forma de desenvolvimento sustentável foram destaques na reunião.

O documento assinado, sob a batuta da Assembleia das Nações Unidas, fixa o ano de 2015, data limite dos objetivos do milênio, e tem como uma das

metas a erradicação da pobreza, nomeadamente um compromisso dos países desenvolvidos com os países pobres no que se refere ao suporte financeiro.

O grupo dos países desenvolvidos concordou em ressarcir financeiramente, os prejuízos pela degradação ambiental.

A economia verde teve um destaque na reunião e alguns países foram contra. Poder-se-ia avançar neste setor com objetivos de ligar a indústria e o campo, especificamente a agricultura, na procura de um ponto de equilíbrio para não esgotar o meio ambiente. Neste particular, data vênia, os que pensam ao contrário somos da opinião que a agricultura verde deve ser incentivada. Hoje, principalmente no Brasil, temos dois setores distintos, os ruralistas e os ambientalistas, em posições antagônicas, não existindo, assim, um ponto de convergência para que se plante e se preserve a natureza, causando menos danos.

O mundo cada vez consume mais e necessita de alimento, e a questão é: o que plantar, como plantar e quando plantar, para que não se danifique o ambiente.

A economia verde passa pela rotação de cultura, projeto agroflorestal, pesquisas, educação ambiental e comunhão do meio ambiente com o homem. Esse tipo de economia não é algo novo, pois no apogeu da civilização Inca eles possuíam uma avançada técnica agrícola, espalhando-se por todo o Império, desde a Colômbia até o Chile, adentrando na Amazônia com o cultivo de grãos comestíveis em torno de 700 espécies vegetais, com uma excelente distribuição de colheita numa vasta região. Os vários tipos de batatas, inclusive a batata doce, o milho, pimentão, várias espécies de pimenta, algodão, tomate, amendoim, mandioca, serviam de alimento para milhares de pessoas. Naquela época, eles já usavam a adiantada técnica de curva de nível e sistema de irrigação, sem contar com as ervas aromáticas e medicinais, usadas pelos chamanes, possuidores de avançados métodos cirúrgicos, na cura de doenças, enquanto no mesmo período os países europeus usavam o fogo para curar as senzalas.

Certamente que tal povo desconhecia os ensinamentos da Bíblia, mas na prática eles observavam princípios ambientais nela contidos, de forma sustentável, conforme exegese de Gênesis 1.29,30:

> "Eis que vos tenho dado toda a erva que dê semente, que está sobre a face de toda a terra; e toda a árvore, em que há fruto que dê semente, ser-vos-á para mantimento... E a todo o animal da terra, e a toda a ave dos céus, e a todo o réptil da terra, em que há alma vivente, toda a erva verde será para mantimento..."

O exemplo deixado pelos nossos avôs índios deveria ser seguido e evoluído, jamais destruído. No caso do Brasil, que possui dimensões continentais com 8.514.876 Km^2, podemos avançar na economia verde. Temos vários órgãos de destaque na pesquisa, como por exemplo a EMBRAPA, que em diversas regiões do país já desenvolveu inúmeros projetos em termos de agricultura. Na Amazônia oriental, aquele respeitável órgão tem contribuído para a diversificação, pesquisa de dezenas de plantas, leguminosas, batatas, pesquisa com madeira de lei para reflorestamento, que já beneficiaram do pequeno ao grande produtor.

A cultivar BRS-Pará, um tipo de açaí plantado nas áreas firmes, que contém propriedade antioxidante, o cupuaçu, a enxertia do bacuri, da castanha do Pará, a produção de banana, sem doenças, coco e tantas outras cultivares, é nomeadamente a materialização de uma economia verde que o Brasil está desenvolvendo.

Nosso país poderia na Rio + 20, assim, ter se comprometido efetivamente com a área de pesquisas, pelo fato de possuir a maior floresta tropical do Planeta e, consequentemente, a maior biodiversidade do mundo, e dela mostrar ao mundo que é possível, numa comunhão da pesquisa, tecnologia, economia verde e um trabalho de extensão rural agroambiental, implantar maciçamente projetos que não esgotem o meio ambiente, procurando um equilíbrio entre produção e desenvolvimento econômico, diminuindo a pobreza e gerando melhor qualidade de vida para os pequenos produtores.

PARTE I - **CAP. 06**

REFLEXÕES SOBRE O PAPEL DO BRASIL NA RIO+20

FERNANDO REI

INTRODUÇÃO

Quando o mundo retornou ao Brasil depois de vinte anos com o propósito de avaliar as questões ambientais globais na Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, a Rio+20, de 13 a 22 de junho de 2012, não se pode deixar de reconhecer que há sim uma nova perspectiva em termos de política e discussão sobre o Desenvolvimento Sustentável presente, ainda que os graus de compromisso envolvidos possam variar entre os diversos Estados. A cidade maravilhosa, cenário do encontro que transformou a agenda mundial ambiental do final do século 20, recebeu novamente um evento que pretendia ser de igual monta e relevância para debater os rumos de uma nova economia diante das atuais demandas globais.

A agenda da Conferência, pautada inicialmente pelo debate da "economia verde", foi ampliada por iniciativa do país anfitrião para incorporar outros temas: erradicação da pobreza, segurança alimentar, gerenciamento seguro de água, acesso universal a serviços modernos de energia, cidades sustentáveis, gerenciamento dos oceanos, redução de riscos a desastres e sistemas de alertas preventivos, assim como saúde pública, desenvolvimento de recursos humanos, crescimento econômico sustentado, inclusivo e equitativo, com ampla geração de emprego, em especial para os jovens.

Com isso, uma Conferência que nasceu com o propósito de avaliar os resultados de diversos acordos internacionais firmados na área de desenvolvimento sustentável – como propõem este II Congresso Internacional de Direito Ambiental Internacional e o 5º Congresso Internacional da ATINA, e, a partir dessa análise, definir novos compromissos comuns em duas já gigantescas áreas, a economia verde e governança global do desenvolvimento sustentável – recebeu na sua gestação uma alteração no seu DNA que pode comprometer o desempenho das negociações.

1. AS CRISES QUE ABALAM O MUNDO

A ideia central da Rio+20 era reconstruir um cenário político adequado e comprometido que pudesse recuperar uma necessária atenção na agenda global para temas estratégicos, que frente a tantos outros, como a crise financeira na zona do euro, os novos governos oriundos da primavera árabe, a incerta reeleição de Barack Obama, acabam por não habitar, ainda que temporariamente, a lista de prioridades da agenda internacional dos Estados.

Neste sentido, a oportunidade de avaliar os progressos conseguidos (ou não) durante esses 20 anos, e de identificar os déficits de implementação de desenvolvimento sustentável nos diversos países e regiões e em conjunto enfrentá-los. Objetivamente, mais uma oportunidade para o trabalho diplomático multilateral para buscar soluções negociadas para esses desafios.

Um evento que pretendia relançar as bases de uma ampla convergência política na agenda global da sustentabilidade começou de fato enfraquecido, como já asseverado, pela pluralidade de temas que, ainda que pertinentes, não são próprios para a participação engajada de lideranças mundiais, aliás, muitas ausentes e as principais responsáveis pelo esvaziamento de compromissos políticos acordes com uma pauta mais ambiciosa. Recorde-se que dos países do chamado G-7 (Estados Unidos, França, Alemanha, Itália, Japão, Reino Unido e Canadá), apenas o novo presidente francês, François Hollande, acudiu, enquanto todos os Chefes de Estado e/ou Governo do G-7 estiveram na Rio-92.

A Europa está verdadeiramente mergulhada numa crise que não é só financeira, mas também política, pois terá que avaliar a manutenção de suas conquistas sociais em cenários de desenvolvimento sem crescimento econômico, onde as novas lideranças surgem de partidos conservadores – em geral menos comprometidos com agendas ambientais progressistas. Os Estados Unidos, por sua vez, por mais que sinalizem uma modesta recuperação, e busquem com Barack Obama alternativas diplomáticas de negociar a redução de gases de efeito estufa, continuam a enfrentar grandes dificuldades em fazer passar no Congresso uma política nacional que permita a transição para uma economia de baixo carbono, sem falar nas demandas que poderão advir do movimento de ocupação das ruas por jovens aguerridos, abertos ao diálogo e sem pretensão hegemônica, mas que buscam arejar o ambiente político.

O Japão, por sua vez, ainda envolvido com a reconstrução do país e a revitalização de sua economia após terremoto e tsunami em 2011, não honra o legado de Quioto, uma vez que insiste na recusa em aceitar um acordo para o segundo período de cumprimento do Protocolo.

Pragmaticamente, há uma evidente crise de liderança no mundo e não se registra um envolvimento dessas lideranças em um processo que levou dois anos de negociação e em um evento que se propôs a tratar de "economia verde".

Em outras palavras, o contexto que abraçou as melhores esperanças sobre os resultados do evento oficial reprimiu quaisquer possibilidades de representação e decisão política de primeira linha, enquanto o conjunto de eventos paralelos registrou um número recorde de assistência, na casa dos 50 mil participantes.

Diferentemente de 1992, as principais delegações esvaziaram a importância política da Conferência, transformando-a em mais um esforço de bem intencionados diplomatas de terceiro escalão, técnicos e acadêmicos que trabalham a sustentabilidade para chamar a atenção da sociedade internacional sobre a urgência do tema, identificando os retrocessos vividos no período, em virtude de diversas crises inter-relacionadas: financeiras, econômicas, preços voláteis de energia e alimentos etc. E chamando a atenção, consequentemente, para algumas problemáticas específicas como insegurança alimentar, mudança climática e perda da biodiversidade, que continuam a afetar negativamente os ganhos de desenvolvimento. E assim reclamar, evidenciar que as novas evidências científicas demonstram a gravidade das ameaças que enfrentamos e que, portanto, urgem respostas mais ambiciosas.

Diferentemente da Rio-92, a conjunção política internacional é muito complexa, é de crise, e o contexto das agendas multilaterais não favorece novos compromissos. Distintamente dos que vivem a crise financeira, há no mundo outras crises, e a crise brasileira, que tem fundamentos éticos e de valores, também colaborou.

2. O PAPEL DO BRASIL

Na qualidade de anfitrião, parece-me que o País apenas se preparou para organizar o evento. Perdeu sim a grande oportunidade de liderar um processo político global, não só como potência econômica emergente, como líder regional, como *player* estratégico, mas principalmente por ser a potência ambiental do planeta.

É sabido que a desarticulação entre os interesses em conflito nas instâncias governamentais dificilmente consegue responder adequada e integralmente às diversas questões da sustentabilidade. As contradições do governo brasileiro se manifestam inicialmente no âmbito da ideologia que o orienta, desenvolvimentista, e se confirma na incapacidade de absorver as reais necessidades de se reestruturar a governança ambiental global.

Preferiu o governo conduzir o processo pelos trâmites da burocracia federal, criando estruturas. Em síntese, uma Comissão Nacional que promoveu a interlocução entre os órgãos e entidades federais, estaduais, municipais e da sociedade civil com a finalidade de articular os eixos da participação do Brasil e um Comitê Nacional de Organização que se encarregou do planejamento e da execução das medidas necessárias à realização da Conferência, inclusive a gestão dos recursos e contratos afetos aos eventos oficiais. Com ou sem estruturas, o fato é que até o momento o debate sobre os caminhos e desafios da sustentabilidade não ingressou no núcleo duro do governo.

Enquanto na condução do processo de discussão da Conferência, em seu caminho preparatório, cresceu a contribuição diversa e participativa da sociedade civil, demonstrando os caminhos da construção do consenso em muitas pautas, e em especial na expectativa de que a economia deve se transformar para fomentar uma sociedade justa e sustentável, garantidora de direitos humanos e respeitadores dos limites do planeta, igualmente ficou evidente a distância que guardou Brasília desse esforço para a busca de um entendimento comum para avançar nessa transição.

Por outro lado, a intervenção da diplomacia brasileira na condução das negociações finais para a redação do documento oficial da Conferência, *O Futuro que Queremos,* mostrou pouca destreza na condução (e no prestígio) das negociações multilaterais. Aliás, ficou evidente em diversos momentos da realização da Conferência a pouca sensibilidade que existe do Itamaraty com a agenda multilateral da sustentabilidade, particularmente na qualidade de país hospedeiro, onde deveria ter buscado honrar o legado da Eco-92 e ter conduzido com habilidade e competência a aprovação de uma Declaração Final que representasse concretamente avanços normativos e de compromisso e estipulasse algumas metas por atingir, pois sem essas não se pode desenhar qualquer estratégia de futuro. Perdeu o Direito Ambiental Internacional com a manobra burocrática que o impediu de avançar na sua peculiar dinâmica.

Pelo visto, o tom final do Itamaraty foi o de "salvemos o encontro". Pouco, bem pouco, para um país que postula um maior protagonismo na comunidade internacional. A Rio+20 provavelmente foi a única reunião da Organização das Nações Unidas - ONU na qual a presidente Dilma Rousseff esteve como anfitriã, e sua contribuição ficou pela retórica vazia da promessa de que "nós não permitiremos que haja uma volta atrás na roda da história".

Diante da realidade de uma Declaração sem expressão, não lhe restou alternativa a assumir uma posição de força de que os 283 parágrafos do documento *O Futuro que Queremos* representavam uma grande conquista da diplomacia brasileira, quando salta aos olhos que o texto reúne um conjunto

de boas intenções quando deveriam tratar objetivamente de planos de ação, insistindo na abordagem genérica quando o planeta clama pela gestão específica.

Rejeitado pelas lideranças dos movimentos populares presentes no foro paralelo, a Cúpula dos Povos, o documento final da Conferência teve reconhecida a sua falta de ambição pelo próprio Secretário Geral da ONU, o sul coreano Banque Moon. Ato contínuo, a diplomacia mobilizou um vigoroso (entenda-se dirigido) trabalho de imprensa buscando convencer a opinião pública de que o documento final da Conferência representa sim um grande avanço, "levando" o mesmo Secretário Geral a rever publicamente sua manifestação inicial diante apenas de jornalistas brasileiros.

A relevância com que o governo tratou a Conferência alcançou seu apogeu quando despachou no curso da mesma o chanceler brasileiro para Assunção para avaliar o impeachment constitucional paraguaio ao Presidente Lugo. Para um bom entendedor, a prioridade estava dada.

Sabe o governo que, nos últimos anos, com o crescimento econômico e a atração efetiva de capital para grandes investimentos em obras de infraestrutura, o Brasil tornou-se alvo de uma ansiedade de desenvolvimento e de padrões de consumo jamais experimentados, com seus inevitáveis impactos sobre a qualidade do meio ambiente. Se de um lado há crescimento da taxa de empregos e de renda, por outro lado, temas sensíveis como a Amazônia e o Cerrado minguam em importância e são tratados na lógica ruralista de reforma do Código Florestal, e os povos e territórios indígenas são tratados como ameaças e empecilhos ao programa desenvolvimentista, principalmente à implantação do Programa de Aceleração do Crescimento - PAC 1 e PAC 2, pois dificultam os processos de licenciamento ambiental das grandes obras (hidrelétricas, ferrovias, rodovias, linhas de transmissão etc.).

Essa desarticulação entre a agenda oficial e a paralela evidenciou para aqueles que acompanharam a Conferência que a opção de modelo do governo federal é a do crescimento rápido, já que é preciso correr para aproveitar ao máximo o momento internacional que lhe é favorável. O insucesso na gestão das obras dos PACs deixa evidente que no governo não há tempo, não há visão e nem espaço para planejamento de longo prazo, integrado, que promova a sustentabilidade ambiental e social e a considere no processo da tomada de decisões.

Em outras palavras: em pleno século XXI, apesar de termos consolidado instituições democráticas e construído um arcabouço jurídico ambiental dos mais relevantes, seguimos um modelo de desenvolvimento predatório, que aposta na carbonização da nossa economia, literalmente o oposto do

que preconiza a ONU em seus documentos e tratados sobre meio ambiente aprovados ao longo de quatro décadas.

Esse governo que reclama por uma reforma da ONU e pelo ingresso do País como membro permanente do seu Conselho de Segurança continua a focar a sua visão de "reforma" apenas e exclusivamente no aspecto burocrático-institucional da Organização, limitando o debate na sua estruturação e representação, por exemplo, como no caso da transformação ou não do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente - PNUMA e na revisão do Conselho Econômico e Social – ECOSOC, desconsiderando o cerne, a raiz dos problemas, como a mudança nos processos de negociação, decisão, monitoramento e responsabilização, na arquitetura dos tratados para criar uma nova dinâmica no monitoramento e na gestão dos problemas ambientais globais.

O governo da Presidente Dilma considera o desenvolvimento sustentável como sendo uma meta distante a ser atingida já que ainda restam grandes barreiras e lacunas sistêmicas na implementação de políticas internas a partir de compromissos firmados internacionalmente.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS DE GOVERNANÇA

As relações entre esses dois círculos de poder, Estados e a sociedade civil organizada, são historicamente complexas, e, por mais que coincidam em algumas agendas, na agenda internacional da sustentabilidade acalentaram expectativas muito distintas em relação à Rio+20.

Sejam problemas do mundo financeiro, da emergência de processos democráticos no mundo árabe, da sinalização de mudanças em processos políticos na América Latina, dos grandes temas ambientais globais, há que se tratar de um conjunto de assuntos, muito complexos, direta ou indiretamente comuns a todos os Estados, ainda que em dimensões diversas, cujo encaminhamento se dirige para um modelo de governança planetária, com a participação de novos atores, que em grande esforço internacional vão construindo uma realidade paradiplomática.

O que talvez ainda não esteja claro para os nossos governantes é que essas decisões cada vez mais carecem de legitimidade, e que novas formas de fazer política são necessárias. E novos modelos de governo também.

A maior contribuição da Rio+20 foi deixar claro e visível em ações voluntárias que para avançar em direção ao desenvolvimento sustentável é fundamental a inserção de uma já ampla participação pública na tomada de decisões. Os eventos não oficiais, paralelos à Conferência, demonstraram que os *Major Groups* já desempenham um papel relevante e estratégico em diversos níveis.

Formalmente ignorados, apesar das atribuições da Comissão Nacional, a sociedade civil, os governos subnacionais e locais, o empresariado comprometido, por meio de redes, seminários e comitês facilitadores, nacionais e internacionais, articularam e facilitaram a participação de novos atores nas suas quotas do evento, salvando o evento, já que somente aí os eixos iniciais da proposta da Rio+20 receberam a devida prioridade.

Em suma, a crise financeira internacional tornou evidentes sintomas de um fenômeno que já se anunciava: a democracia está enferma e sua reconstrução ou a formulação de um novo modelo de governança são urgentes e passam por uma priorização de um mundo sustentável.

Os jovens já estão "ocupando" as ruas, sinal de que há um despertar que veio para ficar e crescer. A sociedade do bem-estar não foi capaz de atender às suas demandas e eles não admitem mais os modelos de políticas públicas experimentadas até agora.

Por outro lado, a corrupção em tantos países e regimes humilha e despreza a todos aqueles que pedem por justiça. O Brasil não ignora essa realidade, já que vive um profundo cansaço de credibilidade da classe política, em razão de incontáveis escândalos de governantes, que jamais saberão o verdadeiro significado de honra ou vergonha.

Teria sido este um momento oportuno para se buscar um engajamento real, criativo, para reacender os ideais de construção de uma nova sociedade, plural, diversa, mais justa, sustentável. Com governança, ainda há tempo.

REFERÊNCIAS

ALDECOA, F., KEATING M. (2010). *Paradiplomacia: Las relaciones internacionales de las regiones*. Marcial Pons. Madrid: Barcelona.

BODANSKY, D. (1999). The legitimacy of international governance: a coming challenge for international environmental law?. *The American Journal of International Law* vol.93, n.3, pp.596624.

BODANSKY, D.; Brinnee, J.; HEY, E. (2008). *The Oxford handbook of international environmental law.* Oxford: Oxford University Press.

BUENO DA SILVA DA SILVA, E. (2010). *Contemporary paradiplomacy: trajectories and trends of international actions by state governments of Brazil and the US*. Doctorate thesis submitted to the International Relations Doctorate Program of the International Relations Institute of the University of Brasília (IREL/UnB) for obtaining a doctor degree in international relations.

BULKELEY, H. (2005). Reconfiguring environmental governance: towards a politics of scales and networks. *Political Geography*, n. 24, p.875-902.
BULKELEY, H., & BETSILL, M. (2003). *Cities and Climate Change: urban sustainability and global environmental governance*. Oxon: Routledge.
DEDUERWAERDERE, T. (2005). *The contribution of network governance to sustainable development.* Belgium: Université Catholique de Louvain Fonds National de la Recherche Scientifique.
HAPPAERTS, S., VAN DEN BRANDE, K., BRUYNINCKX, H. (2010). Governance for Sustainable Development at the Inter-subnational Level: The Case of the Network of Regional Governments for Sustainable Development (nrg4SD). *Regional & Federal Studies* 20(1): 127-149.
HAPPAERTS, S., VAN DEN BRANDE, K., BRUYNINCKX, H. (2011). Multi-level interactions in a sustainable development context: different routes for Flanders to decision-making in the UN commission on sustainable development. *Environmental Policy and Governance* 21(1): 70-82.
MILANI, C.R.S., RIBEIRO, M.C.M. (2011). International relations and the paradiplomacy of Brazilian cities: crafting the concept of local international management. *Brazilian Administration Review,* vol.8, n.1.
NRG4SD (2012). Network of Regional Governments for Sustainable Development. Available at http://www.nrg4sd.org/. Accessed in July 2012.
REED E BRUYNEEL, M.G., BRUYNEEL, S. (2010). Rescaling environmental governance, rethinking the state: a three-dimensional review. *Progress in Human Geography*, vol. 34, n.5, pp. 646-653.
REI, F. (2012). Rio+20 em Questão. *Revista Brasileira de Bioenergia*, Ano 6, n.14, pp.44-49.
REI, F. Rio+20: Considerações sobre Governança. *Revista Interfacehs*. No prelo.
REI, F.C.F., CUNHA, K.B. (2008). "Mudanças climáticas globais: desafio a uma nova relação entre o Direito Internacional do Meio Ambiente e as Relações Internacionais". *In* CASELLA, P.B., CELLI JUNIOR, U., MEIRELLES, E. A., POLIDO, F.B.P. (org.). *Direito internacional, humanismo e globalidade – Guido Fernando Silva Soares Amicorum Discipulorum Liber***.** São Paulo: Atlas, p. 487-502.
ROSENZWEIG, C., SOLECKI, W., HAMMER, S. A. & MEHROTRA, S. (2010). "Cities lead the way in climate-change action". *Nature* 467, 909-911.

PROBLEMAS ACTUALES DE LOS RECURSOS HÍDRICOS Y CONFLICTOS FUTUROS

JULIÁN MORA ALISEDA

INTRODUCCIÓN

1.1. EL AGUA EN EL MUNDO.

No hay dudas de que el agua es esencial para la vida en todas sus dimensiones, y por ello su administración es de vital importancia para todos los escenarios de la sociedad, ya que es vital para la sostenibilidad ambiental, social y económica de los países, pues es uno de los recursos más valiosos para la supervivencia de la especie humana y los ecosistemas.

Una experiencia vivida por Pablo Valencia, en 1906, nos muestra que cualquiera que sea la condición del hombre: el sexo, la raza, sus creencias políticas o religiosas, situación económica o social, es imposible que un ser humano viva más de siete días sin agua[1].

Durante mucho tiempo se pensó que este recurso tan vital para la vida sería inagotable porque su ciclo hidrológico permite su renovación constante (modificando sólo la distribución territorial y su estado, ya sea sólido, líquido o gaseoso[2]), pero es a partir de los 1980[3] cuando algunos observadores y expertos relacionados con el medio ambiente y la naturaleza comienzan a alertar sobre la escasez de agua a nivel global, que puede dar lugar a una situación irreversible a mediano y largo plazo, afirmando que las causas posibles están en la contaminación y principalmente, en el incremento de la población (desarrollando una explotación desenfrenada de uso y consumo[4]

1 En 1906, WJ McGee, director del Museo público de St. Louis, publicó una de las más detalladas descripciones de deshidratación extrema jamás registrada, basado en las experiencias vividas por Pablo Valencia, un marinero mexicano que se convirtió en buscador de oro, y se aventuró en el desierto de Arizona en California sobreviviendo sin agua durante casi siete días.

2 El agua es la única sustancia que existe en la naturaleza simultáneamente en tres Estados: sólido, líquido y gaseoso. Una molécula de agua consta de dos átomos de hidrógeno y uno de oxígeno (H2O).

3 En 1979, en la primera Conferencia sobre clima mundial en Ginebra (Suiza), los científicos hacen sonar la alarma sobre el derretimiento el deshielo de los glaciares y los casquetes polares, las inundaciones, las sequías y las olas de calor.

4 El uso de agua de Syntagma se refiere al volumen de agua utilizada por un determinado sector (urbano, agricultura, industria, etc.) para proporcionar las necesidades vitales o económicas, mientras que el consumo de agua del término se refiere al volumen de agua que después de su uso no devuelven al medio ambiente.

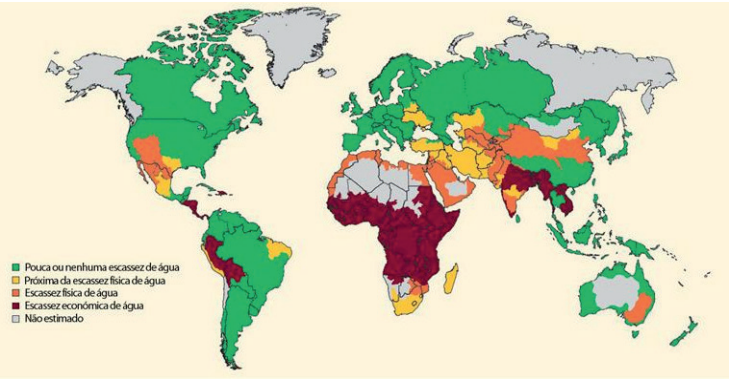
del líquido vital) dando lugar a una degradación irreparable de una gran parte de la hidrosfera.

También, hay autores y expertos que señalan la existencia de conflictos territoriales en diferentes partes del mundo motivado por la escasez del agua, a menudo confundido con disputas religiosas.

La escasez de agua en muchas partes del mundo forma parte de la evolución del planeta, del cambio climático histórico de antes de la aparición de la especie humana, con periodos de enfriamiento y calentamiento, que provocan glaciaciones y etapas cálidas (de mayor biodiversidad). La cuestión fundamental del agua no es su escasez en sí, sino su irregular distribución sobre el espacio (territorios desérticos y húmedos) y el tiempo (sequías seguidas de inundaciones), a largo de la configuración de la Tierra.

Claro que el uso intensivo del agua en zonas poco lluviosas tradicionalmente, semi-desérticas desde hace miles de años, hacen que se genere una escasez o agotamiento del recurso porque el nivel de extracción es superior a la capacidad de renovación del recurso, como ocurre por ejemplo en la frontera entre los Estados Unidos y México, la región del sudeste de Australia, norte de China, partes de Asia Central, África del Norte y del Sur y Oriente Medio; y en segundo lugar, también queremos resaltar la existencia de una marcada concentración, principalmente en el África Subsahariana (véase el mapa).

Mapa 1. Escassez de água física e económica, 2009



Fuente: World Water Assessment Programme 2009; adapted from Comprehensive Assessment of Water Management in Agriculture

Así pues, son muchos los estudios que señalan la posibilidad de que el siglo XXI se caracterice por conflictos violentos y guerras, motivado por

la adquisición del agua, sobre todo en las cuencas internacionales[5]. De hecho, son muchos los expertos que creen que la disminución de agua, va a ser la causa principal de los numerosos conflictos que surgirán para obtenerla.

Sin embargo, Paula Lopes, en el artículo "agua en el siglo XXI: desafíos y oportunidades", pone de manifiesto, que si bien puede ser una causa de conflicto, así mismo, con buena voluntad por parte de los gobernantes, se puede promover la cooperación entre los diferentes estados que compartan un mismo río, y en ello juega un papel fundamental los diferentes gobierno, tanto a nivel nacional como internacional.

El PNUMA (Programa de Medio Ambiente de las Naciones Unidas) menciona que los conflictos sobre el agua llevan a tensiones políticas, pero son solubles, destacando que la ausencia de conflicto es un indicador de una buena cooperación. De acuerdo con un estudio realizado por la Universidad Estatal de Oregón, acerca de las relaciones entre los Estados con respecto a los recursos de agua en los últimos 50 años, llegó a la conclusión de que sólo ocurrieron 37 casos de violencia declarada (en la mayoría de los casos, más del 80%, en Oriente).

En el mismo período de tiempo, más de 200 tratados fueron negociados entre los países, más de 1.220 eventos de cooperación (en comparación con aproximadamente 500 eventos conflictivos, de los cuales más de dos tercios comprenden hostilidad de bajo nivel, sólo verbal). Cabe señalar, que la mayoría de los conflictos se basan en los cambios del volumen del flujo de agua y la creación de nueva infraestructura. Y a pesar de todo, hay que decir, que la gobernanza en cuestiones de gestión de agua, ha sido capaz de resolver estos conflictos.

1.2. CLIMA DEL MUNDO.

El clima es quizás el factor más importante en cuanto a la determinación del volumen de agua, su distribución y, en cierta medida, su disponibilidad en el entorno. El clima de una región está influido por su latitud, la formación de su terreno, la altitud, la cobertura de nieve o el hielo por masas de agua ubicado en esta región. La distribución temporal y espacial del agua, la intensidad de las precipitaciones y las temperaturas, son todos elementos que influyen en el ciclo del agua o ciclo hidrológico y muchos otros procesos físicos y químicos que conforman el paisaje (KSR Limpopo, 2011). Sin embargo, los climas en el mundo son muy diversos, procedentes de distintas masas de aire, ubicación geográfica, entre otros. A partir de la línea del Ecuador, los diferentes climas son simétricos en ambos hemisferios, con

5 La mayoría de estas cuencas "en riesgo" está en África y Asia, y hay sólo dos en el continente americano, Río Lempa en América Central, y La Plata en América del Sur.

importantes variaciones locales, debido a la disposición específica de cada unidad territorial.

La clasificación climática de Köppen-Geiger es el sistema de clasificación global de los tipos climáticos más utilizados en geografía, climatología y ecología. Köppen divide el clima de la Tierra en 5 regiones: clima tropical, seco, moderado (o templado con inverno suave), continental (o templado con invierno riguroso) y polar. Esta clasificación se basa, a excepción del clima seco, en las temperaturas media en cada región. El clima seco se define en función de la precipitación y evapotranspiración en la región. Cada uno de estos tipos de clima se divide en sub-climas teniendo en cuenta la precipitación. A continuación, caracterizaremos brevemente algunos de los climas más importantes del mundo.

El clima oceánico con una amplitud térmica baja, recibe la influencia de los océanos y los mares, haciendo los inviernos menos rigurosos y los veranos menos calurosos, con una precipitación anual regular. Este tipo de clima incide especialmente en el noroeste de Estados Unidos, en la parte meridional de América del Sur (sur de Chile y Argentina), noroeste de Europa (desde Galicia hasta el sur de Escandinavia), sudeste de Australia y Nueva Zelanda.

El clima de montaña se produce en las zonas montañosas como los Alpes y los Pirineos, con inviernos rigurosos, precipitaciones de nieve y heladas, y las lluvias se distribuyen durante todo el año.

El clima Mediterráneo se caracteriza por veranos muy cálidos y secos, e inviernos frescos y húmedos, con abundantes precipitaciones en invierno y escasa en verano; se produce en el sur de Europa y en el norte de África, alrededor del mar Mediterráneo, en California (EEUU), en Chile, en la parte meridional de África y en el sur del suroeste de Australia.

El clima continental, sin apenas influencia marítima, se caracteriza por inviernos muy rigurosos y veranos muy calurosos. La temperatura anual puede superar los 30 ° C; las precipitaciones se producen en el verano. Este tipo de clima se presenta especialmente en el interior de los continentes de América del Norte, Europa y Asia Central.

El clima ecuatorial tiene temperaturas medias anuales superiores a 25°C; es caluroso y húmedo, con índices pluviómetros anuales superiores a 2000 mm, se localiza en América del Sur (Amazonia), en el África Central, en la costa oriental de Madagascar y en el sudeste de Asia, Malasia e Indonesia.

Las regiones de clima tropical húmedo son similares al clima ecuatorial, presenta una temperatura siempre alta durante todo el año, con dos estaciones bien marcadas, una seca (inferior a tres meses) y otras húmedas, con

precipitaciones altas. Las extensas áreas de este clima se localizan en América del Sur, África, Asia del Sur y norte de Australia.

El clima tropical seco cubre las extensas áreas de América del Norte, América del Sur, África, centro y sur de Asia y Australia. Las temperaturas medias en el periodo cálido están por encima de 30°C, y en la estación húmeda la temperatura tiende a ser menor, aunque no inferior de 20°C. La precipitación mensual es muy elevada en la estación húmeda, y en la estación seca, es prácticamente nula.

El clima desértico o seco presenta temperaturas medias anuales que oscilan entre los 20ºC y los 30ºC con un régimen pluviómetro que no supera anualmente los 250 mm. Los índices pluviométricos son inferiores a 600 mm. anuales y las lluvias son irregulares.

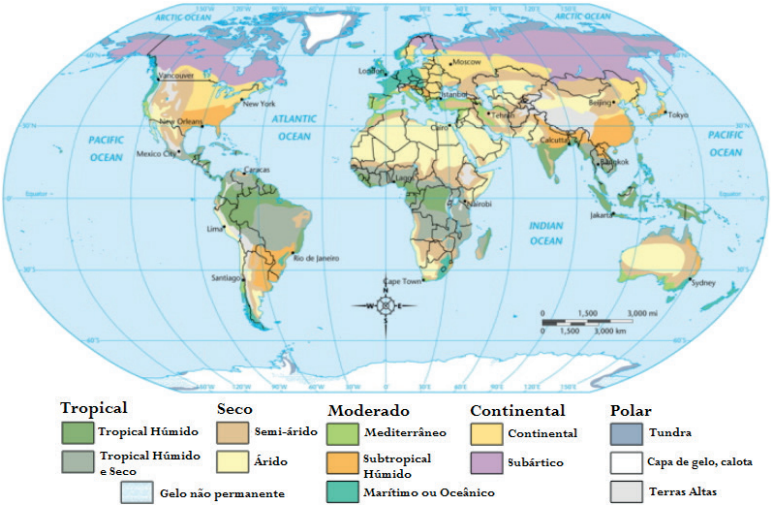
El clima frio polar presenta largos inviernos y veranos cortos y secos, con temperaturas anuales siempre por debajo de los 0ºC.

El clima desértico cálido surge en los Estados Unidos (Desierto de Nevada), en la costa este de América del Sur (Chile), norte de África (Sahara), en Arabia, suroeste Asiático, en la costa occidental de África meridional y en el interior de Australia. Se caracteriza por temperaturas muy bajas en los meses de invierno, y en el verano las temperaturas pueden superar los 30°C. La precipitación es prácticamente inexistente durante los 12 meses.

El clima frío subpolar tienen como característica relevante la elevada amplitud térmica, sobre todo en invierno (por debajo de los -50 ° C, promedio mensual); en verano las temperaturas suben considerablemente y la precipitación aumenta. El verano es lluvioso y no hay meses secos.

El frío polar se limita a las regiones polares del Ártico y la Antártida, corresponden a las regiones más septentrionales de América del Norte, Europa y Asia. Es similar al clima subpolar, pero con inviernos más rigurosos, con muchos meses sin ninguna radiación solar. La amplitud térmica es la más elevada de todos los climas (puede alcanzar 0º C), no hay meses secos, el régimen pluviómetro es similar al clima subpolar, donde la precipitación aumenta con la temperatura.

Mapa 2. Tipos de clima en el mundo, 2011



Fuente: Reelaboración a partir de http://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/d/df/ClimateMap_World.png

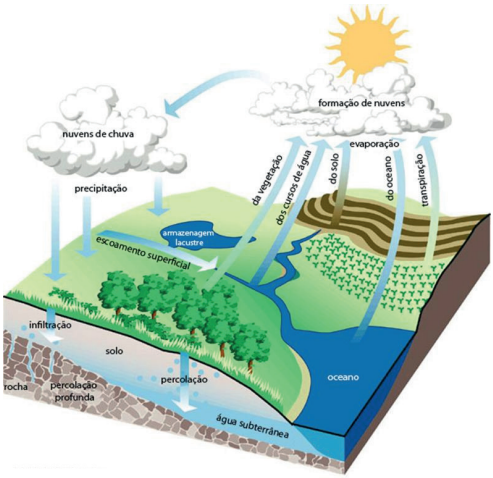
1.3. CICLO HIDROLÓGICO.

El agua en la tierra, que constituye la hidrosfera, se distribuye a través de tres reservorios principalmente, los océanos, los continentes y la atmósfera, entre los cuales existe una circulación permanente, a lo que se denomina el ciclo del agua o ciclo hidrológico. Por lo que el ciclo del agua, puede definirse como la secuencia de fenómenos que hacen que el agua pase de la tierra a la atmósfera en forma de vapor y regresa a través de las fases líquidas y sólidas. La transferencia de agua desde la superficie terrestre a la atmósfera es en forma de vapor, es directa, por evaporación de la transpiración de las plantas y animales (expediente conjunto que se denomina evapotranspiración) y sublimación (que es el paso directo de agua de la fase sólida a la fase de vapor, aunque la cantidad de agua es considerada mínima o insignificante movilizados en el ciclo hidrológico). El vapor de agua al ser transportados por la circulación atmosférica se condesa, después de caminos muy variables, pueden superar los 1000 km, convertido en niebla y nubes, y finalmente acaban en precipitación. La lluvia, a su vez, puede ocurrir en la fase líquida (con aparición de lluvia o llovizna, nombres que dependen del diámetro de las gotas, que es inferior a 0,5 mm); en el estado sólido, las precipitaciones se presenta en tres variantes: nieve, aguanie-

ve y granizo. El primero tiene una estructura cristalina; el aguanieve tiene una estructura granular (regular en capas) y en el caso del granizo, estructura irregular, las agregaciones en nódulos puede alcanzar el tamaño de una pelota de tenis. Las precipitaciones también incluyen el agua que pasa de la atmósfera a la corteza terrestre por condensación de vapor de agua (Rocío) o por congelación de vapor de agua, e intercepción de las gotas de agua de nieblas (nubes que están a la altura del suelo o el mar). La precipitación en los continentes puede tener varios destinos: una parte vuelve directamente a la atmósfera por evaporación; otra parte da paso a la escorrentía de tierra (resultando los cursos de agua) y escurrimiento subterráneo (que se alimenta de los acuíferos). La precipitación anual en los continentes es 800 mm, con una evapotranspiración de 485 mm y eliminación de 315 mm. La precipitación media anual sobre los océanos es de 1270 mm.

La energía térmica es la fuente de energía térmica necesaria para el paso del agua desde las fases líquidas y sólidas hacia la fase de vapor; También es el origen de las circulaciones atmosféricas que transportan el vapor de agua y mueven las nubes. El ciclo hidrológico a escala global puede verse como un sistema de destilación gigantesca, que se extiende por todo el mundo. El calentamiento de las zonas tropicales debido a la radiación solar provoca la evaporación del agua de los océanos, restos que se transporta en forma de vapor por la circulación general de la atmósfera a otras regiones. Durante la transferencia, parte del vapor de agua se condensa debido al enfriamiento, formando las nubes que originan la precipitación. El retorno a las regiones de origen resulta de la acción combinada de la escorrentía de los ríos y las corrientes marítimas (INAG, 2003)

Figura 1. Ciclo hidrológico



Fuente: http://www.limpoporak.com/pt/rio/hidrologia/principles+of+hydrology/ water+cycle.aspx a partir de Federal Interagency Stream Restoration Working Group 1998

1.4. DESALINIZACIÓN DEL AGUA Y LA REUTILIZACIÓN.

Cabe señalar, que a pesar de la cantidad de agua dulce superficial y subterránea del planeta, las tecnologías para la obtención de agua en lugares áridos y semiáridos, la reutilización o aprovechamiento de aguas residuales[6] están cada vez más presentes en las estrategias de los países que miran hacia el futuro con el objetivo, no sólo de rentabilizar sus recursos, sino también en ser autosuficientes en materia de agua. Actualmente, la desalinización de agua[7] de mar y lagos de sal, es una de las tecnologías más prometedoras que pueden dar alguna "luz al final del túnel" para muchas zonas áridas y semiáridas. Este complejo proceso de convertir el agua de mar en agua potable, sirve para todas las actividades humanas (agricultura, producción de energía, sistemas de refrigeración...). Según el informe "La desalinización del agua", de la AICEP, los procesos de desalinización surgen en un contexto de falta de recursos hídricos y debate sobre los actuales usos, consumos y disponibilidad futura de este recurso. Las tensiones entre algunos países en torno

6 Todas las aguas que han sido utilizadas por el hombre, presentan las características naturales alteradas, siendo clasificadas como aguas residuales, las domésticas, industriales, de infiltración de aguas pluviales.

7 Desalinización es un proceso fisicoquímico que consiste en eliminar el exceso de salinidad y o tros minerales en el agua, y uno de los métodos más utilizados es llamado ósmosis inversa.

al agua, los instrumentos legales (como la Directiva Marco del Agua de la Unión Europea encaminada a garantizar el uso sostenible de los recursos hídricos, como también la de evitar situaciones de conflictos), las necesidades de agua, que aumentan en épocas de sequía, principalmente en los lugares donde la lluvia es prácticamente nula o reducida, y a menudo, asociadas en muchos casos al uso abusivo y descontrolado del agua y una reducción de la calidad que puede perjudicar la salud pública, la desalinización funciona como un catalizador en el desarrollo y la implementación de nuevas tecnologías en este ámbito. En el contexto de la gestión de los recursos hídricos comienza a surgir dos soluciones: el reciclaje del agua y la desalinización.

Es a partir de 1980, cuando la desalinización aumenta considerablemente, donde muchos países han adoptado este proceso, en especial Arabia Saudita, Emiratos Árabes Unidos, Australia, Estados Unidos e Israel (donde está ubicada la planta de desalinización más grande del mundo). Hay alrededor de 15 mil desalinizadoras en todo el mundo. Las Naciones Unidas, por ejemplo, posen unidades portátiles para desalinizar agua de mar o agua salobre en las zonas de conflicto o desastre que afectan a las infraestructuras de captación. Por tanto, se trata, de una solución disponible en áreas necesitadas y en situación de riesgo. Sin embargo, el gran problema de las centrales desalinizadoras es su rentabilidad, porque se gasta mucha energía para obtener agua, por lo que los costes que genera son muy altos. Aun así, puede ser la única solución para zonas desérticas donde no hay alternativas para obtener agua dulce. Pero la tecnología no da treguas a la imaginación y creatividad, y gracias a la nanotecnología, que es un método de desalinización más económico, ya es posible transformar pequeñas cantidades de agua salada. Este sistema, de momento, todavía trabaja con pequeñas cantidades, pero es otro paso para convertir el agua salada en agua potable, de una manera más eficiente y económica.

En cuanto a la reutilización, procedentes de las aguas residuales[8] o aguas pluviales, puede considerarse como una estrategia clave para combatir la escasez de agua, ya que su aplicación puede ser variada, especialmente en el riego agrícola, reciclado y reutilización industrial, recarga de acuíferos, para usos recreativos y ambientales, en usos urbanos no potable, en la utilización indirecta o directa para fines de consumo. Según Marecos & Albuquerque (2010) la reutilización de aguas residuales debe ser una directriz de la política integrada de los recursos hídricos, en la medida en que contribuye

8 Las aguas residuales urbanas son aguas residuales domésticas o la mezcla de éstas con aguas residuales industriales y aguas pluviales, recogidas de la red de drenaje público. Las aguas residuales urbanas resultan, por tanto, de la utilización de agua que fue capturado y tratado para garantizar el suministro de agua potable a las poblaciones y las actividades económicas relacionadas con el comercio y la industria.

a una gestión más sostenible para aumentar los recursos de agua, necesarios para satisfacer las necesidades presentes y futuras, para proteger los ecosistemas, en la medida en que reduce la cantidad de contaminantes liberados en el medio ambiente.

No obstante, mientras la reutilización del agua de lluvia se basa principalmente en la recolección de agua de los techos o terrazas, en tanques (que pueden ser enterrados) y que sirven, por ejemplo, para el riego de jardines al aire libre (también se utilizan estas aguas para otros fines, en particular, para recargar cisternas, cada vez más común en los países de Europa Central); las aguas grises (aguas residuales) que son las que proceden de los baños, de las lavadoras, de los lavavajillas, y de los fregaderos[9].

Muchos países ya están utilizando la reutilización del agua como una práctica común, centrándose la mayor dificultad en el costo de desarrollo de sistemas para la reutilización de aguas residuales tratadas. En la mayoría de los casos, las aguas residuales urbanas (domésticas e industriales) son recogidas a través de redes de saneamiento municipal o limpieza (alcantarillas) y canalizadas hacia las plantas de tratamiento o depuración, que después de todo el proceso de separación de desechos y la filtración de contaminantes, como ya se ha mencionado, retorna al medio ambiente: los océanos, ríos y lagos con un mínimo de perturbación a estos últimos. Así pues, pensamos, que el tratamiento de aguas residuales debe ser considerada un servicio público de alta relevancia en la prevención de la salud pública, la lucha contra la contaminación de los recursos hídricos, el medio ambiente en general y en la protección de las aguas subterráneas.

El agua reutilizada puede ser entendida como agua reciclada, es decir, un recurso hídrico disponible no potable, resultante del tratamiento intermediario con la presentación de las características de calidad para los fines previstos, en general: riego agrícola, riego de paisaje, reciclaje y reutilización industrial, recarga de acuíferos, usos recreativos y ambientales o usos urbanos no potable. Y cuando sea necesario y con el tratamiento adecuado para este propósito puede ser reutilizado para fines potables directos o indirectos. (Lisboa E-Nova, 2011).

Ahora bien, la reutilización de aguas residuales o aguas pluviales, tienen una importancia cada vez más relevante en la mentalidad y en el comportamiento de los individuos en general, como una estrategia para la conservación de los recursos hídricos, en la lucha contra la escasez de estos

9 Las aguas grises, provenientes de otros lugares distintos de aseos, requieren menos tratamiento que las aguas negras, que ya contienen menos agentes patógenos. Las aguas negras requieren un tratamiento químico o biológico y de desinfección antes de ser reutilizados (y su utilización sólo debe ser para el exterior)

recursos y la necesidad de protección de los medios hídricos receptores de los efluentes de plantas de tratamiento de aguas residuales.

En Israel, la reutilización del agua se ha convertido en una política nacional a partir de la segunda mitad del siglo pasado, cuando la escasez de agua comenzó a sentirse de modo intenso, dejando acuíferos saturados, al mismo tiempo que se produce el peso creciente de la población sobre los recursos hídricos. Una comunidad agrícola en el sur de Israel comenzó el inicio de aguas residuales tratadas para la irrigación de los campos, pero hasta entonces, sin debate público sobre la escasez del agua, con el temor por parte de las autoridades de la reacción del público. Sin embargo, a comienzos del siglo, todavía Israel es el único país que recicla las aguas residuales y hoy la irrigación incluye más de la mitad de agua reciclada. En cuanto a las aguas residuales domésticas, más del 80% son recicladas, que suman un total de más de 400 millones de m3 al año. Las principales ciudades poseen sistemas automatizado de riego para jardines y parques con el sistema de goteo, con un ahorro que representa entre el 50% y el 60% de las aguas tratadas. El agua llega a ser reutilizada cuatro veces, debido a las técnicas de purificación y reutilización. (Ambiente Online, 2011).

Según Paganelli de Lima y García Machado (2008), en países industrializados como Alemania, la población y las autoridades están adquiriendo las prácticas de aprovechamiento del agua de lluvia. Además, el Gobierno apoya a través de incentivos financieros la construcción de sistemas de captación de agua de lluvia, estableciendo al mismo tiempo, políticas de conservación de las aguas subterráneas que son utilizadas como fuentes de recursos de agua en muchas ciudades del país. Cabe mencionar también, que uno de los países con mayor desarrollo en los sistemas de utilización de agua de lluvia es Japón. Por ejemplo, en Tokio, la ley obliga a todos los edificios que superen los 30 mil m^2 utilicen más 100 m^3 diarios para fines no potables, reciclen aguas pluviales y aguas residuales. Además, para evitar inundaciones, se construyen reservorios de agua de lluvia en terrenos con áreas superiores a 10 mil m^2 y en edificios con áreas superiores 3 mil m^2. En Singapur, a principio de los años 90, el agua de lluvia capturada en las 16 pistas del aeropuerto famoso de Chagi se utiliza para las descargas en sanitarios.

El hecho es que cada vez más la reutilización de agua (residual o pluvial) está conquistado progresivamente a la sociedad en los más diversos sectores, especialmente en la industria de refrigeración, y comienza a observarse con una mayor incidencia una política de reutilización y aprovechamiento de aguas en las agendas de los gobiernos locales para diversos fines (como se mencionó anteriormente), lo que indica una mayor conciencia sobre el medio ambiente, y en particular, sobre el uso del agua.

1.5. LOS SECTORES DEL AGUA.

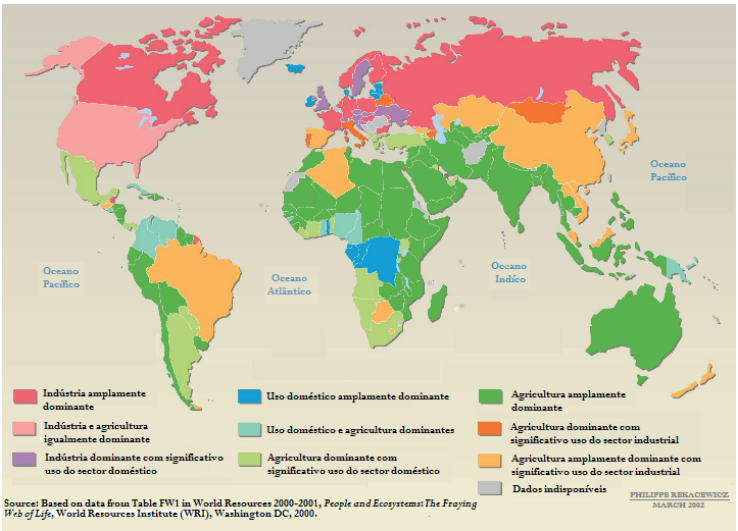
De toda el agua que entra y sale del ciclo renovable, apenas se conoce una fracción, la utilizada por los seres humanos, y que es extraída por medio de infraestructuras, en la que sólo una porción es consumida, pues la mayor parte, es posteriormente devuelta al medio ambiente, generalmente con una calidad inferior. Ahora bien, la agricultura, es con diferencia, la más importante consumidora de agua en el mundo, responsable del 70% del total, seguida de la industria con cerca del 20% y del uso doméstico con casi el 10%. En algunos casos, el consumo de agua en la agricultura puede llegar al 80%, especialmente en zonas secas donde el riego ha tenido mayor desarrollo, como es el caso del continente asiático. Sin embargo, la extracción de agua consumida por la industria, ocupa el primer lugar en Europa, con el 55%, en tanto que la agricultura consume el 29%, y para uso doméstico se destina el 16 %[10].

De acuerdo con el informe de WBCSD, en muchos países en vías de desarrollo, los sistemas de riego representan el 90% del agua que se extrae de las fuentes disponibles para su utilización. En Inglaterra, donde la precipitación es abundante durante todo el año, el agua utilizada para la agricultura representa menos del 1% del consumo total. Ahora bien, dentro de un mismo continente existen grandes diferencias. Señalar así mismo, que la utilización del agua para el riego, en España, Portugal y Grecia representa más del 70%. Si observamos el mapa siguiente, podemos tener una percepción de la utilización del agua por sector en diversas regiones del mundo a principios de la década del 2000. Según el análisis realizado y presentado en la Web del PNUMA, la agricultura es el sector predominante, en particular en África y Asia (cuyas estimaciones señalaron para el año 2000 un uso del 85% -90% del total de agua dulce). En el sector industrial, la mayor proporción de agua dulce corresponde a presas que generan energía eléctrica y se utilizan para el riego. Los usos industriales representan casi el 20% de la extracción mundial de agua dulce, de los cuales entre el 57-69% se destinan a generar energía hidroeléctrica y energía nuclear, 30-40% son para los procesos industriales y 0,5-3% para la energía térmica. El uso domestico, relacionado con la cantidad de agua disponible para la población indica que en los países desarrollados, el consumo diario de agua promedio es 10 veces mayor que en los países en desarrollo y que la utilización media de agua diaria en los países desarrollados es de 500 a 800 litros (300 m3 / año), mientras que en los países en desarrollo es de 60 a 150 litros (20m3 por año). La extracción de agua

10 Según los datos de AQUASTAT a través de http://www.fao.org/nr/aquastat. AQUASTAT es el sistema de información global sobre el uso del agua en la agricultura y en el medio rural, desarrollado por la División de Tierras y Aguas de la FAO (Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura).

en las grandes ciudades es de alrededor de 300-600 litros por persona y día, mientras que en las pequeñas ciudades oscila entre 100 y 150 litros por día. En los países en desarrollo, como Asia, África y América del Sur, la extracción de agua se sitúa entre los 50-100 litros por persona y día. En zonas con recursos hídricos insuficientes, estos números disminuyen, cuya cifra oscila entre los 20 a 60 litros por día.

Mapa 3. Uso de agua dulce por sector a principio de la década de 2000



Fuente: http://maps.grida.no/go/graphic/freshwater-use-by-sector-at-the-beginning-of-the-2000s

De acuerdo con el documento anterior, "El agua en un mundo cambiante", la utilización del agua es desigual entre regiones y entre los países del mundo. Los mayores usuarios de agua (en término de volumen) son los Estados Unidos, India, China, Pakistán, Japón, Indonesia, Bangladesh, Tailandia, México y la Federación de Rusia. El gasto de agua puede ir desde 646 km3/año en la India, a los 30 millones de m3/año en los países tropicales de África (como es el caso de Cabo Verde y República Centroafricana). En los países de grandes dimensiones territoriales, como sucede con China y los Estados Unidos, la demanda de agua se concentra en ciertas partes de estos países, generalmente, donde la agricultura necesita más riego o donde se expresan las concentraciones más altas de desarrollo económico. Según este

informe, la cantidad de agua extraída por habitantes[11] es el mejor indicador para percibir el impacto de la población sobre el agua. Con un promedio mundial de 600 m3 de agua extraída por año y por habitante, existen países que superan este valor, en Turkmenistán la cantidad de agua extraída por habitante es superior a 5000 m3 por año. Además, el agua que se extrae es menor en los países tropicales y mayor en las regiones áridas o semiáridas, donde el riego, es necesario para la producción agrícola.

No obstante, la cuestión principal sobre el agua es precisamente la población. En el pasado, los principales problemas del agua, se basaban más en la contaminación, que en la escasez, pero el aumento de la población y la necesidad real de agua, pone en entredicho la existencia futura de este recurso indispensable para la vida, no sólo en cantidad sino también por su calidad.

David Brooks (2002), señala que un país que tiene menos de 1000 metros cúbicos por habitante al año, sufre de escasez de agua y no puede proporcionar una alimentación adecuada de suministro, como tampoco, apoyar al desarrollo económico, y se encuentra además, en una situación que puede potenciar graves daños ambientales. Los países que producen entre 1000 y 1700 metros cúbicos de agua por persona y año tienen dificultades hídricas. El FNUAP (Fondo de población de las Naciones Unidas) estima que en el año 2000, cerca de 508 millones de personas vivían en 31 países con dificultades hídricas o con escasez de agua, mas para el año 2025, estas cifras pueden aumentar a 3000 millones de personas en 48 países.

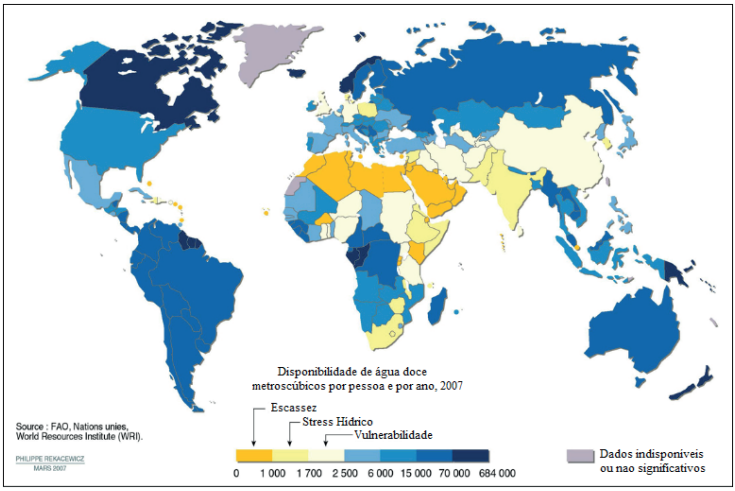
De acuerdo con el WBCSD, el 60% de las ciudades europeas con más de 1.000 habitantes, utilizan el agua subterránea a un ritmo más rápido que su tasa de remplazo**.** Algunas ciudades como México, Bangkok, Manila, Pekín, Madrás y Shanghái han visto descender el nivel de las aguas subterráneas entre 10 y 50 metros. Durante el siglo pasado, cerca de la mitad los humedales del mundo han desaparecido, algunos ríos no alcanzan el mar y más del 20% de las aproximadamente 10000 especies de peces de agua dulce están amenazadas o extintas[12].

El siguiente mapa nos muestra que en África y Asia la disponibilidad de agua dulce está muy por debajo del umbral de vulnerabilidad.

11 El informe titulado *Water Withdrawal* como la cantidad de agua bruta extraída a partir de cualquier fuente del medio natural para fines humanos.

12 En los últimos 30 años el Mar de Aral en la antigua Unión Soviética se redujo a menos de la mitad de su tamaño original. La desaparición del mar de Aral fue causada principalmente por el desvío; por el riego de los cultivos de algodón y arroz, las afluencias hacia el mar de los ríos Amu Dar'ya y Syr Dar'ya. En 1987, aproximadamente el 60% del volumen de agua en este mar desapareció, reduciéndose en 14 metros de profundidad y su concentración de sal se ha duplicado.

Mapa 4. Disponibilidad de agua dulce, 2000 (m3/ha)

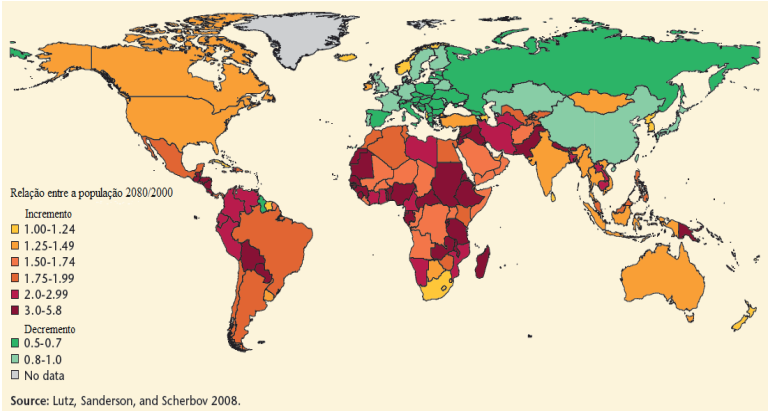


Fuente: Relaboración a partir de http://www.monde-diplomatique.fr/cartes/disponibiliteeau

1.6. EL CRECIMIENTO DE LA POBLACIÓN Y EL AGUA.

El crecimiento de la población de los últimos 50 años triplicó la extracción de agua para mantener el rápido aumento de los sistemas de riego, estimulado por una gran búsqueda de alimentos en los años 70 y por el continuo crecimiento de economías basadas en el sector primario. Ahora bien, parece que la comunidad mundial ha aceptado que la población crecerá y que el impacto de este crecimiento va a tener consecuencias. Las estimaciones demográficas indican que en las próximas décadas, en el 2050, la población mundial puede llegar a casi 9 mil millones de personas (más de 3 mil millones que en 2000), factor que provocará un aumento significativo en la explotación de los recursos hídricos, la demanda de alimentos y otros bienes, aunque todavía persisten muchas dudas e incertidumbres sobre la demanda real de agua, y su influencia en el desarrollo y crecimiento de las sociedades. Cabe señalar, que esta es la primera vez en la historia de la Humanidad que más del 50% de la población mundial (cerca de 3,3 mil millones de personas) vive en las ciudades y esta creciente presión sobre el sistema urbano, así como el impacto de la industrialización y la incertidumbre causada por el cambio climático, conflictos y desastres naturales puede acentuar la problemática del abastecimiento de agua, su uso y consumo.

Mapa 5. Áreas previstas de crecimiento y disminución de la población, 2000-2080



Fuente: Unesco, 2009. En "Water in a Changing World", pág.30.

La información recopilada por el centro de noticias de la ONU sobre los documentos anteriores, mencionan que debido al cambio climático, en el año 2030, casi la mitad de la población mundial vivirá en zonas de elevado estrés hídrico[13], especialmente las poblaciones que viven en África. Las mudanzas hacia otros lugares pueden ser una realidad para los 24 a 700 millones de personas en algunas zonas áridas y semiáridas debido a la escasez de agua. Por tanto, resulta evidente que existe un fuerte vínculo entre la pobreza y los recursos hídricos, es decir, el número de personas que viven con menos de 1,25 dólares, coinciden con aquellos que no tienen acceso al agua potable**.** Asimismo, se señala que en los países en desarrollo, el 80% de las enfermedades están asociadas a la falta de agua, causando aproximadamente 3 millones de muertes prematuras**.**

En opinión de William Cosgrove[14], las presiones sobre los recursos hídricos aumentan considerablemente a medida que mejorar el nivel de vida; las zonas urbanas crecen y aumentan los niveles de consumo. De cuerdo con la previsión de la Agencia Internacional de Energía, la necesidad de energía que mundo requiere (especialmente en los países en desarrollo) puede aumentar cerca del 60% hasta 2030. Cosgrove señala que la demanda aumen-

13 Existe estrés hídrico cuando la demanda de agua supera la cantidad disponible durante un período determinado, o cuando la mala calidad restringe su utilización.
14 Coordinador de los Contenidos en UN World Water Development Report, conferencia impresa en Nova York

tará y generará competencia, por lo que será necesario una "mejor gestión, mejorar la legislación y un reparto más eficiente y transparente del agua". De acuerdo con el último informe conjunto por la Organización Mundial de la salud (OMS) y el fondo de las Naciones Unidas para la infancia (Unicef), titulado "Progress on Sanitation and Drinking – Water: 2010 Update Report"[15], el 87% de la población mundial (cerca de 5,9 mil millones de personas) utilizan fuentes seguras de agua potable, pero casi el 39% (es decir, 2,6 millones de personas) continúan viviendo sin instalaciones sanitarias adecuadas. Será necesario invertir esta tendencia para que los objetivos de desarrollo del Milenio (ODM)[16] puedan cumplirse, más inexcusablemente, el objetivo de sostenibilidad ambiental, que tiene como objetivo principal, además de otras cuestiones ambientales, reducir a la mitad el número de personas sin acceso al agua potable y la mejora de las condiciones de saneamiento básico para las poblaciones. No obstante, las mejoras han sido significativas en relación al consumo de agua potable, cerca de 1,6 millones de personas viven en áreas con escasez de agua. En relación al saneamiento, queda mucho por hacer: la defecación al aire libre, aunque en fase de descenso, sigue siendo una práctica habitual en muchos países del mundo, especialmente en el sur de Asia (donde el 44% de la población defeca al aire libre). La población mundial se encuentra casi dividida entre el medio rural y el medio urbano y las personas que viven en las zonas rurales tienen menos acceso al agua y saneamiento básico, de cada diez personas sin acceso a saneamiento básico, siete son habitantes rurales, y de cada diez sin acceso a agua potable, ocho viven en zonas rurales.

En el mundo, el agua insalubre, la falta de instalaciones de saneamiento y medios de higiene, son responsables de la muerte de 3.3 millones de personas al año, la mayoría de ellos niños menores de cinco años. (FG, 2010).

James P. Leape, director general de WWF[17] Internacional escribió en el prefacio del Informe Planeta Vivo de WWF 2008, que "el consumo negligente está agotando el capital natural del mundo, al punto de poner en peligro nuestra prosperidad futura". Es decir, nuestra sociedad está consumiendo con demasiada rapidez los recursos que los sistemas naturales de la Tierra

15 Progreso sobre Saneamiento y Agua Potable: informe de actualizaciones, divulgado en Geinebra/Nova York, 15 de Marzo de 2010

16 Son 8 los Objetivos de Desarrollo del Milenio los que deben alcanzarse para el 2015, que se encuentran en la base de compromiso, la Declaración del Milenio, firmado por 189 países en septiembre de 2000 con el propósito de erradicar la pobreza extrema y el hambre, lograr la enseñanza primaria universal, promover la igualdad de género, reducir la mortalidad infantil, mejorar la salud materna, combatir el VIH/SIDA, la malaria y otras enfermedades, garantizar la sostenibilidad del medio ambiente y el fortalecimiento de una asociación mundial para el desarrollo.

17 WWF (también conocido como World Wildlife Fund en Estados Unidos y Canadá) es una de las mayores y más experimentadas organizaciones independientes de conservación de la naturaleza, con casi 5 millones de seguidores y una red global activa en 100 países.

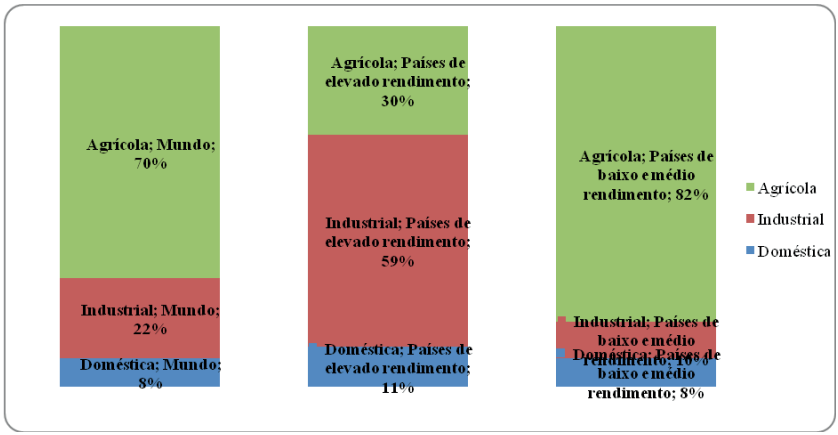
nos ofrecen, a una velocidad superior a la renovación de la misma. La huella ecológica[18] global actual excede en un 30% a la capacidad que el planeta tiene de regenerarse para mantener su ritmo, en el año 2030 se necesitarán dos planetas para mantener el estilo de vida de las sociedades de hoy. Según este estudio, la escasez de agua es cada vez más un motivo de gran preocupación en muchos países y regiones del mundo, y aunque el agua no se considera un recurso escaso a nivel mundial, su distribución y disponibilidad son muy desiguales a nivel geográfico y temporal. Aproximadamente, 50 países se encuentran con serios problemas en relación a la escasez de agua, de forma moderada o intensa, y las proyecciones indican que el número de personas que sufren por la falta de agua, o bien todo el año o sólo en determinadas estaciones, aumentará como consecuencia del cambio climático que se traducirá en fuertes implicaciones en la salud de los ecosistemas, en la producción de alimentos y el bienestar humano. Este informe también se refirió a la importancia del peso de la población, cuya demanda en los recursos del planeta se duplicó con creces en los últimos 45 años, como consecuencia de aumento de la población y el aumento del consumo individual. En 1961, casi todos los países del mundo tenían la capacidad para satisfacer su demanda y en 2005, la situación ha cambiado de tal manera, que muchos países comenzaron a importar recursos de otras naciones a fin de satisfacer sus necesidades.

De acuerdo con otras fuentes de la ONU-Water, en el siglo pasado, la utilización del agua ha aumentado más del doble que la tasa de crecimiento de la población y se prevé para el año 2050, incrementos del 50% en la captación de agua en los países en desarrollo y 18% en los países desarrollados.

El uso industrial del agua aumenta con el rendimiento de un país, que van desde el 10% en los países con ingresos bajos o medianos y el 59% en los países con altos rendimientos (WBCSD, 2005). El sector agrícola es llamativo en los países de ingresos bajos y medios, con un 82% del uso del agua.

18 La huella ecológica representa la demanda humana de bienes y servicios de la naturaleza; es decir, mide la demanda de la humanidad sobre la Biosfera en términos de área de tierra y mar biológicamente productiva, necesaria para proporcionar los recursos utilizados y absorber los desechos creados por el hombre.

Gráfico 3: Utilización del agua de acuerdo con los rendimientos de los países



Fuente: Relaboración del informe "Hechos y Tendencias", WBCSD (2005)

1.7. LA HUELLA HÍDRICA.

La media de la huella hídrica[19] mundial corresponde a cerca de 1,24 millones de litros por persona al año, equivalente a la mitad del volumen de una piscina olímpica. Los Estados Unidos de América son los que lideran la lista de huella hídrica de consumo per cápita, 1997-2001 (con 2.483 m3/persona/año), seguida por Grecia, Italia, Malasia, y España (con 2.325 m3/persona/año) y en la sexta posición, Portugal (con 2.264 m3/persona/año). Sin embargo, debe señalarse que las condiciones climáticas acentúan estos valores, es decir, el clima mediterráneo al tener los veranos secos y calurosos, con periodos de precipitaciones variables, aumenta más la demanda de agua para consumo urbano y las actividades agrícolas.

Pero el uso o consumo de agua no es sólo influenciado por las condiciones climáticas; por otra parte, también el aumento de la demanda de agua

19 La Huella Hídrica (o Huella del Agua) de un país, creado por el profesor Arjen Hoekstra, es un indicador que expresa el volumen total de agua utilizada a nivel mundial para producir bienes y servicios consumidos por sus habitantes. Incluye el agua extraída de los ríos, lagos y acuíferos (aguas subterráneas y de superficie) para la agricultura, la industria y abastecimiento doméstico, así como la lluvia utilizada para el cultivo. La huella hídrica total consta de dos componentes: la huella de agua interna y la huella hídrica externa. La primera corresponde al volumen de agua necesario para generar y proporcionar los bienes y servicios consumidos dentro de ese país y la segunda corresponde al consumo de bienes importados, es decir, el agua que se utiliza para la producción de bienes y servicios en el país exportador. Las exportaciones de un país no se incluye como parte de su huella hídrica.

basado en patrones de desarrollo no sostenible, unido a las muchas practicas de uso y la mala gestión, dan lugar al fomento de residuos.

Si queremos mirar las importaciones, la huella hídrica externa será un buen indicador: a nivel mundial representa el 16% de la huella hídrica por persona, pero por supuesto, que este porcentaje varía ampliamente, tanto dentro como entre los países. Hay 27 países cuya huella hídrica externa tiene un peso de más del 50% de su huella hídrica nacional, superando en algunos casos más del 85%, como es el caso de Malta y Kuwait (87%); por encima del 80% se encuentran Bélgica, Luxemburgo y los Países Bajos, lo que significa que estos países importan una cantidad significativa de agua virtual, es decir, la huella hídrica de un producto, también conocido como el contenido virtual del agua, que es el volumen total de agua dulce utilizada para producir el producto, sumado a lo largo de la cadena de producción. La presión mundial ejercida sobre los recursos del agua dulce aumenta en función de la creciente demanda de bienes, cuya producción es intensiva en el uso del agua, tales como carne, productos lácteos, azúcar y algodón. El uso global de agua en la agricultura, 3,7% están destinados para el cultivo de algodón; carne, leche, cuero y otros productos pecuarios representan el 23%; y azúcar utiliza el 3,4%.

El informe sostiene que la comercialización del agua está influenciada por los mercados de productos básicos y políticas agrícolas (que en su mayoría ignoran los costos ambientales, económicos y sociales para los países exportadores). Por lo tanto, es de suma importancia la cooperación internacional sobre la gestión de los recursos hídricos, en un contexto donde 263 de los grandes ríos y lagos del mundo y muchos cientos de acuíferos cruzan las fronteras. Otro documento de las Naciones Unidas, titulado "El agua, una responsabilidad compartida"[20], menciona que el agua, además de estar distribuida tan variada en tiempo y lugar, se distribuye desigualmente entre los diversos estratos socio-económicos de la sociedad, tanto en zonas urbanas como en las zonas rurales. A pesar de las anteriores referencias sobre el consumo diario de agua, mencionamos que la ingesta diaria de agua[21] por habitante es de 600 litros en zonas residenciales de América del Norte y Japón y entre 250 y 300 litros en Europa, mientras que el promedio diario de consumo de agua per cápita en África subsahariana oscila entre 10 y 20 litros. Las personas que viven en barrios precarios tienen muy limitado el acceso al agua potable para uso doméstico. Puede que un habitante de estos barrios

20 Corresponde al el segundo informe de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos en el Mundo, en la versión española en 2008. La versión original en inglés fue publicada en 2006 y se titula "Agua, una responsabilidad compartida".

21 Es un indicador que refleja de manera indirectamente el nivel de desarrollo económico y social de la población.

disponga de entre 5 y 10 litros de agua por día. Sin embargo, una familia con rendimientos medios o altos de la misma ciudad puede alcanzar entre 50 y 100 litros por día y no más. Según las Naciones Unidas, para asegurar nuestras necesidades básicas, cada persona necesita de 20 a 50 litros de agua por día, libre de contaminantes nocivos.

1.8. CONFLICTOS FUTUROS DEL AGUA

Como hemos comprobado, el problema del agua no es en realidad su escasez sino su desigual distribución territorial y temporal, con zonas donde existe una gran abundancia y otras donde es un bien escaso. En estos momentos según la FAO, casi 1200 millones de habitantes, aproximadamente un 1/5 de la población mundial, reside en regiones con escasez de agua e irregularidad en las precipitaciones, y otros 500 millones se acercan a esa situación debido a que son esos países pobres los que más aumentan sus efectivos demográficos. Diferentes organismos apuntan que para el año 2025 más de un 40% de la población mundial vivirá en áreas deficitarias en recursos hídricos, lo que puede implicar un escenario de tensiones, conflictos y desplazamientos de población, que en casos extremos pueden acabar resolviéndose por el uso de la fuerza.

En la actualidad, muchas de las grandes ciudades del planeta de los países atrasados o en vías de desarrollo, e incluso pequeños pueblos de los países ricos, **vierten directamente sus desechos a los ríos**. Siendo, por tanto, pocas las ciudades que aplican políticas de reciclaje de aguas residuales. Asimismo, los residuos incontrolados de las industrias y la minería, así como las filtraciones subterráneas en las capas freáticas de las zonas agrícolas que usan intensivamente nitratros, pesticidas, herbicidas, etc. suponen a nuestro entender el mayor problema, el de la contaminación que genera eutrofización y envenenamiento de los cursos de agua, con los efectos sobre la ecología y la salud humana. La cuestión de la contaminación de los ríos es más preocupante que la desigual distribución del agua, que tiene una más rápida solución basada en los trasvases o en la desalinización.

PARTE II - **CAP. 08**

EL PRINCIPIO DE NO REGRESION AMBIENTAL A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COSTARRICENSE

MARIO PEÑA CHACÓN

"No, no es cierto que todo tiempo pasado fue mejor. El derecho ambiental no es para regresar a la caverna de la historia".

Ramón Ojeda Mestre

El principio de no regresión enuncia que la normativa y la jurisprudencia ambiental no deberían ser revisadas si esto implicare retroceder respecto a los niveles de protección alcanzados con anterioridad. Tiene como finalidad evitar la supresión normativa o la reducción de sus exigencias por intereses contrarios que no logren demostrar ser jurídicamente superiores al interés público ambiental, ya que en muchas ocasiones, dichas regresiones pueden llegar a tener como consecuencia daños ambientales irreversibles o de difícil reparación.

La principal obligación que conlleva su correcta aplicación es la de no retroceder, no afectar los umbrales y estándares de protección ambiental ya adquiridos, no derogar o modificar normativa vigente en la medida que esto conlleve disminuir, menoscabar o de cualquier forma afectar negativamente el nivel actual de protección. Para cumplir con dicho cometido se hace necesario avanzar en la protección ambiental, eventualmente mantenerla y por supuesto, evitar a toda costa retroceder.

Al estado actual de su desarrollo es posible deducir su contenido, alcances y limitaciones acudiendo al Derecho Internacional Ambiental, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional regulador del Libre Comercio y las Inversiones, así como a la misma Constitución Política y en especial, a la jurisprudencia emanada de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

1. PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO AMBIENTAL

El Diccionario de la Lengua Española en su vigésima segunda edición[1] le otorga varios significados al vocablo "*Principio*", entre ellos: base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discurriendo en cualquier materia; causa, origen de algo; cada una de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias o las artes; y norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta.

Por su parte, el Diccionario Jurídico Elemental Guillermo Cabanelas edición 2003[2] al definir "*Principios Generales del derecho*" expone que se trata de uno de los conceptos jurídicos más discutidos. Sánchez Román considera como tales los axiomas o máximas jurídicas recopiladas de las antiguas compilaciones; o sea las reglas del Derecho (v.). Según Burón, los dictados de la razón admitidos por el legislador como fundamento inmediato de sus disposiciones, y en los cuales se halla contenido su capital pensamiento. Una autorización o invitación de la ley para la libre creación del Derecho por el juez (Hoffmann); y despectivamente, como el medio utilizado por la doctrina para librarse de los textos legales que no responden ya a la opinión jurídica dominante (Mu-ger).

En doctrina a los Principios Generales del Derecho también se les conoce como: principios rectores, principios fundamentales de ley, principios deontológicos fundamentales, exigencias fundamentales, reglas con valor constitucional, principios elementales del derecho, entre otros. Para Jaquenod de Zsogon se entiende por *Principio* (del latín *principium*), aquella "norma no legal supletoria de ella y constituida por doctrina o aforismos que gozan de general y constante aceptación de jurisconsultos y tribunales", y por *Rector* (del latín *rector*), lo que 'rige o gobierna', por ende son principios rectores los postulados fundamentales y universales que la razón especula, generalizando por medio de la abstracción las soluciones particulares que se obtienen partiendo de la justificación y la equidad social, atendiendo a la naturaleza de las cosas positivas. Son principios rectores generales por su naturaleza y subsidiarios por su función, porque suplen las lagunas de las fuentes formales del Derecho.[3]

El jurista argentino Cafferatta[4] citando a Vigo y a Cañiza-Merlo destaca que "A pesar de la multiplicidad de concepciones y la ambigüedad del término, los principios son muy usados por el juez para resolver, por el legis-

1 Disponible en: http://buscon.rae.es/draeI/
2 Disponible en: http://www.mediafire.com/?01unzvz1fyw
3 Jaquenod de Zsögön, Silvia, El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores, Editorial Dykinson 3ª edición. 1991.
4 Cafferatta, Néstor, Los Principios del Derecho Ambiental, en Revista de Derecho Ambiental del Instituto de Derecho y Economía Ambiental, 2009, disponible en http://www.idea.org.py/gfx/espanol/descargas/biblioteca/LOS_PRINCIPIOS_DEL_DERECHO_AMBIENTAL.pdf

lador para legislar, por el jurista para pensar y fundar y por el operador para actuar".[5] En ese mismo sentido, "tienen carácter fundamentales o postulados universales. Son Principios Rectores generales por su naturaleza y subsidiarios por su función, pero que suplen las lagunas de las fuentes formales del Derecho. Los principios son reglas sucintas que sirven de fuente de inspiración de la legislación, la práctica judicial y la actividad de los poderes públicos, además de inspirar, incluso, la actividad de los particulares".[6]

Lorenzetti, destaca las siguientes funciones propias de los principios generales o rectores del derecho, función integrativa: es un instrumento técnico para colmar una laguna del ordenamiento; función interpretativa: permite orientar la interpretación hacia fines más amplios de la política legislativa; función delimitativa: pone un límite al actuar de la competencia legislativa, judicial y negocial. Sin que se ahogue la tarea creativa y dinámica del Derecho, los principios jurídicos constituyen lineamientos básicos que permiten establecer un límite, al igual que los valores a las bruscas oscilaciones de las reglas; y por último una función fundante: ofrece un valor para fundar internamente al ordenamiento y dar lugar a creaciones pretorianas".[7]

Tanto Código Civil como Ley General de Administración Pública encasillan a los principios generales como fuentes o normas no escritas del ordenamiento jurídico, asignándoles funciones de interpretación, delimitación e integración de las fuentes escritas. En el caso específico de la Ley General de Administración Pública, los principios generales llegan a obtener el rango jerárquico de la norma que interpretan, integran o delimitan y ostenta rango de ley en el tanto suplan la ausencia y no la insuficiencia de las disposiciones que regulan el derecho administrativo.[8]

A fin de evitar que la existencia del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado se restrinja al plano semántico de la realidad jurídica, el Derecho Ambiental ha integrado una serie de principios rectores que garantizan la tutela efectiva del derecho. Estos axiomas describen los compromisos adquiridos por las Partes Contratantes de los más representativos instrumentos internacionales en materia ambiental. Debido a la rápida evolución del Derecho Ambiental Internacional se ha creado una gran gama de *soft law* que, aunque no es vinculante, da pautas que luego pueden

5 Vigo, Rodolfo, Los principios generales del Derecho, en Revista Jurisprudencia Argentina, 1986.
6 Cañiza, Hugo Enrique – Merlo Faella, Ricardo, Derecho Ambiental con especial énfasis en la legislación paraguaya, Marben Editora, 2005.
7 Lorenzetti, Ricardo L., Las Normas Fundamentales de Derecho Privado, Rubinzal-Culzoni, 1995.
8 Artículo 1 del Código Civil y artículo 7 de la Ley General de Administración Pública.

convertirse en normativas (constituyéndose una obligación que vincula a los Estados).[9]

Forman parte del *soft law* o derecho blando todas aquellas Resoluciones y Declaraciones de Principios emanadas de Conferencias y Organismos Internacionales, tales como la Declaración de Estocolmo sobre Medio Ambiente Humano, la Carta Mundial de la Naturaleza, Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo y la Declaración de Johannesburgo sobre Desarrollo Sostenible. Se trata de principios que se proponen en abstracto para orientar la conducta de los Estados. La doctrina los ha calificado como normas programáticas, las cuales disponen como los Estados deberían actuar, careciendo de obligatoriedad, limitándose a trazar un plan de acción futuro para el posterior desarrollo normativo del sector ambiente. El *soft law* no necesita del trámite normal que siguen los tratados internacionales para ser incorporados a los distintos ordenamientos jurídicos y su función se circunscribe a interpretar, integrar y delimitar el ordenamiento interno de los Estados.

La Declaración de Estocolmo de 1972 marca un hito en el desarrollo de la problemática ambiental en el mundo constituyéndose en el inicio fundacional del Derecho Ambiental. A lo largo de su articulado se consagran los siguientes principios del Derecho Internacional:

- El principio de igualdad: reconoce que en materia ambiental todos los estados son iguales en deberes y derechos. En este principio hay una doble mención, por un lado al hombre, y por otro a los estados, al condenar, entre otros, el apartheid, la segregación racial y la discriminación.
- El principio del derecho al desarrollo: señala que hay un vínculo estrecho entre desarrollo económico y social y medio ambiente.
- El principio de soberanía estatal sobre los recursos naturales propios: establece que los estados exploten sus recursos naturales libremente, cuidando el uso racional de los mismos;
- El principio de no interferencia: implica la obligación de los estados de no perjudicar con sus actividades al medio ambiente de otros estados.
- El principio de responsabilidades compartidas: obliga a los estados a asumir su responsabilidad internacional cuando con sus actos dañen la ecología de otro estado.
- El principio de cooperación internacional: este principio debe guiar a los estados en todas las actividades relacionadas al medio

9 Aguilar Rojas, Grethel e Iza, Alejandro, Derecho Ambiental en Centroamérica, Tomo I, UICN, 2009.

ambiente teniendo en cuenta los intereses correspondientes de los demás estados.

Posteriormente, durante la Conferencia de Río en 1992 fue aprobada la Declaración sobre Medio Ambiente y Desarrollo, la cual reconoce dentro de sus postulados los siguientes principios rectores del derecho ambiental: soberanía, desarrollo sostenible, equidad intergeneracional, preventivo, precautorio, evaluación de impacto ambiental, responsabilidad estatal por daño ambiental, responsabilidad común pero diferenciada, internalización de las costos ambientales, contaminador-pagador, corrección o solución en la fuente, solidaridad, participación ciudadana, cooperación internacional, notificación previa, entre otros.[10]

10 La Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo postula:

- Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible, tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza.
- Los seres humanos tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, además de la responsabilidad de velar porque las actividades no causen daños al ambiente de otros estados.
- El derecho al desarrollo debe ejercerse de forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras.
- A fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada.
- Todos los estados y todas las personas deberán cooperar en la tarea esencial de erradicar la pobreza como requisito indispensable para el desarrollo sostenible. Se dará especial prioridad a la situación y necesidades especiales de los países en desarrollo.
- Los estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y establecer la salud y la integridad del ecosistema de las tierras.
- Para alcanzar el desarrollo sostenible y una mejor calidad de vida para todas las personas, los estados deberán reducir o eliminar las modalidades de producción y consumo insostenibles.
- Los estados deberán cooperar en el fortalecimiento de su propia capacidad de lograr el desarrollo sostenible aumentando el saber científico. El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es mediante la participación de todos los ciudadanos interesados en el nivel que corresponda.
- Los estados deberán cooperar en la promoción de un sistema económico internacional favorable y abierto que lleve al crecimiento económico y al desarrollo sostenible de todos los países, a fin de abordar en mejor forma los problemas de la degradación ambiental.
- Los estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y a la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales.
- Los estados deberán cooperar efectivamente para desalentar o evitar la reubicación o la transferencia de cualesquiera actividades o sustancias que causen degradación ambiental grave o se consideren nocivas para la salud humana.
- Los estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades con el fin de proteger el medio ambiente.
- Las autoridades nacionales deberán fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina, debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales.
- Deberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente produzca un impacto negativo.
- Los estados parte deberán notificar inmediatamente a otros estados de los desastres naturales u otras situaciones de emergencia que puedan producir efectos nocivos súbitos en el medio ambiente de esos estados.
- Los estados deberán proporcionar la información pertinente, o notificar previamente y en forma oportuna, a los estados que posiblemente resulten afectados por actividades que pue-

Como dato importante a destacar, la jurisprudencia constitucional costarricense no sólo ha reconocido la función de integración, delimitación e interpretación del bloque de legalidad ambiental por parte de los principios rectores del derecho ambiental derivados tanto de la Constitución Política y del Derecho Internacional Ambiental, sino que además, les ha otorgado rango de principios constitucionales, elevándolos por encima de todo el ordenamiento jurídico e incluso utilizándolos como parámetros para el control de constitucionalidad.[11]

A partir de la sentencia constitucional 1993-6240 se instauró el criterio jurisprudencial por medio del cual, los instrumentos ambientales internacionales son de obligado acatamiento y gozan de plena ejecutoriedad, en tanto sus normas no precisen de mayor desarrollo legislativo, y por ende, deben ser respetadas en tanto el rango normativo de aquellos es superior.[12]

Aplicando el anterior criterio y en múltiples ocasiones, la Sala Constitucional costarricense[13] al resolver recursos de amparo por violaciones al derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, o bien, acciones de inconstitucionalidad en esta materia, ha procedido a fundamentar sus fallos por medio del derecho internacional ambiental haciendo uso incluso de aquellos principios rectores contenidos en las declaraciones de *soft law*

---

dan tener efectos ambientales transfronterizos adversos y celebrar las consultas con estos estados en fecha temprana y de buena fe.

- Las mujeres desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo.
- Deberán movilizarse la creatividad, los ideales y el valor de los jóvenes del mundo para lograr forjar una alianza mundial orientada a lograr el desarrollo sostenible y asegurar un mejor futuro para todos.
- Debido al conocimiento de las poblaciones indígenas y sus comunidades, así como de otras comunidades locales, éstas desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y del desarrollo. Los estados deberán reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible.

11 "*Este Tribunal Constitucional ha derivado de los artículos 7, 48, 50 y 89 constitucionales, y los Tratados Internacionales enunciados, los derechos y principios ambientales, pero a la vez, reconoce la necesidad del Estado de contribuir con políticas para impulsar la diversidad económica, a la vez que de conservación y protección de los bienes culturales y naturales, porque sin uno ni el otro, no podría entenderse que existe progreso humano equitativo para todos los sectores sociales*" Voto 2010-13099 de las 2:56 horas del 04 de agosto de 2010.

12 "*De las sentencias 719-90 de las 16:30 horas del 26 de junio de 1990 y 282-90 de las 17 horas del 13 de marzo de 1990 se desprende por una parte, que el Derecho Internacional es en Costa Rica, inmediatamente operable y aplicable por sí mismo, sin necesidad de leyes u otras normas que los desarrollen o lo hagan aplicable, salvo cuando la misma naturaleza de la norma internacional lo exija; y por otra, que aún en los casos en que esta exigencia sea a texto expreso, la aplicabilidad inmediata del Derecho Internacional de los Derechos Humanos implica que basta con la existencia de otros remedios o, en general, de medios razonablemente aplicables, para que no haga falta ningún desarrollo legal ni institucional*" Piza Escalante, Rodolfo, La Justicia Constitucional en Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas, 2004.

13 Para efectos de este artículo los términos: Sala Constitucional, Tribunal Constitucional, Corte de Constitucionalidad y Corte Constitucional se utilizan indistintamente al tratarse de un mismo órgano jurisdiccional, haciendo hincapié en que el nombre oficial es Sala Constitucional según la Ley de Jurisdicción Constitucional.

antes citadas, gozando de especial preponderancia los principios precautorio y desarrollo sostenible.[14]

2. PRINCIPIO DE NO REGRESIÓN, CONTENIDO Y ALCANCES.

Básicamente, el principio de no regresión enuncia que la normativa y la jurisprudencia ambiental no deberían ser revisadas si esto implicare retroceder respecto a los niveles de protección alcanzados con anterioridad.

Tiene como finalidad evitar la supresión normativa o la reducción de sus exigencias por intereses contrarios que no logren demostrar ser jurídicamente superiores al interés público ambiental, ya que en muchas ocasiones, dichas regresiones pueden llegar a tener como consecuencias daños ambientales irreversibles o de difícil reparación.

A primera luz no aparece expresa o taxativamente plasmado en ninguna de las Declaraciones de Principios, Convenios o Tratados ambientales, sin embargo, encuentra su mayor desarrollo y aplicación a nivel internacional a partir del Derecho Internacional de los Derechos Humanos como contracara del principio de progresión.

Como bien lo afirma Prieur,[15] la terminología utilizada para la aplicación de este principio aún no se encuentra establecida de forma definitiva, de ahí que, tanto en doctrina como en derecho comparado es posible encontrarlo como: principio de no regresividad, principio de no retrogresión, principio de prohibición del retroceso ambiental, antidegradation policy, standstill, cláusula de status quo, cláusula de eternidad, cláusula de salvaguardia, intangibilidad de derechos adquiridos, intangibilidad de los derechos fundamentales, normas pétreas, efecto trinquete anti retorno, entre otros.

El principio de no regresión implica necesariamente una obligación negativa de no hacer. De esta forma, el nivel de protección ambiental ya alcanzado debe ser respetado, no disminuido sino incrementado. La principal obligación que conlleva su correcta aplicación es precisamente la de no retroceder; no afectar los umbrales y estándares de protección ambiental ya adquiridos; no derogar o modificar normativa vigente en la medida que esto conlleve disminuir, menoscabar o de cualquier forma afectar negativamente el nivel actual de protección; no vulnerar el derecho de las futuras genera-

14 A manera de ejemplo, la sentencia constitucional número 1250 de las once horas con veinticuatro minutos del diecinueve de febrero de 1999, declaró la inconstitucionalidad del decreto ejecutivo 14524-A que permitía la caza y explotación de la carne de la tortuga lora y la tortuga verde por contravenir abiertamente la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestres (CITES), la Convención de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas naturales de los países de América, el Convenio sobre la Diversidad Biológica, así como el principio 15 de la Declaración de Río Sobre Medio Ambiente y Desarrollo.

15 Prieur, Michel, El nuevo principio de no regresión en derecho ambiental, 2011.

ciones a gozar de un ambiente sano y ecológicamente ecológico, ni disminuir el patrimonio a transmitir a las generaciones futuras como garantía de progreso. Por ello, la prohibición de regresividad funciona como una garantía sustantiva que protege a los titulares de derechos frente a normas o políticas regresivas, vedando al Estado el "dar un paso hacia atrás".[16]

En contraste, su contracara el principio de progresión o progresividad, conlleva siempre una obligación positiva de hacer que se traduce en "*progreso*" o "*mejora continua en las condiciones de existencia*". Aquí el imperativo manda a "*hacer*", el Estado debe "*moverse hacia delante*" y generar progresivamente la ampliación de la cobertura y protección ambiental mediante medidas graduales y escalonados cuando puedan verse afectados otros derechos fundamentales. Debido al carácter finalista del Derecho Ambiental y siendo sus objetivos la tutela de la vida, la salud y el equilibrio ecológico a través de normas jurídicas que busquen aumentar la biodiversidad y disminuir la contaminación, éste únicamente podrá ser eficaz cuando las modificaciones que le afecten impliquen un medio ambiente mejor y no peor que el anterior, por tanto, cualquier retroceso sería inmoral. La ineficacia a raíz del incumplimiento en la aplicación del derecho ambiental por si misma constituye una regresión.

El principio de no regresión no se opone a la idea de evolución clásica ni a la mutabilidad propia del derecho (modificación permanente e inevitable) a raíz de que no existe ningún derecho que sea inmutable o eterno. El derecho siempre debe evolucionar por medio de procesos de modificación y derogación legislativos, reglamentarios e incluso jurisprudenciales. A lo que sí se opone el derecho ambiental a partir de la puesta en práctica del principio de no regresividad es a cambios en el bloque de legalidad y jurisprudencial que tengan como finalidad la eliminación o disminución del nivel de protección ya alcanzado a favor de intereses no ambientales.

Este principio encuentra en los procesos de desregulación y simplificación de trámites a su principal enemigo y amenaza permanente. Por medio de este tipo de procesos, y en muchos casos por razones eminentemente políticas y económicas (tales como cambios de gobierno o bien crisis económicas) grupos de presión pretenden romper el equilibrio óptimo entre los aspectos ambientales, sociales y económicos propios del desarrollo sostenible, en favor del crecimiento económico a través de la derogación o modificación de normativa ambiental. La ideología desreguladora se suele centrar en la ciencia de la ineficacia de la gestión burocratizada y en la preferencia del sector privado abogando por una reducción del peso del Estado en la vida

16 Berros, María Valeria y Sbresso Luciana, Primeras señales sobre el principio de no regresión en materia ambiental en Argentina. Un estado de la cuestión, 2011.

social. Se resume en la máxima de que los controles gubernamentales sólo estaban justificados cuando resultasen necesarios más allá de toda duda y sus beneficios tuviesen mayor peso que sus costos para la sociedad.[17]

La plasmación de las ideas de la desregulación trae consigo diversos efectos en la política ambiental, en especial la reducción de presupuestos, desmantelamiento de programas de intervención del Estado, así como la rebaja, disminución o relajación e incluso la derogación de normativa que protege al medio ambiente en pro de un supuesto "mejoramiento" o "incremento" de la eficacia del derecho y la tutela de los consumidores y usuarios de servicios.[18] De esta forma, escudándose en la simplificación del derecho, el Poder Ejecutivo o el Parlamento aprovechan para disminuir de forma insidiosa el nivel de protección, procediendo en realidad a un retroceso del derecho existente y de la protección del medio ambiente,[19] fenómeno que precisamente se busca evitar con la puesta en práctica del principio de no regresión.

Es importante tener presente como lo indica Prieur que "la regresión manifiesta en materia de medio ambiente es inimaginable. No sería factible la abrogación brutal de las leyes anticontaminación o de las leyes de protección de la naturaleza. En cambio, las regresiones insidiosas o progresivas se encuentran a la orden del día. Se trata de regresiones graduales, que son las que más amenazan el derecho ambiental".[20]

3. FUNDAMENTOS DE LA NO REGRESIÓN AMBIENTAL.

Además de lo ya expuesto respecto al carácter finalista del derecho ambiental, es posible también derivar y fundamentar el contenido, alcance y limitaciones del principio de no regresión basado en el Derecho Internacional Ambiental, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional regulador del Libre Comercio y las Inversiones, así como en la misma Constitución Política y en especial, en la jurisprudencia emanada de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

---

17 Masquerade for privilege: Deregulation undermining environmental protection, Washington and Lee Law Review, vol. 45, no. 3, Summer 1988.

18 "*El impacto de la desregulación no sólo debe medirse en términos de batalla ideológica mercado-intervención. La desregulación-liberalización impacta sobre la propia estructura técnica del Derecho Ambiental o los principios constitucionales; Koepfer ha destacado tres serias objeciones frente a los nuevos instrumentos desde el punto de vista del Estado de Derecho: seguridad jurídica, reserva de Ley y principio de igualdad; problemas de tutela jurídica para los terceros y pérdidas de la posibilidad de impugnar y, por último, problemas derivados de la acumulación desordenada de instrumentos*" En torno a las nuevas formas de actuación medioambientales del Estado", *D.A.*, 1993, citado por Jordano Fraga, Jesús, Derecho Ambiental Siglo XXI, Medio y Derecho, Revista Electrónica de Derecho Ambiental, número 9, Universidad de Sevilla, 2002.

19 Prieur, Michel, La déréglementation en matière d'environnement, Revue juridique de l'environnement, n.º 3, 1987.

20 Prieur, Michel, El nuevo principio de no regresión en derecho ambiental.

3.1. FUNDAMENTACIÓN BASADA EN EL DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL Y SUS PRINCIPIOS RECTORES.

Es posible sustentar la idea de la no regresión ambiental basado en los principios rectores del derecho ambiental plasmados tanto en instrumentos internacionales de declaraciones de principios (*soft law*) como en los convenios ambientales vinculantes (*hard law).*

En un primer orden de ideas, resultaría imposible interpretar el concepto del desarrollo sostenible desvinculándolo del principio de no regresión. Tal y como fue concebido en el Informe Brundtland el desarrollo sostenible consiste en aquel tipo de desarrollo que satisface las necesidades de la generaciones presentes sin menoscabar la capacidad de las futuras generaciones de satisfacer sus propias necesidades, y derivado de este precepto nace el precepto de equidad intergeneracional recogido en el principio 7 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo.

Coincidiendo con Prieur,[21] al modificarse o derogarse una norma que protege el medio ambiente para reducir su grado de protección se le estaría imponiendo a las generaciones futuras un medio ambiente más degradado a través de una norma jurídica con contenido regresivo, conducta que estaría en flagrante discordancia con el principio de equidad intergeneracional, en la medida que a nuestra generación le está vedado comprometer a las generaciones futuras con una norma que haría retroceder la protección del medio ambiente. De esta forma, la regresión del derecho ambiental que se decida hoy constituiría entonces una vulneración de los derechos de las generaciones futuras, ya que esto conlleva a imponerles un nivel de protección del medio ambiente inferior al actualmente logrado.[22]

A la vez, los principios de prevención y precaución también contenidos en la Declaración de Río complementan al principio de no regresión en la medida que buscan adelantarse al daño ambiental y así evitar situaciones irreversibles, incluso en aquellos supuestos donde no existe aún plena certeza científica. Esta postura fue adoptada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica en el voto 2010-18202, único precedente existente a la fecha sobre la aplicación directa del principio de progresión y no regresión en materia ambiental:

"De tal forma, el principio precautorio encuentra aplicación en la medida que se carezca de certeza en cuanto al daño a producir y las medidas de mitigación o reparación que deben implementarse, pues al tenerse certeza sobre el tipo o magnitud

21 Prieur, Michel, El nuevo principio de no regresión en derecho ambiental.
22 "*La incorporación de una responsabilidad vis a vis las generaciones futuras podría ser uno de los ejes para la construcción de los fundamentos jurídicos propios de la no regresión*" Berros, María Valeria y Sbresso Luciana, Primeras señales sobre el principio de no regresión en materia ambiental en Argentina. Un estado de la cuestión, 2011.

del daño ambiental que puede producirse y de las medidas que deberán adoptarse en cada momento, se elimina todo sesgo de duda y, por consiguiente, resultaría impropio dar aplicación al principio precautorio. Dicho de otro modo, el principio precautorio debe ser aplicado en supuestos de duda razonable o incerteza, mas no cuando se tiene certeza del tipo de daño y de las medidas que deban adoptarse, ya que por su propia naturaleza resulta inviable la aplicación de este principio. Sin embargo, en el presente caso se echa de menos esta valoración. Ciertamente, cada concesión requerirá de previo un estudio de impacto ambiental evaluado por parte de SETENA, no obstante lo anterior, algunos de estos ecosistemas, por ejemplo las reservas marinas, son áreas que fueron protegidas precisamente con la intención de que en esta zona no se realice ninguna actividad extractiva y no se vea afectada tampoco, por ningún tipo de contaminación (escapes de motores, contaminaciones acústicas, contaminaciones luminosas, etc.), para que la flora y la fauna se vayan regenerando a lo largo del tiempo, hasta que sus poblaciones alcancen el mayor número de ejemplares que pueda haber en ese sitio; lo cual es totalmente excluyente con la concesión de una marina turística por los efectos que evidentemente lo alterarán. Otros ecosistemas de los citados puede ser que no requieran necesariamente una veda absoluta de toda actividad, pero cualquier autorización en ese sentido debe ser valorada y anticipada. Como ya se indicó, resulta irrazonable proteger unas zonas y otras no sin un criterio técnico que así lo sustente, pues ello resulta lesivo del principio precautorio y del principio de progresividad del ámbito de tutela de los derechos fundamentales".

Por su parte, también es posible fundamentar la existencia y contenido del principio de no regresión sustentado en los tratados y convenios internacionales vigentes y suscritos por Costa Rica, en razón que en general todos buscan procurar un alto nivel de protección ambiental, mejorar el medio ambiente, aumentar la biodiversidad, proteger los recursos naturales bióticos y abióticos, y por supuesto, acabar, disminuir y aplacar la contaminación y la degradación ambiental; esto conlleva a deducir fehacientemente la imposibilidad de regresión, tanto a nivel de los tratados internacionales como en su aplicación dentro del derecho interno del Estado, partiendo del hecho que para el caso costarricense el derecho internacional ambiental es de obligado acatamiento y goza de plena ejecutoriedad.

Afirma Prieur que en materia de medio ambiente no existe ningún precedente de regresión que se derive de una modificación que afecte al propio texto de un convenio y que de lugar a un retroceso sustancial en la protección del medio ambiente. Costa Rica ha suscrito un elenco altísimo de convenios ambientales donde destacan el Convenio Diversidad Biológica, Convenio Marco de Cambio Climático, Convenio para la Protección de la Capa de Ozono, Convenio sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación, Convención para la Protección de la

Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas naturales de los países de América, Convenio CITES sobre Comercio Internacional de Flora y Fauna Silvestre, Convención Ramsar sobre Humedales de Importancia Internacional, y a nivel regional: Convenio sobre Cambios Climáticos, Convenio para la Conservación de la Biodiversidad y Protección de Áreas Silvestres Protegidas en América Central, Acuerdo Regional sobre Movimiento Transfronterizos de Desechos Peligrosos, Convenio Regional para el Manejo y Conservación de los Ecosistemas Forestales y el desarrollo de Plantaciones Forestales.

Entre ellos, y a manera de ejemplo, los Convenios de Basilea y Helsinki prevén la superioridad de la norma más favorable al ambiente (pro natura); mientras tanto, el Convenio de Diversidad Biológica y su protocolo de Cartagena expresamente disponen su supremacía sobre otros tratados, convirtiéndose por tanto en pisos normativos que sólo permitirían disposiciones más estrictas y rigurosas que las ya previstas por ellos mismos. En estos casos, la normativa internacional posterior debe ser más rigurosa y por tanto, se descarta la regla de "*lex posterior derogat priori*", ya que se busca la aplicación de la norma más estricta y protectora para el ambiente.

Descartadas las regresiones a nivel estrictamente del derecho internacional ambiental, reviste interés destacar el rol de "*dique de contención*" que asumen los convenios ambientales en pro de evitar regresiones a nivel del derecho interno.

Especial atención merece el Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los países de América, también conocido como Convenio de Washington, el cual en su artículo III prohíbe alterar los límites de los parques nacionales y enajenar parte alguna de ellos sino por acción de autoridad legislativa competente.

A la luz del Convenio de Washington toda alteración negativa o disminución de los límites de áreas silvestres protegidas sería considerado una regresión en materia ambiental y por tanto queda expresamente prohibida, salvo que contare con aprobación legislativa. Esta disposición debe complementarse con el artículo 38 de la Ley Orgánica del Ambiente que además de exigir norma de rango legal para reducir los límites de un Área Silvestre Protegida, obliga también a realizar estudios técnicos que justifiquen la medida. Sobre el aumento y/o disminución de los límites territoriales del patrimonio forestal y en aplicación de la no regresión prevista en el Convenio de Washington, la Sala Constitucional en la sentencia 1999-5399 señaló:

"V. En relación con la alegada violación del artículo 3 del Convenio para la protección de la flora, de la fauna y de las bellezas escénicas naturales de los países de América -aprobado por Ley número 3763, de primero de octubre de mil

novecientos sesenta y seis- en relación con el artículo 7 constitucional, que en lo que interesa dice así:

"Los Gobiernos Contratantes convienen en que los límites de los parques nacionales no serán alterados ni enajenada parte alguna de ellos sino por acción de la autoridad legislativa competente. Las riquezas existentes en ellos no se explotarán con fines comerciales.

Los Gobiernos Contratantes convienen en prohibir la caza, la matanza y la captura de especímenes de la fauna y la destrucción y recolección de ejemplares de la flora en los parques nacionales, excepto cuando se haga por las autoridades del parque o por orden o bajo vigilancia de las mismas o para investigaciones científicas debidamente autorizadas".

Deben esas normas interpretarse en sentido restrictivo, de manera que, la exigencia de establecer los límites de los parques nacionales a través de una ley es únicamente cuando va en detrimento del mismo, es decir, cuando se quiera reducir su extensión, y no cuando se quieran extender los límites de las zonas protectoras del patrimonio forestal del Estado. Este artículo debe completarse con el artículo 40 de la Ley Forestal que dice:

"El área de las reservas forestales, zonas protectoras, parques nacionales, refugios de vida silvestre, reservas biológicas del patrimonio forestal, sólo podrá ser reducida por ley de la República, previos estudios técnicos correspondientes que justifiquen esta medida".

Y esto es así en virtud de que el bien jurídico que se protege es el "recurso forestal", término que "significa la protección y preservación de la integridad del medio ambiente natural," (resolución de la Sala Constitucional número 2233-93, de las nueve horas treinta y seis minutos del veintiocho de mayo) que existe en la zona declarada como parque nacional, y que es reconocido tanto por la legislación internacional, por las leyes especiales dictadas al efecto, como por los textos de las cartas políticas. En este sentido, el artículo 69 de la Constitución Política es que habla de "explotación racional de la tierra", constituyéndose un principio fundamental su protección (...)".

Es evidente entonces que el Poder Ejecutivo, no puede reducir los límites territoriales un área silvestre, pero sí puede extenderlos. De ahí que los Decretos cuya derogación o puesta en vigencia hayan producido como consecuencia inmediata el aumento del territorio de una determinada área protegida, son constitucionales".

De todo lo cual se pueden derivar dos conclusiones. Por un lado, cuando de la ampliación de los límites de las zonas protectoras del patrimonio forestal del Estado se trata es posible hacerlo vía reglamento, pero cuando de su reducción se trata únicamente se puede hacer vía legal, claro está, siempre y cuando exista un criterio previo que justifique la medida. Por otro lado, la derogatoria del artículo 6° del decreto ejecutivo DE-16614, incluyendo las zonas urbanas de Gandoca, Manzanillo y Puer-

to Viejo implicó un aumento del territorio del Refugio Nacional de Vida Silvestre de Gandoca-Manzanillo, siendo entonces que la exclusión de dichas zonas dentro del territorio del refugio implica una reducción del territorio de este".

Es importante considerar que excepcionalmente algunos convenios en materia ambiental permiten ciertas formas de "regresión" que no podrían equiparase al concepto de regresión desarrollado en este trabajo, ya que necesariamente deben ser interpretadas a la luz de las distintas disposiciones y obligaciones contraídas en otros convenios ambientales y en la legislación nacional. Bajo esta óptica la Convención Ramsar permite en su artículo 2.5, por motivos urgentes de interés nacional, retirar un humedal de la Lista Oficial, o bien reducir su extensión siempre que se informe de inmediato sobre estas modificaciones a la Secretaría del Convenio. Por su parte, el Convenio CITES sobre Comercio Internacional de Flora y Fauna silvestre en su artículo XVI faculta a las Partes de la Convención a retirar cualquier especie previamente insertada en el Apéndice III, previa comunicación de dicho retiro a la Secretaría respectiva.

Por lo anterior, si bien es posible la exclusión de un humedal de la lista Ramsar por motivos urgentes de interés nacional, también es cierto que de conformidad con la Ley Orgánica del Ambiente los humedales que forman parte del Patrimonio Natural del Estado ostentan categoría de Áreas Silvestres Protegidas, y en virtud de ello, les asiste la protección especial prevista en la Convención de Washington y por el artículo 38 de la Ley Orgánica del Ambiente que impiden su desafectación, disminución o alteración de límites sin previa ley que así lo autorice, o bien sin estudios científicos y técnicos que lo justifiquen. De igual forma, la exclusión de una especie de flora y fauna silvestre del apéndice III de la Convención CITES no excluye al Estado Parte de sus obligaciones internacionales y nacionales respecto a la protección de la flora y fauna y de la biodiversidad, por lo que subsistirían siempre las disposiciones de la Convención de Diversidad Biológica, Ley de Biodiversidad, Ley de Conservación de la Vida Silvestre y demás normativa que tutele a este bien jurídico.

3.2. FUNDAMENTACIÓN BASADA EN EL DERECHO INTERNACIONAL REGULADOR DEL LIBRE COMERCIO Y LAS INVERSIONES.

También es posible afirmar la existencia y aplicación del principio de no regresión sustentado en las obligaciones ambientales contraídas por Costa Rica al suscribir y ratificar el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana, conocido como CAFTA-DR.[23]

23 Ratificado por Ley Nº 8622 del 21 de noviembre de 2007

Manifiesta Cabrera[24] que la principal obligación contenida en el Capítulo 17 del CAFTA-DR consiste en la aplicación de la propia legislación ambiental, de forma que se reconoce el derecho de cada Parte de establecer sus propios niveles de protección ambiental y sus políticas y prioridades de desarrollo ambiental, así como de modificar sus leyes y políticas ambientales. Esta obligación se encuentra contenida en el artículo 17.1:

Niveles de Protección. Reconociendo el derecho de cada Parte de establecer sus propios niveles de protección ambiental y sus políticas y prioridades de desarrollo ambiental, así como de adoptar o modificar, consecuentemente, sus leyes y políticas ambientales, cada Parte garantizará que sus leyes y políticas proporcionen y estimulen altos niveles de protección ambiental y deberán esforzarse en mejorar esas leyes y políticas.

Del artículo anterior se interpreta que cada Parte puede modificar su normativa ambiental vigente, con el único condicionante que dichas reformas busquen lograr "*altos niveles de protección*" concepto que evidentemente se opone a la idea de la regresión. A la anterior disposición hay que sumarle la obligación de aplicar de manera sostenida y recurrente la legislación ambiental contenida en el artículo 17.2.1.a:

Una Parte no dejará de aplicar efectivamente su legislación ambiental, a través de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente, de una manera que afecte al comercio entre las Partes, después de la fecha de entrada en vigor de este Tratado.

Esta segunda obligación busca evitar la ineficacia en la aplicación y cumplimiento de la legislación ambiental, ineficacia que por sí misma constituye una regresión ambiental. Según Cabrera, no cualquier incumplimiento conlleva la posibilidad de iniciar el proceso de solución de controversias que establece el CAFTA-DR, sino únicamente aquellos que califiquen como recurrentes, sostenidos y que además afecten el comercio entre las Partes. Otro aspecto a considerar respecto a esta obligación es la restrictiva definición de legislación ambiental que ofrece el Tratado en el artículo 17.13.1, y que excluye toda aquella normativa relacionada con la salud y seguridad de los trabajadores y aquella cuyo principal propósito sea la administración de la recolección o explotación comercial de recursos naturales, ni la recolección de recursos naturales con propósitos de subsistencia o de recolección indígena, de recursos naturales:

Para los efectos de este Capítulo:

Legislación ambiental significa cualquier ley o regulación de una Parte, o disposiciones de las mismas, cuyo propósito principal sea la protección del medio

24 Cabrera Medaglia, Jorge, "Las comunicaciones ciudadanas del CAFTA-DR por incumplimiento de la ley ambiental: Consideraciones sobre un procedimiento nacional", 2011.

ambiente o la prevención de algún peligro contra la vida o salud humana, animal o vegetal, mediante:

a) la prevención, reducción o control de una fuga, descarga o emisión de contaminantes ambientales;

b) el control de químicos, sustancias, materiales y desechos ambientalmente peligrosos o tóxicos y la diseminación de información relacionada con ello; o

c) la protección o conservación de la flora y fauna silvestres, incluyendo las especies en peligro de extinción, su hábitat y las áreas naturales bajo protección especial, en áreas con respecto a las cuales las Partes ejercen soberanía, derechos de soberanía, o jurisdicción, pero no incluye ninguna ley o regulación, o ninguna disposición en las mismas, relacionadas directamente a la seguridad o salud de los trabajadores.

Para mayor certeza, "legislación ambiental" no incluye ninguna ley ni regulación o disposición de los mismos, cuyo propósito principal sea la administración de la recolección o explotación comercial de recursos naturales, o la recolección con propósitos de subsistencia o recolección indígena, de recursos naturales;

Para los efectos de la definición de "legislación ambiental", el propósito primario de una disposición particular de una ley o regulación se deberá determinar por referencia a su propósito primario en vez del propósito primario de la ley o regulación de la que es parte.

Aunada a las anteriores obligaciones se encuentra aquella contemplada en el artículo 17.2.2 que con el fin de evitar "*dumping ambiental*" y la existencia de "*paraísos de contaminación*", taxativamente prohíbe regresiones ambientales mediante la derogación, debilitamiento o reducción de la normativa ambiental:

Las Partes reconocen que es inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de las protecciones contempladas en su legislación ambiental interna. En consecuencia, cada Parte procurará asegurar que no dejará sin efecto o derogará, ni ofrecerá dejar sin efecto o derogar dicha legislación de una manera que debilite o reduzca la protección otorgada por aquella legislación, como una forma de incentivar el comercio con otra Parte, o como un incentivo para el establecimiento, adquisición, expansión o retención de una inversión en su territorio.

Sobre esta disposición expresa de no regresión, única dentro del bloque de legalidad ambiental costarricense, es importante tomar en cuenta los siguientes aspectos:

- Al estar establecida en un tratado internacional ostenta rango superior a la ley ordinaria y demás normas infralegales;
- La normativa ambiental que estaría protegida de la no regresión sería únicamente aquella que se ajuste a la definición restrictiva de "legislación ambiental" según el artículo 17.13.1, excluyendo la le-

gislación relacionada con la salud y seguridad de los trabajadores y aquella cuyo principal propósito sea la administración de la recolección o explotación comercial de recursos naturales, ni la recolección de recursos naturales con propósitos de subsistencia o de recolección indígena, de recursos naturales;

- Debe considerarse la intención o "*animus*" de la regresión, tomando en cuenta que únicamente estarían vedadas aquellas derogatorias, reducciones o debilitamientos normativos cuyo fin sea incentivar el comercio entre las Partes del Tratado o pretendan otorgar un incentivo para el establecimiento, expansión o retención de una inversión en el territorio.

Las obligaciones establecidas en el capítulo 17 del CAFTA-DR, incluyendo por supuesto la prohibición expresa de no regresión, fueron objeto de una consulta preceptiva de constitucionalidad[25] por parte de la Defensoría de los Habitantes y un grupo de diputados de la Asamblea Legislativa ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia la cual, mediante el voto de mayoría 2007-9469, les otorgó la viabilidad constitucional disponiendo al efecto:

"En cuanto a la materia ambiental, debe indicarse que en el Tratado analizado se establece un capítulo completo destinado a la materia ambiental y además, incluye disposiciones específicas sobre el tema en el Capítulo 7 "Obstáculos Técnicos al Comercio", en el Capítulo 9 "Contratación Pública", en el Capítulo 10 de "Inversiones" y en Capítulo 21 "Excepciones". Sobre este aspecto, esta Sala destaca que el artículo 17.1 del Tratado reconoce el derecho de cada Parte de establecer sus propios niveles de protección ambiental, además que insta a cada una a estimular altos niveles de protección en esta materia a través de la emisión de leyes y políticas ambientales. Asimismo, en el artículo 17.2.2 del Tratado, se reconoce que es "inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de las protecciones contempladas en su legislación ambiental interna", por lo que se insta a cada Parte a asegurar que no dejará sin efecto o derogará, la legislación ambiental como una forma de incentivar el comercio con otra Parte, o como un incentivo para el establecimiento, adquisición, expansión o retención de una inversión en su territorio. Por lo anterior, es evidente que el Estado costarricense mantiene su

25 Según lo dispuesto en el artículo 96 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, existen dos tipos de control previo de constitucionalidad: el que se ejerce a través de la consulta preceptiva de constitucionalidad y aquel que se ejerce mediante la consulta facultativa. El inciso a) de dicho artículo es el que regula lo relativo a la consulta preceptiva de constitucionalidad pues establece como obligatoria la consulta de los proyectos de reformas constitucionales, de reformas a la Ley de la Jurisdicción Constitucional y los tendientes a la aprobación de convenios o tratados internacionales. Asimismo, los incisos b), c), y ch), regulan lo relativo a la consulta facultativa, pues legitima a ciertos funcionarios públicos por el cargo que ostentan a presentar la consulta sobre proyectos de ley si estiman que violentan algún principio o valor constitucional.

poder de regulación y fiscalización en esta materia, además que se mantiene vigente toda la legislación existente en nuestro país, respetándose lo dispuesto en el artículo 50 de la Constitución Política, el cual en todo caso tiene un rango superior a cualquier disposición del Tratado de Libre Comercio y debe ser tomado en cuenta para efectos de su interpretación. De todas formas, no encuentra esta Sala disposición alguna en el tratado que contradiga nuestra norma constitucional, pues incluso las Partes se comprometen a no disminuir ni dejar de aplicar sus estándares ambientales con el objetivo de promover el comercio y la inversión y se remite a la legislación interna para sancionar las infracciones en materia ambiental (artículo 17.3). Asimismo, se permite el establecimiento de medidas cautelares (17.3.4.d), de incentivos para contribuir al mantenimiento de la protección ambiental (17.4), crea un Consejo de Asuntos Ambientales (17.5) y mecanismos de participación pública (17.6 y 17.7). De igual forma, se establecen principios de cooperación ambiental entre las Partes para fortalecer la capacidad de proteger el ambiente y para promover el desarrollo sostenible (17.9 y anexo 17.9), se crean mecanismos de consulta ambientales entre las partes (17.10) y la fijación de una lista de árbitros especializados en la materia (17.11). De lo anterior, se desprende que en realidad el Tratado de Libre Comercio establece una serie de garantías ambientales que en nada contradicen el precepto contenido en el artículo 50 de la Constitución Política, por lo que no observa esta Sala inconstitucionalidad alguna en cuanto a este aspecto".

Sin embargo, en voto de minoría los magistrados Fernando Cruz y Gilbert Armijo no sólo encontraron vicios de constitucionalidad en el Tratado de Libre Comercio objeto de estudio, sino que además determinaron dentro del mismo violaciones al principio de no regresión en materia de salud y medio ambiente:

"En primer lugar, tal y como menciona la Defensoría de los Habitantes, conforme al PRINCIPIO DE NO REGRESIVIDAD, está prohibido tomar medidas que disminuyan la protección de derechos fundamentales. Así entonces, si el Estado costarricense, en aras de proteger el derecho a la salud y el derecho a la vida, tiene una política de apertura al acceso a los medicamentos, no puede -y mucho menos por medio de un Tratado Internacional- reducir tal acceso y hacerlo más restringido, bajo la excusa de proteger al comercio. De hacerlo, se trataría entonces de una violación al derecho a la salud. En cuanto a la protección de este derecho no se puede retroceder en la implementación, o tomar medidas que disminuyan este derecho. Toda normativa o actuación del Estado, debería dirigirse a la expansión de la protección y garantía de los derechos fundamentales. En el caso del Tratado, no nos encontramos frente a una acción que garantice beneficios para la generalidad de la población, sino únicamente para aquellas personas que se constituyan en inversionistas o comerciante.".

"Por un lado, si bien el artículo 17.1 establece el derecho de cada parte de establecer sus propios niveles de protección ambiental, este principio general sufre algunas

limitaciones o inconvenientes imprecisiones que por el contenido y alcance de un Tratado, con valor superior a la ley ordinaria, con su valor derogatorio y convencional, pone en peligro materia tan sensible y de trascendencia constitucional como el medio ambiente. Por otro lado, igualmente, aunque el artículo 17.2.2 del Tratado establece que es "inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de las protecciones contempladas en su legislación ambiental interna" esta previsión, si bien constituye una disposición que pretende tener un efecto tutelar del ambiente, se comprende que se trata de una limitación para que los Estados no reduzcan la legislación vigente en función del comercio o la inversión, pero se trata de una disposición muy imprecisa que debe ser contrastada con otras disposiciones, especialmente las normas que definen en el Tratado, lo que se entiende por ambiente, pues siendo evidente que existe una permanente tensión entre ambiente, desarrollo, inversión y crecimiento económico, tales disposiciones abrirán espacios muy amplios de discusión sobre los que las disposiciones generales comentadas, teniendo una incidencia muy limitada, situación que torna muy vulnerable la protección del ambiente, lo que resulta inadmisible desde un punto de vista constitucional. Por lo anterior, si bien es importante mencionar la vigencia incuestionable del artículo cincuenta de la Constitución Política, tal reconocimiento no resuelve la vigencia de las disposiciones del Tratado cuyo contenido puede objetarse en función de las definiciones explícitas del Tratado y el concepto que puede tenerse entre medio ambiente, desarrollo e inversión".

Por todo lo anteriormente manifestado, es posible extraer de las obligaciones derivadas del Capítulo 17 del CAFTA-DR una prohibición manifiesta de no regresión de carácter restringida, ya que la misma se encuentra supeditada a la limitada definición de legislación ambiental prevista en el artículo 17.13.1. y al "*animus*" o intención de incentivar el comercio entre las Partes del Tratado o a la intención de otorgar un incentivo para el establecimiento, expansión o retención de una inversión en el territorio. De esta forma, el Capítulo 17 del CAFTA-DR busca que los países suscriptores logren "*altos niveles de protección ambiental*" estableciendo medidas de protección reforzadas o salvaguardias, bajo la premisa –proteger más y contaminar menos – obligando a los Estados Parte a aplicar de manera sostenida y recurrente su propia legislación ambiental, prohibiendo expresamente una rebaja en los umbrales de protección. Pero a la vez, y al amparo del voto de minoría de la consulta preceptiva de constitucionalidad antes citado, de ese mismo Tratado se podrían deducir violaciones al principio de no regresión en materia de salud y medio ambiente.

3.3. FUNDAMENTACIÓN BASADA EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Donde mayor desarrollo ha encontrado el principio de no regresión en Costa Rica es en materia de derechos humanos, en especial como contra-

cara del principio de progresión, siendo la Sala Constitucional, por medio de sus fallos, quien ha ejercido el rol de garante de los derechos y libertades consagrados por la Constitución Política y los derechos humanos reconocidos por el Derecho Internacional vigente en Costa Rica.[26]

Al tenor de lo anterior y por medio de la sentencia 1994-2485, la Corte Constitucional refiriéndose al derecho internacional ambiental estipuló que el fenómeno de internacionalización del derecho ambiental había seguido un patrón de desarrollo similar al de los Derechos Humanos, pues pasó de ser materia de jurisdicción doméstica de los Estados, a ser parte de la jurisdicción internacional. Es así como los derechos ambientales forman parte de los Derechos Humanos de la tercera categoría, no en importancia, sino por su ubicación de aceptación universal e histórica.[27]

En la sentencia 1995-2313,[28] el Tribunal Constitucional elevó, por encima de la Constitución Política a los Tratados Internacionales que versan sobre Derechos Humanos, pudiéndose afirmar entonces que se ha internacionalizado al Derecho de la Constitución, y al mismo tiempo, se ha constitucionalizado al Derecho Internacional, y dentro de éste, al Derecho Ambiental. Este mismo tratamiento ha dado como resultado un singular enfoque de identificación entre Derecho Humano y Derecho Fundamental, en tanto no hay diferencia entre un derecho reconocido expresamente en la Constitución y los Derechos Humanos que pudieran no estar incluidos en su texto. De tal manera que el derecho ambiental reconocido en los tratados de Derechos Humanos, forma parte del elenco positivo y valorativo de la Constitución Política de Costa Rica.[29]

Además, el fallo constitucional 1993-6240 instauró el criterio jurisprudencial por medio del cual, los instrumentos internacionales son de obligado acatamiento y gozan de plena ejecutoriedad, en tanto sus normas no precisen de mayor desarrollo legislativo, y por ende, deben ser respetadas en tanto el rango normativo de aquellos es superior.[30] Y aunado a lo ante-

26 Así lo dispone expresamente el artículo 2 inciso a) de la Ley de Jurisdicción Constitucional.

27 Jiménez Meza, Manrique, Jurisprudencia Constitucional y Daño Ambiental, en Seminario sobre Daño Ambiental, Memoria, Procuraduría General de la República, San José, 2001.

28 "*... como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman sobre la Constitución*" .

29 Jiménez Meza, Manrique, Jurisprudencia Constitucional y Daño Ambiental, en Seminario sobre Daño Ambiental, Memoria, Procuraduría General de la República, San José, 2001. // Cuando exista conflicto entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no prevalece ni uno ni el otro, sino que en cada caso, el que mejor tutele al ser humano. Al respecto puede consultarse las sentencias constitucionales 1993-1786 de las 16:21 horas del 21 de abril de 1993 y 1992-3435 de las 16:20 horas del 11 de noviembre de 1992.

30 "*De las sentencias 719-1990 de las 16:30 horas del 26 de junio de 1990 y 282-1990 de las 17 horas del 13 de marzo de 1990 se desprende por una parte, que el Derecho Internacional es en Costa Rica, inmediatamente operable y aplicable por sí mismo, sin necesidad de leyes u otras normas que los desarrollen o lo hagan aplicable, salvo cuando la misma naturaleza de la norma internacional lo exija; y por otra, que aún en los casos*

rior, mediante las resoluciones constitucionales 1992-3435 y 1995-2313 se dispuso que las regulaciones y principios contenidos en los tratados y convenios, incluso los aún no ratificados por la Asamblea Legislativa, son de acatamiento en nuestro legislación interna.

Ahora bien, ya en materia propia del principio de no regresión, se hace necesario exponer los instrumentos de derechos humanos de donde es posible fundamentar su existencia y contenido, siendo el artículo 28 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793[31] el primer precedente al establecer que "una generación no puede comprometer con sus leyes a generaciones futuras", debido a que como afirma Prieur "la regresión del derecho ambiental que se decida hoy constituirá entonces una vulneración de los derechos de las generaciones futuras, ya que lleva a imponer a dichas generaciones futuras un medio ambiente degradado".[32]

Por su parte, el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos[33] abre la línea para el desarrollo del principio de progresividad de los derechos humanos, contracara de la no regresión, mismo que reza:

"Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad"

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[34] ratifica la visión de progresividad de los derechos humanos iniciada por la Declaración Universal de Derechos Humanos, visión que quedó plasmada en los siguientes artículos:

Artículo 2.1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

Articulo 5.2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los

---

en que esta exigencia sea a texto expreso, la aplicabilidad inmediata del Derecho Internacional de los Derechos Humanos implica que basta con la existencia de otros remedios o, en general, de medios razonablemente aplicables, para que no haga falta ningún desarrollo legal ni institucional" Piza Escalante, Rodolfo "La Justicia Constitucional en Costa Rica" Editorial Investigaciones Jurídicas, 2004.

31 Este instrumento jurídico nunca llegó a entrar en vigente.

32 Prieur, Michel, "El nuevo principio de no regresión en derecho ambiental.

33 El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó y proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos.

34 Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27

derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

Artículo 11.1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia.

Artículo 12. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[35] en su artículo 5.2 dispone que no podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

La Convención Americana de Derechos Humanos[36] abre la vía de la progresividad dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos por medio de su artículo 26:

Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Además, su numeral 29 establece que ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

35 Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49.

36 Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

Por último el Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, conocida como Protocolo de San Salvador,[37] no sólo reconoce expresamente dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos el derecho a un ambiente sano y a su protección, preservación y mejoramiento (Artículo 11), sino que además ratifica la idea de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales por medio de su numeral 1:

Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.

Tratándose el derecho a gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado de un derecho humano recocido en instrumentos internacionales se beneficia de sus teorías previamente existentes que tienen por objetivo aumentar su eficacia, por ello la obligación de progresividad o de avance continuo de los derechos humanos se traduce jurídicamente en una prohibición de regresión que permea al derecho ambiental.

Es a partir del año 2001 que la Corte Constitucional mediante su jurisprudencia inicia el camino para el desarrollo del principio de no regresión, siempre ligado al ideal de progresión de los derechos humanos. De esta forma, al referirse sobre la normatividad de los derechos prestacionales en el voto 2001-3825 dispuso:

"La Constitución Política reconoce a favor del individuo y de los grupos sociales una gama extensa y muy variada de derechos, algunos de forma expresa, otros colegibles a partir de la comprensión del sistema que forman sus normas y principios. Algunas de estas prerrogativas (sin importar si son individuales o colectivas) tienen un carácter eminentemente social, al constituir derechos a la recepción de determinadas prestaciones por parte del Estado. Puede tratarse de bienes o de servicios, pero que en todo caso debe la Administración brindar debido al mandato (específico o genérico) contenido en la Ley Fundamental. Si se trata de una referencia general (vgr. protección a la madre y a los menores, cfr. artículo 51 constitucional), son los representantes de la soberanía popular, quienes a través de la Ley formal, desarrollarán estos preceptos imponiendo las formas en que la Administración deberá actuar con la finalidad de hacerlos valer efectivamente. El hecho de que requieran de actuaciones de otros agentes para poder ser efectivamente realizados en nada les resta normatividad, pero

37 Ley No. 4229-A de 11 de diciembre de 1968.

sí hace más compleja (respecto de las libertades públicas, por ejemplo) su puesta en operación, y más exhaustiva la labor del contralor de constitucionalidad, al cual le cabrá discurrir respecto del grado de compromiso mostrado por el Estado a la hora de hacer valer las normas que reconozcan derechos sociales. Si el legislador no instituye los mecanismos idóneos para realizarlas, su omisión podría significar una violación a la Constitución Política. Si emite las normas legales necesarias para hacer efectivo ese derecho y es la Administración la que evade su acatamiento, entonces esta última actuación estaría lesionando en forma refleja el derecho fundamental, mediante el incumplimiento de un deber legal. Lo revisable aquí es en todo caso no el desacato de la norma legal per se, sino la incidencia que dicha falta haya provocado en el respeto de la norma constitucional por aquella desarrollada".

Siempre en el tema de los derechos fundamentales prestacionales, mediante la sentencia 2007-1378 la Sala Constitucional estableció su necesario vínculo con el principio de progresividad contenido en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos:

"En el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, los Derechos Humanos de Segunda Generación -también denominados Derechos Económicos, Sociales y Culturales- tienen como objetivo fundamental garantizar el bienestar económico y el desarrollo del ser humano y de los pueblos. En sentido subjetivo, los derechos fundamentales prestacionales, demandan la actividad general estatal -en la medida de las posibilidades reales del país- para la satisfacción de las necesidades individuales o colectivas. Objetivamente, se configuran como mínimos vitales para los individuos por parte del Estado. En este particular, la satisfacción de esas necesidades supone crear las condiciones necesarias y el compromiso de lograr progresivamente su goce, lo que se encuentra condicionado a que se produzcan cambios profundos en la estructura socio- económica de un país. Respecto al disfrute de esas condiciones, el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, impone a los poderes públicos una obligación de cumplimiento progresivo, que incluye respeto, protección, garantía y promoción".

Fundamentándose en el numeral 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos lo Corte Constitucional reconoció la progresividad y no regresión del derecho fundamental a la educación:

"Nótese, adicionalmente, que a tenor del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (aprobada por la Ley No. 4534 del 23 de febrero de 1970), los estados deben adoptar medidas internas para "(...) lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura (...)", razón por la cual los poderes públicos deben mantener en sus políticas de mejoramiento cuantitativo y cualitativo del sistema educacional una tónica que revele un ritmo progresivo o, por lo menos, sostenido y no

adoptar políticas y realizar actuaciones que lejos de implicar un progreso supongan un retroceso". Voto 2002-11515.

"En atención a la regla de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, reconocida en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Estado costarricense se encuentra obligado a elaborar y ejecutar políticas tendientes a lograr progresivamente la plena efectividad del derecho fundamental a la educación. A la luz del Derecho de la Constitución, solo son tolerables los progresos (y excepcionalmente el sostenimiento) en la prestación del servicio de educación pública, y no su regresión". Voto 2003-2443.

En materia del derecho fundamental al trabajo y jornadas laborales, por medio del voto 2004-11882 la Sala Constitucional aplicó el principio de progresividad de los derechos humanos a la hora de interpretar las restricciones y limitaciones impuestas por ley:

"Bajo esta tesitura, existe una evidente falta de acuerdo entre lo que dispuso la Constitución, en punto al carácter, verdaderamente, calificado de las hipótesis de excepción del artículo 58 de la Constitución Política, situación que sí parece haber traducido, adecuadamente, el legislador cuando en el artículo 143 del Código de Trabajo, excluyó de los límites de la jornada de trabajo, únicamente, a aquellos empleados que laboren <<sin fiscalización superior inmediata>> y lo que, al respecto, estableció la Administración, porque en las disposiciones impugnadas no se excepciona del pago de horas extra, únicamente, a los funcionarios que laboran sin fiscalización superior inmediata, mismos que, de acuerdo con nuestro ordenamiento administrativo, vendrían a ser, únicamente, los jerarcas institucionales, es decir, los superiores jerárquicos supremos, dentro de la estructura organizativa de la Administración . Esta amplitud excesiva con la que las disposiciones impugnadas han regulado el supuesto de excepción bajo examen, resulta lesiva no sólo de lo dispuesto, expresamente, en la Constitución, en cuanto al carácter, verdaderamente, calificado del indicado régimen de excepción, sino también del principio de progresividad de los derechos fundamentales que obliga a todo operador del derecho a no interpretar en sentido restrictivo todo derecho fundamental o en sentido amplio sus restricciones o limitaciones, en perjuicio de la persona tutelada y de su contenido, constitucionalmente, reconocido. En razón de lo expuesto, procede también declarar con lugar la acción en cuanto a este extremo, con las consecuencias que a continuación se detallarán".

Siempre respecto al derecho fundamental al trabajo, el salario y la seguridad, en el voto 2009-10553 la Corte Constitucional realizó un análisis de los instrumentos internacionales de derechos humanos vinculados con el principio de progresividad haciendo énfasis en que debe evitarse todo género de medidas de regresión de los derechos económicos, sociales y culturales:

"De otra parte, en el contexto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Ley No.

4229-A de 11 de diciembre de 1968, consagra, igualmente, los derechos al trabajo, al salario y a la seguridad social, en los artículos 6, 7 y 9 respectivamente. De igual modo y en relación al desarrollo progresivo de estos derechos sociales o prestacionales, el artículo 2, párrafo primero, dispone lo siguiente:

"(...) 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para_lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos (...)" (Lo resaltado no corresponde al original).

El artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Ley No. 4534 de 23 de febrero de 1970, señala lo siguiente:

"(...) Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados".

El artículo 1° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o "Protocolo de San Salvador" –aprobado por Ley No. 7907 de 3 de septiembre de 1999-, estatuye que los Estados parte

"(...) se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles, y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo".

Siendo que los artículos 7°, inciso a), y 9°, de ese protocolo contemplan, respectivamente, el derecho el derecho a un salario que consista en "Una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción" y a la seguridad social que proteja "(...) contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa (...)".

De los instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, transcritos, se deduce el deber del Estado, de lograr niveles cada vez más altos en la satisfacción de los derechos sociales a través de la gradualidad y la progresividad, evitando todo género de medidas regresivas en su satisfacción.

En criterio de este Tribunal, en virtud de las obligaciones contraídas por el Estado costarricense en aras de reconocer y garantizar la progresiva tutela de los derechos fundamentales económicos y sociales, no resulta conforme con el Derecho de la Constitución dictar medidas que supongan un retroceso en la tutela y efectividad de un derecho social, máxime, cuando éste ha sido potenciado por la jurisprudencia del máximo".

En la resolución 2011-13641 la Sala Constitucional ratifica su línea respecto a la función que ostenta el principio de progresividad en materia interpretativa de los derechos fundamentales:

"La Sala no soslaya que la existencia de normas internas sobre estos aspectos obedecen a razones clínicas o médicas de carácter general, pero es claro que su aplicación debe valorarse siempre de conformidad con las situaciones particulares, pues sujetarse a la mera o simple descripción normativa riñe tajantemente con una plena protección de los derechos fundamentales, donde las características de continuidad y progresividad imponen criterios de interpretación ágiles y versátiles alejados de dogmatismos jurídicos ampliamente superados".

En la sentencia 2010-14467 el Tribunal Constitucional otorgó carácter de mínimo o "piso" a las obligaciones establecidas en los tratados de derechos humanos, y en virtud de la aplicación del principio de progresividad, éstas pueden ser ampliadas por el Estado en el ordenamiento interno, prohibiendo su desconocimiento o restricción posterior a través de disposiciones legales o administrativas sin sustento técnico:

"Tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos como la citada Convención, imponen la obligación al Estado, de adoptar en forma progresiva medidas que garanticen la plena efectividad de tales derechos. La doctrina habla de "obligaciones mínimas" de los Estados, que pueden ser ampliadas de acuerdo con los recursos disponibles y tomando en cuenta el grado de desarrollo de los Estados, conceptos presentes también en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. De manera que, si el grado de protección de los derechos es ampliado en el ordenamiento interno, los poderes públicos no podrían luego desconocerlos o restringirlos a través de disposiciones legales o administrativas carentes de motivación técnica suficiente".

Los más recientes fallos ratifican el carácter progresivo de los derechos humanos así como la prohibición de adopción de medidas restringidas sobre lo ya logrado.

Tampoco se trata de convertir «deseos» en derechos de una manera irracional, pues debe comprenderse que cuando se opera jurídicamente con derechos fundamentales, se está en el ámbito de los derechos humanos, siendo que una de sus características elementales es la progresividad, entendida esta como el proceso constantemente inacabado de conformación y consolidación del reconocimiento de un derecho humano determinado; de esta manera, se impone al Estado el deber de brindar respeto y garantía

a todos los derechos humanos, obligación que es paulatinamente creciente y absolutamente exigible en todas los estadios de su desarrollo y crecimiento. Voto: 2011-6329.

Es así que al transformar esta Defensoría en la Contraloría, los principios y finalidades originarias deben igualmente ser entendidas respecto del nuevo órgano creado, pues precisamente se está ante la protección de los derechos humanos donde el carácter de progresividad que los caracteriza impide la adopción de medidas restrictivas sobre lo ya logrado. Es por ello, que para garantizar el avance progresivo característico de estos derechos, y procurar mejores y más adecuadas instancias de protección, se impone declarar con lugar este recurso. Voto 2011-1985.

De los sentencias constitucionales antes expuestos es posible deducir la existencia de una línea jurisprudencial que reconoce abiertamente el proceso constante e inacabado de conformación y consolidación de los derechos humanos que impone al Estado el deber de brindarles respeto y garantía, obligación que es creciente, gradual y progresiva en procura siempre de mejores y más adecuadas instancias de protección y exigible en todas los estadios de su desarrollo y crecimiento.

Esta misma línea jurisprudencial que reconoce la gradualidad, progresividad y eventualmente, el sostenimiento de los derechos humanos, impide a la vez todo género de medidas regresivas sobre lo ya alcanzado que supongan un retroceso en su tutela y efectividad a través de disposiciones legales o administrativas carentes de motivación técnica suficiente.

4. FUNDAMENTACIÓN BASADA EN EL DERECHO DE LA CONSTITUCIÓN.

El derecho a gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado al estar reconocido expresamente por el numeral 50 de la Constitución Política de Costa Rica y ostentar estatus de derecho humano fundamental[38], se beneficia de los privilegios constitucionales de rigidez, intangibilidad y reserva de ley, reconocidos a nivel jurisprudencial por parte de la Sala Constitucional:

38 *"Nuestra Constitución Política, en su artículo 50, reconoce expresamente el derecho de todos los habitantes presentes y futuros de este país, de disfrutar de un medio ambiente saludable y en perfecto equilibrio. El cumplimiento de este requisito es fundamental garantía para la protección de la vida y la salud públicas, no sólo de los costarricenses, sino además de todos los miembros de la comunidad mundial. La violación a estos fundamentales preceptos conlleva la posibilidad de lesión o puesta en peligro de intereses a corto, mediano y largo plazo. La pérdida de biodiversidad producto de la contaminación, de la explotación inadecuada de especies, entre otras, es una de las formas a través de las cuales puede ser rota la integridad del ambiente, con resultados la mayoría de las veces irreversibles y acumulativos. El Estado costarricense se encuentra en la obligación de actuar preventivamente evitando -a través de la fiscalización y la intervención directa- la realización de actos que lesionen el medio ambiente, y en la correlativa e igualmente ineludible prohibición de fomentar su degradación. Es deber de la Sala Constitucional, como órgano encargado de la defensa de los derechos fundamentales, servir de contralor del cumplimiento de los deberes que para el Estado costarricense implica el citado artículo 50, que lo obliga no apenas a reconocer el derecho al medio ambiente, sino además a utilizar todos los medios material y jurídicamente válidos para su protección contra los ataques de que pueda ser objeto".* Voto 2006-1109.

"Efectivamente, a la luz del principio de la supremacía constitucional, los derechos y garantías -éstas últimas, entendidas como instrumentos de servicio y eficacia de los primeros- sociales, son irrenunciables; sin embargo, esta especial condición debe entenderse referida a todos los derechos fundamentales (concepto más amplio que "constitucionales), independientemente de la clasificación o categorización que se haga de ellos, precisamente en virtud de su especial naturaleza, al conformarse de la esencia y condición del ser humano y su dignidad, en tanto los derechos fundamentales no pueden estar sometidos a la libre disposición de su beneficiario. Se entiende que la renuncia se configura en la manifestación expresa de abandono del derecho y su absoluta prescindencia. De manera que hay un interés público en la intangibilidad de los derechos fundamentales, en protección de su beneficiario, precisamente para ponerlo a salvo de presiones indebidas que puedan orientar su accionar en ese sentido". Voto 2000-878.

"Los derechos fundamentales, en el orden constitucional, ostentan una doble dimensión, son derechos subjetivos y son derechos objetivos. Por un lado son subjetivos, o sea derechos de los individuos, no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan la libertad en el ámbito de la convivencia democrática. Por otro lado, son elementos esenciales del ordenamiento objetivo, por cuanto éste se configura como marco de una convivencia humana, justa y pacífica. En razón de su importancia, la Constitución ha previsto instrumentos normativos, especialmente reforzados, dirigidos a evitar la alteración de su contenido o la limitación de sus alcances por cualquier institución estatal: las garantías constitucionales. De lo anteriormente argumentado se deduce que la mutación o limitación del estatuto de los derechos fundamentales no implica una mera amputación parcial de la Constitución, sino que entraña la sustitución plena de la Constitución y el irrespeto a la voluntad popular. Todo lo anterior explica, porqué desde las primeras constituciones costarricenses, se consagró el principio de la "rigidez", es decir, de la inalterabilidad del catálogo de derechos fundamentales y libertades ciudadanas o públicas. Voto 2003-2771.

A la luz de ambas sentencias resultaría imposible e impensable la derogación o modificación regresiva del contenido del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado consagrado en el numeral 50 de la Constitución Política, sin embargo sí es factible que se susciten regresiones a dicho derecho fundamental a raíz de omisiones al deber de desarrollar vía legal o reglamentaria normas ambientales que tornen ineficaz dicho derecho.

De esta forma, a partir de la sentencia número 1990-101 la Sala Constitucional considera violatorio al inciso 3 del numeral 140 constitucional las omisiones del Poder Ejecutivo respecto a reglamentar leyes, en el tanto que si bien en principio el ejercicio de la potestad reglamentaria es de carácter discrecional, esa posibilidad es inaplicable cuando el legislador ha impuesto

al Poder Ejecutivo la obligación de reglamentar una ley.[39] Al amparo de este criterio jurisprudencial la omisión a reglamentar normas ambientales representa una regresión ambiental que violenta el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, tal y como lo reiteró la Sala Constitucional al obligar al Poder Ejecutivo a reglamentar tanto la Ley de Pesca y Acuicultura como el artículo 71 de la Ley Orgánica del ambiente sobre contaminación visual:

"El artículo 49 párrafo segundo de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, permite analizar por la vía del amparo la omisión del Poder Ejecutivo de reglamentar o hacer cumplir lo dispuesto por una norma, cuando dicha inactividad guarde relación con la tutela de un derecho fundamental. En el presente asunto, los recurrentes cuestionan la omisión del Poder Ejecutivo de reglamentar la Ley de Pesca y Acuicultura, la cual fue publicada en la Gaceta 78 del veinticinco de abril de dos mil cinco. Sobre el particular, debe mencionarse que el artículo 175 de la norma de cita establece que el Poder Ejecutivo debía emitir el reglamento respectivo para dicha ley, dentro del plazo de noventa días a partir de su publicación, no obstante del informe rendido por las propias autoridades recurridas se desprende que a la fecha no se procedido a cumplir con lo dispuesto por dicho ordinal. A criterio de este Tribunal la inactividad del Poder Ejecutivo constituye una clara violación de los recurridos a lo dispuesto por el artículo 140 inciso 3) de la Constitución Política, omisión que es susceptible de ser conocida por vía del amparo, al estar en peligro el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado debido a la falta de emisión del reglamento antes mencionado. Lo anterior, por cuanto la norma que se echa de menos debe regular una serie de puntos relacionados con la pesca y la explotación adecuada de los recursos marítimos, conforme lo dispone la propia Ley 8436, tales como: a) la garantía económica que

39 *"...distinto es el caso en el cual el legislador expresamente le impone en la ley el deber de reglamentarla. Aquí se hace inescapable para el Poder Ejecutivo el ejercicio de esa competencia. Dentro del ilimitado espacio de la legislación, aquí el destinatario de un deber hacer es el Poder Ejecutivo y, como tal, queda sujeto a la orden contenida en la Ley. Desaparece para él toda discrecionalidad, pues la norma legal regló su actuación, de modo que el ejercicio de la competencia se hace inevitable. En el tanto se haya apartado de lo ordenado, en ese tanto hay una infracción constitucional, pues como se sabe, el Poder Ejecutivo tiene una doble sumisión al estar sujeto a la Constitución y a la Ley. No es dable entender, como ya se ha intentado, que, derivada la potestad reglamentaria de la Constitución Política, el legislador tiene vedado el regular la oportunidad de su ejercicio". De lo anterior se deduce que existe una doble vinculación del Poder Ejecutivo, por un lado a la ley y por otro a la Constitución. Por ello, es evidente que la Administración no cuenta con discrecionalidad alguna para excusarse de reglamentar una ley si así ha sido ordenado por el Legislador o por el Constituyente –teniendo en cuenta, asimismo, los alcances del principio de legalidad-. Cabe mencionar que el artículo 140 inciso 3) de la Constitución Política establece el deber del Poder Ejecutivo de sancionar, promulgar y reglamentar las leyes. Por ese motivo, este precepto resulta vulnerado si el Poder Ejecutivo soslaya su obligación de reglamentar las leyes, aún cuando no se afecta otra norma constitucional. Es decir, en todos los casos en que exista una omisión reglamentaria, el Poder Ejecutivo lesiona al menos el inciso 3) del artículo 140, eso sin contar la posible vulneración a cualquier otra norma que reconozca un derecho y que se vea afectada por esa omisión; en tales casos, dicha omisión es susceptible de control por la vía del recurso de amparo si esa inactividad está vinculada al disfrute de un derecho fundamental; de no ser así, siempre se puede efectuar el control por la vía de la acción de inconstitucionalidad por omisión. Lo anterior, evidencia que el Poder Ejecutivo no cuenta con ningún grado de discrecionalidad en los casos en que la Constitución o la ley le establecen una obligación de reglamentar (...)"* Sentencia número 1990-101.

deberán rendir las entidades y empresas nacionales o extranjeras a las que se otorgue permiso de pesca con fines exploratorios -artículo 18-; b)las especies de tiburón carentes de valor comercial y el aprovechamiento que se dará a éstas para otros fines de la actividad pesquera -artículo 40-; c) el tamaño y pesos proporcionales de cada especie de camarón por capturar -artículo 45-; d) los requisitos de sustitución, construcción e importación de las embarcaciones palangreras, así como las dimensiones y los sistemas o artes de pesca -artículo 62-; e) el trámite que debe seguir el titular de un proyecto acuícola, desee introducir una o más especies diferentes de las concedidas inicialmente, ampliar o modificar el área que le fuera autorizada -artículo 85-; f) los lineamientos que debe seguir cualquier actividad de cultivo y manejo, independientemente del nivel y estadio de desarrollo de especies de flora y fauna acuáticas, para fines productivos o de investigación por parte de instituciones públicas o privadas -artículo 89-; g) los requisitos y las condiciones de traslado de especies acuáticas, nativas o exóticas, de un cuerpo de agua a otro del país - artículo 97- ; h) los requisitos y las condiciones necesarios que deberán cumplir los patrones de pesca o capitán de la embarcación pesquera.-artículo 118-; i) los requisitos mínimos que deberán cumplir las instalaciones portuarias y marinas utilizadas para el desembarco y la limpieza de las capturas. Los aspectos mencionados anteriormente, sin lugar a dudas guardan una íntima relación con la explotación y aprovechamiento sostenible de los recursos marítimos del país, de ahí que la falta de reglamentación adecuada de los mismos, sin duda alguna conlleva a poner en peligro los ecosistemas marinos y el medio ambiente en general, situación que puede generar repercusiones para la población de Costa Rica con el tiempo. Por otra parte, y sin demérito de lo anterior, conviene agregar que al estar de por medio el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, las autoridades recurridas se encuentran en la obligación de garantizar la participación ciudadana en la elaboración del reglamento a la Ley de Pesca y Acuicultura, pues ello es un derecho que es inherente a los habitantes del país, en razón de lo dispuesto por el propio constituyente, tal y como se indicó en el considerando V de esta sentencia". Voto: 2009-8065.

"Del análisis del caso este Tribunal verifica que la Ley Orgánica del Ambiente fue publicada en la Gaceta número 215 del trece de noviembre de mil novecientos noventa y cinco, de manera que, el Poder Ejecutivo desde hace trece años tenía la obligación legal de conformidad con los artículos 11 y 194 de la Constitución Política de regular el contenido del artículo 71 de la ley 7554, referente a la contaminación visual. De lo expuesto, y de conformidad con el artículo 49 párrafo segundo de la Ley de la Jurisdicción Constitucional mismo que establece: "Si el amparo hubiere sido establecido para que una autoridad reglamente, cumpla o ejecute lo que una ley u otra disposición normativa ordena, dicha autoridad tendrá dos meses para cumplir con la prevención"; lo procedente es declarar con lugar el recurso por la omisión del Poder Ejecutivo de reglamentar el artículo 71 de la Ley Orgánica del Ambiente número

7554 publicada en la Gaceta número 215 del trece de noviembre de mil novecientos noventa y cinco. Se concede al Poder Ejecutivo el plazo de dos meses a partir de la notificación de esta sentencia, para que proceda a la reglamentación del artículo 71 de la Ley 7554". Voto número 2008-11696.

Además, del principio constitucional de reserva de ley de los derechos fundamentales[40] es posible también derivar la obligación de no regresión en materia ambiental. Del principio de reserva de ley se extrae la obligación negativa, tanto del Poder Legislativo como del Ejecutivo, de no restringir o limitar el derecho fundamental a gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, restricciones o limitaciones que de darse implicarían ineludiblemente regresiones en materia ambiental.

Por último, del propio artículo 50 constitucional también es posible interpretar la imposibilidad de regresiones relativas a este derecho fundamental, dicho numeral reza:

El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza.

Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado.

El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho. La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes.

A todas luces, la obligación estatal de garantizar, defender y preservar este derecho es creciente, gradual y progresiva en procura siempre de mejores y más adecuadas instancias de protección teniendo como norte lograr su mayor eficacia, exigencias que por ende se oponen a cualquier idea de regresión. Respecto a estos deberes el Tribunal Constitucional ha dicho:

"La Constitución Política establece que el Estado debe garantizar, defender y preservar ese derecho. Prima facie garantizar es asegurar y proteger el derecho contra algún riesgo o necesidad, defender es vedar, prohibir e impedir toda actividad que atente contra el derecho, y preservar es una acción dirigida a poner a cubierto anticipadamente el derecho de posibles peligros a efectos de hacerlo perdurar para futuras generaciones. El Estado debe asumir un doble comportamiento de hacer y de no hacer; por un lado debe

40 *"En primer lugar, el principio mismo de "reserva de ley", del cual resulta que solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el procedimiento previsto en la Constitución para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales -todo, por supuesto, en la medida en que la naturaleza y régimen de éstos lo permita, y dentro de las limitaciones constitucionales aplicables-; En segundo, que sólo los reglamentos ejecutivos de esas leyes pueden desarrollar los preceptos de éstas, entendiéndose que no pueden incrementar las restricciones establecidas ni crear las no establecidas por ellas, y que deben respetar rigurosamente su "contenido esencial"; y En tercero, que ni aun en los reglamentos ejecutivos, mucho menos en los autónomos u otras normas o actos de rango inferior, podría válidamente la ley delegar la determinación de regulaciones o restricciones que sólo ella está habilitada a imponer; de donde resulta una nueva consecuencia esencial: Finalmente, que toda actividad administrativa en esta materia es necesariamente reglada, sin poder otorgarse a la Administración potestades discrecionales, porque éstas implicarían obviamente un abandono de la propia reserva de ley".* Voto: 1992-3550.

abstenerse de atentar él mismo contra el derecho a contar con un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, y por otro lado, debe asumir la tarea de dictar las medidas que permitan cumplir con los requerimientos constitucionales". Voto 1999-644.

Fundamentado tanto en el artículo 50 constitucional, como en el principio precautorio (parámetro y condicionante de constitucionalidad) el Tribunal Constitucional mediante un reciente primer precedente, reconoció por primera vez el carácter progresivo del derecho fundamental al ambiente y su consecuente no regresividad al resolver una consulta de constitucionalidad respecto al proyecto de modificación de la Ley de Concesiones y Operación de Marinas Turísticas, al efecto expuso lo siguiente:

"De tal forma, el principio precautorio encuentra aplicación en la medida que se carezca de certeza en cuanto al daño a producir y las medidas de mitigación o reparación que deben implementarse, pues al tenerse certeza sobre el tipo o magnitud del daño ambiental que puede producirse y de las medidas que deberán adoptarse en cada momento, se elimina todo sesgo de duda y, por consiguiente, resultaría impropio dar aplicación al principio precautorio. Dicho de otro modo, el principio precautorio debe ser aplicado en supuestos de duda razonable o incerteza, mas no cuando se tiene certeza del tipo de daño y de las medidas que deban adoptarse, ya que por su propia naturaleza resulta inviable la aplicación de este principio. Sin embargo, en el presente caso se echa de menos esta valoración. Ciertamente, cada concesión requerirá de previo un estudio de impacto ambiental evaluado por parte de SETENA, no obstante lo anterior, algunos de estos ecosistemas, por ejemplo las reservas marinas, son áreas que fueron protegidas precisamente con la intención de que en esta zona no se realice ninguna actividad extractiva y no se vea afectada tampoco, por ningún tipo de contaminación (escapes de motores, contaminaciones acústicas, contaminaciones luminosas, etc.), para que la flora y la fauna se vayan regenerando a lo largo del tiempo, hasta que sus poblaciones alcancen el mayor número de ejemplares que pueda haber en ese sitio; lo cual es totalmente excluyente con la concesión de una marina turística por los efectos que evidentemente lo alterarán. Otros ecosistemas de los citados puede ser que no requieran necesariamente una veda absoluta de toda actividad, pero cualquier autorización en ese sentido debe ser valorada y anticipada. Como ya se indicó, resulta irrazonable proteger unas zonas y otras no sin un criterio técnico que así lo sustente, pues ello resulta lesivo del principio precautorio y del principio de progresividad del ámbito de tutela de los derechos fundamentales". Voto 2010-18702.

Un aspecto a resaltar es que ese mismo primer precedente sobre la progresión y no regresión del derecho fundamental al ambiente contó con un voto salvado por parte de los magistrados Mora Mora, Castillo Víquez y Hernández Gutiérrez, quienes a diferencia del pronunciamiento de mayoría, le dieron una connotación de temporalidad a las medidas ambientales a adoptarse a favor del ambiente, disponiendo que éstas no deberían ser extre-

mas e inmediatas sino graduales, escalonadas y progresivas cuando puedan afectar otros derechos fundamentales,[41] al efecto se transcribe un extracto del voto de minoría:

"El legislador al desarrollar los derechos fundamentales debe velar por su progresiva intensificación y extensión de su eficacia y, en general, por su plena efectividad, para evitar cualquier regulación regresiva y restrictiva. (Ver, entre otras, sentencia número 2003-02794 de las catorce horas cincuenta y dos minutos del ocho de abril de dos mil tres). En materia ambiental el principio de progresividad implica por un lado la obligación de adoptar soluciones graduales, evitando medidas drásticas en pro de la protección del entorno. La progresividad evita soluciones extremas que comporten la anulación de derechos fundamentales a las personas humanas balanceando los tres objetivos principales -ambiental, social y económico- ya mencionados. Por otro lado, como pauta de interpretación y operatividad de un derecho fundamental, la progresividad implica que el esfuerzo hecho por el Estado en cuanto a la protección del ambiente no puede disminuir, sino que debe ser cada vez mayor; sobre todo a partir de las reglas derivadas de los instrumentos internacionales de derechos humanos, como la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo o Declaración de Río. Del análisis de las normas transcritas estimamos, contrario a lo dispuesto por la mayoría de este Tribunal, que el proyecto de ley no lesiona el principio de progresividad". Voto 2010-18702.

5. LÍM ITES Y EXCEPCIONES PERMITIDAS AL PRINCIPIO DE NO REGRESIÓN.

Si bien la principal obligación que conlleva la correcta aplicación del principio de no regresión es la de no retroceder, no afectar el nivel de protección ambiental adquirido y no derogar o modificar normativa vigente siempre que esto pueda afectar, disminuir o menoscabar el nivel actual de protección, bajo ciertas circunstancias, condiciones y excepciones, actos que podrían calificarse a priori como regresiones ambientales resultarían lícitos.

En primera instancia el principio de no regresión no es ilimitado ni irrestricto. Al igual que como sucede con el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, se encuentra condicionado por los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad, así como por las reglas unívocas de la ciencia, técnica, conveniencia y la lógica. A la vez, la actuación del Estado en esta materia se ve limitada por el deber de garantizar, defender y preservar este derecho, por los principio de desarrollo sostenible y uso racional, precautorio o evitación prudente y por la vinculatoriedad de la normativa ambiental.[42]

41 La connotación de temporalidad del principio de progresividad de los derechos fundamentales ya había encontrado eco anteriormente en la jurisprudencia constitucional aplicada en materia de eliminación de discriminación y promoción de las personas con discapacidad en el voto 2006-1344.
42 Al respecto puede consultarse el voto 2006-17126.

Como lo señala Cabrera,[43] la Sala Constitucional ha sido conteste que con respecto a la materia ambiental se debe de acreditar con estudios técnicos la toma de decisiones, tanto en relación con actos como de las disposiciones de carácter general, de donde se deriva la exigencia de la vinculación a la ciencia y a la técnica, con lo cual se condiciona la discrecionalidad de la Administración. Al respecto el voto constitucional 2006-17126 dispuso:[44]

"De la objetivación de la tutela ambiental: el cual, tal y como lo señaló este Tribunal en sentencia número 14293-2005, de las catorce horas cincuenta y dos horas del diecinueve de octubre del dos mil cinco, es un principio que en modo alguno puede confundirse con el anterior, en tanto, como derivado de lo dispuesto en los artículos 16 y 160 de la Ley General de la Administración Pública, se traduce en la necesidad de acreditar con estudios técnicos la toma de decisiones en esta materia, tanto en relación con actos como de las disposiciones de carácter general –tanto legales como reglamentarias–, de donde se deriva la exigencia de la "vinculación a la ciencia y a la técnica", con lo cual, se condiciona la discrecionalidad de la Administración en esta materia. De manera que en atención a los resultados que se deriven de esos estudios técnicos –tales como los estudios de impacto ambiental–, si se evidencia un criterio técnico objetivo que denote la probabilidad de un evidente daño al ambiente, los recursos naturales o a la salud de las personas, es que resulta obligado desechar el proyecto, obra o actividad propuestas; y en caso de una "duda razonable" resulta obligado tomar decisiones en pro del ambiente (principio pro-natura), que puede traducirse en la adopción, tanto de medidas compensatorias como precautorias, a fin de proteger de la manera adecuada el ambiente".

Bajo el anterior enfoque, la desafectación o disminución de los límites geográficos de áreas silvestres protegidas encontrarían validez jurídica siempre que se encuentren fundamentadas y justificadas en estudios técnicos y científicos, y se realicen a través de ley de la República, tal y como lo exige el Convenio de Washington y el artículo 38 de la Ley Orgánica del Ambiente, y por tanto, tales casos no podrían ser calificadas de regresiones ambientales.

A contrario sensu, los decretos ejecutivos 34282-TUR-MINAE-C del 25 de enero de 2008 que modificó los límites del Refugio Nacional de Vida Silvestre San Lucas; 34043-MINAE del 11 de setiembre de 2007 que modificó el área del Refugio Nacional de Vida Silvestre Gandoca-Manzanillo y el Decreto Ejecutivo 35748-MP-MINAET-MIVAH del 08 de enero de 2010 que reformó el Plan Regional de Desarrollo Urbano del Gran Área Metropolitana, sí constituyeron abiertas regresiones ambientales al no contar con justificación técnica ni científica que permitiera sustentar los fines propues-

43 Cabrera Medaglia, Jorge, Temas de Biodiversidad, Propiedad Intelectual y Biotecnología, Editorial Jurídica Continental, 2010

44 También pueden consultarse las sentencias constitucionales: 2006-11562, 2008-18529 y 2009-1056, entre otras.

tos en cada uno de ellos, siendo así reconocido por la Sala Constitucional al declararlos inconstitucionales mediante los votos 2009-1056, 2010-13099 y 2011-13436 respectivamente.

En otro orden de ideas, de conformidad con la jurisprudencia constitucional sería posible la existencia de regresiones ambientales de carácter temporal, como podrían ser la inaplicación de normas o relajación de umbrales de protección, siempre que se trate de situaciones excepcionales justificadas en un estado de urgencia, emergencia o necesidad, e que las medidas adoptadas sean transitorias, tengan como propósito el bien común y sean justas, razonables proporcionadas. Sobre este tipo de situaciones excepcionales en materia ambiental ha sostenido la Sala:

"De la vinculatoriedad de la normativa ambiental, como consecuencia directa del principio de legalidad regulado en el artículo 11 constitucional y 11 de la Ley General de la Administración Pública, la Administración Pública está obligada a cumplir con el bloque de legalidad; sujeción que tiene especial connotación en relación con la tutela del ambiente, en tanto, al tenor de la obligación impuesta al Estado en su conjunto en el artículo 50 constitucional, es que se denota su indisponibilidad respecto de las instituciones públicas –condición que también se da respecto de los particulares–, esto es, no está sujeto a pacto o convenio en razón de la trascendencia que tiene para la vida y sobrevivencia de la humanidad; lo que hace imposible su excepción, salvo claro está, en situaciones de urgencia o emergencia, que en sí mismo, es una condición de fuente de derecho (al respecto consultar la sentencia 2340-92). Es así como resultan vinculantes para las instituciones públicas el conjunto que conforma el Derecho Ambiental, formado tanto los principios constitucionales ambientales –que delimitan el contenido de este derecho fundamental–, como las diversas disposiciones normativas sobre la materia (legales y reglamentarias), así como los estándares ambientales, y requisitos dispuestos para la realización de proyectos que incidan sobre el ambiente; y que, están inmersos en la gestión pública encomendada a cada una. Por ello, es que son exigibles la realización de estudio de impacto ambiental, la conformidad de los proyectos con los planes reguladores (en las municipalidades donde hay), la adecuación del funcionamiento de las plantas y proyectos a los estándares ambientales, etc.; caso contrario, sería admitir un "derecho del Estado a contaminar", lo que es imposible en atención al contenido del propio artículo 50 constitucional, según se ha indicado anteriormente, y como lo ha entendido este Tribunal (entre otras, consultar las sentencias número 5668-94, 5654-95, 8001-97, 2004-1923, 2005-15769, 2006-1963, y 2006-4497), al haber exigido a diversas instituciones públicas el cumplimiento de esa normativa a fin de tutelar de la manera debida el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado". Voto 2006-17126.

"Sólo el estado de necesidad declarado excepciona el cumplimiento de las normas ambientales: El estado de emergencia es fuente de Derecho, que conlleva, en al-

gunos casos, un desplazamiento, y en otros un acrecentamiento de competencias públicas, precisamente con la finalidad de que pueda hacerle frente a la situación excepcional que se presente ("necesidades urgentes o imprevistas en casos de guerra, conmoción interna o calamidad pública"); de manera que se faculta al Poder Ejecutivo excepcionar los normales procedimientos de sus actividades o trámites, previéndose para tales casos, procedimientos excepcionales, más expeditos y simplificados. Se trata, por definición, de situaciones transitorias y que son urgentes en las que se hace necesario mantener la continuidad de los servicios públicos, de manera que se permite a la Administración improvisar una autoridad para el servicio de los intereses generales que no pueden ser sacrificados a un prurito legalista (...)". Votos 2003-06322 y 2012-3266.

A manera de conclusión, y tal como quedó plasmado tanto en el Documento de Convocatoria adoptado en la Reunión Mundial de Juristas y Asociaciones de Derecho Ambiental de los Estados participantes de la Conferencia de Río+20, como en la resolución del Parlamento Europeo B7-0522-11 del 20 de setiembre de 2011,[45] y a pesar de los pocos resultados conseguidos durante la Conferencia de Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible (Rio+20) celebrada en el mes de junio de 2012, hoy más que nunca se hace necesaria la consagración expresa del principio de no regresión en el contexto de la protección del medio ambiente, en la medida que si queremos lograr una rápida y eficaz implementación del desarrollo sostenible es esencial hacer progresar el incipiente[46] derecho ambiental e integrarlo mejor en las otras ramas de nuestra disciplina jurídica.

REFERENCIAS

AGUILAR ROJAS, Grethel e IZA, Alejandro. *Derecho Ambiental en Centroamérica*. Tomo I, UICN, 2009.

BERROS, María Valeria y SBRESSO, Luciana. *Primeras señales sobre el principio de no regresión en materia ambiental en Argentina*. Un estado de la cuestión, 2011.

CABRERA MEDAGLIA, Jorge. *Temas de Biodiversidad, Propiedad Intelectual y Biotecnología*. Editorial Jurídica Continental, 2010.

_____. *Las comunicaciones ciudadanas del CAFTA-DR por incumplimiento de la ley ambiental*: Consideraciones sobre un procedimiento nacional. 2011.

CAFFERATTA, Néstor. *Los Principios del Derecho Ambiental, en Revista de De-*

45 Resolución del Parlamento Europeo sobre la elaboración de una posición común de la Unión Europea ante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Río+20), accesible en: http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+MOTION+B7-2011-0522+0+DOC+XML+V0//ES

46 "*El derecho ambiental es un derecho muy joven, que no tiene más de 40 años de vida frente a derechos o ramas del derecho que son centenarias, entonces, es un adolescente. Tiene todavía defectos, tiene todavía falta de madurez, de desarrollo, es decir, está en evolución*" Néstor Cafferatta

recho Ambiental del Instituto de Derecho y Economía Ambiental. 2009. Disponible en: http://www.idea.org.py/gfx/espanol/descargas/biblioteca/LOS_PRINCIPIOS_DEL_DERECHO_AMBIENTAL.pdf

CAÑIZA, Hugo Enrique; MERLO FAELLA, Ricardo. *Derecho Ambiental con especial énfasis en la legislación paraguaya*, Marben Editora, 2005.

DE LOS RÍOS, Isabel. Principio de irreversibilidad de la normas ambientales en el derecho venezolano. *Revista Lex Difusión y Análisis*, año XII, octubre-noviembres 2011, número 196 y 197, año 8, México.

Equipo de Investigación ECOS Sud – MINCYT, Adoptar el principio de no regresión del derecho ambiental global: un desafío central para Río+20, La Ley Suplemento de Derecho Ambiental, Año XIX, número 1, Buenos Aires, 2012. Disponible en: http://www.farn.org.ar/newsite/wp-content/uploads/2011/05/suplemento_rio20_may2012.pdf

GIACOSA, Natalia y LLORET, Juan Sebastián. El principio de progresividad y los horizontes de su aplicación. *Revista de Derecho Ambiental.* número 28. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011.

JAQUENOD DE ZSÖGÖN, Silvia. *El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores*.3.ed Editorial Dykinson,. 1991.

JIMÉNEZ MEZA, Manrique. *Jurisprudencia Constitucional y Daño Ambiental*. Seminario sobre Daño Ambiental, Memoria, Procuraduría General de la República, San José, 2001.

JORDANO FRAGA, Jesús. Derecho Ambiental Siglo XXI, Medio y Derecho. *Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, número 9, Universidad de Sevilla, 2002.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando. *Introducción General*: Regresiones del Derecho Ambiental. Disponible en: http://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2010/03/valoracion_general_2011.pdf

LORENZETTI, Ricardo L. *Las Normas Fundamentales de Derecho Privado*. Rubinzal-Culzoni, 1995.

OJEDA MESTRE, Ramón, Del eterno retorno a la no regresión ambiental. *Revista Lex Difusión y Análisis*, año XII, octubre-noviembres 2011, número 196 y 197, año 8, México, 2011.

PIZA ESCALANTE, Rodolfo. *La Justicia Constitucional en Costa Rica*. Editorial Investigaciones Jurídicas, 2004.

PRIEUR, Michel. *El nuevo principio de no regresión en derecho ambiental*, 2011.

_____. La desregulación ambiental. *Revista jurídica del medio ambiente.* n.º 3, 1987.

SOZZO, Gonzalo. El principio de no regresión del derecho ambiental en el camino de la Conferencia de Río + 20. *Revista de Derecho Ambiental*, número 28, Buenos Aires: Abeledo Perrot, , 2011.

VALLS, Mario Francisco. *Presupuestos Mínimos Ambientales*. Buenos Aires: Astrea, 2012.
VERROS, María Valeria. Construyendo el Principio de No Regresión en el Derecho Argentino. *Revista de Derecho Ambiental.* número 28, Buenos Aires: Abeledo Perrot, , 2011.
VIGO, Rodolfo. Los principios generales del Derecho. *Revista Jurisprudencia.* Argentina, 1986.

PARTE II - **CAP. 09**

O ORDENAMENTO DO TERRITÓRIO E O SEU ENQUADRAMENTO LEGAL EM PORTUGAL

FERNANDO DOS REIS CONDESSO

INTRODUÇÃO

No contexto de constantes *mudanças económicas, sociais e culturais*, tem-se assistindo a uma *progressiva consciencialização* sobre a importância que os *territórios e os solos* podem representar, enquanto problema para a subsistência da própria vida e base da organização sustentável e correta das atividades humanas. As preocupações ambientais e um adequado ordenamento das atividades passaram à agenda política e da cidadania, influenciando decisivamente as opções das administrações públicas e os instrumentos do OT (OT), estratégicos, orientadores e interditadores. O seu enquadramento jurídico foi-se generalizando. O OT é uma política que se serve do *planeamento físico* como instrumento privilegiado, auxiliar fundamental das *políticas ambientais, urbanísticas e do desenvolvimento económico-social* sustentáveis.Procura garantir escolhas conciliáveis com melhor aproveitamento dos *recursos disponíveis*. O *desenvolvimento territorial sustentável* só pode ocorrer, numa perspetiva geral, com a aplicação às opções relacionadas com as atividades humanas, de uma *abordagem integral dos elementos territoriais* aos vários escalões de intervenção (unionistas europeus, nacionais, regionais e locais), com *preocupações endógenas* (economia, sociedade, cultura e política) e de *qualidade de vida*, conservação da natureza e defesa do ambiente. O grande objectivo da *política de OT* é a integração de todas as acções promovidas pelos particulares e pelas Administrações Públicas, de modo a garantir o *desenvolvimento territorial sustentável, ou seja, compatível, integrado e harmonioso*.

1. CONCEITO DE OT

A expressão "OT" aparece na década de vinte do séc.XX, em Inglaterra e Alemanha, para limitar o *desenvolvimento das cidades ao seu âmbito territorial.* E, depois, principalmente após a 2ª Guerra Mundial, vieram incorporar-se-lhe outros objetivos. Mais gerais, ligados ao conceito de "Plan de

l'Aménagement du Territoire"[1] do governo francês, ou mais específicos, como a proteção do ambiente, das riquezas naturais e da qualidade de vida, originados pela irrupção das preocupações ambientais e pela expansão demográfica e crescimento acelerado e desregrado dos centros urbanos[2]. O *OT* emerge como uma *moderna política pública* destinada à resolução dos problemas que são colocados à gestão pública local da utilização racional do solo, através de princípios e decisões, apontando soluções que traduzam estratégias de conjunto das opções globais de desenvolvimento.

Na Constituição portuguesa, o OT é tratado, não só como uma das tarefas mas também como um dos deveres fundamentais do Estado, ao prescrever, na alínea *c)* do artigo 9. °: «são tarefas do Estado (...) assegurar um correcto" OT e ainda na alínea *b)* do n.º 2 do artigo 66º que: «incumbe ao Estado (...) ordenar e promover" o OT.Por sua vez, a Carta Europeia do OT, aprovada pelo Conselho da Europa em 20 de Maio de 1983, estabelece que o OT é simultaneamente uma *disciplina científica, uma técnica administrativa e uma política,* que se evolui numa perspectiva interdisciplinar e integrada, visando desenvolver de forma equilibrada as regiões e, encontrando a utilização óptima do espaço, segundo uma concepção orientadora tendente à gestão responsável dos recursos naturais, à protecção do ambiente, à utilização racional do território[3] e à melhoria da qualidade de vida. O *objetivo principal* do OT consiste na «racionalização da intervenção humana no território, integrando as diferentes actividades com incidência ou repercussão territorial e definindo a utilização óptima dos recursos à disposição de uma determinada população, em ordem ao desenvolvimento dessas actividades, de forma equilibrada e respeitosa do ambiente».Trata-se de um instrumento do Poder, pois implica orientações que afectam toda a sociedade, todos os sectores de atividade, com efeitos sobre as Administrações Públicas territoriais existentes dentro do Estado, e agentes privados, originando problemas de divisão de atribuições e competências, capaz de gerar conflitualidade interadministrativa.Deste modo, compete ao Estado a organização do território, promovendo «políticas ativas de OT, de acordo com o interesse público e no respeito pelos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, o que envolve a obrigação de zelar pela efectiva consolidação de um sistema de gestão territorial e de

1 Vide, Condesso, F. – *Direito do Ambiente*. Coimbra: Almedina, 2001, p.137 e ss.; *-Desarrollo y cohesión en la Península Ibérica: El problema de la ordenación territorial*. Barcelona: Erasmus, 2011, p 36; *-OT: Administração Pública do Território, Direito do Planeamento Territorial e Desenvolvimento Regional*. Lisboa: ISCSP, 2005, p.39,

2 Salgado, Nuno – «OT e Urbanismo». Versão 1-Originária. In http://www.diramb.gov.pt /data/basedoc/FCH_ 7526_D.htm. p.1

3 O OT contribui para uma melhor organização do território e para a procura de soluções aos problemas que ultrapassam a escala nacional. Deste modo, deve ser entendido como um processo continuado de gestão da interacção do homem e do espaço natural, exigindo medidas reequilibradoras de política regional.

acautelar os efeitos que as demais políticas prosseguidas possam, aos diversos níveis, envolver" para o OT[4].

O OT é uma tarefa que tem de envolver todos os habitantes e intervenientes num dado território, a todos cabendo a *participação pública* nos processos da sua implantação e da sua correção, cujo objetivo fundamental é garantir um desenvolvimento espacial que seja compatível com uma racional e correta organização das atividades económicas, urbanísticas e de lazer, atuais e futuras, em ordem a criar e manter a qualidade de vida dos seus habitantes[5]. A Constituição, em disposição sobre o ambiente e qualidade de vida, estabelece que, para assegurar o direito ao ambiente, no quadro do desenvolvimento sustentável, compete ao Estado ordenar e promover o OT, tendo em vista uma *correta localização das atividades*, um *equilibrado desenvolvimento económico* e a valorização da *paisagem*.No fundo, o OT é uma tarefa que tem também como objetivos fundamentais a defesa do ambiente e a racionalidade na ocupação dos solos. Portanto, a garantia de um *desenvolvimento compatível, resiliente*, em geral *sustentável*, atual e futuro, e a correspondente *qualidade de vida* geral das populações.

2. TERRITÓRIO E CONCEITOS DE AMBIENTE E DE URBANISMO

A *horizontalidade* **do tratamento da matéria do ambiente[6] leva a que o OT apresente** *zonas de fronteira.* **E, por vezes,** *zonas de sobreposição* **entre as várias políticas públicas, que visam enquadrar as suas disciplinas, como sejam o** *urbanismo, o ambiente e as políticas sectoriais***, abarcando ainda os transportes, as comunicações, a energia, a educação, a saúde, a indústria, etc.[7].Este facto tem levado a alguma confusão entre estas matérias, gerando fenómenos de apropriação ou de aparente supremacia, quando**

4 Condesso, F. – *Direito do Urbanismo: Noções Fundamentais*. Lisboa: Quid Juris?, 1999. p.20

5 Cruz, João Biencard – «Planeamento e Administração do Território». In *Estratégia e Planeamento da Gestão e Administração Pública*. Fórum 2000 – Renovar a Administração. Lisboa: ISCSP, 1995. p.161

6 Vide, em geral, Condesso, F. – *Direito do Ambiente*. Coimbra: Almedina, 2001, 1319 páginas.

7 A inter-relação entre estas matérias aparece, aliás, claramente desde a legislação da década de oitenta, quer na legislação intergovernamental e supranacional como na legislação estadual, designadamente na *Lei de Bases da Política do Ambiente* (n.º11/87, de 7 de Abril, em cuja elaboração parlamentar participamos), na *Lei de Bases da Política de OT e de Urbanismo* (Decreto-Lei n.º Lei nº. 48/98, de 11.8, alterada pela Lei n.º54/2007, de 31.8), no Decreto-Lei n.º380/99, de 12 de Setembro, sobre planeamento territorial, com versão final das alterações publicada pelo Decreto-Lei n.º 46/2009, de 20/2, e regulamentado pelos Decretos Regulamentares n.º 9/2009 (conceitos técnicos nos domínios do OT e do urbanismo), nº 10/2009 (cartografia a utilizar nos instrumentos de gestão territorial) e nº 11/2009 de 29 de Maio (critérios de classificação e requalificação do solo, bem como os critérios e as categorias de qualificação do solo rural e urbano) e no Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, com versão final das alterações publicada pelo Decreto-Lei 26/2010, de 30.3(sobre urbanização e edificação), no *Programa Nacional de Política de OT* (Lei n.º 58/2007, de 4/9 e corrigido pela Declaração de Retificação n.º80-A/2007, de 7/9) *e na Estratégia Nacional de Desenvolvimento Sustentável.*

pela sua não só verticalidade mas também horizontalidade, estamos em geral face a domínios onde deverá existir *complementaridade, articulação e interação*[8].

2.1. DIREITO DO URBANISMO E DIREITO DO OT

O OT inicialmente separava-se da *planificação e da política económica*. Nascera para superar os objetivos iniciais do urbanismo[9-10-11]. Importa entender que os planos urbanísticos devem ser «uma definição concreta de elementos efetivos em vários aspetos e com a consideração de diversos vetores, mas também e essencialmente uma actualização dos aspectos de ordenamento que tenham a ver com a utilização de solos urbanos e com o direito dos particulares a neles construir, ou edificar, em condições que sejam de todos conhecidas e previsíveis»[].

Na actualidade, o urbanismo passa por uma "abordagem global e integradora de tudo o que se refere à relação do homem com o meio em que se insere, e que tem o solo, recurso natural insubstituível e inexpansível, como eixo operativo, impondo estratégias de intervenção, que seriam impossíveis sem um dado planeamento»[12].

2.2 INTERAÇÃO LEGISLATIVA ENTRE URBANISMO E O AMBIENTE URBANO

Quanto ao *urbanismo e ao ambiente* tem ganho uma importância crescente o chamado *ambiente urbano*, virado para o tratamento das questões ambientais nas cidades, na medida em que o *conceito de desenvolvimento susten-*

8 Embora apesar do respeito pelas características próprias de cada uma, a questão ambiental, fugindo na medida do possível a visão antropocêntrica, em princípio dever ter preferência protetiva face ao urbanismo e mesmo outras atividades económicas.

9 O objeto do direito do urbanismo engloba quatro grandes sectores: as regras jurídicas que disciplinam a ocupação, uso e transformação do solo; o direito e política de solos; os instrumentos jurídicos de gestão urbanística; e o direito da construção.

10 como actividade administrativa de planificação e ordenamento, de âmbito regional e de carácter integral, coordenando as diversas actividades sectoriais a desenvolver no espaço físico. Concebido deste modo, o OT dificilmente se distinguirá do urbanismo, visto que, «a essência do direito do urbanismo reside na harmonização ou compatibilização entre os diferentes interesses implicados no uso e transformação desse bem essencial (...) que é o solo, sendo, por isso, constituído por normas jurídicas cuja função é a ponderação de interesses e a superação dos conflitos de interesses surgidos a propósito da utilização do mesmo»: Correia, F. Alves – «Direito do Urbanismo Português». In www.informac.gov.mo/aam/queries/pget1.ide?inbo=p3& intitle=(Urbanismo_e_Ambiente).

11 As normas do OT constituiriam meras diretivas que não são directamente vinculativas para os particulares, mas somente para os municípios e outros organismos administrativos que intervinham na elaboração dos documentos de planeamento, enquanto as normas de direito urbanístico consubstanciariam comandos directamente vinculativos, quer para a Administração, quer para os particulares, definindo de modo concreto e preciso o destino e o regime de uso e transformação do solo: Salgado, Nuno – «OT e Urbanismo». Versão 1-Originária. In http://www.diramb.gov.pt/data/basedoc/FCH_ 7526_D.htm. p.2

12 Condesso, F. – *Direito do Urbanismo: Noções Fundamentais*. Lisboa: Quid Juris?, 1999. p.9. Daí que se possa afirmar que, se nem todo o ordenamento é urbanismo em sentido estrito, porque nem tudo se reporta à cidade, todo o urbanismo é ordenamento ou tende a pressupor ordenamento.

tado ou compatível leva a aceitar que a qualidade do ambiente tem de ser um objetivo último dos *processos de planeamento urbano*, conciliando desenvolvimento e gestão das atividades no espaço[13].

3. RELAÇÃO ENTRE OS INSTRUMENTOS DE ÂMBITO NACIONAL E REGIONAL

O Programa Nacional da Política de OT (PNPOT), os planos sectoriais (PSIT), os planos especiais (PEOT) e os planos regionais (PROT) traduzem um *compromisso recíproco de compatibilização* das respetivas opções. O Programa Nacional da Política de OT, os planos sectoriais e os planos regionais de OT estabelecem os princípios e as regras orientadoras da disciplina a definir por novos planos especiais de OT, mas os PEOT devem indicar expressamente as normas que revogam ou alteram, quando procedam à alteração de plano especial anterior ou contrariem plano sectorial ou regional de OT preexistente.

O PNPOT implica a alteração dos PEOT que com o mesmo não se compatibilizem. A elaboração dos PEOT é condicionada pelas orientações definidas no PNPOT que desenvolvem e concretizam, devendo assegurar a necessária compatibilização com os PROT. Os PROT integram as opções definidas pelo PNPOT e pelos PSIT preexistentes.

Quando sobre a mesma área territorial incida mais do que um PSIT ou mais do que um PEOT, o plano posterior deve indicar expressamente quais as normas do plano preexistente que revoga, sob pena de invalidade por violação deste.

3.1. RELAÇÕES ENTRE INSTRUMENTOS DE GESTÃO TERRITORIAL

Em caso de sobreposição territorial de planos, impõe-se ponderar a eventual existência de colisões e antinomias e, então, seguir um critério de conciliação, estando em causa exigências de compatibilidade e de conformidade; ou de resolução de conflitos entre normas, seja o critério cronológico, o da especialidade ou o da hierarquia, sem prejuízo do princípio da derro-

13 Segundo a Lei de Bases do Ambiente, definidora das orientações da política do ambiente deve optimizar e garantir a continuidade da utilização dos recursos naturais e aparecer ligada ao OT, visando essencialmente a expansão correcta das áreas urbanas, o estabelecimento de espaços verdes e suburbanos, o reforço de acções e medidas de defesa e recuperação do património cultural, a correcta instalação de actividades produtivas, a integração da expansão urbano industrial na paisagem, o estabelecimento de condicionamentos ao uso e ocupação do solo para fins urbanos e industriais, entre outros.Entre os instrumentos da política ambiental surge o ordenamento territorial – incluindo a classificação e a criação de áreas protegidas, sujeitas a estatutos especiais de conservação –, os planos regionais de OT, os planos directores municipais e outros instrumentos de intervenção urbanística, com sejam, a regulação quantificada do uso do solo e dos restantes recursos naturais e as respectivas sanções pelo incumprimento no disposto em legislação sobre o ambiente e o OT

gação automática de normas antinómicas de planos superiores, no caso de aprovação de planos infra-ordenados que o poder estatal aceite validar (princípio da contracorrente)[14].O *princípio da articulação interadministrativa* visa propiciar a *compatibilidade recíproca* entre planos, que não estão ligados por hierarquia, traduzindo-se na proibição de coexistência de planos com disposições contraditórias[15].

4.PLANOS DIRETAMENTE VINCULATIVOS DE ENTIDADES PÚBLICAS E PRIVADAS

São-no os Planos municipais e os Planos especiais de OT. Quanto aos sistemas de execução, temos a compensação; a cooperação e a imposição Administrativa, que funcionam no interior de unidades de execução[16].

5. DIREITO DO PLANEAMENTO TERRITORIAL E DIREITO DO PLANEAMENTO AMBIENTAL

5.1. OBJETIVOS DO PLANEAMENTO FÍSICO

Visa a gestão dos recursos, ordenando e estabelecendo regras para as ocupações de modo a qualificar e assegurar a vida das populações e preservar os recursos naturais e apoiar todas formas de vida[17].O *plano* é o instrumento básico de OT, concretizado através da aprovação pelas entidades públicas de planos elaborados de acordo com uma tipologia e regras pré-definidas, para permitir a audição de todas as entidades da Administração com responsabilidades nos sectores implicados e dos particulares enquanto interessados diretos[18].A gestão urbana e regional "pode passar pelo ordenamento do espa-

14 Neste último caso, se o poder estadual não aceitar tal validação da aprovação de normas autárquicas que voa contra um plano de abrangência superior, esta seria sancionada com a sua nulidade, não funcionando o princípio da contracorrente entre os planos (v.g. n.º2 do artigo 20.º).

15 V.g. planos sectoriais sobre a mesma zona, planos especiais (artigo 23º, n.º6) sobre a mesma zona; planos municipais sobre o mesmo município, sem hierarquia ou de municípios vizinhos. Mas também há em geral, quando cronologicamente subsequentes, a obrigação de o plano hierarquicamente superior e mais amplo tomar em consideração as disposições de um plano hierarquicamente inferior e abrangente de uma área mais restrita, já em vigor (artigo 10º Lei de Bases e artigo 20º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 380/99). E para isso se o atual sistema de planificação física está dotado de regras de coordenação das intervenções, no entanto não lhe um regime razoável de regras de flexibilização.

16 O sistema de compensação pode ser efetivado pelos particulares ou em termos mistos pelos particulares e a Administração urbanística. O sistema de cooperação, pela Administração e/ou Particulares e Administração. O sistema de imposição administrativa, pela Administração (diretamente ou por intermédio de concessionário).O sistema de imposição administrativa aplica-se para aquelas intervenções que, nos termos do mesmo, assumam uma prioridade absoluta. O sistema de cooperação, às intervenções desejáveis (disponibilizando-se a administração para substituir os proprietários que se não queiram associar) e o sistema de compensação, às intervenções meramente admissíveis, mas que se devem realizar com determinadas condições.

17 Trata-se um processo integrado de elaboração de planos e da sua gestão, com vista a «revalorizar ou preservar o património natural, construído ou cultural, prever e ordenar as transformações e as dinâmicas dos aglomerados, e estabelecer o equilíbrio necessário a uma evolução sustentada para as ocupações humanas»: LOPES, Hugo Manuel Soares – «Considerações sobre o OT». In *Revista Millenium Internet*: www.ipv.pt/millenium/ect7_hmsp. htm. Nº 7, Julho 1997. p.1-5

18 O *planeamento* deve proceder à "implementação dos planos e seguindo princípios de justiça e

ço e passa necessariamente pelo planeamento, que implica os planos, a sua instrumentalização e a sua monitorização, num contexto de participação e de condução estratégica, a partir dos meios e da programação»[19].

5.2. IDENTIFICAÇÃO DOS RECURSOS E VALORES TERRITORIAIS

Os IGT devem identificar os recursos e valores naturais, os sistemas indispensáveis à utilização sustentável do território e efetivar o estabelecimento das medidas básicas e os limiares de utilização que garantem a renovação e valorização do património natural.

Os IGT identificam os recursos territoriais com relevância estratégica para a sustentabilidade ambiental e a solidariedade intergeracional, designadamente: orla costeira e zonas ribeirinhas; albufeiras de águas públicas; areas protegidas; Rede hidrográfica; e outros recursos territoriais relevantes para a conservação da natureza e da biodiversidade.

O PNPOT, os PROT, os PIOT e os PSIT definirão os princípios e diretrizes que concretizam as orientações políticas relativas à proteção dos recursos e valores naturais. Os PMOT estabelecerão, no quadro definido pelo sistema de IGT, cuja eficácia condicione o respetivo conteúdo, os parâmetros de ocupação e de utilização do solo adequados à salvaguarda e valorização dos recursos e valores naturais; designadamente, os parâmetros urbanísticos aplicáveis e a delimitação de zonas de proteção de elementos e conjuntos construídos que representam testemunhos da história da ocupação e do uso do território e assumem interesse relevante para a memória e a identidade das comunidades. Os PEOT estabelecerão usos preferenciais, condicionados e interditos, determinados por critérios de conservação da natureza e da biodiversidade, por forma a compatibilizá-la com a fruição pelas populações.

---

de razoabilidade, equilibrando direitos e deveres, seguindo um processo democrático participado sem interrupção e actuando a tempo, antecipando-se às evoluções através de um método de previsão de horizonte deslizante»: CONDESSO, F. – «O OT e a Modelação Ibérica». In *Congresso Internacional – Ordenamento Territorial e Desenvolvimento Urbano*, Bloco I: Conferência 4. Lisboa: ISCSP, Novembro 2004. p.101

19 Compete ao governo a elaboração dos planos nacionais de desenvolvimento, sendo que a formulação de políticas de desenvolvimento de um qualquer país ou região requer mais do que uma simples formulação de objectivos de crescimento. «Uma verdadeira política regional terá de ser sempre acompanhada de todo o processo de transferência do exercício de soberania do nível central para o nível regional e local»:CRUZ, Luís Braga da – «Relações do Planeamento Regional com os outros níveis de planeamento». In *Estratégia e Planeamento da Gestão e Administração Pública*. Fórum 2000 – Renovar a Administração. Lisboa: ISCSP, 1995, p. 125-142

6. DIREITO DOS INSTRUMENTOS DE GESTÃO TERRITORIAL

6.1.ENQUADRAMENTO DOS MACROPRINCÍPIOS ESTRUTURANTES

A Constituição da Republica Portuguesa, no n.º 4 do seu art. 65.º, relativo à «Habitação e Urbanismo», vem enunciar que o Estado, as regiões autónomas e as autarquias locais "definem as regras de ocupação, uso e transformação dos solos urbanos, designadamente através de instrumentos de planeamento, no quadro das leis respeitantes ao OT e ao urbanismo»[20].Na LBPOTU aparece desde logo como prioritário, o enquadramento das exigências do desenvolvimento sustentável através da procura de um equilíbrio entre as atividades humanas e o território em que, a integração das ações sectoriais se revela fundamental na economia do sistema desta lei.A política de OT e de urbanismo "define e integra, com base na instituição de um sistema de gestão territorial, as ações promovidas pela Administração Pública, para assegurar uma adequada organização e utilização do território nacional, em ordem à sua valorização, designadamente no espaço europeu, na perspetiva do desenvolvimento económico, social e cultural integrado, harmonioso, sustentável do país, suas diferentes regiões e aglomerados urbanos»[21].

6.2. PRINCÍPIOS JURÍDICOS ESTRUTURANTES DO PLANEAMENTO

Entre os princípios mais importantes, temos o da obrigatoriedade e precedência do planeamento para a gestão urbanística, da tipicidade, da hierarquia, da contracorrente planificadora, da estabilidade e flexibilidade, da identificação dos recursos e valores territoriais, da determinação do destino básico dos terrenos através da definição do uso do solo pelos PMOT, por meio da sua classificação e da determinação da definição do perímetro urbano através da

20 O RJIGT veio dar execução aos princípios e objetivos estabelecidos, e tornou mais percetível o enquadramento dos PMOT enquanto instrumentos de planeamento territorial, considerados de âmbito municipal.Com a entrada em vigor da LBPOTU e do RJIGT o sistema de relacionamento entre as várias entidades públicas com competências em matéria de OT e de Urbanismo passou a estar assente em ideias de coordenação e de concertação entre as várias entidades, permitindo que se consiga um sistema de planeamento mais flexível e harmónico.

21 Segundo o regime jurídico em vigor no nosso País, as principais espécies de planos previstos pelo legislador são: o Plano Nacional do OT; os Planos Regionais de OT; e os Planos Municipais de OT, que por sua vez compreendem os Planos Directores Municipais; os Planos de Urbanização e os Planos de Pormenor. Estes últimos.locais, são aprovados pelas Assembleias Municipais e ratificados pelo Conselho de Ministros, sendo compostos por um Regulamento (normas que materializam o modelo e estratégia de desenvolvimento local adoptados pelo município); Cartas de Ordenamento (onde são implantadas as categorias de espaço e a distribuição das actividades económicas); e Cartas de Condicionantes (implantação de restrições de utilidade pública que constituam limitações a certas formas de ocupação).Vide, Condesso, F.-«Administração pública, direito e urbanismo: as assembleias municipais no sistema português de governo local".*Revista Observatorio Medioambiental.* Ed. IUCA, Universidad Complutense de Madrid.2008,

qualificação do solo urbano (terreno para o qual é reconhecida vocação para o processo de urbanização e de edificação: solos urbanizados, cuja urbanização seja possível programar e afetos à estrutura ecológica necessários ao equilíbrio do sistema urbano), da excecionalidade da classificação do solo como urbano, da ponderação dos justos interesses relevantes, da participação, com iniciativa particular e com discussão pública, da harmonização e hierarquização/graduação dos interesses com expressão territorial, da endocoordenação (interna) e heterocoordenação (externa: políticas) das intervenções/concertação/articulação das soluções, da interrelação entre o planeamento ordenamental territorial e o planeamento urbanístico, da compatibilidade, conformidade e sancionamento jurídico, excecionalidade da ratificação governamental dos PDM, pluralidade de poderes políticos e administrativos de aprovação e da natureza diversa das respetivas vinculatividades[22].

6.3. PRINCÍPIOS JURÍDICOS E ORIENTAÇÕES DE POLÍTICA NA LEI DO PLANO NACIONAL DE OT

Previsto na alínea *a)* do n.º 2 do artigo 65º da CRP, o PNOT estabelece as grandes opções com relevância para a organização do território nacional, bem como consubstancia o quadro de referência a considerar na elaboração dos demais instrumentos de gestão territorial[23]. A *função geral* do PNPOT é estabelecer as grandes opções com relevância para a organização do território nacional, consubstanciando o quadro de referência a considerar na elaboração dos demais IGT e constituindo um instrumento de cooperação com os outros Estados para a organização do território da União Europeia (ETE), concretizando as opções definidas no plano nacional de desenvolvimento económico e social e definindo um modelo de organização espacial[24-25].

22 De fato, todo o sistema de planificação física pode enquadrar-se nestas categorias: instrumentos de desenvolvimento territorial (Programa Nacional da Política de OT, Planos Regionais de OT, Planos Intermunicipais de OT), instrumentos de planeamento sectorial (Planos sectoriais dos vários departamentos ministeriais com incidência territorial), instrumentos de planeamento especial (Planos de Ordenamento de Áreas Protegidas, Planos de Albufeiras de Águas Públicas, Planos de Ordenamento da Orla Costeira e Planos de Ordenamento de Estuários), instrumentos de planeamento territorial (planos municipais de OT).Vejamos, em seguida, os principais objetivos de cada um deles.

23 Deste modo, visa definir as bases para o desenvolvimento harmonioso e sustentável do País; garantir a coesão territorial atenuando as assimetrias regionais e garantindo a igualdade de oportunidades; coordenar as políticas sectoriais com incidência na organização do território, bem como racionalizar a implantação de equipamentos e a definição de redes, entre outros.

24 Com efeito, os *objetivos* são: a) Definir o quadro unitário para o desenvolvimento territorial integrado, harmonioso e sustentável do País, tendo em conta a identidade própria das suas diversas parcelas e a sua inserção no espaço da União Europeia; b) Garantir a coesão territorial do País, atenuando as assimetrias regionais e garantindo a igualdade de oportunidades; c) Estabelecer a tradução espacial das estratégias de desenvolvimento económico e social; d) Articular as políticas sectoriais com incidência na organização do território; e) Racionalizar o povoamento, a implantação de equipamentos estruturantes e a definição das redes; f) Estabelecer os parâmetros de acesso às funções urbanas e às formas de mobilidade; e g) Definir os princípios orientadores da disciplina de ocupação do território.

25 Quanto ao conteúdo material do Programa Nacional da Política de OT é estabelecer:a)- As

6.4.ENQUADRAMENTO JURÍDICO GERAL DO PLANEAMENTO REGIONAL DE OT

Os PROT são um instrumento meramente programático que se limita a estabelecer normas gerais de ocupação e utilização do território e ainda a fundamentar um correto zonamento[26]. Definem a estratégia regional de desenvolvimento territorial, integrando as opções estabelecidas a nível nacional e considerando as estratégias municipais de desenvolvimento local, constituindo o quadro de referência para a elaboração dos planos municipais de OT[27].

6.5. ENQUADRAMENTO JURÍDICO GERAL DO PLANEAMENTO MUNICIPAL E INTERMUNICIPAL DE OT

Os PMOT são instrumentos de natureza regulamentar aprovados pelos municípios e estabelecem o regime do uso do solo, definindo modelos de evolução previsível da ocupação humana e da organização de redes e sistemas urbanos, bem como os parâmetros de aproveitamento do solo e da garantia da qualidade ambiental[28]. O *Plano de Pormenor* desenvolve e concretiza

---

opções e as diretrizes relativas à conformação do sistema urbano, das redes, das infraestruturas e equipamentos de interesse nacional, bem como à salvaguarda e valorização das áreas de interesse nacional em termos ambientais, patrimoniais e de desenvolvimento rural; b)- Os objetivos e os princípios assumidos pelo Estado, numa perspetiva de médio e de longo prazos, quanto à localização das atividades, dos serviços e dos grandes investimentos públicos; c)- Os padrões mínimos e os objetivos a atingir em matéria de qualidade de vida e de efetivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais; d)- Os objetivos qualitativos e quantitativos a atingir em matéria de estruturas de povoamento, bem como de implantação de infraestruturas e de equipamentos estruturantes; e)- As orientações para a coordenação entre as políticas de OT e de desenvolvimento regional, em particular para as áreas em que as condições de vida ou a qualidade do ambiente sejam inferiores à média nacional; f)- Os mecanismos de articulação entre as políticas de OT e de ambiente que assegurem as condições necessárias à concretização de uma estratégia de desenvolvimento sustentável e de utilização parcimoniosa dos recursos naturais; g)- As medidas de coordenação dos planos sectoriais com incidência territorial. Pode caber, ainda, a este PNPOT estabelecer diretrizes aplicáveis a um determinado tipo de áreas ou de temáticas com incidência territorial, visando assegurar a igualdade de regimes e a coerência na sua observância pelos demais instrumentos de gestão territorial.

26 Decreto-Lei n.º 176-A/88 de 18 de Maio, posteriormente alterado pelo Decreto-lei nº 367/90 de 26 de Novembro.

27 Trata-se de um plano diretivo e não operativo, cujas normas e princípios vinculam não apenas o ente público que o elabora e o que aprova, que é o Estado, mas também outras entidades públicas (municípios). Os seus objetivos são: a) Desenvolver, no âmbito regional, as opções constantes do programa nacional da política de OT e dos planos sectoriais; b) Traduzir, em termos espaciais, os grandes objetivos de desenvolvimento económico e social sustentável formulados no plano de desenvolvimento regional; c) Equacionar as medidas tendentes à atenuação das assimetrias de desenvolvimento intrarregionais; d) Servir de base à formulação da estratégia nacional de ordenamento territorial e de quadro de referência para a elaboração dos planos especiais, intermunicipais e municipais de OT.

28 Art.º 69.º RJIGT.Como se encontra definido no art.º 70.º do RJIGT, estes planos visam estabelecer ao nível local: a tradução do quadro de desenvolvimento do território; a expressão territorial da estratégia de desenvolvimento; a articulação das políticas sectoriais; os princípios de garantia da qualidade ambiental e preservação do património; os critérios de localização das actividades industriais, turísticas, e comerciais; bem como os parâmetros de uso do solo e de uso e fruição do espaço público. No que se refere à sua vigência, o art. 83.º RJIGT refere que os PMOT poderão ter um prazo de vigência previamente fixado, permanecendo, no entanto, eficazes até à entrada em vigor da respetiva revisão ou alteração.Dentre eles, temos os *Planos Diretores Municipais* é um plano de elaboração obrigatória que estabelece o modelo de estrutura espacial de todo território municipal, o qual

propostas de organização espacial de qualquer área específica do território municipal, definindo com detalhe a concepção da forma de ocupação e servindo de base aos projectos de execução das infra-estruturas, da arquitectura dos edifícios e dos espaços exteriores, de acordo com as prioridades estabelecidas nos programas de execução constantes do plano director municipal e do plano de urbanização, podendo, igualmente, desenvolver e concretizar programas de ação territorial[29].

6.6. PRINCÍPIOS JURÍDICOS E ORIENTAÇÕES DO PLANEAMENTO AMBIENTAL ESPECIAL DE OT

Os PEOT são os planos de ordenamento de *áreas protegidas*, os planos de ordenamento de *albufeiras* de águas públicas, os planos de ordenamento da *orla costeira* e os planos de ordenamento dos *estuários* e suas zonas húmidas, desde logo protegidas pela *Convenção de Ramsar*. Os PEOT são os planos de ordenamento de áreas protegidas, os planos de ordenamento de albufeiras de águas públicas, os planos de ordenamento da orla costeira e os planos de ordenamento dos estuários[30].

---

assenta na classificação do espaço urbano e rural e os respetivos usos dominantes, e desenvolve-se através da qualificação do solo. Têm a natureza de regulamento administrativo sendo vinculativos para a Administração bem como para os particulares (art. 84º RJIGT). As soluções constantes deste diploma, porque com força obrigatória geral, são um poderoso instrumento ordenador, cuja importância do ponto de vista da atuação da Administração e da salvaguarda dos interesses particulares não é demais sublinhar, uma vez que a sua existência permite saber e prever, em cada momento, aquilo que é possível e desejável que seja edificado (...)».Os PDM definem a estratégia de desenvolvimento territorial, a política municipal de OT, urbanismo e restantes políticas urbanas, integram e articulam as orientações estabelecidas pelos IGT de âmbito nacional e regional e estabelecem o modelo de organização espacial do território municipal, sendo um *instrumento de referência* para a elaboração do PU e PP, programas de ação territorial e desenvolvimento das intervenções sectoriais da Administração Estadual, em concretização do princípio da coordenação das respetivas estratégias de ordenamento territorial. Ao *Plano de Urbanização* cabe definir a estrutura urbana, o regime de uso do solo e os critérios de transformação do território de um aglomerado específico. Plano de Pormenor: regras sobre a implantação das infraestruturas e o desenho dos espaços de utilização coletiva, a forma de edificação e a disciplina da sua integração na paisagem, a localização e inserção urbanística dos equipamentos de utilização coletiva, a organização espacial das demais atividades de interesse geral e programas de ação territorial. O *Plano de Urbanização* prossegue o equilíbrio da composição urbanística (art. 88.º RJIGT), definindo a organização espacial de parte determinada do território municipal, incluída em perímetros urbanos, podendo englobar solo rural complementar que exija uma intervenção integrada de planeamento (art.º 87.º RJIGT). Os PU abrangem desta forma áreas urbanizáveis, podendo também abranger áreas não urbanizáveis intermédias ou suas envolventes.

29 Art.º 90º RJIGT.Em suma, «considerando o plano como a matriz de critérios de apoio à tomada de decisão relativamente ao uso do solo, onde as questões económicas, sociais e ambientais se articulam sobre as dimensões espaciais de gestão do território, a sua contribuição para o desenvolvimento sustentável depende da definição de uma estrutura concetual que permita atender às interacções entre uso do solo e alterações ambientais»: CUNHA, Maria Luísa Oliveira e – «O Planeamento Territorial como um Instrumento de Política para a Operacionalização do Desenvolvimento Sustentável». In *Revista Millenium*: http://www.ipv.pt/millenium/Millenium_19.htm. p.4

30 Os seus objetivos são a salvaguarda do interesse nacional estas áreas territoriais, delimitadas e a tutela de princípios fundamentais consagrados no programa nacional da política de OT enquanto não estejam asseguradas por PMOT eficaz. Trata-se, pois, de um *meio supletivo* de intervenção do Governo, tendo em vista a prossecução de objetivos de interesse nacional com repercussão espacial, estabelecendo regimes de salvaguarda de recursos e valores naturais e assegurando a permanência dos sistemas indispensáveis à utilização sustentável do território.

7. CONCLUSÃO

Podemos concluir dizendo que o OT visa a organização das estruturas humanas e sociais num determinado espaço geográfico com o objetivo de valorizar as potencialidades do território, desenvolver as estruturas ecológicas de que dependem a vida e a expressão cultural da paisagem para, dessa forma, melhorar a qualidade e a dignidade de vida das populações.Um plano nacional de OT tem que se basear na lógica dos planos das diferentes regiões que, por sua vez, têm por base planos municipais que definem a *ocupação, uso e transformação dos solos* e estabelecem princípios para a gestão dos aglomerados urbanos, a organizar por *planos operativos,* que regulem, ordenem e preservem a sua *estrutura construída* e que definam coerentemente a localização das diferentes atividades humanas e económicas. São os planos de urbanização e os de pormenor que delimitam e desenham as malhas que estruturam e definem a urbe.As *autoridades locais* devem integrar os princípios da sustentabilidade no estabelecimento das suas políticas de OT, pois um sistema de gestão, assente na necessidade de combater as assimetrias de desenvolvimento económico-social e na sua sustentabilidade e compatibilidade ambiental, leva a que as decisões tomadas tenham também em conta os interesses os das gerações vindouras, permitindo assim às gerações presentes satisfazer as suas necessidades sem que com isso ponham em risco a possibilidade de as gerações futuras virem a satisfazer as suas próprias necessidades.Promover o desenvolvimento sustentável implica adoptar uma atitude de abertura à inovação e de capacidade para assumir os riscos que lhe são inerentes, ou seja, cada passo dado no sentido da preservação do ambiente natural, histórico, arquitectónico ou cultural, tem que ser aceite pelas populações que pretende servir.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Diogo Freitas do . Análise Preliminar da Lei de Bases do Ambiente. In http://www.diramb.gov.pt/data/basedoc/FCH_9134_D.htmLisboa, 1993

BRANCO, Jorge Castelo. Ordenamentos. In http://www.informac.gov.mo/aam/ portuguese/boletim/3/art3-4.html.

CONDESSO, Fernando dos Reis . OT: Administração Pública do Território, Direito do Planeamento Territorial e Desenvolvimento Regional. Lisboa: ISCSP, 2005.

_____. Direito do Ambiente. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. Direito do Urbanismo: Noções Fundamentais. Lisboa: Quid Juris?, 1999.

_____. O OT e a Modelação Ibérica. In Congresso Internacional – Ordenamento Territorial e Desenvolvimento Urbano, Bloco I: Conferência 4. Lisboa: ISCSP, Novembro 2004.

_____. Desarrollo y cohesión en la Península Ibérica: El problema de la ordenación territorial. Barcelona: Erasmus, 2011.

CORREIA, F. Alves. Direito do Urbanismo Português. In www.informac.gov.mo/aam/queries/pget1.ide?inbo=p3&intitle=(Urbanismo_e_Ambiente).

CRUZ, João Biencard . Planeamento e Administração do Território. In Estratégia e Planeamento da Gestão e Administração Pública. Fórum 2000 – Renovar a Administração. Lisboa: ISCSP, 1995.

CRUZ, Luís Braga da . Relações do Planeamento Regional com os outros níveis de planeamento. In Estratégia e Planeamento da Gestão e Administração Pública. Fórum 2000 – Renovar a Administração. Lisboa: ISCSP, 1995.

CUNHA, Maria Luísa Oliveira e. O Planeamento Territorial como um Instrumento de Política para a Operacionalização do Desenvolvimento Sustentável. Revista Millenium Internet: http://www.ipv.pt/millenium/Millenium_19.htm.

LÔBO, Costa. Planeamento Urbanístico – Administração do Território». Estratégia e Planeamento da Gestão e Administração Pública. Fórum 2000 – Renovar a Administração. Lisboa: ISCSP, 1995.

LOPES, Hugo Manuel. Considerações sobre o OT. Revista Millenium Internet: www.ipv.pt/millenium/ect7_hmsp.htm. N. º 7, Julho 1997.

SALGADO, Nuno . OT e Urbanismo. Versão 1-Originária. In http://www.diramb.gov.pt/data/basedoc/FCH_7526_D.htm.

ALVES, Demétrio .Os Problemas do Planeamento a Nível Local e as suas Ligações com os restantes Níveis de Planeamento. Estratégia e Planeamento da Gestão e Administração Pública. Fórum 2000 – Renovar a Administração. Lisboa: ISCSP, 1995.

ALVES, Fernando M.B. Avaliação da Qualidade do Espaço Político Urbano. Proposta Metodológica. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. Fundação para a Ciência e Tecnologia, 2003.
BAPTISTA, A.J. Mendes .OT e Desenvolvimento dos Territórios Rurais. Seminário Leader: OT e Desenvolvimento Rural. Covilhã: Dezembro 2004.
BAPTISTA, Idalina .Desenvolvimento Sustentável e Planeamento Territorial: Novos Desafios no Envolvimento da Sociedade Civil». MLA. In http://www.wteamup.pt/ docs/expresso_03Nov02.pdf.
CHOAY, Françoise .O Urbanismo – Utopias e Realidades. Uma Antologia. 5.ed .Editora Perspectiva, 2002.
CONSELHO EUROPEU DE URBANISTAS .A Visão do Conselho Europeu de Urbanistas sobre as Cidades do Séc. XXI. Lisboa: Multitipo, A. G. Lda., Novembro 20003
LACAZE, Jean Paul .O OT. Instituto Piaget: Colecção Básica de Ciência e Cultura. 1998
SANTOS, Ana; GASPAR, Rosário; CONDESSA, Beatriz .Bases para um Esquema de OT à Escala do Continente. In http://panda.igeo.pt/beot/html/AS_RG_BC.pdf.
SILVA, Rui Pereira da . Desenvolvimento Urbano e Modernização da Administração Pública. Estratégia e Planeamento da Gestão e Administração Pública. Fórum 2000 – Renovar a Administração. Lisboa: ISCSP, 1995.

PARTE II - CAP. 10

PETRÓLEO, MEIO AMBIENTE E O DIREITO: NOVAS E VELHAS REALIDADES

VLADIMIR PASSOS DE FREITAS
NATHALIA LIMA BARRETO

INTRODUÇÃO

Certamente pela longa distância das plataformas petrolíferas *offshore*,[1] talvez pela alta complexidade técnica que a extração e exploração do petróleo demanda – e que exige conhecimento técnico específico – ou até mesmo pelo restrito campo de atuação profissional para os operadores do Direito, o tema petróleo e proteção ambiental é quase ignorado no Direito Ambiental.

Impõe-se, entretanto, a alteração desse quadro, pois, conforme adiante se demonstrará, se por um lado a realidade evidencia que o desenvolvimento tecnológico vigente não foi suficiente para estancar as possibilidades de acidentes ambientais, por outro lado a produção petrolífera no Brasil expandir-se-á a patamares colossais com a exploração da camada do pré-sal e com as descobertas de petróleo na região amazônica.

No caso do pré-sal, apenas considerando as reservas até então descobertas, a previsão do governo é que até 2020 haja um aumento de mais de 226% da produção de petróleo, passando de 2,325 milhões para 5,756 milhões de barris/dia.[2] Ainda, com as recentes descobertas de campos de petróleo na região amazônica pela Petrobrás, a empresa espera que a Bacia do Solimões se torne um novo polo produtor de gás e petróleo.[3]

Dessa forma, no presente trabalho almeja-se aproximar o Direito da discussão acerca dos mecanismos de proteção ambiental envolvendo a atividade petrolífera, o que será feito basicamente através de três diferentes perspectivas, todas conectadas entre si pela preocupação com os riscos ambien-

1 Exploração offshore de petróleo significa a que é realizada em solo marinho, através de estrutura fixa ou flutuante.

2 AGÊNCIA BRASIL. **Vazamentos de pequeno porte sujaram os mares brasileiros este ano com 30 mil litros de óleo**. Publicado em: 10 de março de 2002. Disponível em: http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2012-03-10/vazamentos-de-pequeno-porte-sujaram-os-mares-brasileiros-este-ano-com-30-mil-litros-de-oleo. Acesso em: 07 de julho de 2012.

3 PETROBRÁS. **Descobrimos óleo e gás na Amazônia**. Disponível em: http://www.petrobras.com.br/pt/noticias/descobrimos-oleo-e-gas-na-amazonia/. Acesso em: 07 de julho de 2012.

tais associados ao novo contexto das atividades de prospecção e exploração do petróleo no Brasil. São elas: I) a perspectiva fática sobre os acidentes ambientais de vazamento de petróleo no Brasil e no mundo; II) a perspectiva legal reguladora da matéria de licenciamento ambiental e segurança ambiental; III) a perspectiva jurídica e os desafios relacionados à responsabilidade administrativa, civil e penal por acidentes ambientais.

A união das três vertentes almeja estabelecer os limites entre a relevância econômica e social da exploração do petróleo e a necessidade de preservar o meio ambiente, conforme mandamento constitucional expresso no art. 170, inc. VI. Como alerta Ulrich Beck, discorrendo sobre a sociedade de risco em que vivemos: "No processo de modernização, cada vez mais forças *destrutivas* também acabam sendo desencadeadas, em tal medida que a imaginação humana fica desconcertada diante delas".[4]

1. A REALIDADE FÁTICA: A ATIVIDADE PETROLÍFERA NÃO ESTÁ IMUNE A ACIDENTES AMBIENTAIS

Os grandes vazamentos de petróleo da British Petroleum, em abril de 2010 no Golfo do México, e da Chevron, em novembro de 2011 no Campo do Frade, evidenciaram à sociedade que, a despeito do notório desenvolvimento tecnológico atingido pela indústria petroleira, o processo de extração do petróleo está sujeito a riscos associados às altas pressões das distâncias profundas dos oceanos.

De fato, ao se pesquisar no sítio eletrônico do IBAMA pela palavra "petróleo", é possível constatar que só no ano de 2012 vários acidentes já ocorreram em pontos diversos do território nacional, como Paracuru/CE, Bacia de Campos/RJ, Macaé/RJ, Bacia de Santos/SP, Tramandaí/RS. Inclusive, em março deste ano, a própria Chevron novamente sofreu outro vazamento, que foi primeiramente noticiado pela PETROBRÁS,[5] denotando a fragilidade da logística dos órgãos oficiais em fiscalizar os vazamentos que ocorrem offshore. Ou seja, o número de vazamentos pode ser maior do que o relatado pelos órgãos ambientais.[6]

Ainda, merece destaque outra gigante petrolífera, a Royal-Dutch Shell, que registrou em 2011 o seu maior índice de vazamento de petróleo. Foram 207 acidentes no ano passado, contra 195 em 2010. Mas a própria petrolei-

4 BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. Rumo a outra modernidade. São Paulo: Ed. 34, 2011, p. 25.
5. FOLHA DE SÃO PAULO. **Petrobras notifica ANP sobre vazamento de petróleo na Bacia de Campos.** Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/1073691-petrobras-notifica-anp-sobre-vazamento-de-petroleo-na-bacia-de-campos.shtml>. Acesso em 07 jul. 2012.
6 Essa possibilidade foi constatada por PALMA, ao analisar o Relatório de Acidentes Ambientais Registrados pelo IBAMA em 2009, no qual o próprio órgão ambiental federal consignou que o baixo número de comunicados em determinadas regiões "*não representa necessariamente a realidade sobre as ocorrências ambientais*". In.: PALMA, Carol Manzoli. **Petróleo: exploração, produção e transporte sob a óptica do direito ambiental**. Campinas: Millenium, 2011, p. 84.

ra avisa que o número pode ser ainda maior, já que vazamentos na Nigéria, estimados em 40 mil barris (6,360 milhões), ainda estão sob investigação.[7]

Sucede, então, que não há disponibilização adequada de informação acerca da gravidade de tais vazamentos ou relatórios conclusivos sobre suas causas e medidas adotadas pelo órgão ambiental, limitando-se apenas a divulgar a sua ocorrência. O site do IBAMA, por exemplo, apesar de dispor de link próprio para relatar os acidentes ambientais, mês a mês, noticia os acidentes envolvendo vazamento de óleo conforme comunicação inicial do acidente enviada pela própria empresa,[8] assinalando, abaixo da notícia: "*informações enviadas ao IBAMA pela empresa responsável, por obrigação prevista em leis e seus regulamentos ou para atender a exigências do processo de licenciamento ambiental*".[9]

Essa mesma dificuldade foi encontrada na minuciosa pesquisa realizada por Carol Manzoli Palma, no seu trabalho intitulado "*Petróleo: exploração, produção e transporte sob a Óptica do Direito Ambiental*", onde a autora relata que:

> A falta de dados sistematizados não permite aferir com precisão a seriedade da situação; porém, com as informações levantadas no Anexo 1, depreende-se que não só corriqueiramente o petróleo vem sendo lançado sob o solo, os rios e os mares, mas também de forma reincidente por alguns poluidores, situação essa tão grave quanto o aparecimento de manchas órfãs, que são aquelas cujo causador é inidentificável. Do mesmo modo, embora alguns vazamentos registrados tenham sido de pequena quantidade, há, reiteradas vezes, o aparecimento de petróleo no mesmo local, deteriorando, dia após dia, a qualidade destes sítios.[10]

---

7 O GLOBO. **Entre gigantes, Petrobras fica atrás em volume de vazamentos**. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/economia/entre-gigantes-petrobras-fica-atras-em-volume-de-vazamentos-4369702#ixzz200Ywrria>. Acesso em 07 jul. 2012.

8 Conforme dispõe o Anexo I da Resolução CONAMA nº 398, de 11 de junho de 2008, que dispõe sobre o conteúdo mínimo do Plano de Emergência Individual para incidentes de poluição por óleo em águas sob jurisdição nacional, originados em portos organizados, instalações portuárias, terminais, dutos, sondas terrestres, plataformas e suas instalações de apoio, refinarias, estaleiros, marinas, clubes náuticos e instalações similares, e orienta a sua elaboração.

9 Um exemplo de divulgação de acidente: "*Durante a operação de descarga do NT DAN CISNE, por volta das 8h54min, foi observado um brilho de cor prata no entorno da linha flutuante de mangotes, entre o 3º. e o 5º mangotes contados a partir da monoboia. Não há mais contribuição da fonte. A operação de descarga foi interrompida imediatamente para verificação, a base do CDA do Trapiche com a Alpina foi acionada e a equipe de mergulho está verificando a origem do produto. Segundo estimativa do Capitão de Manobras a bordo do Navio, a mancha tem dimensões aproximadas de 40m X 60m, na cor prata. Foram utilizadas barreiras absorventes e dispersão mecânica com o uso de embarcações. (Tramandaí/RS - 24/05/2012)*". Disponível em: http://www.ibama.gov.br/acidentes-ambientais-maio-2012/24/05/2012-mancha-de-oleo-e-detectada-tramandai/rs. Acesso em: 07 jul. 2012

10 PALMA, Carol Manzoli. *Petróleo: exploração, produção e transporte sob a óptica do direito ambiental*. Campinas: Millenium, 2011, p. 85.

Diante desse panorama, a importância da afirmação de que tal atividade está sujeita a acidentes ambientais envolvendo vazamento de petróleo, reside justamente na necessidade de quebra do distanciamento que a sociedade brasileira tem da questão, relegando a problemática da segurança ambiental unicamente à empresa, e da fiscalização, aos órgãos oficiais.

Mas não se suponha que, face ao risco permanente que tal atividade encerra, a população virá a repeli-la. Como observa Roberta Paduan, "Estima-se que 2 milhões de empregos serão criados na cadeia do petróleo até 2020 empregos que requerem todos os níveis de educação, do fundamental ao pós-doutores, acostumados a trabalhar nas fronteiras da tecnologia".[11]

Portanto, não só a população local, como de outras regiões (pela oferta de empregos), como o Poder Público (pela movimentação da economia e arrecadação de tributos), serão ardorosos defensores da exploração de petróleo.

À vista do exposto, conclui-se que, sendo inevitável a exploração petrolífera em área marítima, com os acidentes que sobrevirão como mera consequência de tal fato, o que se tem a fazer é exigir maior transparência, com efetiva divulgação das informações pertinentes à gravidade de tais vazamentos, suas causas, as medidas adotadas pela empresa, IBAMA e ANP, incluindo auditorias permanentes com a participação de representantes da Academia e da sociedade civil.

2. A REALIDADE LEGAL: A DESCOBERTA DO PRÉ-SAL ALTEROU A LEGISLAÇÃO AMBIENTAL VIGENTE SOBRE O ASSUNTO, TRAZENDO NOVOS DESAFIOS TÉCNICOS E LOGÍSTICOS

Nessa reflexão acerca dos mecanismos de proteção ambiental da atividade petrolífera, torna-se crucial compreender que o desejo de alçar o país da décima quinta para a sétima posição mundial em reservas de petróleo ensejou uma mudança radical na legislação ambiental do setor, o que ocorre também num contexto de incentivo do governo às obras e atividades consideradas estratégicas para o desenvolvimento.

Destarte, a descoberta da camada do pré-sal e a necessidade de concluir as obras do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) dentro do planejado implicou a necessidade de tornar mais céleres os processos de licenciamento ambiental. Por tal motivo, o IBAMA vem sendo cobrado na emissão de licenças ambientais, sendo que, segundo nota divulgada em 2011, aumentou em 32% o número de licenças ambientais expedidas em relação ao ano anterior.[12]

---

11 PADUAN, Roberta. O maior desafio do país. *Revista Exame*. São Paulo: Abril, a. 46, nº 12, 27.06.2012, p. 43,

12 VALOR ECONÔMICO. IBAMA liberou 32% mais licenças no ano passado. Disponível em: <http://www.portalvalor.com.br/brasil/2492790/ibama-liberou-32-mais-licencas-no-ano-passado#ixzz202LfZeyS>.

No caso do petróleo, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) informou que deverá concluir o licenciamento de 12 projetos de produção e escoamento de petróleo em alto mar em 2012, localizados nas bacias de Campos, Santos e Sergipe/Alagoas.[13]

Desse modo, o Ministério do Meio Ambiente editou um pacote de portarias regulando o licenciamento de empreendimentos estratégicos para o governo, como rodovias, sistemas de transmissão de energia elétrica, terminais portuários,[14] e, ainda, o licenciamento ambiental de atividades e empreendimentos de exploração e produção de petróleo e gás natural, disciplinado na Portaria nº 422 de 22 de outubro de 2011.

Ainda, tem-se a Portaria Interministerial MMA/MME nº 198, de 05 de abril de 2012, que institui a Avaliação Ambiental de Área Sedimentar - AAAS, disciplinando sua relação com o processo de outorga de blocos exploratórios de petróleo e gás natural, localizados nas bacias sedimentares marítimas e terrestres, e com o processo de licenciamento ambiental dos respectivos empreendimentos e atividades.

A Portaria nº 422/2011 institui várias medidas visando à otimização e aceleração dos processos de licenciamento ambiental das atividades de exploração e produção de petróleo e gás, quais sejam:

- O licenciamento ambiental não será por plataformas, mas sim para uma área, delimitada por um polígono, cuja delimitação será proposta pelo empreendedor e estabelecida pelo IBAMA, com base na localização e na extensão da área geográfica, bem como o número estimado, a densidade e a localização prevista dos poços;
- O IBAMA poderá dispensar o empreendedor de gerar informações já disponíveis em: I) estudos ambientais de abrangência regional, devidamente validados pelo IBAMA por ato específico; II) Estudos Ambientais de Área Sedimentar – EAAS e respectivos Re-

---

Acesso em: 07 jul. 2012.

13 VALOR ECONÔMICO. Produção de petróleo em alto mar deve ter 12 licenciamentos em 2012. Disponível em: <http://www1.valoronline.com.br/brasil/2553322/producao-de-petroleo-em-alto-mar-deve-ter-12-licenciamentos-em-2012#ixzz202MtcINl>. Acesso em: : 07 jul. 2012.

14 Outras portarias do Ministério do Meio Ambiente com caráter semelhante são: **i)** Portaria Interministerial nº 419/2011 – **estabelece procedimentos e prazos para a manifestação dos órgãos envolvidos no licenciamento ambiental federal; ii)** Portaria n° 420/2011 - Dispõe sobre procedimentos a serem aplicados pelo IBAMA - na regularização e no licenciamento ambiental das **rodovias federais; iii)** Portaria nº 421/2011 - Dispõe sobre o licenciamento e a regularização ambiental federal de **sistemas de transmissão de energia elétrica**; **iv**)Portaria nº 423/2011 - Institui o Programa de Rodovias Federais Ambientalmente Sustentáveis para promover a elaboração e execução dos projetos e atividades necessárias para a regularização ambiental das **rodovias federais pavimentadas que não possuam licença ambiental; v)** Portaria nº 424/2011 - Dispõe sobre procedimentos específicos a serem aplicados pelo IBAMA **na regularização ambiental de portos e terminais portuários, bem como os outorgados às companhias docas**, previstos no art. 24-A da Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003; vi) Portaria Interministerial MMA/SEP/PR nº 425/2011 - Institui **o Programa Federal de Apoio à Regularização e Gestão Ambiental Portuária - PRGAP de portos e terminais portuários marítimos**, inclusive os outorgados às Companhias Docas, vinculadas à SEP/PR.

latórios Conclusivos, consolidados após Consulta Pública e validados pela instância competente por ato específico em processos de Avaliações Ambientais de Área Sedimentar – AAAS; III) Processo Administrativo de Referência; e IV) Outros estudos realizados sob responsabilidade, demanda ou supervisão do poder público federal, inclusive oriundos de outros processos de licenciamento ambiental, a critério do IBAMA;

- Poderá ser admitido um único processo de licenciamento ambiental para empreendimentos similares em uma mesma região, em escala temporal compatível, desde que definida a responsabilidade pelo conjunto de empreendimentos;
- Será admitida pelo IBAMA a implementação de programas ambientais regionais, para uma mesma área de concentração de empreendimentos, compartilhados ou não entre empresas, em complementação ou substituição aos projetos ambientais individuais, desde que definida responsabilidade pela sua execução;
- Caso o empreendedor utilize os serviços de terceiro que já possua PCAS aprovado pelo IBAMA, estará dispensado de apresentar o referido documento, assumindo, no entanto, a corresponsabilidade pela adequada implementação das medidas nele previstas;
- No caso de empreendimentos compostos por diferentes projetos ou que envolvam diferentes atividades poderão ser emitidas mais de uma Licença de Instalação ou Operação, em sequência a uma única Licença Prévia, de acordo com o cronograma de implementação e características do empreendimento.

As medidas supracitadas se prestam a tornar o processo de licenciamento ambiental mais célere e até mesmo mais coordenado com outros licenciamentos, no que tange aos estudos e programas ambientais já existentes, e à Avaliação Ambiental de Área Sedimentar,[15] associando tais processos a um planejamento ambiental mais estratégico dos blocos de exploração.

Parece claro, todavia, que o sucesso de tais medidas depende da qualidade da análise das informações por parte do IBAMA, especialmente em

15 Assim conceituado pela Portaria MMA nº 422/2011, como: "processo de avaliação baseado em estudo multidisciplinar, com abrangência regional, utilizado pelos Ministérios de Minas e Energia e do Meio Ambiente como subsídio ao planejamento estratégico de políticas públicas, que, a partir da análise do diagnóstico socioambiental de determinada área sedimentar e da identificação dos potenciais impactos socioambientais associados às atividades ou empreendimentos de exploração e produção de petróleo e gás natural, subsidiará a classificação da aptidão da área avaliada para o desenvolvimento das referidas atividades ou empreendimentos, bem como a definição de recomendações a serem integradas aos processos decisórios relativos à outorga de blocos exploratórios e ao respectivo licenciamento ambiental".

face das particularidades que permeiam o fenômeno do pré-sal, considerando o aumento do número de processos de licenciamento ambiental, bem como as pressões político-econômicas para conclusão dos sobreditos processos.

Ademais, outro fator relevante é o da complexidade técnica da prospecção na camada do pré-sal, a qual é diferenciada em relação aos poços até então explorados no Brasil, em virtude das altas profundidades envolvidas – que podem chegar a sete mil metros – assim como a efetiva camada do pré-sal ali existente. Na prática, tais fatores exigem o emprego de uma melhor tecnologia e equipamentos capazes de lidar com a pressão e com o controle remoto das operações.

Por outro lado, por estar localizada a uma maior distância da costa, a exploração do pré-sal exige uma logística mais sofisticada de execução dos planos de emergência individuais e dos planos de controle ambiental, isto é, uma resposta mais eficiente aos acidentes ambientais que possam ocorrer.

Sob outro viés, mas ainda no que se refere ao papel da Administração Pública nessa nova realidade, parece igualmente importante refletir sobre a real capacidade de fiscalização e verificação, seja por parte da Agência Nacional do Petróleo, seja por parte do IBAMA, dos planos de emergência individuais e dos riscos socioambientais envolvidos nesta exploração.

Além disso, faz-se mister atentar para o fato de que, nos maiores acidentes ambientais de vazamento de petróleo, as empresas responsáveis necessitaram de ajuda externa para a contenção dos danos ambientais. Por exemplo, quando do vazamento de mais de 4 milhões de litros de óleo de uma refinaria da Petrobrás no Município de Araucária, no ano de 2000, a referida empresa obteve auxílio até mesmo da Guarda Costeira da Argentina, preocupada com a contaminação das águas em seu país.[16] Ainda, no caso da Chevron, a identificação e comunicação do vazamento foram feitas pela Petrobrás, que também auxiliou na contenção do vazamento.

Nessa toada, observe-se o entendimento de PALMA sobre o assunto, para quem:

> Não é possível admitir a atuação fiscalizatória do órgão ambiental apenas em caso de denúncias ou notificações de fatos consumados. O órgão deve se fazer presente, vigiando constantemente atividades que possam ter consequências negativas aos seres vivos, ao homem e ao meio ambiente. Indaga-se: Com que frequência os

16 FOLHA DE SÃO PAULO. Argentina ajuda no combate ao vazamento de óleo no Brasil. Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u5172.shtml. Acesso em: 07 jul. 2012.

> fiscais visitam píeres, terminais, oleodutos e unidades marítimas/terrestres? Onde o cidadão pode acompanhar os relatórios destas visitas e a sua habitualidade?[17]

Portanto, sendo a exploração econômica uma realidade sem retorno, há que se avaliar a capacidade de organização, logística, fiscalização e operação efetivas dos órgãos ambientais em razão do aumento das atividades petrolíferas na denominada província do pré-sal, e até mesmo de se cogitar se os investimentos nessa seara não poderiam ser obtidos na forma de condicionantes das licenças ambientais.

3. REALIDADE JURÍDICA: ASPECTOS IMPORTANTES DA RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA, CIVIL E PENAL

Por fim, na presente reflexão sobre petróleo, acidentes ambientais e Direito, cumpre traçar algumas considerações a propósito de aspectos relevantes da responsabilização do poluidor por danos causados ao meio ambiente, aplicada aos vazamentos reiterados de petróleo.

A atividade administrativa na área ambiental é, regra geral, exercida com base na Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 2008, arts. 70 a 76. Referido diploma, todavia, deve ser aplicado em caráter subsidiário quando se tratar de poluição marítima decorrente da exploração de petróleo, porque outros, específicos, regulam a matéria.

A Lei 9.478, de 6 de agosto de 1997, dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo. No art. 7º, inc., VII, ela dá à ANP poderes de fiscalização e de aplicar sanções administrativas previstas na lei ou em contratos.

A Lei 9.966, de 20 de abril de 2000, trata da prevenção, do controle e da fiscalização da poluição causada por lançamento de óleo e outras substâncias nocivas ou perigosas em águas sob jurisdição nacional. Editada tendo por principal fundamento a Convenção Internacional para a Prevenção da Poluição Causada por Navios, ela se dirige precipuamente à poluição causada por navios. Contudo, seu art. 2º, inc. VI, expressamente faz referência às plataformas. As infrações estão previstas no art. 25, porém o art. 26 estabelece que, em determinadas situações, se aplicará a Lei 9.605 de 1998, já mencionada.

Pois bem, no âmbito administrativo a poluição na exploração da atividade petrolífera está a cargo do IBAMA, que é o órgão federal executor da políti-

17 PALMA, Carol Manzoli. Petróleo: exploração, produção e transporte sob a óptica do direito ambiental. Campinas: Millenium , 2011, p. 93.

ca nacional do meio ambiente. O art. 70, § 1º, atribui concomitantemente aos agentes das Capitanias dos Portos pertencentes ao Ministério da Marinha poderes de fiscalização. Todavia, na partilha de atribuições administrativas, esta função não vem sendo exercida pela Marinha de Guerra, por faltar-lhe suporte técnico. No entanto, j nto com o IBAMA, possui a Agência Nacional do Petróleo poderes fiscalizatórios, sendo-lhe permitido lavrar auto de infração. Neste sentido, já decidiu o Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA PROMOVIDA POR PESCADORES ANTE A DIMINUIÇÃO DE CARDUMES E DESTRUIÇÃO DA FAUNA MARINHA EM DECORRÊNCIA DE ATIVIDADE DE PROSPECÇÃO SÍSMICA DESENVOLVIDA NUMA PARTE DA ÁREA DE PESCA. PROVA PERICIAL EMPRESTADA. PROCEDIMENTO VÁLIDO EIS QUE SUBMETIDA AO CRIVO DO CONTRADITÓRIO. QUESTÃO DIRIMIDA PELO EXAME TÉCNICO. LAUDO CONCLUSIVO PELA INOCORRÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A ATIVIDADE SÍSMICA E A REDUÇÃO DO VOLUME DE PESCA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO.[18]

Na esfera civil, a responsabilidade por acidentes ambientais é objetiva e poderá implicar no dever de tríplice reparação, ou seja, recuperação da área degradada, indenização por danos materiais e morais. Ademais, nessa seara predominam a aplicação da responsabilidade objetiva e a teoria do risco integral, a qual, por sua vez, preconiza que o empreendedor assume o risco de sua atividade, independentemente de força maior ou caso fortuito.

Com efeito, merecem destaque dois aspectos da jurisprudência de responsabilização civil que parecem ser fundamentais para essa nova realidade de intensificação da atividade petrolífera na costa brasileira. São eles: i) uma avaliação holística do acidente ambiental em relação a outros ocorridos, isto é, uma avaliação dos impactos sinérgicos e cumulativos do vazamento de petróleo; ii) um processo mais consciente e racional de quantificação do valor do dano ambiental.

Em relação ao primeiro aspecto, considera-se que, em razão do grande número de vazamentos em quantidades que, isoladamente consideradas, não seriam significativas a gerar um dano ambiental permanente, os Tribunais vêm se pronunciando pela irrelevância da quantidade derramada, espe-

18 TJ/RJ. 18ª Câmara Cível. Ap. Cível nº0143609-68.2002.8.19.0001 (2009.001.16736). Rel. Des. Jacqueline Lima Montenegro, j. 03.06.2009.

cialmente considerando se aquela quantia contribuiu para agravar um estado de degradação pré-existente.

Trata-se tal análise, pois, de uma avaliação ainda em construção no Brasil, quanto aos impactos sinérgicos e cumulativos das atividades potencialmente danosas ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Nessa linha, têm-se como cumulativos a somatória de impactos de cada obra, atividade ou empreendimento, de mesma natureza, a serem implantados em uma determinada região. Ou seja, tal impacto exige, para a sua identificação, a distinção da parcela dos impactos de cada um desses projetos. Interessante notar que a discriminação de tais impactos no espaço igualmente deve contemplar a cumulatividade sob a perspectiva temporal, ou seja, no passado, presente e futuro.[19]

Por seu turno, o impacto sinérgico é aquele decorrente da associação dos impactos de dois empreendimentos, produzindo um efeito total potencializado e diferente daquele que seria obtido pela mera adição dos impactos individuais. Assim, além de compreender o efeito cumulativo de diversos projetos numa mesma localidade, as sinergias caracterizam-se pelos efeitos da interação de empreendimentos num contexto macrorregional.[20]

A referida avaliação dos impactos sinérgicos e cumulativos da poluição decorrente da atividade petrolífera é adotada também pela Coordenação Geral de Petróleo e Gás do IBAMA, conforme Nota Técnica CGPEG/DILIC/IBAMA nº 07/11, que dispõe o projeto de controle da poluição no que tange aos resíduos sólidos das atividades de Exploração e Produção de petróleo e gás em bacias sedimentares marítimas do Brasil.

Nos termos da Nota Técnica:

> (...) a CGPEG adotou uma divisão da costa brasileira em 10 Regiões com a finalidade de avaliar o impacto sinérgico e cumulativo da poluição sobre cada uma das Regiões ao longo do tempo (figura 1). (...) Desta maneira, as empresas encaminham as informações consolidadas de todos os empreendimentos localizados em cada região, de acordo com uma periodicidade estabelecida na Nota Técnica em função de cada tipo de atividade (Sísmica, Perfuração e Produção e Escoamento).

19 Como exemplo da potencialidade dessa forma de avaliação dos impactos sinérgicos e cumulativos para o direito ambiental, um estabelecimento licenciado em uma área de beleza e riqueza natural pode não ser significativamente degradante, porém, sua paisagem e sua biodiversidade estarão ameaçadas caso o poder público permita a instalação de diversos estabelecimentos semelhantes naquela região.
O mesmo raciocínio pode ser aplicado para os casos de autorizações de desmate em áreas de preservação permanente na preservação da mata ciliar ou, ainda, para a soma e a concentração, em uma mesma área, de focos de emissão de efluentes poluentes, como é o caso do esgoto nas grandes cidades, na quantificação do grau de poluição de determinado corpo hídrico.

20 Casos ilustrativos de impactos sinérgicos são aqueles decorrentes de grandes empreendimentos que atraem para si um conjunto de novas atividades e mão de obra para suportá-los afetando toda uma região, tal como ocorre quando da construção de grandes estradas, pontos de extração mineraria, portos, indústrias ou hidrelétricas.

É evidente, entretanto, que na análise dos impactos sinérgicos e cumulativos de vazamentos, independentemente da quantidade do óleo derramado, imprescindível que haja a devida instrução probatória pericial, a fim de demonstrar que os impactos negativos do vazamento não foram devidamente controlados e que ocasionaram algum tipo de dano ambiental. Note-se que vêm sendo aprimorados planos de emergência individuais, e não só a contenção, com a retirada e dispersão dos agentes poluentes. No entanto, muito embora diversa a graduação, o vazamento, mesmo de pequena quantidade, implicará dano ambiental.

O segundo aspecto relevante no processo de responsabilidade civil refere-se à utilização de um método adequado para quantificação do valor indenizatório. No caso dos impactos decorrentes de vazamentos de petróleo em São Paulo, vêm se consolidando os julgados que procederam tal cálculo com base na "*Proposta de critério para valoração monetária de danos causados por derrames de petróleo ou de seus derivados no ambiente marinho*", da CETESB. Tal método é interessante, pois considera o volume derramado, o grau de vulnerabilidade da área atingida, a toxicidade do produto, a persistência do produto no meio ambiente, a mortalidade dos organismos e a existência de reincidência.

Nesse sentido, o seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

> DIREITO AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POLUIÇÃO MARÍTIMA. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 225, § 3º E LEI 6.938/81, ART. 14, § 1º.
>
> 1. O vazamento de óleo em águas marítimas impõe dois tipos de obrigações, a de fazer, consistente no dever de recuperar o meio ambiente afetado, e a de indenizar, sendo irrelevante a existência ou não de culpa, visto que a responsabilidade pelo dano ambiental, desde 1981, é objetiva, por força do disposto no art. 14, § 1º, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente. 2. A indenização tarifada proposta pela CETESB no seu "Critério para Valoração de Danos Ambientais Causados por Derrames de Petróleo ou de seus derivados em Mar" deve ser adotada, cabendo ao juiz adequá-la ao caso concreto sempre que se revele inadequada, atuando com os olhos sobre o princípio da razoabilidade.[21]

Vale salientar que tais parâmetros de julgamento dos casos de responsabilidade civil por vazamento de petróleo contribuíram e podem contribuir para a sua aplicação em outras situações de poluição ou degradação ambiental.[22]

---

21 TRF 3ª. Região, Ap. Cível nº 0208505-42.1993.4.03.6104/SP, Turma A, Rel. Juiz Paulo Conrado, j. 19/08/2011.

22 TRF3ª Região, 13233 SP 2002.03.99.013233-5, Relatora Des. Federal Cecília Marcondes, j. 18/12/2002, DJU 29/01/2003, p. 183.

Finalmente, no âmbito penal, a responsabilidade por poluição marítima no caso de exploração de petróleo está prevista no art. 54 da Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, cuja pena é de 1 (um) a 4 (quatro) anos de reclusão e multa. O delito, conforme inc. IV, é qualificado se dificultar ou impedir o uso público das praias.

A jurisprudência, contudo, revela a total ausência de efetividade na área penal. Não existem precedentes nem sequer de vazamentos de óleo a partir de navios, o que está a merecer estudo específico que aponte as causas da omissão do Estado Judiciário. O caso mais rumoroso no Brasil é o do vazamento da plataforma da Campo de Frade, na Bacia de Campos, litoral do Estado do Rio de Janeiro, em novembro de 2011. O Ministério Público Federal denunciou 17 (dezessete) pessoas físicas e algumas pessoas jurídicas.[23] Todavia, o Juízo Federal de Campos do Goytacazes deu-se por incompetente aos 18 de abril de 2012, determinando a remessa dos autos para a Justiça Federal no Rio de Janeiro, capital.[24]

4. CONCLUSÕES

É necessária uma aproximação da academia da problemática ainda atual dos acidentes ambientais envolvendo vazamentos de petróleo, o que deve ser contextualizado para a nova realidade desse setor e os riscos ambientais específicos associados à descoberta da camada do pré-sal e de reservas de petróleo na região amazônica.

Nesse sentido, à Administração Pública é posto o desafio de dotar de maior transparência as ocorrências de acidentes ambientais, os processos de licenciamentos ambientais e as práticas de fiscalização e controle ambientais. Concomitantemente, a política de eficiência dos processos de licenciamento ambiental não pode ser executada sem prejuízo de sua qualidade e da efetiva avaliação dos riscos ambientais, sobretudo em razão das complexidades técnicas da camada do pré-sal.

Destarte, a intensificação da exploração da atividade petrolífera igualmente deve ser avaliada à luz de uma visão estratégica mais ampla, considerando também a capacidade e as eventuais limitações de atuação da Administração Pública, assim como os impactos sinérgicos e cumulativos envolvidos.

23 http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2012/03/mpf-denuncia-chevron-transocean-e-17-pessoas-por-vazamento-em-campo.html.
24 http://noticias.r7.com/rio-de-janeiro/noticias/justica-de-campos-encaminha-denuncia-criminal-contra-a-chevron-para-forum-do-rio-20120418.html.

REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: 34, 2011.

GONÇALVES, Alcindo; RODRIGUES Gilberto M. A (organizadores). *Direito do Petróleo e Gás*: aspectos ambientais e internacionais. Santos: Leopoldianum, 2007.

MARCELINO, Adalberto et all. *Proposta de critério para valoração monetária de danos causados por derrames de petróleo ou de seus derivados no ambiente marinho*. Relatório CETESB. São Paulo, 1992.

PALMA, Carol Manzoli. *Petróleo: exploração, produção e transporte sob a óptica do direito ambiental.* Campinas: Millenium, 2011.

PADUAN, Roberta. O maior desafio do país. *Revista Exame*. São Paulo: Abril, a. 46, nº 12, 27.06.2012.

AGÊNCIA BRASIL. Vazamentos de pequeno porte sujaram os mares brasileiros este ano com 30 mil litros de óleo. Publicado em: 10 de março de 2002. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2012-03-10/vazamentos-de-pequeno-porte-sujaram-os-mares-brasileiros-este-ano-com-30-mil--litros-de-oleo>. Acesso em 07 de julho de 2012.

IBAMA. Mancha de óleo é detectada. Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/acidentes-ambientais-maio-2012/24/05/2012-mancha-de-oleo-e--detectada-tramandai/rs>. Acesso em: : 07 jul. 2012.

FOLHA DE SÃO PAULO. Petrobrás notifica ANP sobre Vazamento de petróleo na Bacia de Campos. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/1073691-petrobras-notifica-anp-sobre-vazamento-de-petroleo--na-bacia-de-campos.shtml>. Acesso em : 07 jul. 2012

FOLHA DE SÃO PAULO. Argentina ajuda no combate ao vazamento de óleo no Brasil. Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u5172.shtml. Acesso em: 07 jul. 2012.

O GLOBO. Entre gigantes, Petrobras fica atrás em volume de vazamentos. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/economia/entre-gigantes-petrobras-fica-atras-em-volume-de-vazamentos-4369702#ixzz200Ywrria>. Acesso em 07 jul. 2012.

PETROBRÁS. Descobrimos óleo e gás na Amazônia. Disponível em: <http://www.petrobras.com.br/pt/noticias/descobrimos-oleo-e-gas-na-amazonia/>. Acesso em 07 jul. 2012.

VALOR ECONÔMICO. IBAMA liberou 32% mais licenças no ano passado. Disponível em: <http://www.portalvalor.com.br/brasil/2492790/ibama-liberou-32-mais-licencas-no-ano-passado#ixzz202LfZeyS>. Acesso em: 07 jul. 2012

VALOR ECONÔMICO. Produção de petróleo em alto mar deve ter 12 licenciamentos em 2012. Disponível em: <http://www1.valoronline.com.br/brasil/2553322/producao-de-petroleo-em-alto-mar-deve-ter-12-licenciamentos-em-2012#ixzz202MtcINl>. Acesso em: 07 jul. 2012.
GLOBO. MPF denuncia Chevron, Transocean e 17 pessoas por vazamento no Rio. Disponível em: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2012/03/mpf-denuncia-chevron-transocean-e-17-pessoas-por-vazamento-em-campo.html>.Acesso em 17 jul.2012.
R7. Justiça de Campos encaminha denúncia criminal contra a Chevron para Fórum do Rio. Disponível em: <http://noticias.r7.com/rio-de-janeiro/noticias/justica-de-campos-encaminha-denuncia-criminal-contra-a-chevron-para-forum-do-rio-20120418.html>. Acesso em 17 jul.2012.

PARTE II - **CAP. 11**

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS AMBIENTAIS

VERA LUCIA R. S. JUCOVSKY

Neste texto, serão tecidas algumas considerações a respeito dos sistemas de controle de constitucionalidade de leis e de atos normativos, principalmente nas ações civis públicas ambientais e na práxis no Poder Judiciário brasileiro.

1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A inconstitucionalidade pode ser formal ou orgânica, quando há vício de elaboração da lei, por motivos técnicos, ou de procedimento, ou de competência; pode ser material ou substancial, quanto ao conteúdo da norma, em virtude de desvio de poder ou de excesso de poder legislativo.[1] Quanto ao momento da edição das normas, a inconstitucionalidade pode se r originária ou superveniente. Ainda pode ser: preventivo, anteriormente à finalização do ato normativo; ou repressivo, após a promulgação da lei. Conforme o órgão, o controle pode ser político, jurisdicional ou misto.

O controle jurisdicional é concentrado, também chamado de reservado, ou por via de ação, ou abstrato, ou austríaco, exercido por um órgão jurisdicional de nível superior ou pela Corte Constitucional; difuso, também denominado aberto, ou por via de exceção ou de defesa, ou americano, exercido por qualquer órgão jurisdicional, no caso concreto; e misto, quando abrange o controle concentrado e o difuso. Quanto à forma, o controle pode ser incidental ou por exceção; ou principal, em que a inconstitucionalidade é o objeto da ação judicial. Pode dar-se por ação – do legislador –, ou por omissão – descumprimento da obrigação de legislar imposta pela Constituição. O Brasil adota o sistema misto (controle concentrado e difuso).

1 MENDES, Gilmar Ferreira *et alii*. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva e Instituto Brasileiro de Direito Público, 2007, p. 949-981.

O **controle concentrado** ou abstrato é de competência absoluta do STF, sendo que Alexandre de Morais preleciona que "a função precípua do STF é de Corte de Constitucionalidade, competindo-lhe, com exclusividade, o exercício do controle abstrato de constitucionalidade do ordenamento jurídico perante a Constituição Federal, conforme verifica-se nos comentários às Leis nºs. 9.868/99 e 9.882/99. Dessa forma, ao controlar a constitucionalidade, o STF realizará a verificação de adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a Constituição, verificando seus requisitos formais e materiais".[2]

As ações diretas de inconstitucionalidade são: ação direta de inconstitucionalidade genérica de lei ou ato normativo federal ou estadual; ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (art. 102, inc. I, alínea *a*, da CF, regulamentado pela Lei 9.868/99); ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 36 da CF); ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, da CF) e arguição de preceito fundamental (art. 102, § 2º, da CF, regulamentado pela Lei 9.882/99).

De outro lado, "**o controle difuso**, ou por via de exceção ou defesa, caracteriza-se pela permissão de qualquer juiz ou tribunal realizar, mediante um caso concreto, a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição Federal (...)".[3] De ofício, o Juiz singular ou o Tribunal, neste, com o *quorum* específico, pode deixar de aplicar a lei ou ato normativo inconstitucionais. Se a declaração for do STF, cabe ao Senado Federal a suspensão da respectiva lei ou ato normativo. Ademais, dispõe o artigo 97 da Constituição Federal sobre a "cláusula de reserva de plenário": "Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público".

A CF/88 alargou o controle concentrado e reduziu o difuso, porque ampliou a legitimidade ativa para a propositura dessas ações diretas (art. 103, da CF).

O controle difuso, nos diversos órgãos do Poder Judiciário, pode ocorrer em outros instrumentos como: mandado de segurança individual e coletivo, *habeas corpus* e *habeas data*, mandado de injunção.[4] Também a ação popular e a ação civil pública.

Compete aos Estados promover a ação direta de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, em face da Constituição Estadual, perante o Tribunal de Justiça do respectivo Estado-membro, para o

2 MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 6 ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 1473.
3 MORAES, Alexandre de. *Op. cit.*, p. 1424.
4 MENDES, Gilmar Ferreira *et alii*. Op. cit., p. 1009.

controle concentrado de constitucionalidade (art. 125, § 2º, da CF). A decisão do recurso extraordinário contra pronunciamento do Tribunal de Justiça em ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal diante da Constituição Estadual tem efeito *erga omnes* (STF, Pleno, RE 187142/RJ – RIO DE JANEIRO, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 13-08-1998, Informativo STF nº 118). Não há controle concentrado de lei ou ato normativo municipal frente à Lei Orgânica Municipal (ADIn – AGRg. 1.268/MG, DJU 20-10-1995, e STF, RE 175087/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Néri da Silveira, Informativo STF n° 261, 26-03-2002, p. 3).

A ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 36 da CF) pode ser federal – da União nos Estados e Distrito Federal – (art. 34, inc. VII, da CF); ou dos Estados nos seus Municípios e da União nos Municípios do Território Federal (art. 35 da CF).

2. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Relativamente ao controle difuso, assuntos não passíveis de controle concentrado, como a interpretação direta de cláusulas constitucionais por Juízes e Tribunais, direito pré-constitucional, polêmicas sobre regras revogadas e controle de constitucionalidade do direito municipal frente à Constituição Federal, passaram a ser tratados pela **arguição de descumprimento de preceito fundamental**, resultante da Constituição, de apreciação do STF, na forma da lei (art. 102, § 1º, da CF). Isso está regulamentado pela Lei 9.882/99, que aduz que referido instrumento tem por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, decorrente de ato do Poder Público (art. 1º, lei cit.). Também pode ser utilizado no caso de relevância do fundamento da controvérsia constitucional a respeito de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive os precedentes à Constituição Federal (art. 1º, par., lei cit.).

O mecanismo em evidência pode ser manejado de forma incidental e, excepcionalmente, como modalidade principal, com perfil de recurso de amparo ou de reclamação constitucional.

Em tese, consideram-se preceitos fundamentais da Constituição Federal as cláusulas pétreas, os princípios sensíveis, os princípios traduzidos em fundamentos, os objetivos, os princípios basilares das relações internacionais, etc.

3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO EM MATÉRIA AMBIENTAL

Nos termos do art. 225 da Constituição Federal, todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e indispensável à sadia qualidade de vida, sendo obrigação do Poder Público e de todas as pessoas defendê-lo e preservá-lo para as presentes e as futuras gerações. Tem natureza de direito fundamental de terceira geração. De seu turno, o art. 225, parágrafo único, incumbe ao Poder Público diversas tarefas para dar efetividade ao apontado direito. E o direito de acesso à Justiça garante que a lei não excluirá do Poder Judiciário a apreciação de lesão ou ameaça de lesão a direito e, destarte, do direito ao meio ambiente harmonizado sob o ponto de vista ecológico (art. 5º, inc. XXXV, da CF), isto é, à Justiça Ambiental.

O STF tem julgado diversas ADIns sobre matéria que envolve tutela ambiental, no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, a exemplo das seguintes: "AÇÃO DIRETA. LEI Nº 7.380/98, DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. ATIVIDADES ESPORTIVAS COM AVES DAS RAÇAS COMBATENTES. 'RINHAS' OU 'BRIGAS DE GALO'. REGULAMENTAÇÃO. INADMISSIBILIDADE. MEIO AMBIENTE. ANIMAIS. SUBMISSÃO A TRATAMENTO CRUEL. OFENSA AO ART. 225, § 1º, VII, DA CF. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. PRECEDENTES. É inconstitucional a lei estadual que autorize e regulamente, sob título de práticas ou atividades esportivas com aves de raças ditas combatentes, as chamadas 'rinhas' ou 'brigas de galo'" (STF, Pleno, ADI 37776/RN, Rel. Min. Cezar Peluso, v. u., DJ 29/06/2007, p. 00022); "MEIO AMBIENTE. DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225). PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE. DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE. NECESSIDADE DE IMPEDIR QUE A TRANSGRESSÃO A ESSE DIREITO FAÇA IRROMPER, NO SEIO DA COLETIVIDADE, CONFLITOS INTERGENERACIONAIS. ESPAÇOS TERRITORIAIS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS (CF, ART. 225, § 1º, III). ALTERAÇÃO E SUPRESSÃO DO REGIME JURÍDICO A ELES PERTINENTE. MEDIDAS SUJEITAS AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE LEI. SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. POSSIBILIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, CUMPRIDAS AS EXIGÊNCIAS LEGAIS, AUTORIZAR, LICENCIAR OU PERMITIR OBRAS E/OU ATIVIDADES NOS ESPAÇOS TERRITORIAIS PROTEGIDOS, DESDE QUE RESPEITADA, QUANTO A ES-

TES, A INTEGRIDADE DOS ATRIBUTOS JUSTIFICADORES DO REGIME DE PROTEÇÃO ESPECIAL. RELAÇÕES ENTRE ECONOMIA (CF, ART. 3º, II, C/C O ART. 170, VI) E ECOLOGIA (CF, ART. 225). COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. CRITÉRIOS DE SUPERAÇÃO DESSE ESTADO DE TENSÃO ENTRE VALORES CONSTITUCIONAIS RELEVANTES. OS DIREITOS BÁSICOS DA PESSOA HUMANA E AS SUCESSIVAS GERAÇÕES (FASES OU DIMENSÕES) DE DIREITOS (RTJ 164/158, 160-161). A QUESTÃO DA PRECEDÊNCIA DO DIREITO À PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE: UMA LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL EXPLÍCITA À ATIVIDADE ECONÔMICA (CF, ART. 170, VI). DECISÃO NÃO REFERENDADA. CONSEQUENTE INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. A PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE: EXPRESSÃO CONSTITUCIONAL DE UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE ASSISTE À GENERALIDADE DAS PESSOAS" (STF, Pleno, ADI-MC 3540/DF, Rel. Min. Celso de Mello, maioria, DJ 03/02/2006, p. 00528); "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 2.210/01, DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. OFENSA AOS ARTIGOS 22, I E XII; 25, § 1º; 170, *CAPUT*, II E IV; 1º; 18 E 5º, *CAPUT*, II E LIV. INEXISTÊNCIA. AFRONTA À COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE DA UNIÃO PARA EDITAR NORMAS GERAIS REFERENTES À PRODUÇÃO E CONSUMO, À PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE E CONTROLE DA POLUIÇÃO E À PROTEÇÃO E DEFESA DA SAÚDE. ARTIGO 24, V, VI E XII E §§ 1º E 2º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL" (STF, Pleno, ADI 2396/MS, Rel. Min. Ellen Gracie, v. u., DJ 08/05/2003, p. 00100); "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. PREJUDICIALIDADE. DECRETO REGULAMENTAR. ATO NORMATIVO SECUNDÁRIO. CONTROLE ABSTRATO. DESCABIMENTO. ORGANISMO GENETICAMENTE MODIFICADO TRANSGÊNICO. (OMGs). LIBERAÇÃO. EFEITO AMBIENTAL. (EIA - RIMA). EXIGÊNCIA. (CTNBio). ATRIBUIÇÃO." (STF, Pleno, ADI-MC 2007/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, v. u., DJ 24/09/1999, p. 00025).

4. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL

A ação civil pública (ACP), regulamentada pela Lei 7.347/85 (LACP), é o principal instrumento processual para a proteção dos interesses e direitos metaindividuais, de caráter difuso, como é a hipótese dos relativos ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. No caso, aplica-se o regime processual que conjuga a Lei da Ação Civil Pública e a Lei 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, especialmente a parte que concerne à defesa

coletiva em Juízo (arts. 81 e seguintes do CDC) e, subsidiariamente, o Código de Processo Civil (arts. 19 e 21 da LACP).

A LACP disciplina a ação civil pública de responsabilidade civil por danos patrimoniais e morais ao meio ambiente, sem prejuízo da ação popular (Lei 4.717/65) e de outras ações judiciais previstas no nosso ordenamento.

O objeto da ação civil pública é o pedido relativo à obrigação de fazer ou de não fazer e/ou à condenação em dinheiro, o que implica reparação do dano com a supressão da atividade ou omissão, configuradoras de fonte de dano ambiental.

Nessa ação é possível pleitear reparação pecuniária por danos materiais e por danos extrapatrimoniais, em geral, além do específico, atinente ao "valor de desestímulo" contra a prática de novas condutas nocivas ou, ainda, um valor a título de indenização com supedâneo no benefício econômico que o agente obteve com o dano moral.

O conceito de reparação traz a noção de "compensação" por meio de instrumentos reparatórios, isto é, deve reposicionar as mesmas condições, com o benefício *in natura*, fazendo retornar ao *status quo ante*, ou seja, à situação precedente ao dano ou à condição em que se encontraria se não houvesse sofrido o dano, e, somente em última hipótese, por meio da reparação pecuniária.

A compensação do dano é uma aproximação ao estado em que se achava o bem ou à situação equivalente àquela de que era beneficiária se não houvesse ocorrido o dano. A compensação representa uma certa equivalência entre o que foi perdido com o dano ao ambiente e aquilo que se obtém como reposição da qualidade ambiental (MIRRA, p. 288).[5]

O art. 225, § 3º, da Constituição Federal impõe aos que lesam o meio ambiente, pessoas físicas ou jurídicas, sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

A responsabilidade civil objetiva, com supedâneo no princípio do poluidor-pagador, que compele o poluidor restaurar e/ou indenizar danos ambientais, sem necessidade de prova da culpa do agente, tem assento, também, na legislação infraconstitucional (arts. 3º, inc. IV; 4º, incs. VI e VII; e 14, § 1º, da Lei 6.938/81, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente).

A reparação do dano ambiental haverá de ser, ainda, integral, isto é, a mais ampla possível, realizada sob as modalidades da recomposição, da compensação e/ou da indenização pecuniária, inclusive com a conjugação de cada uma delas, parcial ou totalmente.[6]

---

5 MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 286.

6 VIANNA, José Ricardo Alvarez. *Responsabilidade civil por danos ao meio ambiente, à luz do novo Código Civil*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 138-149.

5. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL

Não se pode olvidar do princípio da inafastabilidade da jurisdição, dado que o art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal preceitua que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito.

E a Emenda Constitucional nº 45/2004 introduziu o inciso LXXVII ao art. 5º da Carta Política, de modo que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Ante a existência do controle difuso no direito brasileiro, por meio do qual qualquer Juiz ou Tribunal pode decidir, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, é de se perquirir, sem que se considerar invadida a competência absoluta do STF, se tal poderia ocorrer em sede de ação coletiva e, especialmente, na ação civil pública voltada à tutela do meio ambiente.

Encontram-se manifestações doutrinárias sobre o assunto. Assim, Gilmar Ferreira Mendes sustenta que a ação civil pública tem aproximação com o processo sem parte ou objetivo; não se confunde com os processos subjetivos, porque a parte ativa não defende interesse próprio, mas, público; a sentença que não aplicasse uma lei tida por inconstitucional não poderia ter efeito restrito às partes, já que a coisa julgada teria efeito *erga omnes*; assim, resultaria em eficácia geral e abstrata similar à das ações diretas de inconstitucionalidade; a jurisdição de primeiro grau passaria a ter poderes que a Constituição não outorga ao STF, porquanto a decisão de controle incidental da Suprema Corte tem apenas eficácia *inter partes* e a respectiva extensão depende do Senado Federal.[7]

O preclaro jurista assevera que "nestas condições, para que se não chegue a um resultado que subverta todo o sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, tem-se de admitir a completa inidoneidade da ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade, seja porque ela acabaria por instaurar um controle direto e abstrato no plano da jurisdição de primeiro grau, seja porque a decisão haveria de ter, necessariamente, eficácia transcendente das partes formais." Adiante, conclui que "tudo leva a não se admitir o controle de legitimidade de lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Constituição, no âmbito da ação civil pública."[8]

7

8 MENDES, Gilmar Ferreira *et alii*. Op. cit., p. 1039-1040.

Osvaldo Luiz Palu afirma que a decisão de inconstitucionalidade incidental na ação civil pública atinge todos os membros do grupo ou classe, porque não se trata de um processo sem partes ou um processo objetivo. A ACP não colima somente o interesse público, mas busca, também, o interesse social ou o individual indisponível, vale dizer, vários interesses interligados. O autor lembra, ademais, que na ação popular, que produz coisa julgada *erga omnes*, já era permitido o controle difuso de constitucionalidade.

Mencionado doutrinador sublinha, ainda, que "na ação civil pública e em qualquer ação em que a inconstitucionalidade ocorra no sistema incidental-difuso, vem ela sempre proposta como questão prejudicial a ser decidida na motivação da sentença, não sendo o seu pedido mediato ou imediato (a utilidade efetivamente requerida); o objeto da ação civil pública e das ações coletivas é o constante de direito previsto na Constituição ou nas leis, tendo por eventual causa de pedir a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo (*causa petendi*); na ação direta de inconstitucionalidade esta é o próprio pedido, sendo objeto do processo expurgar do ordenamento jurídico a lei inconstitucional, no controle abstrato."[9]

Dirley da Cunha Júnior posiciona-se no sentido "de que, independentemente de o interesse ou direito tutelado ser difuso, coletivo ou individual homogêneo, sempre é possível o controle de constitucionalidade em sede de ação civil pública, desde que, evidentemente, a questão constitucional seja suscitada como mero incidente ou questão prejudicial do objeto principal da demanda. Nessa hipótese, a aferição da constitucionalidade está limitada ao caso concreto, servindo de simples fundamento ou causa de pedir da pretensão deduzida. O objeto da ação civil pública, portanto, não é a declaração de inconstitucionalidade, mas sim uma composição de um determinado conflito de interesses, isso é, de uma lide."[10]

Referido doutrinador acentua, além do mais, que a decisão do incidente ou questão prejudicial não faz coisa julgada, conforme o art. 469, inc. III, do Código de Processo Civil ("não fazem coisa julgada os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença"); como consequência, nesse aspecto particular, não se há falar em coisa julgada *erga omnes*, a qual se verifica, tão somente, na parte dispositiva da sentença.[11]

Impende trazer à colação, para corroborar esse entendimento, o disposto no artigo 469, inc. I, do CPC, no sentido de que a sentença, que julgar

9 MENDES, Gilmar Ferreira *et alii*. Op. cit., p. 1040.
10 PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade*: Conceitos, sistemas e efeitos. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 281.
11 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle **Judicial das Omissões do Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 457.

integral ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites do litígio e das questões decididas, de sorte que as mesmas questões prejudiciais – julgadas incidentalmente – podem ser discutidas em nova demanda, com outras partes e pedidos.

Na mesma esteira, Rosa Maria de Andrade Nery: "ACP e controle difuso de constitucionalidade. O controle difuso de constitucionalidade das leis pode ser exercido em sede de ação civil pública, no juízo de primeiro grau, quando for necessário para a decisão da hipótese concreta, sendo legitimado para a propositura da ação o Ministério Público. Com esse entendimento, a Turma deu provimento a Recurso Extraordinário para determinar o regular processamento de ação civil pública – cuja inicial havia sido liminarmente indeferida sob o fundamento de não se constituir como meio idôneo para o questionamento da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo – proposta pelo Ministério Público em defesa do patrimônio público, na qual se pleiteia a declaração de nulidade de ato normativo municipal que majorou os subsídios de vereador, com a consequente restituição aos cofres públicos das quantias indevidamente recebidas. Precedentes citados: Rcl 600-SP e Rcl 602-SP (STF, 2ª T., RE 227159/GO, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 12.3.2002, v. u., DJU 17.5.2002, p. 73).[12]

Um dos aspectos que se afigura relevante para a tese da admissibilidade do controle difuso na ação civil pública ambiental é que o pedido seja a tutela do bem da vida – o patrimônio ambiental –, podendo a causa de pedir ser o reconhecimento incidental da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, com o caráter de questão prejudicial.

Entretanto, não se admite controle de constitucionalidade incidental em ACP voltada à tutela de direitos difusos – direito ao ambiente –, como sucedâneo do controle concentrado, em razão dos efeitos *erga omnes* que poderiam ter similaridade aos da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, frente à Constituição Federal, cuja competência é do STF.

O STF e o STJ, na práxis da atualidade, têm fixado entendimento quanto à possibilidade de controle difuso de constitucionalidade em ação civil pública sobre direitos difusos, a exemplo do direito ao ambiente.

Nesse diapasão, apenas para que se possa entender a evolução jurisprudencial brasileira, manifestou-se o STF, há mais de dez anos, em ACP versando sobre direitos individuais homogêneos de mutuários do sistema financeiro de habitação: "(...) em se tratando de pessoas identificáveis, com direitos individuais homogêneos, a que se refere o inciso III, do art. 81 da Lei nº 8.07890, a decisão só alcança este grupo de pessoas, cabendo adaptar, para o

12 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit., p. 457.

caso concreto, o alcance do efeito *erga omnes* desta decisão, tal como previsto no art. 16 da Lei nº 7.347/85, não se confundindo o seu alcance com as decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade. Situação diversa ocorreria se a ação civil pública estivesse preordenada a defender direitos difusos ou coletivos (incisos I e II do citado art. 81), quando, então, a decisão teria efeito *erga omnes*, pois alçaria todos, partes ou não, na relação processual estabelecida na ação civil" (STF, Pleno, Reclamação 554-2/MG, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 26/11/1997, p. 61.738). Posteriormente, a Corte Suprema assim decidiu: "AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE. QUESTÃO PREJUDICIAL. POSSIBILIDADE. INOCORRÊNCIA DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestados em face da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal. Precedentes. Doutrina." (STF, Ação Civil Pública e Controle Difuso, RCL 1.733-SP (medida liminar). Rel. Min. Celso de Mello, DJ 01/12/2000); "RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. Acórdão que deu como inadequada a ação civil pública para declarar a inconstitucionalidade de ato normativo municipal. Entendimento desta Corte no sentido de que 'nas ações coletivas, não se nega, à evidência, também, a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, de lei ou ato normativo federal ou local. Reconhecida a legitimidade do Ministério Público, em qualquer instância, de acordo com a respectiva jurisdição, a propor ação civil pública (CF, arts. 127 e 129, III). Recurso Extraordinário conhecido e provido para que se prossiga na ação civil pública movida pelo Ministério Público." (STJ, Segunda Turma, RE 227159/GO, Rel. Min. Néri da Silveira, v. u., DJ 17/05/2002, p. 00073)

O Pleno do STF, no RE 424993/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 12/09/2007, entendeu pelo cabimento do controle incidental de constitucionalidade de lei ou ato do Poder Público, desde que não seja o objeto único da demanda, mas, sim, questão prejudicial, cuja apreciação seja necessária ao desate da lide principal.

O recurso promovido pelo Distrito Federal restou não provido, em função de acórdão do STJ, no qual se postulava: a) a improcedência do pleito da ação civil pública aforada pelo Ministério Público do Distrito Federal,

dada a inconstitucionalidade da Lei Distrital 754/94, que cuida da ocupação de espaços em logradouros públicos daquela unidade da Federação; b) ou o restabelecimento do acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios que admitira a preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público, julgando extinto o feito sem resolução do mérito. Sustentou-se que a ação civil pública havia sido manejada como sucedâneo de ação direta de inconstitucionalidade. O STF, preliminarmente, decidiu questão de ordem levantada pelo Min. Relator, dando-se prosseguimento ao julgamento do recurso extraordinário, apesar de ter sido adrede reconhecida a inconstitucionalidade da Lei Distrital 754/94 pelo TJDFT, mediante ação direta de inconstitucionalidade. O STF considerou que o objeto da ação originária aforada pelo Ministério Público (que buscava rechaçar ocupação ilegal de logradouros públicos e também a declaração de inconstitucionalidade daquele diploma legislativo) era diverso do objeto do recurso extraordinário. Igualmente, que não ocorreu a perda de objeto deste último. Meritoriamente, deliberou que o pedido de declaração de inconstitucionalidade da apontada lei encontrava-se entre outras seis postulações, como *causa petendi*, de sorte a configurar prejudicial a permitir, *incidenter tantum*, exercício do controle difuso de constitucionalidade. O recurso extraordinário foi desprovido, baixados os autos do processo ao Tribunal Distrital para apreciação do mérito do feito.

Em princípio, nessa hipótese, na mais alta Corte do país teria sido superada a discussão sobre eventual utilização do controle difuso na ação civil pública como sucedâneo do controle concentrado na ação direta de inconstitucionalidade. Nessa hipótese, eventualmente, doutrinadores poderiam argumentar sobre se estaria ocorrendo usurpação da competência absoluta do STF pela jurisdição de grau inferior, bem como a impossibilidade de controle de constitucionalidade difuso, em sede de ação civil pública, uma vez que a respectiva decisão portaria eficácia *erga omnes*, o que colidiria com o controle concentrado, que somente pode ser exercido pelo Pretório Excelso, cujo pronunciamento irradia idênticos efeitos.

De seu turno, os Tribunais Pátrios tiveram oportunidade de se posicionar, quanto ao controle incidental na ação civil pública ambiental, dessa maneira: "AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO RECONHECIDA. PRECEDENTES DESTA CORTE SUPERIOR (...). O controle difuso da constitucionalidade é permitido a todo e qualquer órgão do Poder Judiciário, em qualquer grau, uma vez que a questão da inconstitucionalidade é resolvida apenas incidentalmente, como matéria prejudicial. Não gera

usurpação da competência do colendo STF o controle difuso de constitucionalidade em ação civil pública, conforme já pronunciado também aquela Corte. Recurso especial provido, nos termos do voto." (STJ, Primeira Turma, REsp. 2005/0030696-8, Rel. Min. José Delgado, v. u., DJ 02/05/2005, p. 249); "RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EFICÁCIA *ERGA OMNES*. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE *INCIDENTER TANTUM*. POSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. O pedido formulado pelo *Parquet* diz respeito à proteção do meio ambiente e do patrimônio público, cultural, estético, paisagístico, arquitetônico e social, em face da ocupação de áreas públicas localizadas no SCLRN, Quadra 706. Recurso especial provido." (STJ, Segunda Turma, REsp. 327206/DF, REsp. 2001/0061741, Rel. Min. Franciulli Netto, v. u., DJ 01/09/2003, p. 249); "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE *INCIDENTER TANTUM* NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA: POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO" (RE 645508 AgReg. no RecExt/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, v.u., DJe 13/12/2011, p. 235); "DECISÃO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1) POSSIBILIDADE DE DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. 2) IMPROCEDÊNCIA DA ALEGAÇÃO DE URSURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO STF. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. Relatório. 1. RecExt. interposto com base no julgado do STJ: "RecEsp. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE *INCIDENTER TANTUM*. OCUPAÇÃO DO SOLO. DEGRADAÇÃO DO MEIO AMBIENTE. SERRA DO GUARARU. (...). DECIDO. 3. Razão jurídica não assiste à recorrente. 4. Pela jurisprudência do STF, é possível a declaração de inconstitucionalidade de lei na ação civil pública, desde que incidentalmente (não como objeto único da ação). (...). 5. Na espécie vertente, conforme ressaltado pelo STJ, o objeto da ação civil pública é a imposição de obrigações de não fazer à recorrente, ao Município de Guarujá/SP e ao Estado de São Paulo, com vistas à proteção do meio ambiente de uma área específica (Serra do Guararu, São Paulo). Ademais, a declaração de inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 48/1998 do Município de Guarujá/SP é causa de pedir. Assim, o julgado recorrido não divergiu da jurisprudência do STF. (...). 8. Pelo exposto, nego seguimento ao recurso extraordinário (art. 557, caput, do CPC e art. 21, 1º, do Regimento Interno do STF) (STF, RecExt 645508/SP, Decisão Monocrática, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 24/06/2011, DJe 146, 1º/8/11); "AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. An-

tecipação de tutela para suspender convênio entre CETESB e o Município de Guarulhos, que autoriza a realização de licenciamentos ambientais de forma exclusiva pelo Município. Presentes os requisitos autorizadores da medida liminar. Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo já declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 6º da Resolução CONAMA 237/97, que fundamenta o referido convênio. Fundado receio de lesão irreparável ou de difícil reparação diante da relevância do bem tutelado. Preponderância dos princípios da precaução e da prevenção em matéria ambiental. Recurso não provido (3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, Ag.Instr. 990.10.457919-8, Guarulhos/SP, voto 19.214, Rel. Des. Magalhães Coelho, v.u., j. 09/11/2010).

6. CONCLUSÃO

A efetividade da tutela ambiental, ou seja, do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo – com perfil de direito difuso, transindividual e intergeracional – e indispensável à sadia qualidade devida, é tarefa imposta constitucionalmente ao Poder Público (art. 225 § 1º, da CF).

É preciso assinalar que essa missão deve ser realizada por toda a sociedade e, especialmente, pelo Poder Judiciário, cujo papel, na práxis do controle de constitucionalidade na atualidade, deve ser desempenhado de modo mais ativo – e não passivo, como ocorria tradicionalmente nos processos sobre direitos individuais.

Destarte, afigura-se perfeitamente adequado à efetividade do direito ao ambiente o mecanismo de controle difuso de constitucionalidade das leis e atos normativos do Poder Público pelos Juízes e Tribunais, em sede de ação civil pública, permitindo-lhes resolverem, e de forma mais célere, *incidenter tantum* as questões veiculadas como causa de pedir – e não como pedido, com caráter de prejudicial, na motivação das decisões.

Assim, não fazendo tais decisões coisa julgada *erga omnes* – e, sim, *inter partes* –, não se há falar possam ser utilizadas essas ações judiciais como sucedâneo do controle concentrado de constitucionalidade exercido nas ações diretas de inconstitucionalidade. Destarte, não resta caracterizada eventual usurpação da competência absoluta do STF para esse desiderato.

O modelo difuso de controle de constitucionalidade, em sede das ações civis públicas ambientais, indubitavelmente, apresenta diversas vantagens, porquanto confere efetividade aos direitos constitucionalmente previstos, como o direito de acesso à Justiça, o direito à duração razoável do processo e o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, ou seja, à Justiça Ambiental no Estado de democrático de Direito.

REFERÊNCIA

NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil Comentado.* 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 1313.

PARTE II - **CAP. 12**

EL DERECHO AMBIENTAL Y LA DOGMATICA PENAL

JOSÉ ANTONIO PELÁEZ BARDALES

1. EVOLUCIÓN DEL DERECHO AMBIENTAL EN AMÉRICA LATINA

En opinión de los expertos se afirma que en materia de Derecho Ambiental se pueden fijar con alguna precisión, tres periodos en la evolución de este nuevo derecho.

El primero, iniciado en el Siglo XIX, cuando los pueblos promulgan sus Primeras Constituciones y sus nuevos Códigos Civiles. En los instrumentos jurídicos anteriores a estos existieron disposiciones dispersas que se referían al uso de los recursos naturales; eran ajenas a mayores conceptualizaciones ecológicas y no hacían ninguna referencia a los derechos ambientales menos como parte integrante de los Derechos Humanos.

La segunda etapa del desarrollo del Derecho Ambiental queda marcado en la Conferencia sobre Medio Ambiente Humano celebrado en Estocolmo en el año de 1972. A partir de este histórico Certamen se inician los proyectos que trazan las líneas matrices del nuevo derecho ambiental, que se hallaban, casi perdidos, en normas administrativas y en reglamentaciones sobre los recursos naturales, tanto los renovables como los no renovables. A partir de esta etapa muchos países promulgan Códigos Ambientales pero se notaba en los gobiernos, la ausencia de una voluntad política firme dirigida a proteger de manera eficaz, los recursos naturales y, por ende, el medio ambiente.

Fue notoria esta falta de decisión política que se vio reflejada en la carencia de un significativo gasto público dirigido a hacer efectiva la protección ambiental.

El tercer periodo en el desarrollo del Derecho Ambiental se da en el año de 1992, cuando se lleva a cabo en Río de Janeiro, la llamada "cumbre de la Tierra", a la que concurren los representantes de la casi totalidad de países del hemisferio. Las nuevas constituciones que se promulgan a parir de dicho año, reconocen ya a estos derechos, como derechos fundamentales, y

se habla ya del derecho a un ambiente sano, equilibrado, libre de contaminación y compatible con el desarrollo humano sostenible.

Paralelo al desarrollo de las normas constitucionales se van dictando disposiciones administrativas, civiles, de garantías constitucionales y, asimismo, una normatividad penal ecológica, como un nuevo campo jurídico con su propia estructura y dogmática, a la par que se desarrolla una política criminal ya más definida en el tema del medio ambiente.

No obstante este importante desarrollo de la sistemática jurídica, no es menos cierto que las normas dictadas en pro de velar por el medio ambiente, no han sido ni suficientes ni eficaces para controlar o frenar el grave deterioro ambiental que vienen padeciendo grandes extensiones del territorio continental. La tala indiscriminada de bosques, la caza ilegal de especies en peligro de extinción, la contaminación de las aguas de los ríos, lagos, etc., por los relaves mineros, por parte de las grandes empresas trasnacionales mineras; la contaminación del aire por el flujo de gases tóxicos; el envenenamiento de los suelos por el uso indiscriminado de pesticidas, agrotóxicos e insumos sintéticos, son factores de un permanente riesgo que altera el ecosistema, en ese sentido, la normativa en vigencia resulta muy poco o casi nada protectores.

2. POLÍTICA CRIMINAL SOBRE EL MEDIO AMBIENTE

El Art.81 inc. 8.3 de la Ley General del Ambiente (Ley 28611) afirma que la Política Criminal del ambiente es parte integrante del proceso de desarrollo del país.

La Política criminal constituye asimismo un capítulo de la Política General de todo Estado. Se dice que la Política criminal es el arte o la ciencia de gobierno con relación al fenómeno criminal.

Se sostiene igualmente, que la Política Criminal y el Derecho Penal actúan como vasos comunicantes de la realidad social para hacer más eficaz su tarea de protección de la sociedad frente a la amenaza que representa el fenómeno de la criminalidad.

En este camino, el Estado determina qué bienes deben ser protegidos, por su importancia y por el grado de impacto que causan al ser puestos en peligro.

El proceso de selección de estos bienes jurídicos protegidos por las normas penales se lleva a cabo atendiendo "a ciertos principios político-criminales, los que nos dirán con claridad, qué bienes jurídicos contra los cuales ataques deberán ser protegidos penalmente", que a su vez mostrarán el perfil de sociedad o el modelo estatal de la prevención y la represión criminal. Las leyes penales constituyen fruto de una determinada voluntad política expresada y exteriorizada por los ciudadanos a través de sus representantes junto

a los poderes del Estado. Esta voluntad es la adoptada en un lugar y en un tiempo determinado y delimitado; por ello es que en determinado momento cobran mayor importancia y significación, siendo también formas de manifestación de voluntad de la ciencia penal, la doctrina y la jurisprudencia.

"La supremacía de los intereses públicos protegiendo el medio ambiente –de naturaleza impersonal- sobre los intereses particulares, hace que el Estado intervenga en este sector, asociada a la participación directa de la colectividad; la problemática ambiental, es parte integrante del proceso de desenvolvimiento del país; atribuyéndole una función social y ambiental a la propiedad, a la imperatividad de prevenir los daños y agresiones al medio ambiente; generando responsabilidad al que genera esos daños, en la esfera civil, administrativa y social".

2.1. PRINCIPIOS POLÍTICO CRIMINALES

La Política criminal, aparte de los tres grandes principios generales que enmarcan su desarrollo, a saber: el principio de culpabilidad, que determina que la pena criminal debe sólo fundarse en la comprobación previa de que el hecho ilícito es atribuido a su autor; el principio del Estado de Derecho, en el que deberá predominar en forma exclusiva la ley y, el Principio de Humanidad de la pena que deberá ser proporcional al daño causado y enmarcado en la ley, y en la propensión de la recuperación y reeducación del condenado; posee otros principios menores que trataremos a continuación.

2.2. PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS

Esta es la gran tarea del Derecho Penal, proteger los bienes jurídicos más importantes del ordenamiento jurídico. Cuando otros ordenamientos (Escuelas, Policía, etc.) fallan o no son capaces de frenar los desbordes que atentan contra esos bienes jurídicos se recurre al Derecho Penal, el que con su naturaleza sancionadora, impone los correctivos, que contiene el Código Penal. Los daños causados deben ser graves o trascendentes, para que ingrese a funcionar el Derecho penal con su naturaleza preventiva y represiva.

Al bien jurídico se le reconocen dos claras funciones:

Una función crítica, que se encarga de limitar o restringir el ius puniendi estatal y la otra, la función dogmática que sirve de criterio para la interpretación de los tipos penales.

No debe dejarse pasar la oportunidad de precisar, como lo hacen los juristas, hasta hoy ninguna teoría ha podido fijar un concepto que sea satisfactorio de bien jurídico penal que nos permita fijar con exactitud la necesidad de la intervención del Derecho Penal.

Se ha dicho, tratando de definir el concepto de bien jurídico, que este es un "valor indispensable para la vida comunitaria", un "interés", un "valor ideal", un "valor vital", un "valor cultural", etc.

En el caso del derecho Penal Ambiental, el Prof. Silva Sánchez[1] señala que uno de los problemas más importantes que plantean los delitos (ecológicos), "es, de entrada, y a pesar de los esfuerzos doctrinales por profundizar en este aspecto, la escasa capacidad del bien jurídico protegido ("medio ambiente", "equilibrio de los sistemas naturales" entre otras caracterizaciones) para guiar de modo significativo la interpretación de los tipos".

Sin embargo, dice, este jurista español, que luego de admitirse que el medio ambiente para ese bien jurídico-penal, la cuestión fundamental es definir un delito de carácter ambiental, cuando nos hallamos ante un "riesgo jurídico – penalmente relevante" para ese bien jurídico –penal. Deberá entonces, dice, de centrarse en averiguar sobre la conducta y "en la entidad o gravedad que su dimensión de peligro para el medio ambiente ha de tener para merecer la subsunción en el tipo penal".

Los delitos ambientales, siguiendo al profesor Silva Sánchez, tienen como bien jurídico entonces "la conservación de las propiedades del suelo, el aire y el agua, así como de la fauna y la flora y las condiciones ambientales de desarrollo de las especies, de tal forma que el sistema ecológico se mantenga con sus sistemas subordinados y no sufra alteraciones perjudiciales".

El italiano BRICOLA, citado por Manuel Abanto Vasquez dice que se identifica los bienes jurídicos protegidos penalmente con el ordenamiento constitucional de valores. Consecuentemente, serán bienes jurídicos los derechos fundamentales que la Constitución considera como tales. Y entre estos derechos se halla como un derecho humano de tercera Generación, el de vivir en un "ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el pleno desarrollo de la vida".

2.3 PROTECCIÓN CONTRA RIESGOS

Se afirma que en materia de Derecho Penal Ambiental se produce un desplazamiento de la clásica protección de bienes jurídicos contra lesiones hacia una protección, contra riesgos. Se habla ahora, sobre todo en el Derecho Penal Alemán, de una "sanción de riesgos".

El derecho Penal tendría que responder ahora, se dice, a los riesgos de la vida moderna (p.e. riesgos atómicos, de tránsito, químicos, ecológicos, genéticos), que ya resultan alterados por una nueva técnica penal "adecuada", "manipulada" (tipos abiertos, leyes en blanco, tipos abstractos y culposos)

1 Silva Sánchez, Jesús María.- "Delitos contra el Medio Ambiente" – Tirant Le Blanch – Valencia 1999 – Pág.17.

para lograr alcanzar el objetivo final: la protección suficiente de los bienes jurídicos que el legislador considera son importantes para el desarrollo de la vida en sociedad y para la eficaz protección del miedo ambiente.

En adelante, bienes jurídicos tradicionales como la "vida", la "integridad física corporal" o el "patrimonio", tendrán que ser protegidos contra nuevas formas de ataques tales como la "manipulación genética", la "producción" o "distribución masiva de productos defectuosos" y las estafas mediante el uso de la computadora" etc.

3. PUNIBILIDAD DE LOS DELITOS ECOLÓGICOS

Tradicionalmente se ha vinculado la protección de bienes jurídicos a los bienes individuales, por ejemplo, la vida, la libertad, el patrimonio, etc. Ahora se recurre a una mas amplia abstracción del bien jurídico tutelado, con la finalidad de cuidar y preservar intereses básicos y necesarios para el desarrollo de nuevas sociedades, más modernas y cada vez mas complejas. Esto no significa, de modo alguno, que se intente proponer la desaparición o extinción de los bienes jurídicos que protege la Constitución, que no solo es legítima sino que permite la limitación del ius puniendi estatal (función crítica).

La concepción actual concibe la existencia de bienes jurídicos supraindividuales, colectivos, impersonales, que tienden a proteger de modo más vigoroso los diferentes intereses que se hallan en juego en la vida socio-económica moderna. Cuando se habla del bien jurídico –defensa de la ecología- se intenta proteger una serie de bienes jurídicos- en un solo bien jurídico supraindividual -y esto se alcanza con la concepción de un solo tipo penal que protege y beneficia a toda una comunidad y, por ende, a la sociedad. Por ejemplo, cuando se protege la ecología, se está preservando, a todo el universo de personas que pueden verse afectadas con la contaminación del medio ambiente debido por ejemplo, a los gases tóxicos que emanan de una industria minera que despide fluidos gases dañinos no solo para ser humano sino también para animales y plantas. Si bien no siempre es posible determinar de forma inmediata los daños físicos que pueden sufrir las personas, animales y plantas, que inhalan los gases contaminantes, la sola puesta en peligro y el probable daño que puede generarse a consecuencia de tales emanaciones, ya resulta suficiente para considerar que se ha menoscabado el bien jurídico tutelado. De allí se dice que este delito es un delito de peligro abstracto, en el que "solo se requiere la comprobación de la conducta prohibida, y por ello no se deferencia de los delitos de pura actividad, son pues, delitos

de desobediencia. Ejemplo: Contaminación de agua destinada al consumo (Art. 286 del Código Penal).[2]

3.1 DAÑOSIDAD SOCIAL DE LOS DELITOS ECOLÓGICOS

Los delitos tradicionales dañan u ocasionan perjuicios personales (la vida, el patrimonio, la salud, la libertad), pero los delitos supraindividuales o colectivos como lo es el delito ecológico, causan daños cuantiosos e irreparables al medio ambiente, transmitiéndose este a toda una localidad y si el daño es de proporciones mayores y se lleva a cabo en forma permanente y sistemática, el perjuicio no sólo será irreversible para una localidad, sino que causará daños a innumerables personas, animales y plantas de todo el universo, en general.

Se comprueba sin embargo, una escasa conciencia respecto del injusto en los delitos económicos, pues aún la sociedad no es consciente de los verdaderos daños y de la gravedad que estos causan en todo el eco-sistema. Esta desaprensión también se hace evidente, en el legislador y en los propios administradores de justicia que, a veces, dan un tratamiento benigno al delincuente que contamina el ambiente, depreda los bosques o contamina las aguas. Se puede decir, entonces, que existe un déficit de valoración con relación a otros delitos y delincuentes tradicionales. De allí muchos ecologistas demandan la creación perentoria del desarrollo de una moral o conciencia ecológica.

3.2 NECESIDAD DE PENA

No obstante el grave daño que puede sufrir la humanidad con el daño ecológico, la necesidad de pena se tiene que compatibilizar con los principios de última ratio, la subsidiaridad del derecho penal y el principio de proporcionalidad.

En lo que respecta al Derecho Penal Ecológico, se afirma que "la tarea de concretar los ilícitos y de sancionar las infracciones corresponde, en primer lugar, a la Administración. El Derecho Penal debe actuar para reforzar el cumplimiento de esta tarea[3].

Sin embargo, el Derecho Penal ya no puede tener el carácter de subsidiario cuando el hecho delictivo es grave y causa serio daño en el ecosistema; lo que hace imprescindible un reproche ético-social haciendo intervenir al Derecho Penal.

2 Villavicencio T., Felipe; Derecho Penal – Parte General: Editora Jurídica Grijley, E.I.R.L., Lima, Perú, 2006, Pág. 321.
3 Abanto Vásquez, Manuel ob.cit.Pag. 77.

De otro lado, cuando el Derecho Administrativo resulta inaplicable por su debilidad, interviene el Derecho Penal que tendrá que combatir con su carácter preventivo y coercitivo. Para este efecto, deberá ser necesario , analizar en cada caso la necesidad de la pena, frente al daño causado al bien jurídico protegido.

El Derecho Penal resulta así subsidiario del derecho administrativo y aún del Derecho Civil y se aplicará con estricta sujeción al principio de proporcionalidad y en función, repetimos, al daño causado por el agente.

4. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO AMBIENTAL

Los juritas norteamericanos han desarrollado estos criterios que intentan explicar los fenómenos jurídicos, y aún los sociales y económicos.

La teoría del Análisis Económico del Derecho- AED propugna que se utilice un sistema de análisis de consecuencias, esto es, la necesidad de calcular antes de que se presente el problema y se tenga que desarrollar una nueva regla jurídica (ley, reglamento, sentencia, etc.), cuales serían las consecuencias de éste. Se concluye que si las consecuencias no resultan favorables en sentido económico, la nueva regla no debería ser promulgada. Este criterio colisiona con el principio de precaución que caracteriza al nuevo Derecho Ambiental, que debe intervenir antes de que se produzca el daño, pues conforme ya lo explicamos anteriormente, este puede ser irreversible e irreparable.

Una segunda regla es la necesidad de elaboración de expresiones normativas, de acuerdo con las cuales se puede establecer casi científicamente, si es que una "situación objetiva", vale decir un estado social, resulta mejor o peor que otro supuesto estado. Se comparan dos estados, uno ya conocido y otro por conocer para descubrir las bondades de cada uno.

Por último, se concibe la idea de que las reglas se orienten de acuerdo con la finalidad de la eficiencia, según 3 criterios; un criterio débil, un criterio optimo y uno que resulta de la combinación de las dos anteriores, que compensará los perjuicios del primero.

5. CARACTERÍSTICAS DOGMÁTICAS DE LOS DELITOS ECOLÓGICOS

Todas las especialidades del Derecho ostentan principios y categorías dogmáticas, una de ellas es el PRINCIPIO DE CERTEZA. Toda figura penal contiene dos clases de elementos : elementos descriptivos y elementos normativos. Los primeros "expresan una realidad naturalística aprehensible por los sentidos" , que muchas veces se encuentran expresadas en los verbos rectores del tipo, por sustantivos o adjetivos : Por ejemplo: "matar", "robar",

"hombre", "menor", etc. Los segundos, es decir los elementos normativos, requieren de una mas sofisticada comprensión, pues se refieren siempre a una norma que puede hallarse definida o contenida en otra legislación. Por ejemplo los términos "obsceno", "ajeno", "letra de cambio", títulos valores", "eco-sistema", en estos elementos, es decir en los valorativos, se dice que "predominan las valoraciones que no solo son perceptibles por los sentidos. Para la aprehención y composición de estos elementos de se debe realizar un juicio o proceso valorativo y ellos aluden a determinadas realidades derivadas ya sea de una valoración jurídica provenientes de otras ramas del derecho (elementos valorativos del Derecho).[4]

Los conceptos descriptivos, normalmente, y para casi todos los seres humanos corrientes y sencillos, pueden ser fácilmente interpretados sin mayores problemas, usando los métodos sencillos de interpretación; pero, los conceptos normativos solo pueden ser interpretados con un solo método que se encuentra definido en la norma jurídica y para el fin para el que fue creado o descrito.

6. LA LEY PENAL EN BLANCO

Se dice que las leyes penales en blanco "en sentido amplio, son los tipos penales abiertos" los cuales no describen enteramente la acción y/o materia de prohibición y se encuentran, por consiguiente necesitados de complementación[5].

Una ley se remite a otra que no se halla dentro del mismo ordenamiento y a ello se denomina también elementos del tipo normativo o valorativos, cuya descripción se ha hechos anterior parágrafo. "El marco de prohibición penal requiere en algunos casos de una regulación y circunstancias cambiantes en el espacio y en el tiempo", normalmente éstas leyes son ó tienen el carácter de temporales.

Tipos Penales en blanco son, por ejemplo, los "delitos ecológicos" objeto del tema en estudio, que se complementan con leyes protectoras del medio ambiente que están contenidas en legislaciones diferentes a la penal y que condicionan en muchos casos a una previa calificación de la ley administrativa para determinar su carácter de delito. Por ejemplo: La Ley General del Ambiente (Ley N° 28611, publicada el 15 de Octubre del 2005), en su Art. 149°, refiere que la formalización de la denuncia por los delitos tipificados en el Título Décimo Tercero del Libro Segundo del Código Penal, requerirá de las entidades sectoriales competentes opinión fundamentada por

4 Villavicencio T., Felipe; Obras citadas, pág. 314-315.
5 TIEDEMANN KLAUS: "Tema de Derecho Penal Económico y Ambiental".- Editorial IDEMSA, Lima,Perú 1999 –Pág.67.

escrito sobre si se ha infringido la legislación ambiental. Este mismo artículo en su parte final prescribe "..., sólo e podrá dar inicio a la acción penal por los delitos tipificados en el Título XIII del Libro Segundo del Código Penal sise hubiere infringido la legislación ambiental por no ejecución de las pautas contenidas en dichos programas o estudios según corresponda".

En materia de política criminal se dice que éstas leyes complementarias al completar la ley penal en blanco, no deben excederse de la decisión del Estado, que traza una política criminal determinada, pues de lo contrario estaría derogando veladamente la primera (es decir, la ley penal) y atentando contra el principio de certeza y la seguridad jurídica, asì como, en el fondo, contra el principio de "división de poderes" (ley dada por el Parlamento versus Decreto Legislativo o reglamento emitido por el ejecutivo).

Por último, diremos que la aplicación de ley penal en blanco es una técnica de reenvío que permite abarcar un amplio número de supuestos que por su naturaleza flexible, compleja y variable no pueden ser regulados en forma precisa por el Código Penal y tiene que utilizar el apoyo de normas de carácter administrativo para que aquel funcione.

6.1. TIPOS ABIERTOS Y TIPOS CULPOSOS

"El Tipo Culposo que en su primera parte revela una cierta indeterminación de la conducta prohibida, se encuentra cerrada por una norma que debe individualizarse en cada caso, que es precisamente la que establece el deber de cuidado. Por ello, invariablemente son tipos abiertos", dice el maestro Zaffaroni.

El tipo abierto es aquel que para individualizar la acción prohibida se debe acudir a una norma de carácter general; sólo queda indefinida la conducta en un primer momento, hasta antes que se precise la norma de complemento.

En el caso del Derecho Ambiental existen una serie de términos normativos ("áreas protegidas", "biodiversidad", "calentamiento global", "degradación", etc.) que, de algún modo, por su aparente imprecisión u oscuridad para el común de la gente, podrían poner en cuestión la real vigencia del principio de certeza.

De allí que el legislador, al momento de elaborar la ley debe utilizar una técnica que permita una comprensión clara, por lo menos expresando la finalidad de la protección y estableciendo parámetros a fin de evitar una arbitraria y extensiva interpretación. Ahora que, en algunos casos, no existe otro modo de redactar una norma, sino haciendo uso de conceptos normativos poco claros, pero deberá, en todo momento, de evitarlos usando otras técnicas con menos imprecisión.

6.2. TIPO DE PELIGRO

Se discute mucho en doctrina si los delitos ecológicos son delitos de peligro o de lesión. La mayor parte de las legislaciones dicen que este ilícito es uno de peligro, pues se quedan en una etapa previa a la lesión, es decir, en la sola puesta en peligro del bien jurídico.

La doctrina Alemana habla de "Delitos de Idoneidad", con la intención de poner límite a los excesos que ocasiona una incierta aplicación de los tipos de peligro abstracto, lo que podría conducirnos a una evidente violación del principio de culpabilidad.

Los delitos de idoneidad serían, para el Derecho Penal alemán, entre otros, la emisión de ruidos idóneos para dañar la salud; como lo serán también las emisiones tóxicas que resulten idóneas para dañar la salud de las personas que viven próximas a un asiento minero, p.e.

6.3. ERROR DE TIPO

El error de tipo es aquel en el que el agente activo de un ilícito penal desconoce alguno de los elementos constitutivos del hecho y esta circunstancia permite que resulte exento de pena. En el caso de los elementos normativos es preciso que el agente tenga un conocimiento por lo menos general de cada uno de los elementos que describen el tipo. En tanto que en el caso de los elementos descriptivos, como decimos anteriormente, basta el "simple conocimiento" o la "captación sensorial" de la circunstancia que describe el hecho.

Por ejemplo, en el delito de daños no es necesario que el "daño" signifique un ataque a la propia sustancia del objeto, solo basta la afección a la capacidad de uso del bien, aunque ese daño sea temporal.

En los delitos ecológicos es factible que el agente no conozca, en muchos casos, que su conducta es delictiva "pues desconoce los elementos objetivos que describen la acción, lo que se conecta la teoría del dolo, ya que el error de tipo no es más quela negación del contenido de representación requerido para el dolo: el autor no conoce los elementos a que, según el correspondiente tipo debe entenderse el dolo", dice el autor alemán Hans Heinrich Jescheck

6.4. TIPOS ABSTRACTOS

No se requiere que el peligro se haya dado efectivamente, pues basta que el legislador en base a los conocimientos adquiridos por la experiencia y el conocimiento científico, constate la existencia de comportamientos riesgosos para los bienes jurídicos para que considera que determinadas conductas son lesivas al medio ambiento. Este conocimiento y constatación lo lleva

a prohibir dichas acciones sin que sea necesario comprobar si el peligro se irá a consumar o no.

7. TRATAMIENTO DEL TEMA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Este es un tema de intensa discusión internacional, hecha evidente durante los últimos años. Son pocos los países que han incorporado en su legislación el tema inherente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas o la también denominada, responsabilidad penal colectiva.

Dinamarca y Japón y en Iberoamérica , Brasil, han previsto ya la plena responsabilidad penal de las personas jurídicas. Italia que defendía con gran intensidad el principio "Sociates delinquere non potest", ha terminado por reconocer esta responsabilidad aplicando penas de multa para las personas jurídicas, siguiendo el modelo alemán y el Derecho que viene aplicando la comunidad europea.

Klaus Tiedemann[6] dice al respecto, que la tendencia hacia una mayor uniformidad, notoria en la evolución de la política criminal y del pensamiento dogmático penal de estos últimos años, se dirige a la admisión, a veces restringida, de la responsabilidad penal de las empresas y no solo en tanto que persona moral".

En la vida moderna no sólo las personas naturales, sino también las personas jurídicas exteriorizan y hacen sentir su accionar. De Allí que, cada vez con mas frecuencia, se viene afirmando, de que resulta necesario penalizar los actos que cometen las personas jurídicas en agravio del medio ambiente.

Claro que somos conscientes de la discusión que en contra de la punibilidad de las personas jurídicas, ha surgido desde siempre , siendo los temas de la existencia real de las personas jurídica; la capacidad de acción; la capacidad de culpabilidad, la capacidad de punibilidad y las funciones de la pena, los principales problemas que se oponen a su aplicación en la normativa penal.

Las teorías actuales, sin embargo, arriban a una posición de equilibrio sobre el particular. Se concibe un sistema sancionatorio que establezca penas contra las personas naturales y la aplicación de algunas consecuencias necesarias contra las personas jurídicas, a efecto de evitar lagunas de punibilidad.

Entre las sanciones que se aplicarían a las personas jurídicas , aparte de la disolución de la sociedad que incurra en grave daño al medio ambiente, se contemplan otros, como las de multa; restricción de derechos; publi-

6 Tiedemann Klaus, ob. Cit. Pág.202

cación de sentencias, reparación del daño, servicios a la comunidad. Dentro de las medidas preventivas se concibe la aplicación de la orden de suspensión inmediata de las actividades contaminantes, en los caso de atentados o daños contra el medio ambiente; la clausura definitiva o temporal de la empresa, etc.

La Let N° 24051 de Residuos Peligrosos de Argentina, en cuanto a la aplicación de la pena por responsabilidad penal de una persona jurídica dice: "cuando alguno de los hechos previstos en los 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 que hubiesen intervenido en el hecho punible sin perjuicio de los demás responsabilidades que pudieren existir.

8. LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA PREVIA

Se dice que a partir de los años 70 se produce un fenómeno paradójico. El Derecho Penal común exhibe un retroceso en su intervención (se discriminalizan delitos tales como "la homosexualidad", "el incesto", "la seducción", "el adulterio", también se atenúan otras conductas (Derechos Económicos).

La actuación administrativa previa hace que el Derecho Penal se halle condicionado a la decisión de aquella que ejerce un control previo en los delitos. Sin embargo, resulta criticable que el Derecho Penal se convierta en un simple receptor y ejecutor de las valoraciones administrativas y, en algunos casos, que conductas penales tengan que esperar el visto bueno del órgano administrador para poner en marcha el aparato jurisdiccional. Si bien, dentro del punto de vista formal, ello ha sido superado con las nuevas exigencias procesales penales en las persecución de los delitos ambientales, queda siempre el rezago de normas pasadas que subyugaban la decisión fiscal al criterio del administrador, hecho que aún hoy se sigue observando con cierta permisividad que resulta cuando menos criticable.

9. ¿NUEVO DERECHO PENAL AMBIENTAL?

La idea de que el Derecho penal debe ser complementario del civil y del administrativo en el objetivo de lograr un sistema integral de reparación de los daños al ambiente se ha fortalecido en los últimos años, porque el Derecho Penal Ambiental comienza a alejarse de los sistemas represivos, para tener parte en la reparación del daño ambiental por medio del uso de penas alternativas y nuevas, tales como la multa, la restricción de derechos, la publicidad de las sentencias, etc.

Por ejemplo la reparación del daño al ambiente según Roxin, sería una "tercera vía". Dice este autor que "Hay motivos convincentes que hablan a favor de una amplia inclusión de la reparación del daño en el Derecho Penal, pues con ello se sirve mas a los intereses de las víctimas que con una pena privativa de la libertad o de multa que a menudo realmente frustran una reparación del daño por el autor".

La reparación del daño, según esta concepción no es una cuestión meramente civil, sino que contribuye esencialmente también a la consecución de los fines de la pena. Tiene efecto resocializador, ya que obliga al autor a enfrentarse con las consecuencias de su hecho y a aprender a conocer los intereses legítimos de la victima, pudiendo incluso conducir a la reconciliación de ambos y facilitar la integración del culpable.

Al respecto, la Ley General del Ambiente (Ley 28611) en su Art.147, señala que "las reparación del daño ambiental consiste en el restablecimiento de la situación anterior al hecho lesivo al ambiente o sus componentes, y de la indemnización económica del mismo".

En este tema tenemos que se claros en suponer que, a veces, el daño al ecosistema puede ser irreversible; frente a lo cual sólo cabría como sanción, la aplicación de la pena privativa de la libertad y la reparación civil que envuelve de acuerdo con el Código Penal, el pago del valor del bien dañado y la indemnización de los daños y perjuicios (Art. 93° C.P).

Este tema tiene intima conexión con la penalización de la personas jurídicas, al cual nos remitimos.

REFERÊNCIAS

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. *Derecho Penal Económico*. Lima, Perú: Editorial IDEMSA.

CANOSA USEDA, Raúl. *Constitución y Medio Ambiente*. Lima, Perú: Jurista Editores, 2004.

FONSECA TAPIA, César Augusto.*Derecho Ambiental*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Arequipa – Perú: Editorial ADRUS, 2004.

REATEGUI SÁNCHEZ, James. *La Contaminación Ambiental como Delito*. Lima, Perú: Juristas Editores, 2006.

TIEDEMANN, Klaus. *Temas de Derecho Penal Económico y Ambiental*. Lima, Perú:IDEMSA Editores, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. Argentina: Ediar, Bs.A. 1980.
SOCIEDAD Peruana de Derecho Ambiental. *Responsabilidad por el Daño Ambiental en el Perú*. Lima, Perú:Carlos Chirinos,Editor, 2000.
GONZALES MANGUEZ, José *Juan. La Responsabilidad por el Daño Ambiental en América Latina*.Serie de Documentos sobre Derecho Ambiental (2). México D.F. , 2003
EL DESARROLLO del Derecho Ambiental Latinoamericano y su Aplicación. Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente.México, DF. 2.
VILLAVICENCIO T. Felipe: *Derecho Penal*. Parte General. Lima, Perú: Grijley, 2006.
JESHECK, Hans Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General; Barcelona: Bosh.

EL ACCESO A LA JUSTICIA AMBIENTAL. HACIA UN NUEVO MODELO

GENARO URIBE SANTOS

1. EL ACCESO A LA JUSTICIA AMBIENTAL

a) El vacío doctrinario

Hay que reconocer que en las actuales circunstancias delinear una teoría respecto al *Acceso a la Justicia Ambiental* termina siendo un suerte de atrevimiento, dado a que, de la revisión de la producción doctrinaria habida, se puede advertir que se ha estudiado poco –primero– el Derecho de Acceso a la Justicia y –luego– la aplicación de este derecho a la esfera ambiental (aunque tampoco se puede soslayar los esfuerzos que se han venido haciendo en ese campo en diversas latitudes, bajo la promoción mayoritaria de entes internacionales, las organizaciones, los acuerdos multilaterales y la actividad privada).

Ello obedece a que la atención al medio ambiente, si bien no es ya algo novedoso, recién en los últimos años ha ingresado en la agenda de una buena parte de los Estados de manera decidida y con mayores niveles de compromiso político, en parte como consecuencia de las movilizaciones sociales que se han venido gestando de manera continua en las distintas sociedades.

Sin embargo, a pesar de esta circunstancia, el "*derecho a un ambiente sano y equilibrado*"[1] no es del todo conocido por una parte importante de las poblaciones en general y por un grupo no menos numeroso de juristas en particular, sobre todo en países de economías deprimidas, en donde la educación –parte esencial para el conocimiento y promoción de los derechos– se ve limitada. Por estas razones es que aún no está muy claramente defini-

1 A partir de la Conferencia de Estocolmo de 1972, en la mayoría de países de Latinoamérica y el Caribe se modificaron y sancionaron nuevas Constituciones, incorporando en ellas previsiones ambientales; tal es el caso de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Guyana, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Venezuela, Belice, Bahamas, Cuba, Haiti, Jamaica y Rep. Dominicana. Sin embargo, si bien El Salvador, Uruguay, Dominica, Grenada, St. Christopher and Nevis, St. Lucia, St. John's, Antigua y Barbuda, St. Vincent and the Grenadines, Surinam, y Trinidad y Tobago no han seguido este procedimiento modificatorio, en estas naciones la protección ambiental proviene de la sanción de otras normas de menor jerarquía. Para más detalles sobre el particular, ver: *www.pnuma.org*.

do el campo de acción al cual se circunscribe el *derecho de acceso a la justicia ambiental.*

Este es un factor que despierta especial preocupación entre quienes dedican sus esfuerzos en la promoción y difusión del medio ambiente y el Derecho Ambiental, pues, es en este campo en donde se hace mucho más evidente la necesidad de comprender que el acceso a la justicia comienza primero con la solución de los problemas sociales, económicos, culturales, etc., que son los que precipitan las condiciones de desigualdad social, marginalidad, desprotección o ausencia del Estado e impiden y dificultan el acceso, y cuyo destierro es un requisito excluyente y paso previo para mejoramiento del impartimiento de justicia ambiental.

En este sentido, debe entenderse que el *acceso a la justicia ambiental* no es una forma distinta o diferente de acceso a la justicia, pues igualmente persigue la realización de un derecho, cual es el de obtener una respuesta satisfactoria a las "necesidades jurídicas ambientales", tendientes a conseguir que el Estado actúe para proteger el *derecho fundamental de vivir en un ambiente sano* y *equilibrado*, ya sea en su faz preventiva, cuando tiene que actuar en cumplimiento del principio de prevención[2], o en su faz reactiva, cuando aquel es amenazado o violado, y en cuyo caso debe reaccionar para impedir la amenaza o la violación, o actuar, si es que esta se ha consumado.

b) La desigualdad entre las partes intervinientes en un conflicto ambiental.

Es aquí en donde lo dicho por Raúl Brañes encaja con total pertinencia; dice el jurista que "el acceso a la justicia en general presenta muchas vertientes que han sido materia de atención por quienes se ocupan de este tema"[3], destacando entre ellas el poder social y político de los litigantes y sus diferentes capacidades económicas y técnicas para reclamar justicia, así como las de su propia manera de organizarse. "Estos factores –sigue el maestro– que por lo general están interrelacionados, son en la práctica judicial verdaderas barreras u obstáculos para el acceso a la justicia (...)[4]".

Casi siempre que se hable de una agresión ambiental, se encontrará en las dos veras del conflicto a dos partes claramente diferenciadas desde todo punto de vista; por un lado estarán quienes sufren las inmediatas consecuencias de ese daño, agrupados en un conglomerado bastante variopinto

2 Ver el "principio de prevención" en "Derecho Ambiental, tomo I", **Genaro Uribe Santos**, Editorial LPG_Editores, Arequipa, 2010.
3 **Raúl Brañes**, "*El Acceso a la Justicia Ambiental en América Latina*", México, D.F, 2000. Estudio preparado para el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Oficina Regional para América Latina y el Caribe.
4 gual al anterior.

de personas, que se caracterizan por pertenecer a diferentes niveles de cultura y educación, distintos estratos económicos, desiguales niveles de poder y que además tienen de común la característica de contar con una incipiente o nula capacidad de organización. Por el otro lado, estarán los actores de la agresión ambiental, casi siempre grupos empresariales de gran poder económico, cuyos miembros suelen tener una óptima capacitación en todas las áreas de su actividad, detentan algún estimable poder político y social, y sus formas organizativas casi siempre son eficientes.

Aquí se advierte ya –sin ingresar aún en la discusión ambiental– una clara diferencia entre las capacidades de los involucrados, pues desde la comprensión misma del problema, habrá una evidente desventaja a favor de unos (casi siempre los agresores) y en contra de otros (regularmente los agraviados). En la práctica, esta circunstancia ante los órganos jurisdiccionales, se torna en una traba bastante incómoda para quienes administran justicia, pues pone en evidencia que el acceso no solo se define como la posibilidad de estar frente a un juez, sino que quienes lo hagan –las partes de un proceso– se encuentren en un correcto equilibrio de posibilidades, de tal manera que uno no tenga ni haga uso –y abuso– de sus ventajas en perjuicio del otro y en contra de la finalidad del proceso.

Sin embargo, históricamente el acceso sólo ha apuntado a lo primero, es decir, a conseguir que las partes puedan estar frente a la autoridad jurisdiccional para reclamar por sus derechos, pero casi nunca se ha reparado en que este reclamo precisa de muchos otros elementos que son los que configuran un auténtico equilibrio (como se dijera, culturales, educacionales, económicos, organizacionales, etc.), y que deben detentar ambas por igual.

Ahora bien, cuando adicionalmente el acceso a la justicia comprende al medio ambiente, otros factores típicos serán convergentes de forma inmediata, lo cual dibujará un escenario en el que se presentarán mayores y más complejos obstáculos, algunos de los cuales –que considero más relevantes– son los que se detallan en este artículo.

c) La complejidad técnica y científica de un conflicto ambiental. La onerosidad de la producción de la prueba.

Recordemos que una de las características del Derecho Ambiental es justamente su interdisciplinariedad. Se explicó anteriormente[5] que esta rama legal se estructura sobre normas que exceden el ámbito jurídico y que tiene como peculiaridad la severa regulación que aporta la técnica y la ciencia, cuyos resultados son por lo regular muy complejos.

5 Ver "Características del Derecho Ambiental", en "Derecho Ambiental, tomo I", obra citada.

No hay un conflicto ambiental que no demande, por mínimo que sea, la participación de estos elementos; todos los casos –sean administrativos o judiciales–, requieren de manera excluyente de su decisiva intervención.

Fíjese bien que cuando se habla de complejidad, se está haciendo referencia a todo un proceso, largo y complicado, que es indispensable para el entendimiento de una agresión ambiental y sus consecuencias. No se trata sólo de definir qué normas se violaron y qué sanciones se deben aplicar, como sucede con la mayoría de las acciones legales que se postulan ante la administración de justicia, sino, ante todo, comenzar por ordenar, organizar y sistematizar la mucha información que concurre a este conflicto, para luego saber, tras las evaluaciones correspondientes, qué aspectos tienen relevancia jurídica y precisan ser llevados ante la presencia de un juez y qué aspectos no.

Ello requerirá de una evaluación analítica primaria integral de la agresión ambiental, que aportará una idea general de los elementos en que deberá centrarse una siguiente evaluación (recursos naturales circundantes afectados y sus componentes, las condiciones sanitarias y sociales de las poblaciones involucradas, antecedentes en todo orden, etc.), que será mucho más concreta.

Después, en base a lo anterior, serán necesarias evaluaciones específicas; por ejemplo, qué incidencias ha tenido el contaminante en el ambiente y qué nivel de daños se han ocasionado como consecuencia de la agresión; cómo se han visto influenciadas la salud de las personas, su calidad de vida, sus condiciones sociales; etc.

Por último, será preciso hacer una evaluación analítica específica, conceptualizando aquellos elementos que permitan su transformación en resultados que luego serán contrastables con las normas legales concurrentes y sólo en este estado se podrá esbozar las posibilidades de descontaminación, reposición, mitigación o compensación ambientales, si fueran posibles, y las maneras apropiadas de reparación[6].

Nótese que en este paso previo muchas veces la participación de un abogado es mínima, quedando la responsabilidad de tales evaluaciones en manos de otros profesionales, que si bien precisan la asistencia del conocimiento legal, sin embargo su carencia no obstaculiza el trabajo de aquellos. Pero, por el contrario, un abogado no podrá hace nada en un proceso de

6 Sería muy soberbio de mi parte delinear un procedimiento de evaluación de los daños ambientales en este texto, cuando, en principio, no es el fondo a tratar ni menos me considero con la capacidad suficiente como para enfrentar el reto de generar una metodología para tales evaluaciones. Lo reseñado únicamente responde a las apreciaciones que personalmente he venido cosechando a lo largo de los años de experiencia y deben ser tomadas en ese sentido estricto y de ninguna manera como una propuesta de procedimiento, que es más propio de los economistas o metodólogos, antes que de los abogados.

defensa ambiental sin la intervención de un *pequeño ejército* de profesionales de diversas materias, que apuntalen las acciones legales que aquel pudiera emprender y sin los cuales, su defensa sería tan sólo un cuerpo sin alma. En todo caso, la intervención del abogado en el proceso evaluativo se suele limitar a la dirección que debe tomar la investigación a fin que favorezca a la defensa ambiental, pero aún así –incluso para eso–, seguirá dependiendo indisolublemente de la intervención de otros profesionales.

Ahora bien, esta particularidad, que aparentemente debería operar a favor de un proceso judicial ambiental, por la alta rigurosidad que suele exigirse en la producción de los medios de prueba, termina por el contrario siendo una espada de Damocles en contra de quienes tienen la menor posibilidad de enfrentar los costos que estos demandan –regularmente onerosos, debido a la complejidad que se explica– y que casi siempre son los agraviados, lo cual perturba de manera crítica el correcto desarrollo de una litis y perjudica gravemente la finalidad del proceso.

En la práctica esta peculiaridad es más bien frecuente y en muchos casos ha significado una valla muy alta e infranqueable para los afectados, que ha conllevado el abandono de las causas, por la imposibilidad de enfrentar la carga económica en que se traduce la labor de esos técnicos y profesionales, pero sin los cuales jamás se podría postular un proceso de defensa judicial ambiental.

Esta es una realidad que se presenta en muchos Estados de la región, lo cual ha generado que se perjudique la legítima defensa de derechos conculcados, especialmente los que se engarzan con los intereses ambientales, alejando la tutela jurídica de quienes la reclaman y haciendo ilusas sus fundadas pretensiones.

d) Las herramientas jurídicas de solución.

Pero, ¿por qué tienen que ser los afectados quienes lleven a sus espaldas la responsabilidad económica de la producción de la prueba ambiental de una agresión de la que ellos son las víctimas?

¿Qué congruencia puede existir entre el espíritu de alcanzar el ideal de justicia –que es la razón que motiva un sistema judicial– y la exigencia que se le hace a las personas que accionan por daños al medio ambiente, de que deban ser estas quienes prueben los hechos que ponen en conocimiento de la autoridad, cuando son las que han resultado afectadas?

¿Cómo puede ser justo que el autor de esa agresión –y casi siempre su poderosa fortaleza económica– espere paciente en el balcón de los privilegiados a que sea el agraviado quien pruebe el daño y el nexo de este con la responsabilidad de aquel?

¿Podrá el accionante atender el requerimiento probatorio del sistema judicial sin poner en severo riesgo su subsistencia –y la de su familia– a fin de enfrentar los altos costos que demanda la producción de una prueba tan peculiar como la ambiental?

Este hecho, que puede sonar a letanía fantasiosa, es más bien algo cotidiano en muchas sociedades del mundo y en especial en varias de América Latina, significando quizás uno de los mayores escollos a sortear por quienes reclaman justicia en torno a un hecho dañoso ambiental.

Históricamente, siempre se ha aplicado la regla general que manda que la carga de la prueba recae en aquella persona que alega los hechos que configuran su pretensión, de manera tal que, ante la imposibilidad de la prueba, dicha pretensión será desestimada por la autoridad, no siendo suficiente la sola sindicación de los hechos.

Cuando las causas de orden ambiental comenzaron a presentarse ante los órganos de justicia, se siguió aplicando la misma regla a este nuevo tipo de procesos, basado en la posición unánime de la doctrina y de la jurisprudencia, que señalaban que correspondía al agraviado probar los hechos señalados como sustento de su demanda.

La praxis en los tribunales de justicia ha ido evidenciando que esta carga en cabeza del agraviado –aún cuando no sea el afectado directo– significa un serio obstáculo para obtener una adecuada restauración, recomposición o mitigación del daño ocurrido, por cuanto la producción de la prueba entraña una aguda dificultad para el accionante, a causa –como ya se dijera– de la complejidad que esta implica. Pero, también porque además de la responsabilidad generada como consecuencia del daño al medio ambiente, hay otras responsabilidades por definir, que son las que atañen a los directamente afectados y cuya solución es dependiente en gran medida de los mismos medios probatorios.

Un fuerte debate doctrinario sobre la complejidad de la prueba en ciertos casos, como el ambiental –pero también algunos de seguros, tributación o administrativos–, se dio lugar en atención a que, "en razón al fin superior de la justicia, no puede cargarse siempre el peso de la prueba a quien sea el accionante, especialmente cuando se evidencia que la relación entre demandante y demandado es asimétrica y pone en abierta desventaja a quien padece del daño, respecto del presunto autor"[7].

Por otro lado, recordando la definición anterior dada en relación al principio de "tuición ambiental", se dijo que este disponía que, "sin afectar el debido proceso y el interés de la otra parte, el Estado debe proteger a

7 Néstor Cafferatta; "Introducción al Derecho Ambiental"; PNUMA/ORPALC, SEMARNAT e Instituto Nacional de Ecología; México, D.F.; 2004.

quien resulte ser el más débil de una controversia, eliminando para ello todo tipo de obstáculo que dificulte el correcto desarrollo del proceso, otorgando a los involucrados las mismas oportunidades y posibilidades"[8]. Conducente con este principio, y como resultado de la discusión doctrinaria que se fue dando en diversas latitudes en torno a la complejidad de la prueba, es que finalmente muchos sistemas legislativos incorporaron una novedosa herramienta llamada la *inversión de la carga de la prueba ambiental*, que define que el sindicado como responsable del riesgo o del daño al medio ambiente es quien tiene que probar que no cometió la agresión, quitándole de esta forma la carga financiera y legal de la producción de la prueba a quien denuncia el hecho, para pasársela al probable autor.

La adopción de esta herramienta es, desde toda óptica, un paso sumamente importante a favor del acceso a la justicia ambiental y claro conductor de los efectos de una correcta aplicación del principio de tuición pues, en atención a lo afirmado por Néstor Cafferatta, "se consigue que se equilibre lo que está desequilibrado"[9], permitiendo que quienes se confrontan ante la administración de justicia por una causa ambiental, concurran en las mismas condiciones.

Claro que esta innovación se encuentra aún en fase de formulación, es bastante controversial, se presta a todo tipo de debates y es aún resistida por una parte importante de los actores económicos y un grueso número de políticos, razón por la cual ha sido adoptada sólo en algunas legislaciones en el mundo y, en el caso de Latinoamérica, la detentan algunos pocos, entre ellos, Argentina[10], Chile[11], Costa Rica[12] y Brasil[13]. No es el caso de Perú.

8 Ver el "Principio de Tuición" en "Derecho Ambiental, Tomo I", obra citada.
9 Néstor Cafferatta, obra citada.
10 "(...) La responsabilidad civil o penal, por daño ambiental, es independiente de la administrativa. Se presume iuris tantum la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existen infracciones a las normas ambientales administrativas". *Artículo 29º de la Ley General del Ambiente de la Nación Argentina*, norma citada.
11 "(...) Se presume legalmente la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existe infracción a las normas de calidad ambiental, a las normas de emisiones, a las planes de prevención o de descontaminación, a las regulaciones especiales para los casos de emergencia ambiental o a las normas sobre protección, preservación o conservación ambiental, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias". *Artículo 52º de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente de Chile*, norma citada.
12 (...) "La carga de la prueba, de la ausencia de contaminación, degradación o afectación no permitidas, corresponderá a quien solicite la aprobación, el permiso o acceso a la biodiversidad o a quien se le acuse de haber ocasionado daño ambiental". *Artículo 109º de la Ley de Biodiversidad de Costa Rica*, norma citada.
13 El concepto de hipo-suficiencia del artículo 6º, inciso VIII, del Código de Defensa del Consumidor, permite, aliado a la verosimilitud de las alegaciones del consumidor, la inversión de la carga de la prueba a su favor.

La inversión de la carga de la prueba y el artículo 149 de la LGA peruana. Crítica.

En el Perú, la inversión de la carga de la prueba ambiental estuvo prevista en el proyecto por el cual se sancionó la Ley General del Ambiente, Ley 28611, actualmente vigente. Cuando el proyecto fue remitido a la Presidencia de la República para su promulgación, resultó observado por el Poder Ejecutivo, lo que obligó al Parlamento a emitir un dictamen de insistencia por parte de la comisión a cargo, el mismo que fue debatido y aprobado por el Pleno del Congreso el 13 de octubre del 2005.

El texto legal que finalmente se votó no incluyó el artículo en el que se prescribía la inversión de la carga de la prueba ambiental, puesto que mediante votación separada fue retirado del proyecto en atención a las observaciones formuladas por el entonces Presidente de la República, Dr. Alejandro Toledo Manrique[14].

Este caso no resulta aislado; hacia finales de 1996, el Parlamento sancionó la polémica ley 26631, "Ley de requisitos para efectos de formalizar denuncia por infracción de la legislación ambiental" (promulgada el 21 de junio de 1996), por la cual se exigía que todos los procesos penales ambientales promovidos y los que se promovieran en el futuro, cumplieran con adjuntar como recaudo un informe de la autoridad administrativa competente que señalara si se habían violado o no las normas ambientales, lo cual rebasaba con exceso la función del administrador, pues esa valoración es exclusiva del Ministerio Público; abría las puertas a la intromisión en las funciones fiscales, subyugando el ejercicio de la acción penal a dicho informe; y se prestaba a todo tipo de manipulaciones por parte de los denunciados –regularmente grupos de poder– en contra de los funcionarios públicos, casi siempre gente sin conocimiento profundo del tema y en el cargo por compromisos políticos antes que por méritos tecnócratas o profesionales y por tanto altamente manipulables.

Antes de promulgarse la Ley General del Ambiente 28611, se esperaba que la anterior discutida norma fuera derogada por esta y, en efecto, así ocurrió, pero el texto íntegro de esa ley fue repetido por el artículo 149.1 de la novísima ley ambiental, con lo cual tal disposición se mudo únicamente de codificación, subsistiendo en la práctica los efectos de la misma.

Tras mucha presión por parte de diversos actores de la sociedad civil, se sustituyó ese artículo por el texto actual, a través de la Ley 29263, colocando en su verdadera dimensión al malaído informe administrativo, pues se de-

14 Un nuevo proyecto de ley para sancionar la inversión de la carga de la prueba fue presentado al Parlamento peruano en el periodo 2008-2009 por la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología, pero al finalizar el segundo periodo del entonces Presidente de la República Dr. Alán García Pérez, no se había discutido por el pleno, quedando encarpetado.

bilitó su poder decisorio al disponerse que este únicamente fundamentara los hechos ocurridos, restándole la función valorativa legal de la infracción cometida y evitándose así todas las perturbaciones a que daba origen la derogada norma 26631.

Sin embargo, tal avance terminó siendo una suerte de desalentadora decepción al analizar la modificación introducida por la misma Ley 29263 al artículo 149.2 de la ley rectora ambiental. Dice el nuevo texto que "en las investigaciones penales por los delitos ambientales que sean desestimadas, el fiscal evaluará la configuración del delito de denuncia calumniosa(...)[15]".

En principio, sabemos que las denuncias penales de cualquier orden que fueran desestimadas tienen latente la posibilidad de originar una acción por calumnia e incluso otras acciones civiles por daños, en contra de quienes, excediéndose en su pretensión, pusieran en conocimiento de la autoridad un hecho delictuoso a sabiendas que no se ha cometido o cuando la prueba aportada fuese insuficiente para acreditar la comisión del delito. Ahora, si esto es así, porque de hecho así lo dispone en artículo 402 del Código Penal, ¿por qué entonces el modificado artículo 149.2 de la Ley General del Ambiente tiene que referirse a esta acción, cuando ya hay una norma sustantiva expresa y suficientemente clara que así lo sanciona y que además forma parte de una de las atribuciones del Ministerio Público?

Esta mención en la norma descrita da pie a muchas suspicacias que con toda lógica se pueden tejer en torno a la motivación por la cual se sancionara (infundir temor, desalentar la solicitud de denuncia penal por los agraviados, poner la ley al lado de los intereses de los grupos de poder económico, etc.).

Si analizamos las consecuencias de esta disposición legal con las que acarrea la no sancionada inversión de la carga de la prueba, entonces se apreciará un panorama que dibuja severas limitaciones en relación al acceso a la justicia ambiental en el Perú. Y esta circunstancia, como se explicará luego, se ve agravada por otros factores que igualmente agreden la realización de este derecho.

e) El acceso a la defensa del interés difuso ambiental

Como ya se dijera, la naturaleza de los intereses en juego en un hecho que connotancias jurídicas ambientales habitualmente es *difusa*, es decir, el interés de accionar judicialmente ante la amenaza o agresión ambiental les corresponde a muchas personas, muchas de ellas indeterminadas e indeterminables[16].

15 Artículo 131 del Código Penal peruano, D. Leg. 635.
16 Ver "intereses individuales, colectivos y difusos", en "Derecho Ambiental, Tomo I", obra citada.

Hacer valer estos derechos ante los tribunales de justicia suele toparse, primero, con una serie de trabas en relación a la capacidad de organización de quienes resultan afectados, pues estos casi nunca gozan de alguna forma asociativa que les dé personería; segundo, estas personas no siempre están legitimadas para accionar en defensa del medio ambiente, o si lo están, suelen existir –en ciertas realidades– confusiones entre las diferentes normas que así lo consagran y otras que lo contradicen, o fallos judiciales que ponen en discusión esa legitimación.

En principio, no deja ninguna duda la afirmación categórica de que *el elemento procesal más sensible en torno a la defensa ambiental es la legitimación para obrar*, que termina siendo el núcleo del proceso judicial ambiental o, como bien lo afirmaba Germán Bidart Campos, "es la llave de acceso al proceso (*ambiental*)"[17], de tal manera que según como esté consagrada esta legitimación, estarán a su vez cubiertas las posibilidades de acción a favor del medio ambiente. Tan urgente y grave es esta exigencia, que bien decía el maestro Bidart, "cualquier interpretación que reduzca o produzca un angostamiento de la legitimación de obrar en defensa del medio ambiente es inconstitucional"[18].

Esta legitimación responde a una progresiva necesidad de socialización del proceso judicial, pues las causas judiciales ambientales exigen un acceso a la justicia a escala inmensamente más amplia que la antes conocida, que rebaza con creces la clásica visión de los juicios tradicionales, siempre discretos, cerrados, debatibles, de controversias individuales, exclusivos a los interesados y excluyentes a los ajenos, diferenciados, personales, concretos, directos y en base a patrimonios cuantificables y monetarizables. Los procesos judiciales ambientales, en cambio, se direccionan a proteger un interés difuso –el ambiental–, que es supra individual, que no es propiedad de uno sino de todos y por ello es indivisible, en los que se admite que sean abiertos, de controversias colectivas, en el que tienen interés todas las personas –aunque no sea directo ni personal– y en los que, al fin de cuentas, se persigue no la realización de un patrimonio como primera exigencia, sino la preservación del medio ambiente y su restauración, recomposición o mitigación ante el daño acaecido. Todas las demás sanciones conexas, legítimamente válidas (cancelación de licencias, multas, reparaciones económicas, penalidades de todo orden, etc.), serán siempre secundarias y no podrán entenderse como la máxima finalidad de la postulación de un proceso ambiental.

17 Germán Bidart Campos, , "Manual de la Constitución Reformada", Tomo III, Editorial Lex ; Buenos Aires, 1998.
18 Germán Bidart... igual al anterior.

Lo dicho en el anterior párrafo es especialmente crítico para comprender el porqué es necesario otorgar una mayor apertura en la legitimación para la acción en defensa del medio ambiente, pues, así como hoy se vienen entendiendo las cosas, cualquier disposición que restrinja, reduzca, limite o segregue tal legitimación, colisionaría de manera frontal con la realización del "derecho a un ambiente sano y equilibrado" y, así, estaría violando un precepto constitucional que es ya acogido por todas las cartas fundamentales de los países de la región.

Vladimir Passos dice que "los países en general disponen de suficiente legislatura para proteger al medio ambiente"[19], ocurriendo que las instituciones del Estado tienen sobrados argumentos para asumir tal protección sin ningún tipo de limitaciones, siendo "el Ministerio Público y el Poder Judicial actores indispensables para la aplicación de las normas ambientales"[20]. Por otro lado, Ricardo Lorenzetti, afirma que "la protección de estos bienes (*los ambientales*) no se deja (*ahora*) en manos exclusivas del Estado, como ocurría en el pasado, (*pues*) esta concentración no dio los resultados esperados ya sea por falta de acción pública, o por influencia excesiva de los grupos de presión, o porque los bienes trascienden las esferas nacionales"[21].

Así dicho, se colige que es cierto que los diferentes sistemas legales vigentes deberían ser suficientes y no precisarían de un mayor andamiaje para servir a la finalidad de la defensa ambiental; pero también es cierto que esta apreciación idealista termina en la práctica siendo ensombrecida por el accionar elefantiásico de las diversas entidades estatales, llamadas a promover y ejecutar esta defensa, y que en el pasado y el presente pecaron, y pecan –en no pocas sociedades– de ofensivo desinterés e incapacidad, siendo ello uno de los principales lastres que detienen la realización del acceso a la justicia ambiental[22]. En tal sentido, se hace necesario ampliar el espectro de la legiti-

19 Vladimir Passos de Freitas, "Derecho Ambiental: Especialización de Tribunales", en "Direito Ambiental em Evoluçao" Nº 4, Editorial Jurúa, Sao Paulo, 2005.

20 Igual al anterior.

21 Ricardo Luis Lorenzetti, "Teoría del Derecho Ambiental", Editorial Purrúa, México DF., 2008.

22 Debe resaltarse sin embargo el papel preponderante desempeñado por Brasil en el campo de la defensa ambiental; no sólo cuenta con fiscalías ambientales (incluso del tipo temático) sino también juzgados ambientales, que prácticamente no existen en otras realidades latinoamericanas. La altísima especialización de los funcionarios a cargo no sólo ha dado lugar a eficientes herramientas jurídicas aplicables a los mecanismos de defensa ambiental, sino que además estas son copiadas por otros Estados. En el caso de Brasil, las autoridad fiscal tiene primerísimo papel en la defensa del medio ambiente, correspondiéndole el 97.6% de las acciones civiles públicas ambientales (*Silvia Capelli, "Experiencia del Sistema de Fiscalías Ambientales en Brasil", Revista de Derecho Ambiental, Número 7, julio–septiembre de 2006, Buenos Aires, Lexis Nexis, Instituto del Derecho por un Planeta Verde*). Por el contrario, en Argentina, hasta antes de la creación de la Unidad Fiscal de Investigación de los Delitos Ambientales – UFIMA, a finales del 2006, el 90% de las causas ambientales eran promovidas por ONG´s, los afectados directos, las organizaciones de la sociedad civil y el sector privado. Luego de esa fecha, la mayor cantidad de las acciones promovidas en esta materia están a cargo de la UFIMA. *Taller del "Primer Encuentro del Ministerio Público Fiscal Ambiental", organizado por el PNUMA/ ORPALC y la Procuraduría General de la Nación Argentina, Buenos Aires, 2007.*

mación para accionar en defensa del medio ambiente, otorgando tal prerrogativa a todas las personas –naturales y jurídicas– sin excepción, a pesar que estas no tengan un interés directo y personal, tal y como lo sancionan los artículos IV del Título Preliminar y el 143 de la Ley General del Ambiente peruana[23], visión que, a pesar del actual desarrollo doctrinario y legal, sigue siendo resistido en varias sociedades, en las que se mantiene la legitimación restringida, otorgada sólo a cierto número de actores.

Hay que subrayar que el hecho de sancionar una legitimación activa amplia en materia ambiental no implica en modo alguno el desentendimiento del Estado de sus funciones preventiva y reactiva en relación a la preservación del medio ambiente, pues, si bien las personas –individuales o colectivas, naturales o jurídicas– deberían tener la facultad de accionar en esta área, no debe olvidarse que esa es una función principal y primigenia del Estado, representado por todos y cada uno los entes que lo conforman. Por esta razón, como bien lo afirma Ricardo Lorenzetti, "el espectro de sujetos legitimados incluye siempre a un representante del sector público, como el Defensor del Pueblo, pero no es exclusivo, ya que se amplía a las organizaciones no gubernamentales, que representan un interés colectivo, y a los afectados, que invocan un interés difuso"[24], (*según la ley argentina*). Dicho en otras palabras, la presencia del Estado en los procesos en lo que se promueve la defensa ambiental es siempre requerida, por más que estos no hayan sido postulados por aquel –a través de sus representantes–, pues junto a los interés colectivos y los difusos involucrados, existe también un interés social que le corresponde cautelar, como una de sus funciones más esenciales.

El acceso a la defensa del interés difuso ambiental en el Perú.

El artículo 82 del Código Procesal Civil peruano, en relación a la defensa del interés difuso ambiental dispone que "pueden promover o intervenir en este proceso, el Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales, las Comunidades Campesinas y/o las Comunidades Nativas (...) y las asociaciones o instituciones sin fines de lucro (...) que estén legitimadas para ello". Nótese que la norma deja fuera de acción a las personas individuales y las demás personas jurídicas.

Sin embargo, el artículo IV del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente, Ley 28611, legitima a toda persona (tanto las naturales como las jurídicas) para el ejercicio de esta acción, al disponer que estas tienen "el derecho a una acción rápida, sencilla y efectiva, ante las entidades administrativas y jurisdiccionales, en defensa del ambiente y de sus componentes (...).

23 Ley General del Ambiente peruana, 28611, norma citada.
24 Ricardo Luis Lorenzetti, "Teoría...", obra citada.

El interés moral legitima la acción aun cuando no se refiera directamente al accionante o a su familia", lo cual es además concordante con lo referido en el artículo 143 de la misma ley, con lo que queda en claro que "todas las personas" quedan legitimadas para accionar en defensa del medio ambiente. Estas disposiciones, por ser de una norma particular, priman sobre la adjetiva antes indicada, que es una norma general, y en consecuencia son de aplicación obligatoria.

No obstante, el Pleno Casatorio de la Corte Suprema de la República Nº 1465-2007-Cajamarca abre un panorama de confusión que a mi entender desalienta arbitrariamente a las personas a promover acciones en defensa del ambiente. Dice esta resolución, en el Fallo B.2., "constituye doctrina jurisprudencial (...) que la legitimación para obrar activa en defensa de los intereses difusos, únicamente puede ser ejercida por las entidades señaladas en el artículo 82º del Código Procesal Civil". Pero, la demanda que da origen a este fallo se planteó en la ciudad de Cajamarca y fue admitida a trámite el 2 de junio del 2002, mucho antes que apareciera la Ley General del Ambiente, que fue publicada el 16 de octubre del. Por tanto, la legitimación activa del proceso en mención se rige por las normas del Código Procesal Civil y no por las de la ley rectora ambiental y se hace, por otro lado, referencia a que tal fallo será aplicado a similares casos y entre más o menos las mismas partes que intervinieron en la causa que fue casada (pobladores de Cajamarca vs. Empresa Minera Yanacocha S.R.L., Ransa Comercial S.A. y Arturo Blanco Bar) que entonces se encontraban en carpeta, esperando resolución casatoria final.

¿Qué alcance tiene este fallo? ¿Se aplica a todos los procesos que se puedan promover en defensa del medio ambiente y por tanto quedan fuera de acción las personas individuales y las demás personas jurídicas no señaladas en el Código Procesal Civil, a pesar de lo dispuesto en la Ley General del Ambiente? ¿O se aplican sólo a los casos postulados hasta antes del 15 de octubre del 2005 y, después de esa fecha, rige la legitimación activa amplia que advierte la norma ambiental? ¿O le corresponde únicamente a los casos que expresamente señala el fallo casatorio? Y, finalmente, ¿cuál es la magnitud del impacto social que genera esta suerte de confusión?

En lo personal, soy de la opinión que es esta casación únicamente se debe aplicar a los procesos que señala el mismo pleno casatorio, pues, al entrar en vigencia la mencionada ley ambiental (ley particular), amplía la legitimación activa que antes era restringida por la ley procesal civil (ley general) y ello no debería generar ninguna confusión[25].

25 Puede leerse esta casación en: http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2008/abril/24/sentencia.pdf

f) La especialización de los operadores jurídicos

Una exigencia que demanda el ejercicio del derecho ambiental es su alta especialización, que implica una adecuada y dedicada preparación de quienes abracen, por vocación o por exigencia de la función, la práctica de esta rama legal. Lamentablemente, a pesar de ser parte de uno de los compromisos de la Conferencia de Estocolmo de 1972, en muchos países no se ha incorporado una verdadera y eficiente enseñanza en materia ambiental en todos los niveles educativos, incluso en los de altísima especialización post universitaria y profesional.

Baste con ver, por ejemplo, el tiempo y los métodos dedicados al impartimiento del Derecho Ambiental en la gran mayoría de las facultades de derecho de las universidades peruanas –públicas y privadas–, que es la misma realidad que se repite como calco en casi todas las sociedades: el dictado de la materia implica regularmente 2 ó 3 horas a la semana, en cursos no exigibles o electivos, llevados en los primeros años de la carrera, a cargo de profesionales no expertos y casi con total ausencia de otros elementos pedagógicos que coadyuvarían a una mejor capacitación. Ello evidencia que el tema no termina de ser del interés de quienes tienen la responsabilidad de la formación en esta especialidad, lo cual es sumamente crítico, pues, como ya se dijo, la educación ambiental –en todos sus estamentos– es sumamente urgente, pues es uno de los elementos en los cuales se sostiene un nuevo modelo para la realización del derecho de acceso a la justicia ambiental.

Claro que tampoco se tiene que opacar el esfuerzo de otras entidades educativas a nivel superior, no sólo de Perú, sino también de Brasil, Argentina, Costa Rica y de varios países de la región, que se han distanciado del resto de universidades en cuanto al impartimiento de esta materia, dedicando no sólo uno sino varios cursos a lo largo de la carrera, con mucho tiempo destinado a la docencia, profesionales competentes a cargo, con mejores y eficientes recursos pedagógicos y ofertando ricas especializaciones, adicionales a los cursos regulares, que en suma contribuyen positivamente una mejor capacitación en materia ambiental. Lamentablemente esto es la excepción y lo antes dicho es más bien la generalidad.

g) La creación de fiscalías, juzgados y tribunales ambientales; la especialización y la concienciación de los funcionarios públicos

Un gran acierto a favor del acceso a la justicia ambiental ha sido la creación en casi todos los Estados de la región de fiscalías especializadas en materia ambiental[26], con sus propias y singulares prerrogativas, muchas de ellas

26 Tal es el caso de Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela. Los países de Bolivia, Chile, Cuba y Uruguay no disponen de fiscalías ambientales.

atendiendo a la realidad social, geográfica, económica y ambiental de cada lugar. Se han creado igualmente juzgados especializados ambientales, aunque en muy pocos casos[27], y también tribunales administrativos ambientales, con diferente tipo de atribuciones, pero estos han sido los menos[28].

Sin embargo, el sólo hecho de la creación de estas entidades de por sí no soluciona el problema de acceso, pues su implementación debe ir de la mano con la especialización y la concienciación de las personas que accedan a esos cargos (fiscalías, juzgados y funcionarios administrativos ambientales).

Vladimir Passos, refiriéndose a la realidad de la judicatura brasileña, afirma que "los agentes del Ministerio Público no siempre son entusiastas de la cuestión ambiental. Principalmente, entre los más antiguos en la carrera, hay una posición de escepticismo, pues la consideran como una materia secundaria y por tanto que esta defensa es un estorbo al desarrollo económico. Al mismo tiempo, al lado de fiscales altamente especializados en Derecho Ambiental, existe un considerable número de estos profesionales sin el necesario conocimiento e incluso interés por la especialidad. En general, pasa lo mismo con los jueces. A esto se debe que el magistrado muchas veces recibe el caso sin estar preparado para un correcto análisis"[29].

Si esto pasa en Brasil, en donde la evolución del Derecho Ambiental y de las instituciones que lo promocionan y defienden ha avanzado mucho en relación a la mayoría de los demás Estados de la región, ¿qué podría estar ocurriendo en escenarios en donde la construcción de esos caminos se mueve más por inercia que por decisión y voluntad políticas?

Baste sólo con revisar el nivel de exigencia del currículo que presentan los postulantes a los puestos en la administración de justicia del Perú; muchas veces son solicitados, por ejemplo, maestrías o doctorados, libros o artículos escritos, participación en conferencias (ya sea exponiendo, organizando o asistiendo), etc., todo ello como medio para aumentar la calificación requerida para el cargo. Sin embargo, poco se repara en atender que esas certificaciones sean coherentes con la función a la que se postula, exigién-

27 Colombia tiene jueces administrativos ambientales que conocen en primera instancia; Guatemala cuenta con juzgados de primera instancia para delitos contra el medio ambiente; Brasil dispone de juzgados ambientales, con prerrogativas penales, civiles y fiscales. En los demás Estados de Latinoamérica, la judicialización de las causas se tramitan en los fueros civiles o penales comunes.

28 Quizás el país en donde más eficientemente funciona el tribunal administrativo ambiental es en Costa Rica, en donde la mayor cantidad de acciones en defensa del medio ambiente comienzan por esta entidad. En Brasil hay cierta resistencia a implementar tribunales administrativos ambientales, quizás por el hecho de la eficiencia mostrada por las fiscalías y juzgado especializados, que hacen innecesaria dicha implementación. En el Perú la creación del Tribunal para Solución de Controversias Ambientales previsto en la Ley General del Ambiente 28611 aún espera por su conformación. En los demás países de la región se ha avanzado poco en este sentido.

29 Vladimir Passos de Freitas, "Tribunales Especializados en Materia Ambiental (Cortes Verdes)", en "Encuentro Internacional de Derecho Ambiental", Memorias Tercero – 2004, Cuarto – 2005, Quinto – 2006, Foro Consultivo Científico y Tecnológico, México D.F., septiembre 2007.

dose, en la mayoría de casos, cantidad de documentos antes que calidad en el conocimiento y capacitación. ¿De qué sirve una maestría en docencia universitaria, cuando a lo que se postula es al cargo de juez o fiscal ambiental? ¿Qué aporta a la defensa del medio ambiente el haber escrito un texto sobre arquitectura contemporánea o haber dado una charla sobre motivación y crecimiento personal? Aún cuando todo conocimiento es siempre bienvenido y la cultura y el entendimiento medio ambientales se nutren a diario con todo tipo de vivencias, experiencias y aprendizaje de la vida cotidiana, nada puede soslayar el hecho que para la función específica de la promoción y defensa del medio ambiente se requiere una singular experticia, cuya carencia debería descalificar de plano a quien pretendiera optar por esa función, toda vez que la complejidad de su conocimiento difícilmente puede ser suplida por otras áreas del saber, por más que se tenga pleno conocimiento y dominio de ellas.

En este panorama, sin embargo, se hace recurrente –otra vez– el compromiso del Estado, pues uno de los elementos a considerar como indispensable para la realización del derecho de acceso a la justicia ambiental es, justamente, el alcanzar que quienes tengan a su cargo el tratamiento de este tema desde la vera estatal –pero sin descuidar el ejercicio profesional privado– sean las personas más idóneas y competentes. Y ello no es sólo consecuencia de la propia voluntad de los individuos (quienes, en aras de su propia superación, buscan especializarse en el tema) sino –y sobre todo– resultado de una política pública destinada a allanar los caminos hacia la experticia de los estudiantes, técnicos y profesionales que deseen abrazar al Medio Ambiente como vehículo de superación y crecimiento (que no es únicamente el económico).

Para ello se debe impulsar una revolución en la educación a todo nivel, pero sobre todo en el superior –que es donde se define la especialización de los futuros profesionales–, tarea que ciertamente no es sencilla, pues demanda romper con el paradigma de la educación universitaria actual (nemotécnica, memorística, repetitiva, centralista, de espaldas a la tecnología, discriminatoria, elitista...), para optar por un nuevo modelo centrado en la inclusión, el protagonismo, la participación, la igualdad de condiciones, de oportunidades, de calidad e integral, formadora de seres sociales y solidarios que sepan promover, hacer y liderar cambios en su entorno, que puedan responder a las necesidades de la comunidad y del país, que impulsen el desarrollo de la persona, el respeto a su dignidad y la construcción de una sociedad justa.

El aprendizaje del Derecho no puede ser ajeno a las innovaciones que se introduzcan en materia de educación superior, pues estas influirán en la

carrera de manera directa y especialmente en materia de Derecho Ambiental. Recuérdese que el alto tecnicismo de esta rama legal demanda el conocimiento de muchos otros temas que anteriormente no eran ni por asomo abordados en la docencia universitaria y que hoy resultan especialmente urgentes para conseguir un verdadero conocimiento sobre este particular. El dictado de la especialidad del Derecho Ambiental, sin la visita a los lugares en donde se advierta contaminación, sin la familiarización con las herramientas de que se vale la ciencia para la valoración de las condiciones ambientales, sin el internamiento en las realidades sociales, productivas, culturales o históricas –por citar solo algunos aspectos relevantes de la educación universitaria ambiental– jamás será completa y su parcialidad pone en severa limitación al estudiante y futuro profesional. Debe tenerse en cuenta que mientras otras ramas del estudio del Derecho, como el constitucional, el civil, el administrativo, se aprenden mayormente en el claustro, las bibliotecas universitarias o las cortes de justicia, el conocimiento del Derecho Ambiental se adquiere sobre todo en el campo. Y a ello debe apuntar esa revolución en materia de educación superior que se propone[30].

Ahora bien, no sólo de trata de una mejor capacitación, sino que esta además tiene que articularse de tal manera que logre la concienciación de las personas, sobre todo de quienes tengan en su responsabilidad la función pública de la preservación ambiental. Cuando se habló de la *tutela ambiental objetivista*[31], se dejó en claro que no se puede pretender la existencia de sólo la juridicidad como elemento único de la *tutela*, sino que además esta requiere de la necesaria e inmediata participación de las personas –desde la óptica tanto subjetiva como objetiva– para hacerla plausible y lógica. De nada vale acumular conceptos, conocimientos o habilidades, si es que estos no van a ser el motor de un cambio en nuestra forma de ver y apreciar el medio ambiente y la manera como influimos en él, positiva o negativamente; de nada servirá tener un biblioteca con los libros más versados en materia ambiental, cuando seguimos usando para movilizarnos un vehículo que arroja humos contaminantes al aire. Si esta educación no consigue en la persona el cambio de actitudes por otras nuevas, en las que prime el entendimiento sobre la necesidad de un comportamiento más amigable y armónico con el medio ambiente, entonces el esfuerzo habrá sido en vano.

30 No abundo más al respecto de un "nuevo modelo educativo universitario", pues no es el fondo de este texto. Sin embargo, sugiero revisar el libro "Hacia una correcta implantación de un nuevo modelo de acceso a la justicia ambiental", de mi autoría, Editorial LPG_Editores, Arequipa, 2012, próximo a salir a circulación, en donde abordo más detalladamente este tópico. También se puede encontrar abundante información sobre el particular en bibliotecas especializadas en educación superior.

31 Ver "la tutela ambiental", parte III, en "Derecho ambiental", obra citada.

Ese cambio, a su vez, tiene que generar un nuevo enfoque en la toma de decisiones de quienes tienen que administrar justicia y ello es crucial para lograr la realización armónica del derecho de acceso a la justicia ambiental.

Bien dice Vladimir Passos: "si no hay concienciación no habrá prevención o reparación a través del Estado Judicial. De nada servirá que un promotor proponga una *acción civil pública*[32] teniendo en vista proteger las aguas de un río, si su colega de la comarca limítrofe no tiene interés en el asunto. ¿Será útil la protección limitada a determinado territorio y descuidada en el siguiente? ¿Tendrá valor el excelente inicio de una acción civil pública si el juez, en tres líneas, deniega la liminar? ¿Provocará efectos una acción penal por crimen ambiental si el magistrado entiende, contra la ley (...) y en vía alternativa, que las personas jurídicas no deben responder por crimen ambiental[33]? La respuesta es fácil: No"[34].

Este debe ser el principal compromiso de un nuevo enfoque en la educación, sobre todo en aquello que está direccionado a la preservación del medio ambiente, en especial en la esfera universitaria. Una revolución educativa superior en materia ambiental que no consiga la concienciación por parte de los estudiantes, será únicamente una pérdida absurda de tiempo y recursos, y hará que el acceso a la justicia ambiental esté cada vez más lejos y distante de quien la reclame.

h) La codificación de la legislación ambiental.

La superproducción de la normativa ambiental que se ha vivido en estos años, dispersa, desordenada, perdida, muchas veces forzada y exigida como consecuencia de los acuerdos multilaterales o por efervescentes movilizaciones sociales, antes que por voluntad política de los propios Estados –y por eso tantas veces ineficiente–, tiene como resultado que en las cortes, los tribunales y las prácticas procesales no se facilite la defensa del medio ambiente, contribuyendo así a que sea cada vez más difícil no sólo el acceso a la justicia ambiental, sino el cumplimiento efectivo de los derechos que sustentan esta especialidad legal.

El anhelo en favor de la codificación ambiental no es nuevo y viene ya desde algún tiempo, aunque últimamente ha tomado cuerpo como consecuencia de entenderse como exigible la sistematización y organización de tal normatividad, razón por la cual se ha generalizado en algunos países el deseo de establecer sus propios códigos ambientales, aunque no siempre la labor ha sido vista con agrado, por lo intrincado de la normatividad a sistematizar.

32 Ver "acción civil pública", en "Derecho Ambiental, Tomo II", obra citada.
33 Ver "la penalización de las personas jurídicas", en "Derecho Ambiental, Tomo II", obra citada.
34 Vladimir Passos, "Tribunales...", obra citada.

Esta codificación se justifica, por un lado, en la relativa precisión que vienen alcanzado los conceptos del derecho ambiental, que a diferencia de otras ramas legales –a las que les ha tocado muchas décadas e incluso siglos para encontrar precisión en su terminología–, ha requerido de apenas pocos años para darle claridad a sus definiciones; por otro, a la necesidad de la certeza de la legislación ambiental y del orden en las disposiciones de una legislación cada día más enmarañada y confusa.

Debe atenderse al hecho que en casi todos los países, a fin de no perder la viada del progreso, ha venido sucediéndose un constante crecimiento en la inversión industrial y comercial, que ha tenido como corolario una sobrepresión a los recursos naturales, que ha arrojado como resultado un mayor deterioro ambiental. Ello ha traído como consecuencia la constante modificación de las leyes ambientales en la medida que las circunstancias lo imponen, obteniéndose como resultado una serie de disposiciones inconexas, a veces contradictorias y otras tantas oscuras y confusas.

Es cierto que la tarea no es fácil: la multiplicidad de las situaciones ambientales complican y dificultan la codificación; las acciones ambientales se inspiran en criterio de oportunidad que muchas veces no son plasmables en las normas rígidas de un código; la variedad de preceptos ambientales impiden someterlos a un esquema unitario. Pero todas estas y otras cuestiones son fácilmente superables siempre que exista decisión políticas y voluntad de quienes tomas las decisiones en las sociedades, sin las cuales hasta la más simple acción será una tarea titánica.

Por otro lado, no se debe entender la codificación ambiental como sinónimo de depuración o aglutinamiento de textos legales dispersos, sino que, en esencia, implica crear un cuerpo orgánico y homogéneo de normas regulatorias de la materia ambiental en su aspecto sustancial, en el procedimiento y en lo sancionatorio, el mismo que deben servir de base para la aplicación e interpretación de las demás normas, que por su especificidad y oportunidad no podrán compilarse en la codificación.

En muchos casos, eso es lo que han perseguido las normas *rectoras* ambientales, tales como la *Leyes Generales* del Ambiente, que casi con la misma denominación se han sancionado en la gran mayoría de los países. Sin embargo, ha sido tanta la legislación que se ha producido antes y después de sancionarse estas, que han terminado colocando a las normas rectoras casi como una más de las otras, perdiendo así su calidad de directriz y significando sólo otro texto más a tener en cuenta. De allí la necesidad de la codificación de las normas ambientales, cuya ausencia seguirá siendo uno más de los elementos que imposibilitan un correcto acceso a la justicia ambiental.

O ACESSO À JUSTIÇA AMBIENTAL E A INADEQUADA VALORIZAÇÃO DOS DANOS AMBIENTAIS EM PORTUGAL

LÚCIO PIMENTEL LOURENÇO

1. O ESTADO PÓS-SOCIAL COMO ESTADO DO AMBIENTE

O direito do ambiente tem vindo a ser entendido e consagrado na legislação fundamental (Constituição) e na legislação ordinária como direito do Homem, integrando a denominada terceira geração dos direitos subjectivos fundamentais, impondo-se a sua protecção como tarefa fundamental do Estado, o que tem conduzido alguns autores a caracterizar o Estado pós-social como Estado do Ambiente.

As sociedades modernas têm colocado novos desafios, os quais impõem que a dignidade da pessoa humana constitua o fundamento dos direitos humanos cuja realização e respeito tem exigido um esforço de aprofundamento, ampliação e reconhecimento, quer pelas pessoas, quer pelas instituições públicas e privadas.

As gerações históricas ficaram ligadas às gerações de direitos humanos fundamentais, daí que possamos identificar:

- O Estado Liberal, como de primeira geração dos direitos humanos, que inclui a liberdade de expressão, a liberdade religiosa, o direito da propriedade privada, o direito universal de voto, ou seja, a consagração e o alargamento dos direitos subjectivos, pessoais.

- O Estado Social ou de Administração, de segunda geração dos direitos humanos, que chama a si a realização de tarefas nos dominios económicos, sociais e culturais, em especial o direito ao trabalho, à saúde,à segurança social, à educação e à habitação.

- O Estado Pós-Social, em profunda mudança, de terceira geração de direitos humanos nos dominios da vida em sociedade, numa lógica infra-estrutural da dignidade humana, como é o caso do ambiente, da qualidade de vida, da personalidade e ainda o reforço dos instrumentos e meios de garantia e defesa dos direitos fundamentais, de natureza social, administrativa e judicial.

O Estado do Ambiente assumiu como tarefa fundamental a defesa e protecção do mesmo, abandonando a ideia do Estado como policia

do ambiente, sem contudo reforçar os meios e formas de policiamento e vigilância para que de facto e de direito o Ambiente seja protegido, tomando as realidades ambientais como bens jurídicos, pois nada do que se passa no Planeta, ou melhor, no Universo pode ser alheio à dignidade da pessoa humana.

A realização da dignidade da pessoa humana, para além da consagração do direito do ambiente como fundamental, exige a utilização da técnica da relação jurídica como bilateral (direitos e deveres impostos e reconhecidos a ambos os sujeitos) e multilateral, pois podem ter como sujeitos, pessoas privadas públicas, entre um sujeito público e privado ou mesmo entre múltiplos sujeitos privados e públicos.

2. O DIREITO DO AMBIENTE NO DIREITO INTERNACIONAL, COMUNITÁRIO E CONSTITUIÇÃO

Do direito internacional público emergiu o direito internacional público do ambiente, no mesmo plano que surgiu o direito internacional do mar ou mesmo dos Direitos do Homem.

Só que o direito internacional do ambiente se caracteriza pela ideia de diversidade porquanto é o resultado da vontade dos Estados em geral e das organizações internacionais pelo que os direitos e obrigações valem "erga omnes", para todos e consagrados em tratados multilaterais universais, pese muito embora a ainda debilidade institucional e estrutural, de resto comuns a todos os ramos do direito internacional, decorrentes da ausência de mecanismos jurídicos genéricos, eficazes de coercibilidade e permeáveis a interesses pontuais e de oportunidade.

No entanto, os problemas ecológicos possuem uma dimensão global, à escala planetária, internacional, pelo que, sem o fortalecimento do direito internacional em matéria do ambiente, não é possível a defesa eficaz do mesmo e consequentemente da dignidade da pessoa humana a nível mundial, regional e local.

A nível europeu, foi o tratado de Roma que, pela primeira vez consagrou uma referência ao ambiente e com o fim de aumentar o nível e condições de vida e de trabalho das pessoas.

Até o início dos anos 70, o ambiente não fazia parte dos objetivos e tarefas fundamentais do Estado, vigorando as ideias do Estado Social.

Com a industrialização, os Países sentemo problema ambiental da poluição e a questão do ambiente era tão só a redução da poluição. Não havendo outras preocupações e muito menos elevar a questão do direito do ambiente à dignidade dos direitos fundamentais e subjectivos.

Para além dos impulsos legislativos para regular o ambiente, são também muito importantes a consciência civica da opinião pública em matéria

do ambiente, problemas ecológicos resultantes do desenvolvimento económico e social, com o alerta da conferência de Estocolmo dos chefes do Estado e de Governo, promovida em 1972 pelas Nações Unidas.

A revisão do tratado de Roma em 1986, pelo Acto Único Europeu, consagrou os grandes objectivos, em especial:

- A proteção direta e indireta da qualidade do ambiente;
- O ambiente como bem jurídico, público, como forma de melhorar e garantir a saúde das pessoas;
- A proteção dos recursos naturais, como forma de assegurar a sustentabilidade ambiental, abandonando a ligação do ambiente só à poluição.

Em matéria do direito Comunitário, o tratado de Maastricht em 1992, como aditamento ao Acto Único Europeu, consagrou os principais princípios ambientais, nomeadamente:

- A ação preventiva, da reparação, prioritariamente na fonte, dos danos ambientais, pagando para não poluir;
- O princípio do poluidor-pagador;
- A responsabilidade civil por danos causados no ambiente;
- O princípio da eficácia ecológica;
- O princípio da economia e equidade social.

A legislação comunitária, prevalece na ordem jurídica interna de cada País membro, por imperativo constitucional, onde já se consagra que,

"Todos têm o direito a um ambiente de vida humana, sadia e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender" (Artº 66º, nº1 da C.R.P.)

Pelo que,

Todos os cidadãos têm o direito de apresentar, individual ou colectivamente, por si ou por legais representantes, reclamações e petições, com o fim de promover a protecção do ambiente em termos gerais e no âmbito do direito de petição e acção popular, ao abrigo do disposto no artigo 52º da Constituição da República Portuguesa.

A legislação em matéria ambiental pode ser agrupada em:

- Matéria de política geral ambiental, como por exemplo no domínio da proteção civil;
- Para a proteção e gestão das águas;
- No controlo da poluição atmosférica;
- Para prevenção da poluição acústica;
- Na proteção da natureza;
- Em matéria nuclear e resíduos radioativos;
- Em matéria de substâncias químicas e bioterapia;
- Na gestão dos resíduos e tecnologias limpas.

3. A TUTELA DO AMBIENTE – A JUSTIÇA AMBIENTAL

Os meios administrativos e jurisdicionais para a tutela do ambiente hão-se ser definidos após a tomada de posição sobre a natureza jurídica do direito ao ambiente, ou seja, a posição sobre as seguintes questões:

a) Saber se o direito do ambiente é ou não um direito fundamental constitucional;
b) Saber se o direito ao ambiente deve ou não ser considerado como um direito subjetivo e;
c) Saber quais as consequências de regime legal aplicável em face da natureza jurídica do direito ao ambiente, ou seja se este ramo do direito é de natureza pública, privada ou mista.

Quanto à primeira questão e servindo-nos da legislação portuguesa e de forma especial no artigo 66º da CRP, o direito ao ambiente radica no princípio axiológico permanente e absoluto, que é a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, o direito ao ambiente tem uma vertente ou dimensão negativa que lhe permite ser invocado como direito de defesa contra agressões dos poderes públicos e privados, na medida da força ou poder vinculativo pelos direitos fundamentais e uma vertente positiva que lhe permite ser invocado para impor ao poder legislativo e administrativo, a sua defesa e regulamentação, pelo que predominantemente, as normas e princípios lhe concedem e reconhecem a força jurídica de direito estruturante, fundamental.

Quanto à questão de saber se o direito ao ambiente é um direito pessoal ou subjectivo, ou antes, se tem a natureza patrimonial, económica, devemos reconhecer antes de mais que a diversidade de posições jurídicas compreendidas no elenco dos direitos fundamentais, obriga a distinguir entre direitos subjetivos, interesses legitimos e interesses difusos, sendo certo que a tutela de tais direitos e interesses depende da sua classificação e enquadramento jurídico.

Dúvidas não há nos autores e legislação que o interesse ou bem jurídico tutelado é o "ambiente", enquanto bem colectivo e público, pelo que se torna insusceptivel de apropriação individual, no conceito pivado, impedindo assim que seja considerado como um direito tipicamente subjectivo, ainda que e por força da sua natureza pública, não deva atingir negativamente o interesse individual, salvo a necessidade do interesse público se sobrepor e subalternizar o direito pessoal, subjectivo, bem como o direito de propriedade privada, pilar estruturante do sistema jurídico português.

Às normas que fazem parte do Direito do Ambiente é aplicável e as mesmas devem respeitar o regime comum a todos os direitos fundamentais, em especial,

- A igualdade;
- A universalidade;
- O acesso ao direito;
- A tutela jurisdicional;
- A responsabilidade civil das entidades públicas.

Ao Direito do Ambiente são também aplicados os meios de tutela dos direitos, liberdades e garantias, com aplicabilidade directa das regras de natureza material com vinculação das entidades públicas e privadas, a reserva de lei, os condicionamentos e limites às restrições legais, direito de resistência, direito de petição e direito de acção popular e ainda a reserva de competência legislativa (absoluta e negativa) e de revisão constitucional –quanto aos limites materiais de revisão constitucional.

O Direito do Ambiente, como pertencendo à terceira geração dos direitos humanos, apresenta uma vertente negativa que lhe permite ser visto e garante ao cidadão a sua defesa contra agressões ilegais de âmbito consitucional e uma vertente positiva que impõe aos órgãos de soberania e entidades públicas a sua efectivação.

O regime próprio dos direitos económicos, sociais e culturais, a par dos direitos, liberdades e garantias, deve ser aplicado também às normas do direito do ambiente, quer se trate de normas de direito material ou processuais e de âmbito constitucional ou legislação ordinária.

É nesse sentido que a Constituição da República Portuguesa consagra no artº 17º que:

O regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos direitos estruturantes, tais como o direito à vida, à integridade pessoal, à liberdade, à segurança e aos direitos fundamentais de natureza análoga como é o caso do Direito do Ambiente,

Sendo que,

"Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis a vinculam as entidades públicas e privadas" (Artº 18º nº1 da CRP).

Ao Direito do Ambiente são pois aplicáveis os princípios constitucionais fundamentais, tais como:

- Do acesso ao direito;
- Da tutela jurisdicional e efetiva;
- Do direito de resistência;
- Direito de petição;
- Direito de ação popular;
- Da responsabilidade das entidades públicas.

Quanto ao princípio do acesso ao direito e em particular ao direito processual e procedimental para defesa do ambiente perante os órgãos jurisdicionais (tribunais) e entidades públicas administrativas, impõe às entidades públicas, não só o reconhecimento da legitimidade para formular os pedidos; mas também a isenção de encargos tributários para viabilizar o acesso e a propositura de acções judiciais e pedidos administrativos.

O princípio da tutela jurisdicional efectiva, partindo do acesso ao direito, impõe que para defesa dos direitos, liberdades e garantias de natureza ambiental, a lei assegura aos cidadãos os procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter a tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos.

O princípio da petição reconhece a legitimidade a todos os cidadãos para apresentar, individual ou colectivamente, aos órgãos de soberania, em especial ao poder legislativo (Assembleia da República e Governo), ou poder administrativo(Governo), reclamações, queixas, pedidos de informação genéricos e especificos e até propostas legislativas em matéria do direito ao ambiente.

Esse direito de petição impede por parte dos órgãos de poder que se recusem a receber tais requerimentos ou petições, a menos que haja lei especial que permita tal recusa, como é o caso da falta da indicação do número de contribuinte, em matéria de natureza tributária.

O direito de resistência reconhece a todos os cidadãos o direito de resistir a qualquer ordem verbal ou escrita, dada pelas entidades públicas e que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possivel recorrer às autoridades públicas, sendo que o uso da força e nessas circunstâncias, é excepção e só deve ser utilizada na medida do absolutamente necessário para impedir a ofensa dos direitos.

O direito de acção popular e de participação procedimental, devidamente regulada na Lei 83/95 de 31/8, onde são definidos os casos e os termos em que são conferidos e podem ser exercidos estes direitos, para a prevenção, a cessação ou mesmo a perseguição administrativa e judicial dos autores dos factos que violem os princípios e as normas do direito ambiental, para além de outras, naturalmente.

A legitimidade para o exercício dos direitos de participação e procedimental e de direito de acção popular, pode ser invocada por qualquer cidadão, individualmente ou em conjunto, no gozo dos seus direitos civis e politicos e ainda as associações e fundações defensoras, ou seja que tenham por fim a defesa dos interesses ambientais protegidos nomeadamente de saúde pública, do ambiente, da qualidade de vida, do consumo de bens e serviços, do património cultural e do dominio público, para valém da legitimidade do

Ministério Público, no âmbito da fiscalização da legalidade e do efetivo exercício dos direitos procedimentais e de acção popular.

Outro dos mecanismos e meios de tutela ambiental é a responsabilidade administrativa, civil e penal.

Os titulares de interesses ambientais ofendidos, têm direito à correspondente indemnização, nos termos gerais da responsabilidade civil, onde se exige a existência e comprovação do dano ambiental, podendo este afectar os interesses económicos ou patrimoniais individuais privados.

Existe ainda a obrigação de indemnização por danos, sempre que das acções ou omissões tenha resultado ofensa de direitos ou interesses ambientais.

Às pessoas, fisicas ou colectivas a quem a lei reconheça legitimidade nos pedidos de acção popular em matéria ambiental, é reconhecido o direito de denúncia, queixa ou participação ao Ministério Público, pela violação do direito ambiental, que tenham a natureza penal ou sancionatória administrativa, podendo mesmo constituir-se assistente no processo, sem a exigência ou imposição de preparos e com a isenção de custas, no caso de procedência parcial ou total do pedido ou facto denunciado.

Do exposto resulta que os sujeitos das relações administrativas ambientais, podem ter uma tripla dimensão ou seja, substantiva, processual e procedimental e podem ser:

1. Sujeitos privados, singulares ou coletivos:

a) Sujeitos titulares de direitos subjetivos;
b) Pessoas coletivas privadas;
c) Os cidadãos, associações e fundações destinadas à defesa do ambiente.

2.Sujeitos públicos:

a) Entidades administrativas públicas;
b) Pessoas coletivas de direito público;
c) Administração estadual;
d) Administração indireta do sector público estadual;
e) Administração autónoma, como por exemplo as autarquias locais;
f) Administração pública sob a forma privada ou sejam as entidades de direito privado de capitais exclusivamente públicos, tais como empresas municipais.

4. O DANO AMBIENTAL.CONCEITO E VALORIZAÇÃO

O dano ambiental ou no direito do ambiente só pode resultar de um prejuizo jurídico ou melhor, do não cumprimento, por omissão ou por ac-

ção de interesses ou bem jurídicos tutelados pela norma, em que afecte o ambiente, as pessoas ou bens patrimoniais.

A ideia ou conceito de dano ambiental tem sofrido evolução e tem sido utilizado para ilustrar situações absolutamente naturais, que resultam exclusivamente de fenómenos da natureza, não podendo em rigor falar-se em danos ambientais ou ecológicos, ainda que tais fenómenos alterem o ambiente, a paisagem e os direitos patrimoniais das pessoas.

Desta forma, somos de parecer que é inadequado falar em dano ecológico a uma tromba de água como frequentemente acontece em zonas tropicais, às chuvas ácidas, ao aumento do teor de CO2 da atmosfera, à diminuição da camada do ozono, à perda de património florestal ou genético por motivos e causas naturais, a extinção de espécies vegetais ou animais, a modificação de cursos de rios, ao aparecimento ou desaparecimento de cursos de rios e outros.

É evidente que se os fenómenos naturais que provocaram alteração da natureza eram previsiveis e podiam ser evitados ou os seus efeitos minorados e não foram implementadas as medidas legislativas, regulamentares ou de facto, pode haver dano e responsabilidade ambiental ou ecológica por omissão e negligência ou mesmo dolo.

A perturbação fisica do património natural por motivos naturais, são na verdade danos ecológicos; mas que não dão origem a qualquer indemnização por falta de imputabilidade e nexo causal, pressupostos essenciais para que a responsabilidade ambiental exista.

De forma a possibilitar a protecção do ambiente, a Lei autonomiza alguns componentes ambientais, quer naturais, tais como o ar, a luz, a água, o solo vivo, a fauna e a flora, quer humanos ou culturais, tais como a paisagem, o património natural e construído e a poluição através do ruído, dos componentes quimicos, de residuos e efluentes e substâncias radioactivas.

O dano tutelado há-de pois estar consagrado na Lei, sendo certo que poderá haver danos sobre a natureza, Assim, "é dever dos cidadãos, em geral, e dos sectores diversos dos previstos em normas, que não tendo enquadramento juridico não são tutelados por norma, podendo sê-lo por força dos princípios constitucionais que impõem "erga omnes" o seu respeito e o seu cumprimento.

Público, privado e cooperativo em particular, colaborar na criação de um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado e na melhoria progressiva e acelerada da qualidade de vida" (Artigo 40º da Lei de Bases Ambiental).

Daí que, a verdadeira tutela jurídico-ambiental consista na regulamentação de condutas humanas que sejam capazes de não proteger ou afectar a qualidade dos componentes ambientais.

Nesse sentido e a titulo meramente exemplificativo, a qualidade e equilibrio ecológico do ar é promovido por normas de qualidade que fixam os valores limite no ambiente para determinados poluentes, como azoto, chumbo e outros, podendo haver normas gerais e sectoriais para determinadas actividades ou sectotes económicos.

As normas tutelares dos bens naturais, que os cidadãos têm o dever de respeitar devem prever e defender a qualidade dos bens naturais e de forma especial em relação à existência humana, da sua vida normal e das actividades económicas, sociais e culturais.

A par dos componentes ambientais naturais, o legislador autonomizou como componentes humanos ambientais a paisagem, o património natural e construído e a poluição, por definirem, no seu conjunto o quadro especifico de vida em que se insere e de que depende a actividade do homem.

O dano ambiental é pois o resultado da perturbação humana ou mesmo natural, do estado do ambiente determinado pelo sistema juridico-ambiental e o dano ecológico é tão só uma espécie ou parte dos danos ambientais, pois o dano se refere a perturbação do património natural em alteração de um componente do ambiente.

Para melhor compreender o dano ambiental, podem distinguir-se os provocados ao ambiente, dos danos provocados às pessoas e aos bens pelas perturbações ambientais, sendo estes danos indirectos por violação ou desrespeito do direito da personalidade, da saúde e morais, para além dos danos patrimoniais ou materiais.

Os danos podem agrupar-se em:

- Danos ecológicos, com regime dirigido à prevenção de riscos e perigos;
- Danos ambientais, com regime dirigido à prevenção e restauração natural; e
- Danos de interesses individuais subjetivos e patrimoniais.

A indemnização por danos ecológicos há-de resultar directamente dos danos ambientais e a respectiva quantificação ou valorização.

Porém, a valorização do dano nem sempre é a mais adequada em virtude de vários factores, condicionantes ou circunstâncias, nomeadamente:

- O dano depende de norma que tutele o bem jurídico;
- A norma ambiental depende do poder legislativo ou regulamentar;
- O poder legislativo depende da ideologia política dominante ao momento da criação ou da aplicação da norma;
- O bem jurídico violado tem enquadramento e regras diferenciadas de acordo com a região e o País a que se destinam e vigoram;
- A valorização do dano é um ato essencialmente subjetivo;

- A valorização do dano deve determinar o valor do bem, caso não tivesse ocorrido a lesão ambiental;
- A avaliação deve ponderar a capacidade funcional ecológica e a capacidade de uso humano, antes e depois da lesão;
- Quando o objeto da lesão que provoca o dano é um bem imaterial de natureza pessoal, tais como o direito à saúde, à segurança, a valorização é muito complexa e subjetiva;
- Em face da juventude do ramo do direito ambiental, a jurisprudência e a doutrina são ainda limitados e pouco doutrinárias;
- A legislação ambiental não é ainda global, à escala regional, nem, muito menos planetária;
- Para além dos estudos de impacte ambiental, poucos são os estudos que avaliam as medidas legislativas, para eventuais modificações.

REFERÊNCIAS

Tratado de Maastricht (1992)
Acto Único Europeu (Revisão do Tratado de Ro a, 1986)
Constituição da República Portuguesa
Lei de Bases Ambiental

EL ACCESO A LA JUSTICIA AMBIENTAL. PERSECUSION DE LOS ILICITOS MEDIOAMBIENTALES EN CUBA

OSVALDO JAVIER FERNÁNDEZ GUERRA

"Una importante especie biológica está en riesgo de desaparecer por la rápida y progresiva liquidación de sus condiciones naturales de vida: el hombre".

Fidel Castro

GENERALIDADES

Las sociedades modernas se enfrentan hoy a disimiles procesos de crisis; todos, derivados del actuar del hombre. Dentro de estos, la crisis medioambiental ocupa un plano prioritario y de su solución dependen las restantes pues sin el respeto del Hombre por la Tierra imposible será su subsistencia. El impacto que ha provocado el actuar humano sobre nuestro planeta ha sido desmesurado y diverso; y cuando temas como el cambio climático, la contaminación ambiental, la perdida de la diversidad biológica, la desforestación y el desarrollo sostenible ocupan las agendas de los políticos en diferentes latitudes, no son éstos los únicos temas que preocupan a los ambientalistas. El acceso a la justicia ambiental, de forma que permita la participación de todos los ciudadanos en la búsqueda de una protección equitativa, por igual y sin discriminación, en materia del medio ambiente ha motivado investigaciones en diferentes campos. En la esfera jurídica, el tema ocupa un lugar importante en aras del logro de formulas que permitan un enfrentamiento eficaz a los ataques contra la vida en el planeta, en momentos que el deterioro ambiental y la degradación de los recursos naturales son una realidad que compromete no solo la preservación de la sociedad actual sino la seguridad de las futuras generaciones. Por ello los debates sobre justicia ambiental no son privativos de los políticos y deben encaminarnos a todos al planteamiento de nuevas iniciativas legales que tiendan a dar solución al tema del Medio Ambiente.

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano celebrada en junio de 1972 en Estocolmo, motivó un cambio esencial en el orden de prioridades de muchos gobiernos y creó las bases de acción en la esfera ambiental, siendo aprobados varios convenios internacionales en protección de distintos sectores del Medio Ambiente. Estocolmo sentó pautas en la toma de conciencia respecto a la eficacia de la norma jurídica en materia ambiental y su capacidad de abordar con carácter sistémico cada recurso o componente medioambiental, marcando el rumbo del Derecho Ambiental.

PROTECCIÓN JURÍDICA AL MEDIO AMBIENTE EN CUBA. CARÁCTER CONSTITUCIONAL. ESTRUCTURAS DE ENFRENTAMIENTO. EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN MEDIOAMBIENTAL CUBANA.

En el plano internacional la voz de Cuba se ha alzado en las grandes tribunas, en defensa de un compromiso político serio sobre el Medio Ambiente y en reclamo de un uso racional de los recursos naturales y del logro de legislación justa en materia social, económica y ambiental, que bajo principios de sostenibilidad tribute en la defensa del futuro de nuestra especie.

En el orden interno, desde el triunfo revolucionario de 1959 se adoptaron compromisos sociales y políticos que propiciaron el desarrollo de numerosos programas para la agricultura y para la protección del Medio Ambiente. Por lo amplio y versátil que resulta el tema imposible resulta abordarlo en su totalidad, limitándonos a un recorrido por la situación legislativa y estructural que presenta el acceso a la justicia medioambiental desde la realidad de la mayor de las islas del Mar Caribe.

Desde 1972 a la fecha ha sido Cuba uno de los países que más ha trabajado en correspondencia con los postulados aprobados en Estocolmo, siendo sustanciales los cambios operados en el marco institucional y legislativo siendo adoptadas una serie de instrumentos jurídicos que de forma paulatina fueron modificando la legislación existente en la materia y, en general, el pensamiento jurídico ambientalista nacional.

El año 1992 marcó un momento importante en la protección medioambiental en el país. Cuba se convirtió en el primero de todos los Estados en incorporar a su Constitución los acuerdos adoptados en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo celebrada en Río Janeiro de 1992, al incluirlos al estudio de las modificaciones que realizaba a su Ley Fundamental. Así el 12 de julio de 1992 cuando fue aprobada la Ley de Reforma Constitucional fueron incluidas entre otras modificaciones importantes, las vinculadas al medio ambiente. A pesar de no ser incluidos

dentro del capítulo reservado a los derechos, deberes y garantías fundamentales, como algunos constitucionalistas interesaban constituyó un claro reconocimiento del derecho a un Medio Ambiente sano. En consecuencia fue reformulado el artículo 27 del texto constitucional al fin de incluir al medio ambiente y los recursos naturales del país dentro del ejercicio de la soberanía del Estado cubano quedando el mismo conformado de la siguiente forma:

"El Estado protege el medio ambiente y los recursos naturales del país. Reconoce su estrecha vinculación con el desarrollo económico y social sostenible para hacer más racional la vida humana y asegurar la supervivencia, el bienestar y la seguridad de las generaciones actuales y futuras. Corresponde a los órganos competentes aplicar esta política. Es deber de los ciudadanos contribuir a la protección del agua, la atmósfera, la conservación del suelo, la flora, la fauna y todo el rico potencial de la naturaleza."

A partir de la modificación constitucional se dinamizó todo el proceso de protección medioambiental produciéndose subsiguientemente cambios legislativos y estructurales, encaminados a otorgar un tratamiento y protección eficaz a los recursos naturales y el Medio Ambiente. En tal sentido fueron creadas nuevas entidades y/o modificado el objeto de trabajo de muchas de las existentes. La Asamblea Nacional del Poder Popular, máximo órgano legislativo del país, incluyó en su estructura de trabajo una Comisión Parlamentaria a cargo del tema del Medio Ambiente. Asimismo, el Consejo de Ministros, como máximo órgano de gobierno, pasó a ser el centro de concertación de acciones en torno a la temática ambiental.

Importante resultó el Acuerdo 2823 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, de 25 de noviembre de 1994 por el cual fue creado el Ministerio de Ciencias, Tecnología y Medio Ambiente (CITMA) organismo rector de la actividad medioambiental en Cuba, fortaleciendo institucionalmente la labor medioambiental a desarrollarse a través de diferentes Agencias y Grupos de Trabajo creados para la búsqueda de soluciones a determinados problemas ambientales. Entre ellos se destacan: la Agencia del Medio Ambiente (AMA), el Comité Técnico de Normas Ambientales, Comité de Comercio y Medio Ambiente, el Grupo Nacional CITES, el Centro de Inspección y Control Ambiental de Cuba (CICA), el Consejo Forestal, el Grupo Nacional para el Programa de Lucha Contra la Desertificación y la Sequía, el Grupo Nacional de Turismo de Naturaleza, el Grupo Nacional de Expertos en Desechos Peligrosos, el Grupo Nacional de Expertos sobre Productos Químicos-Tóxicos, el Grupo Nacional del Clima, el Grupo Nacional para la Estrategia sobre Diversidad Biológica y el Grupo de Trabajo MEP- CITMA, entre otros.

En 1997 se formula la primera Estrategia Ambiental Nacional, documento rector de la política ambiental cubana en cada periodo concreto (1997-2007, 2007-2010 y 2011-2015) que sienta las bases para la implementación de la política ambiental nacional en concordancia con el desarrollo económico-social del país al fin del desarrollo sostenible del mismo.

En el ordenamiento jurídico se manifiestan un conjunto de normas ambientales, que conforman un marco legal más acorde con las realidades del desarrollo económico y social. La Ley No. 33 [2]De Protección del Medio Ambiente y el Uso Racional de los Recursos Naturales[2] del 10 de enero de 1981 (considerada una de las leyes pioneras en regulación ambiental en Latinoamérica y El Caribe), se vio en gran medida superada por los avances en materia ambiental, requiriendo ser sustituida por un nuevo instrumento jurídico que reflejara, de modo más adecuado, las nuevas exigencias de la protección del medio ambiente y la consecución del desarrollo sostenible. El 11 de julio de 1997 fue aprobada la Ley 81 "Del Medio Ambiente" que aborda entre otros temas, el de la política y la gestión ambiental, el comercio y el uso de los recursos energéticos, la responsabilidad de las instituciones y las personas en la prevención y solución de los problemas ambientales originados por desastres, las normas relativas a la agricultura y el desarrollo sostenible del turismo, la preservación del patrimonio cultural vinculado al natural y la protección del medio ambiente en las actividades laborales. Entre sus objetivos, se incluye la creación de un contexto jurídico que favorezca la proyección y desarrollo de las actividades socioeconómicas de forma compatible con el medio ambiente así como promover la acción ciudadana en tal sentido mediante una mayor conciencia y educación ambiental. En el tema de los delitos medioambientales, que mas adelante abordaremos, remite a la Ley 62 de 1988, Código Penal donde se regulan conductas que atentan contra el Medio Ambiente y se establecen sanciones para los comisores.

La Ley 81 sirvió de base a la posterior aprobación de diferentes normas complementarias y otros instrumentos de regulación y control en diferentes ramas de protección ambiental tales como: la Ley Forestal, la Ley de Suelos y Aguas, la Ley de Protección a la Fauna Silvestre, la Ley de Minas, la Ley de Pesca, la Ley de Diversidad Biológica, la Ley de Conservación y Saneamiento de Playas y Costas, el Decreto-Ley " Del Sistema Nacional de Áreas Protegidas", el Decreto-Ley "De la Seguridad Biológica" y el _Decreto-Ley De las Contravenciones en materia de Medio Ambiente, entre otros.

PERSECUCIÓN Y ENFRENTAMIENTO DE LOS ILÍCITOS ECOLÓGICOS. CONTRADICCIONES.

En la protección jurídica del Medio Ambiente, Cuba no escapa al debate en torno a si debe ser el Medio Ambiente un bien jurídico por el derecho administrativo o un jurídico penalmente tutelado. Quienes abogan por una mayor intervención del Estado ante los ataques al Medio Ambiente apuntan que siendo la colectividad el bien jurídico protegido frente a las infracciones medioambientales y dada la noción de interés difuso que esta posee, todos somos titulares del bien protegido, y debe el Estado como portador también de dicho interés, fortalecer su papel en la preservación de un ambiente sano. Debe el Medio Ambiente ser merecedor de tutela penal, no sólo por la trascendencia de su protección para la propia existencia del ser humano que en los últimos tiempos está siendo seriamente amenazada sino también por la incapacidad de los medios de control social informal y formal no penales (fundamentalmente la tutela de derecho administrativo)

Los que sostienen la otra tesis argumentan que en este tema como en otros no debe buscarse la solución salvadora en el derecho penal, el que no encuentra eficaz respuesta punitiva a la materia ambiental en aristas como el tema resarcitorio cuando el adecuado objeto de protección debe estar constituido por el reforzamiento de la actividad administrativa protectora del medio ambiente y un aumento de sus facultades. Sostiene que la protección de los bienes jurídicos no implica necesariamente su tutela a través del derecho penal debiendo quedar reservado este campo de protección sólo para un ámbito reducido de tutela jurídica donde el papel punitivo del Estado, dado el carácter de ultima ratio del derecho penal y el principio de intervención mínima que le rige, sólo se dirige a la protección de aquellos intereses que por su relevancia, sean bienes esenciales para el hombre y la sociedad. Así, Mir Puig apunta "Que el Derecho penal sólo deba proteger "bienes jurídicos" no significa que todo "bien jurídico" haya de ser protegido penalmente, ni tampoco que todo ataque a los bienes jurídicos penalmente tutelados deba determinarse la intervención del Derecho penal"

El valor que se le otorgue al Medio Ambiente como bien jurídico protegido nos ubicará en correspondencia con una u otra de estas posiciones. Al constituir el bien jurídico la base fundamental sobre el cual se construyen los tipos de injustos, se establecerán en cada sociedad criterios político-criminales que permitan justificar la incorporación o no del Medio Ambiente dentro de aquellos bienes jurídicos que necesitan especial protección desde la órbita punitiva. Esto de igual forma operará para el Juzgador al momento de la aplicación e interpretación teleológica-sistemática de la ley, permitiéndole valorar en sus justos límites la materia prohibitiva y la consecuencia pu-

nitiva posible. En este orden de análisis no puede dejar de tenerse en cuenta que toda sociedad cambia y por ende el derecho, y dentro de este el derecho penal, no puede resultar estático. Se transforma en la medida que la sociedad considere otorgar una mayor o menor tutela a un bien jurídico en concreto. La interrogante a formularnos será si en las condiciones sociales actuales debe ser considerado el Medio Ambiente un bien jurídico esencial, que requiere de su inclusión dentro del grupo de bienes que deben ser sometidos a una especial protección por parte del Estado.

Vemos cada vez más en las legislaciones nacionales un apego al Derecho penal, incorporando normas típicas en materia ambiental y aún cuando éstas, sin duda, resultan en algunos casos necesarias sería iluso entender que la solución a los problemas ambientales de un país se encuentra exclusivamente en el derecho penal mediante la imposición de sanciones penales y la sustitución de la Administración y sus inspectores por Instructores Policiales, Fiscales y Jueces.

En Cuba se expresa desde una posición intermedia en el debate, donde desde un no desprendimiento de las formas de control administrativo en el enfrentamiento a las infracciones contra el medio ambiente toma fuerza el criterio de la necesidad de mayor tutela penal al Medio Ambiente encontrándose sometida a cuestionamientos la protección penal que otorga el Código Penal cubano respecto a determinados ataques medioambientales.

La ley penal cubana aún cuando reprime determinadas conductas de impacto ambiental adolece de una definición de tales y en su estructura carece de un capítulo referido a los delitos ecológicos o medioambientales ubicando indistintamente las conductas que reprime dentro de varios de sus Títulos. A saber, el Titulo III Delitos contra la Seguridad Colectiva en el Capítulo V referido a los Delitos Contra la Salud Pública (en su Sección Quinta el artículo 194 sobre Contaminación de las Aguas y de la Atmosfera establece sanción hasta Un Año de Privación de Libertad). El Titulo V De los Delitos contra la Economía Nacional en su Capitulo XV regula el delito de Contaminación de las Aguas y prevé sanción de hasta un año de privación de libertad y de hasta dos años en caso de muerte o daño a la salud de especies animales. En el Capítulo XVII relativo al delito de Actividades Ilícitas respecto a los recursos naturales de las aguas territoriales y la zona económica de la República se regula en su Sección Primera el delito de Explotación Ilegal de la Zona Económica de la República que establece sanciones de Multa para este tipo de ilícito y en su Sección Segunda el delito de Pesca Ilícita por el cual se sanciona a Multa a los no nacionales que realicen pesca comercial sin la debida autorización. La regulación que ofrece el Código Penal vigente de las referidas conductas es objeto de críticas no sólo por la dispersión que

supone sino que muestra que no resulta el Medio Ambiente el bien jurídico directo que resulta protegido por el derecho penal sino que la protección otorgada acontece de forma derivada al protegerse otros bienes jurídicos que resultan principales tales como la Economía o la Seguridad Colectiva.

A la sociedad cubana no resulta posible desprenderse del derecho administrativo como esfera prioritaria de protección medioambiental, y a pesar de requerirse de un mayor nivel de enfrentamiento y poder sancionador administrativo resulta valida una mayor intervención del derecho penal frente a determinadas conductas infractoras del Medio Ambiente, las que por su grado de agresividad y la afectación que el ataque provoca requieren de una mayor respuesta estatal. Esto supone cambios conceptuales que van desde redefiniciones calificativas respecto al ataque vistos ya como infracción medio ambiental o como delito ecológico hasta una reformulación de nuestro Código Penal en el sentido de conformación de un titulo propio que recoja los tipos penales contra el Medio Ambiente. Resulta complejo diferenciar entre una infracción administrativa y un delito medioambiental o delito ecológico pues de forma general ambos suponen la realización de la misma acción donde será la magnitud de su resultado el elemento primario que determine si su enfrentamiento se deba realizar en la esfera control administrativo o la penal. Ello no siempre permiten arribar a una clara determinación del medio a emplear y supone no pocas interrogantes y cuestionamientos. Complejo resulta definir de forma justa cual es el parámetro medible para determinar el nivel de gravedad que determine consecuentemente si poner en movimiento el enfrentamiento administrativo o la maquinaria procesal penal. Ello se complejiza cuando en algunos casos el perjuicio al equilibrio de los sistemas naturales no resulta medible de forma inmediata, cuantitativa o con los medios que se disponen para ello. El análisis se agrava cuando al elemento de análisis primario (resultado) se adiciona el elemento intencional del delito. Si fácil resulta determinar la forma de represión en los delitos dolosos, se torna compleja la diferenciación de la vía de represión en los delitos cometidos por imprudencia, con independencia de la gravedad del resultado. En la comisión de la gran mayoría de este tipo de delitos es la imprudencia el elemento intencional más habitual, donde el comisor, sin tener siempre claro cómo, se ve vinculado en un complejo proceso penal donde no siempre es sencillo distinguir el verdadero alcance su acción pues muchas conductas tradicionales pueden ser consideradas dañinas y conformadoras de tipos delictivos.

En el ámbito procesal, la persecución penal y el juzgamiento de los delitos contra el medio ambiente tampoco resulta sencilla.

Respeto a la autoría de los delitos ecológicos nuestra ley penal sustantiva modificada l Decreto Ley 175 de fecha 17 de junio de 1997 contempla en

su artículo 16 como posibles autores de delitos a las personas físicas o naturales y a las personas jurídicas. Cuando estas últimas, resultan ser los mayores comisores de conductas contra el Medio Ambiente y no obstante la formulación del Dictamen 169 del 15 de enero del 2002, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba no existen, a mi conocimiento, antecedentes en el país en cuanto al procesamiento penal de éstas. En este sentido, la determinación de la responsabilidad delictiva cuando el delito es cometido por una persona jurídica, genera no pocas dificultades no siendo siempre posible determinar donde culmina la responsabilidad individual del funcionario responsable del control medioambiental y donde comienza la responsabilidad colegiada de la persona jurídica.

En relación con las estructuras de persecución y procesamiento penal de los delitos ecológicos se observa en Latinoamérica como muchos países han dado pasos importantes al crear Fiscalías Ambientales. Con las variaciones propias de cada uno, de forma general existe consenso en cuanto a su efectividad en el enfrentamiento a la criminalidad medioambiental. En ello incide la posibilidad de contar con medios y personal especializado, en el orden técnico y jurídico que les permite desarrollar el trabajo en mejores condiciones y abordar con mayor facilidad temas como la determinación de daños o, en su caso, del peligro ambiental así examinar normas administrativas en materias que resultan ajenas a la labor cotidiana de los fiscales penales tradicionales.

Resulta incuestionable lo beneficioso de contar con Fiscalías Ambientales; más, ¿resulta objetivamente posible su creación y funcionamiento en el contexto de la realidad cubana?

Si bien posee Cuba los medios materiales y la posibilidad de una sistemática y eficaz coordinación con las instituciones de persecución penal y los Organismos de la Administración Central del Estado que permitirían el posible funcionamiento de las Fiscalías Ambientales; por su estructura propia y las tareas que le vienen impuestas a la Fiscalía General de la República por el artículo 127 de la Constitución de la República y la Ley 83 de fecha 11 de julio de 1997; así como el exiguo volumen de conductas contra el Medio Ambiente que acceden a la justicia penal, no se manifiesta hoy la posibilidad de la creación de éstas. Sin embargo ello no obsta por la especialización de un grupo de fiscales en determinados niveles de su estructura al fin del enfrentamiento a esta modalidad delictiva. En igual sentido deben trabajar las entidades encargadas de la investigación de los delitos. Un tema importante es el de la competencia y la capacidad técnica de Tribunales para juzgar los ataques al medioambiente. Escasos son los casos que arriban a las Salas penales de los Tribunales y pocos los pronunciamientos en la materia.

Por su parte la defensa jurídica en los delitos contra el medio ambiente resultará sencilla, pues no existen muchos letrados especializados en el tema medioambiental, por lo cual será necesario dada la profusión de la normativa medioambiental y la falta de antecedentes jurisprudenciales en los que basar adecuadas estrategias de defensa. A ello se agrega la carencia de medios propios o de peritos que garanticen una correcta colaboración en cuanto al enfrentamiento de los dictámenes de la acusación.

En el ámbito del derecho civil donde observamos que la protección al Medio Ambiente obtuvo una mayor tutela judicial a tenor de las modificaciones introducidas a la ley procesal civil cubana por el Decreto ley 241 de 26 de septiembre de 2006 del Consejo de Estado por las cuales se establece una Cuarta Parte a la Ley Procesal destinada al Procedimiento Económico. En el mismo se establecen algunas normas referidas al procesamiento de los ilícitos medioambientales y se introducen algunos principios de derecho ambiental. Destacan los artículos 741 y 746 inciso d) de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, por los cuales se otorga competencia a las Salas de lo Económico de los Tribunales Populares Provinciales para el conocimiento de los litigios que surjan con motivo del incumplimiento de las regulaciones sobre la protección del medio ambiente y los recursos naturales o relacionados con los daños ambientales resultantes de actividades económicas desarrolladas por personas jurídicas o naturales, cubanas y extranjeras, así como las acciones resarcitorias o de cumplimiento para la preservación del medio ambiente y la protección de los recursos naturales, que se promuevan por personas jurídicas o naturales cubanas, o, en su caso por el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medido Ambiente, la Fiscalía General de la República o el Ministerio de la Agricultura, este último en materia de Patrimonio Forestal. No obstante lo significativo que resultó la modificación procesal en relación con la protección del Medio Ambiente esta resulte suficiente en tal sentido. El hecho que el conocimiento de los litigios y los daños medioambientales deban ocurrir en ocasión de una actividad económica, donde resulta el factor económico, y no el análisis medio ambiental, el elemento en torno al cual gira la solución del conflicto; resulta cuestionable pues excluye del conocimiento judicial toda una serie de conflictos medioambientales que no se encuentran vinculados a una actividad económica. No obstante lo anterior y cuando a mi juicio no resulta la vía más adecuada, nada impide su juzgamiento dentro de la acción resarcitoria civil general.

Un tema de gran importancia por la incidencia que el mismo posee en el acceso a la justicia ambiental por parte de todos los ciudadanos es el de la legitimación general activa que en base al interés difuso del Medio Ambien-

te, permita a cualquier persona accionar ante una lesión medioambiental. La ley procesal cubana mantiene el criterio tradicional de legitimación, limitado a quien acredite una legitimación concreta o a aquellas entidades estatales que por su función social se vinculen a la labor medioambiental. Los artículos 751 y 752 de la ley procesal cubana se ubican en correspondencia con el artículo 71 de la Ley 81 al establecer la legitimación para reclamar la reparación del daño o la indemnización de los perjuicios, particularizando regulando que podrán actuar en defensa del interés social en la protección del Medio Ambiente, la Fiscalía General de la República, el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente y quien haya sufrido personalmente el daño o perjuicio.

PERSPECTIVAS Y RETOS

Las perspectivas de Cuba en la protección del Medio Ambiente son variadas y se encuentran precisadas dentro de la Estrategia Ambiental aprobada para el periodo 2011-2015 donde se identifican como los principales problemas ambientales de Cuba: la degradación de los suelos, la afectación forestal, la contaminación en sus diferentes formas, la pérdida de biodiversidad, la calidad del agua y los fenómenos atmosféricos como consecuencia del cambio climático. En ello trabajan de forma planificada, a diferentes niveles, las instituciones involucradas.

En el ámbito jurídico, estas se ubican en 4 direcciones: el fortalecimiento del papel de las entidades administrativas encargadas de la supervisión y el control medio ambiental, la diversificación de las sanciones y el aumento de la cuantía de las multas a imponer a los infractores de las normas ambientales al fin de su adecuación con la realidad socioeconómica cubana; a más largo plazo, la modificación del Código penal Cubano, como ultima ratio, de protección al Medio Ambiente, frente a las conductas antijurídicas y socialmente más peligrosas que le afectan, y en el orden civil trabajar en la creación de una jurisdicción propia en materia de Medio Ambiente, y aún cuando en la realidad cubana inmediata ello no sea un objetivo posible, de Tribunales Ambientales, pudiendo valorarse como solución intermedia y gradual, la especialización de algunos jueces de las Salas de lo Económico de los Tribunales en tal materia, e incluso modificar su denominación como Salas de lo Económico y el Medio Ambiente. En esta rama sigue siendo un reto el perfeccionamiento de las normas existentes al fin de introducir temas pendientes, donde el de la ampliación de la legitimación permita la acción popular por la cual cualquier sujeto pueda demandar la reparación del daño ambiental, lo cual sería un paso positivo en la eficacia del acceso de los ciudadanos a la justicia ambiental.

Lo tratado constituye un recorrido elemental en la evolución de la legislación medioambiental y las estructuras de control y enfrentamiento existentes en Cuba en torno al Medio Ambiente. El mismo no resulta abarcador de toda la materia y menos de los enormes esfuerzos realizados por Cuba en el tema. Sólo constituyen una muestra desde la arista jurídica de la labor desarrollada desde la Conferencia de Escolmo a la fecha y demuestran la posición cubana en torno a la necesaria protección y defensa del Medio Ambiente.

REFERENCIAS

CARABALLO MAQUIERA, Leonel. El Derecho Ambiental: Generalidades . *AA.VV. Derecho Ambiental Cubano*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2000,

GONZÁLEZ MÁRQUEZ, Juan José. La responsabilidad por el daño ambiental en América Latina. *Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente*, México, 2003.

MCCORMACK BÉCQUER, Maritza. La responsabilidad por daño ambiental. *AA.VV. Derecho Ambiental Cubano*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2000

MIR PUIG, Santiago.*Derecho Penal*. Parte General, Barcelona, 1996

PEÑA CHACÓN, Mario. Legitimación procesal en el Derecho Ambiental. El caso de Costa Rica. *Revista de Direito Ambiental*, año 8, n. 29, Brasil, 2003.

RANGEL, Raúl. *Indicadores del desarrollo sostenible*. Un acercamiento desde la perspectiva económica ambiental para Cuba. Facultad de Economía, Universidad de La Habana, 2007.

REY SANTOS, Orlando. .La Responsabilidad por el daño ambiental en Cuba. AA.VV. La responsabilidad por el daño ambiental. *Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente*, México, 1996.

TRUJILLO HERNÁNDEZ, Carlos y CAVANES, Maritza Rodríguez . El medio ambiente y su tratamiento constitucional. *Boletín ONBC* # 17, Octubre-Diciembre del 2004.

DOCUMENTOS sobre Derecho Ambiental, Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, Distrito Federal, México, 2000. No.9 Derecho Ambiental y Desarrollo sostenible. “El acceso a la justicia ambiental en América Latina”.

LEGISLACIÓN
Constitución de la República de Cuba de 1976, reformada en 1992 y 2002.
Ley No 81 de 11 de Julio de 1997,"Ley de Medio Ambiente", Divulgación MINJUS, Colección Jurídica, 1999.
Ley No. 62 de fecha 29 de diciembre de 1987," Código Penal" Editorial de Ciencias Sociales, La Habana 1998
Ley No. 5 de 13 de Agosto de 1977 "Ley de Procedimiento Penal", Editorial de Ciencias Sociales, La Habana 1998
Ley No. 7 de fecha 19 de agosto de 1977, "Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico" Ediciones ONBC La Habana2012
Decreto-Ley 200 de las "Contravenciones en Materia de Medio Ambiente" de 22 de diciembre de 1999. Editora del Ministerio de Justicia, La Habana, Cuba.

AUTORES

Alcindo Gonçalves - Professor e coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Católica de Santos.

Fernando dos Reis Condesso - Catedrático de Direito Administrativo e de Ciência Política do Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas da Universidade de Lisboa, Portugal.

Fernando Rei - Professor Associado do Programa de Doutorado em Direito Ambiental Internacional da Universidade Católica de Santos – UNISANTOS. Professor Titular da Faculdade de Direito da Fundação Armando Álvares Penteado – FAAP.

Genaro Uribe Santos - Professor de Direito Ambiental . Presidente da Academia Transdisciplinaria Internacional del Ambiente – ATINA.

Gilberto De Paula Pinheiro - Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Amapá, ex Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Amapá (Biênio 2009/2011), Presidente da Câmara do TJAP, Presidente da Secção Única do TJAP. Professor Universitário –Direito Ambiental, Professor da Escola Judicial do Amapá – EJA.

Isabel De los Rios - Doutora em Direito Ambiental e Ordenação do Território. Ex-Assessora da Assembléia Nacional Constituinte da Venezuela (Carta Magna de 1999) e assessora da Assembléia Nacional em matéria ambiental.

José Antonio Peláez Bardales -Procurador de Justiça Supremo da República do Peru.

Julian Mora Aliseda - Professor do Departamento de A. e Ciências do Território na Universidade de Estremadura, Espanha.

Lúcio Pimentel Lourenço - Professor e Coordenador Cientifico do curso livre de Administração e Gestão Autárquica na Universidade Autónoma de Lisboa, Professor Associado Convidado da Universidade Moderna de Setúbal, Portugal

Maria Luiza Machado Granziera - Professora e vice coordenadora do Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Católica de Santos.

Mario Peña Chacón - Professor de Direito Ambiental da Faculdade de Direito da Universidade da Costa Rica e dos Mestrados em Direito Am-

biental e Direito Público Comparado Franco-latino-americano da mesma Universidade.

Nathalia Lima Barreto - Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito Socioambiental.

Osvaldo Javier Fernández Guerra - Juiz do Tribunal Administrativo Ambiental, Costa Rica.

René Bedón Garzón - Doutor em Jurisprudência pela Universidade Católica do Equador. Decano da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade dos Hemisférios de Quito. Ex-Conselheiro da Presidência da República do Equador e ex-Secretário da Comissão Civil e Criminal do Congresso Nacional do Equador.

Santiago Rosado Pacheco - Professor do Centro de Administração e Políticas Públicas da Universidade de Lisboa, Portugal e Professor Catedrático de Direito Administrativo da Universidade Rei Juan Carlos, Madri, Espanha.

Vera Lucia R. S. Jucovsky - Professora de Direito Ambiental e Desembargadora Federal – TRF da 3ª Região

Vladimir Passos de Freitas - Professor da pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Desembargador Federal aposentado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

ORGANIZAÇÃO

CATÓLICA UNISANTOS
ENSINO DE QUALIDADE SUPERIOR

Atina
Academia Transdisciplinaria Internacional del Ambiente

APOIO CIENTÍFICO

60 anos
CAPES

→ PATROCÍNIO

OURO

carbocloro

BRONZE

PINHEIRONETO ADVOGADOS

sabesp

→ APOIO CULTURAL

CONESTOGA-ROVERS E ASSOCIADOS

PORTO DE SANTOS

PNUMA

IUCN - União Internacional para Conservação da Natureza
PNUMA - Escritório Regional para América LATINA e Caribe
Liga Mundial de Advogados Ambientalistas – LIMAA
Corte Centroamericana de Ambiente y Derecho - CCAD
Academia Internacional de Letras da Amazônia - AILDA

CATÓLICA UNISANTOS

Afiliado

Associação Brasileira das Editoras Universitárias

ABEC Associação Brasileira de Editores Científicos

CBL Câmara Brasileira do Livro

ISBN 978-85-60360-31-4

9 788560 360314