



Jurisprudencia ambiental: Selección y análisis de casos relevantes en América Latina



Serie Documentos
Sobre Derecho Ambiental

16

**Jurisprudencia ambiental:
Selección y análisis de casos relevantes en América Latina**



DESCARGO DE RESPONSABILIDAD

El contenido de este volumen no refleja necesariamente las opiniones o políticas del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente o de sus organizaciones contribuyentes. Las designaciones empleadas y las presentaciones no denotan en modo alguno la opinión del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente o de las organizaciones contribuyentes con respecto a la situación jurídica de un país, territorio, ciudad o área, o de sus autoridades, o con respecto a la delimitación de sus fronteras o límites.

Derechos de propiedad intelectual © 2010, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente.

Está autorizada la reproducción total o parcial y de cualquier otra forma de esta publicación para fines educativos o sin fines de lucro, sin ningún otro permiso especial del titular de los derechos, bajo la condición de que se indique la fuente de la que proviene. PNUMA agradecerá que se le remita un ejemplar de cualquier texto cuya fuente haya sido la presente publicación.

Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente
Oficina Regional para América Latina y el Caribe
Clayton, Ciudad del Saber, Avenida Morse, Edificio 103,
Corregimiento de Ancón, Ciudad de Panamá, Panamá.

Coordinación editorial: María Eugenia Recio
Edición, diseño y diagramación: Mauro Mansuy López

Impreso en
ISBN:

CONTENIDO

Introducción Néstor Cafferatta.....	5
Introducción Vladimir Passos de Freitas.....	7
Argentina.....	9
Brasil I.....	17
Brasil II.....	23
Colombia.....	27
Costa Rica.....	33
Guatemala.....	39
México.....	43
Panamá.....	49
Perú.....	55
Reflexiones finales Néstor Cafferatta.....	61

Introducción

Néstor Cafferatta

La Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, en el auto de apertura de la causa “Mendoza, Silvia B. y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo”, el 20 de junio de 2006, dijo que,

“el reconocimiento de status constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental (artículo 41 de la Constitución Nacional) ‘no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos’, federales o provinciales, ‘sino la precisa y positiva decisión del constituyente’ de 1994 ‘de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente’”.

Y amplió:

“la tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tiene respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras, porque el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo’. La mejora o la degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque ‘es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales’”.

Recientemente, este mismo Tribunal tuvo ocasión de pronunciarse sobre los alcances y contenido del principio precautorio, en un caso cuyo presupuesto de hecho es que “se otorgaron autorizaciones para la tala y desmonte de bosques nativos,” algunos de los cuales podrían ser categorizados como de “alto valor de conservación”, en aproximadamente una superficie de un millón de hectáreas, tomando en consideración el impacto ambiental de cada una de ellas, pero “sin que se haya efectuado ningún estudio relativo al efecto acumulativo de todas las autorizaciones”.

“Así, en la sentencia del 26 de marzo de 2009 recaído *in re* ‘Salas, Dino y otros c/ Provincia de Salta y otro s/ amparo’, dijo que el principio precautorio produce una obligación de previsión extendida y anticipatorio a cargo del funcionario público.” Y que la aplicación de este principio implica armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo, mediante un juicio de ponderación razonable. Por esta razón, no debe buscarse oposición entre ambos sino complementariedad, ya que la tutela del ambiente no significa detener el progreso sino, por el contrario, hacerlo más perdurable en el tiempo de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras.

También, en el curso de este año, el Tribunal Constitucional del Perú dictó una sentencia que consideramos relevante para los fines del pleno desarrollo del derecho ambiental en América Latina y el Caribe, *in re* “Jime Hans Bustamante Johnson”, el 17 de junio de 2009, en un caso de amparo contra empresas petroleras por recomposición y “suspensión de la exploración y explotación de hidrocarburos en el Area Natural Protegida Cordillera Escalera”, en la Amazonia, de especial importancia por su biodiversidad y por constituir la única fuente de agua con que cuenta la comunidad aledaña. Los conceptos de medio ambiente y prevención, medio ambiente y responsabilidad social de la empresa, comunidades nativas y medio ambiente, derecho a la identidad étnica y cultural, entre otros, que aparecen en la sentencia, son dignos de difusión.

Este mismo Tribunal Constitucional, Sala Segunda, hizo un notable pronunciamiento en sentencia del 12 de mayo de 2006, “*in re* ‘Martinez, Pablo y otros’, en el conocido caso de ‘La Oroya’”, una localidad del Perú que, por causa de la “actividad de un centro metalúrgico, presenta en su población niveles de intoxicación por plomo y otros componentes tales como arsénico, cadmio y dióxido de azufre, en la sangre de los niños y madres gestantes, con valores realmente alarmantes”, a tal punto que “99 % de las personas analizadas sobrepasaba el límite de nivel de plomo en la sangre recomendado por la Organización Mundial de la Salud (OMS), ordenando que el Ministerio de Salud, en el plazo de 30 días, implementara un

sistema de emergencia sanitaria, declarara el estado de alerta en la ciudad de La Oroya, cumpliera, en igual plazo, con acciones tendientes a establecer programas de vigilancia epidemiológica y ambiental de la zona y ordenara a la Dirección General de Salud Ambiental expedir un diagnóstico línea de base.

En esta corriente jurisprudencial, es sumamente ilustrativa la sentencia dictada el 26 de marzo de 2009 por la “Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala”, en el expediente 2523-2008, de amparo, por la internación en aguas nacionales, de “una nave remolcada por un buque, con la pretensión de ingreso a un astillero para desguace en playa, con el fin de reciclar materiales ferrosos, frente a la negativa de autorización por parte de la Inspección de la Capitanía de Puerto Barrios, y el Ministerio de Defensa Nacional, en su función de Autoridad Marítima Nacional, a consecuencia de lo cual se ordenó a los mismos se quedaran fondeados en la bahía externa hasta que el Ministerio de Ambiente se pronunciara”.

La amplia referencia normativa que contiene la sentencia de referencia, entre la que se destaca el Convenio de Basilea sobre el Control de Movimientos Transfronterizos de Desechos Peligrosos y su Eliminación, y la aplicación de los principios de prevención y precautorio, en el rechazo final de la acción, ponen de manifiesto el correcto manejo de Instituciones, Tratados Internacionales y Principios de derecho ambiental, de manera efectiva, por parte de los Tribunales de Justicia de la Región.

“No podía quedar afuera la notable sentencia de la Justicia de México, del Primer Tribunal Colegiado del 13°. Circuito, de fecha 4 de febrero de 2004, en un juicio de amparo del Estado de Oaxaca, en la ciudad de Oaxaca de Juárez, porque se levanta como una sentencia ejemplar en materia de defensa de un bien inmueble del Patrimonio Histórico cultural comunitario.” Frente al proyecto de modificar la propiedad, para instalar un restaurante de comidas rápidas en el Zócalo —alameda del Municipio—, el pretorio acompañó en su decisión de rechazo, a lo resuelto por las Autoridades Municipales del lugar.

También resalto, “la sentencia del Tribunal Constitucional de Costa Rica”, en la causa Padilla Gutiérrez, Clara Emilia y otros, todos en su condición de vecinos de lugares aledaños al “Parque Nacional Marino Las Baulas de Guanacaste” c/ Secretaria Técnica Nacional Ambiental”, en “tutela de un ecosistema vulnerable”, hábitat de la tortuga Baula, “especie de tortuga gigante en vías de extinción”, que, además, es importante por la calidad de la flora y fauna que exhibe, un bien de enorme valor por su biodiversidad, y que resultaba agredido injustamente o seriamente amenazado por el desarrollo de “una serie de proyectos urbanísticos y hoteleros en la zona de amortiguamiento del parque, o en el parque mismo”, totalmente desarreglado, con Estudios de Impacto Ambiental individuales, pero sin que hubiera una evaluación integral del conjunto del impacto que genera esta clase de actividades sobre el ambiente, en un área especialmente protegida.

Finalmente, “es extraordinariamente fértil la doctrina judicial de Brasil”, de extensión solidaria de la responsabilidad al poder público por el daño ambiental, por omisión de la fiscalización, en una sentencia dictado el 31 de mayo de 2007, emitida por el Tribunal Superior de Justicia de Santa Catarina, en causa de polución del ambiente en la Cuenca Carbonífera. Además, es sumamente aleccionador el estudio de la jurisprudencia en la condena penal a la persona jurídica por crímenes ambientales.

Lo expresado anteriormente nos convence que los Tribunales Superiores de Justicia de América Latina y el Caribe —la justicia de nuestro continente—, se levantan como verdaderos escuderos en la lucha que el Quijote de nuestros tiempos, el derecho ambiental, ha emprendido en la defensa del medio ambiente.

Introducción

Vladimir Passos de Freitas

Reunir diez sentencias elaboradas en América Latina relacionadas con el derecho ambiental es, ante todo, muy grato. Primero, porque se constata que el Poder Judicial en nuestra Región ha estado asumiendo su preocupación por el tema ambiental; segundo, porque el nivel de las decisiones judiciales revela una evolución profunda de los jueces en esta nueva rama del derecho.

Pero no se puede dejar de mencionar la dificultad de los magistrados cuando les son sometidos a su juicio conflictos ambientales, empezando por el hecho de que no estudiaron esta nueva materia en los cursos de licenciatura en derecho; aunque éste no es el único inconveniente. Los temas ambientales normalmente involucran conflictos de orden económico y social, además del ambiental, y el Juez, la mayoría de las ocasiones, se ve obligado a optar por alguno de ellos. Aunado a esto, no es raro que la controversia involucre una discusión científica con posiciones académicas conflictivas. Ante esto, el principio de la precaución puede ser la única salida para la decisión judicial.

Sin embargo, pese a todo, la jurisprudencia latinoamericana ha acompañado los cambios en los problemas ambientales y se ha comportado a la altura de los nuevos tiempos. En efecto, al inicio vacilante, algo tímida, recientemente las decisiones judiciales revelan un alto grado de conocimientos y preocupaciones ambientales.

Argentina es un buen ejemplo de esto. Hasta hace diez años, pocas eran las decisiones de los Tribunales argentinos sobre procesos ambientales. No obstante, en tiempos más recientes, hay juicios de elevado tenor científico y sobre variados aspectos del derecho ambiental, principalmente en el área de reparación civil por daños ambientales. Otros detalles que vale la pena mencionar son la preocupación y sensibilidad revelada por los Tribunales Constitucionales sobre la materia. Existen países en los cuales hay excelentes juicios en el campo del derecho ambiental, como, por ejemplo, en Perú, Colombia y Guatemala.

Pero, ¿cuál es la importancia de la jurisprudencia en la Región? La respuesta es sencilla: la jurisprudencia orienta los juicios posteriores y también obliga a los otros Poderes a adoptar políticas públicas de protección ambiental, es decir, termina siendo fuente creadora del derecho. En este sentido, un ejemplo es la primera condena criminal de persona jurídica en Brasil —una de las sentencias comentadas en esta obra— que resultó en el cambio total de los hechos, de las empresas de la región en el sur del estado de Santa Catarina. Después del precedente judicial hubo una serie de sentencias para la composición de daños ambientales, con el fin de evitar que las personas jurídicas fuesen procesadas criminalmente.

Han habido decisiones que fueron precedidas de discusiones técnicas complejas, como, por ejemplo, la de las antenas para la captación de llamadas de telefonía móvil, la que es objeto de discusión por la comunidad científica. En un momento se afirma que constituyen peligro a la salud, en otro se dice lo contrario. La Corte Suprema de Justicia de Panamá, de forma pionera, tomó una importante decisión limitando la construcción de dichas antenas, sentencia también comentada en esta obra. Esta decisión judicial tendrá influencia en otras Cortes latinoamericanas.

Como es del conocimiento general, muchas de las cuestiones ambientales pasan, actualmente, por el Poder Judicial. Ésta es la razón por la cual el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) viene promoviendo, desde hace más de diez años, cursos de capacitación para Jueces, debates y obras jurídicas. El Poder Judicial ha sido llamado para manifestarse en los grandes temas y ha actuado con imparcialidad. Temas como plantas hidroeléctricas, explotación minera y contaminación, bajo las más diversas formas, han sido analizados y juzgados continuamente en los tribunales.

La judicialización de la cuestión ambiental es una tendencia internacional. Ocurre en éste y en otros continentes; India, por ejemplo, posee una gran cantidad de precedentes judiciales en su Corte Suprema.

Una vez alcanzada esta fase de evolución en América Latina y el Caribe, aunque no se pueda tener la obra completa, debe pasarse a la siguiente etapa, es decir, al estudio de la ejecución de las sentencias

ambientales; en otras palabras, dar seguimiento al cumplimiento de las decisiones judiciales y verificar si los resultados fueron alcanzados.

Como se puede ver, el camino aún es largo y el objetivo sólo se puede lograr paso a paso. Creemos que el **PNUMA** en América Latina y el Caribe ya avanzó mucho y avanzará aún más para lograr este gran objetivo, que es tener un mundo saludable, una economía fuerte y sostenible, y una sociedad justa y solidaria.

Argentina

NOMBRE DEL CASO: Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional, y otros s/ daños y perjuicios derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo.

TRIBUNAL: Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.

FECHA: Apertura competencia originaria del 20 de junio de 2006 y sentencia definitiva en materia de recomposición y prevención del daño ambiental colectivo del 08 de julio de 2008.

INTRODUCCIÓN

Beatriz Mendoza y otros actores, que viven en Provincia de Buenos Aires y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, interponen demanda contra el Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional), contra la Provincia de Buenos Aires, contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y contra 44 empresas que desarrollan su actividad industrial en las adyacencias de la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo, a fin de obtener una indemnización por los daños y perjuicios sufridos a raíz de la contaminación ambiental de dicha Cuenca Hídrica.

Se aclara que desde la presentación, los actores se dividen en dos grandes de grupos de personas: el primero de ellos, comprende las que habitan en el asentamiento “Villa Inflamable”, situado en Dock Sud, Partido de Avellaneda, Provincia de Buenos Aires; el segundo, a los que individualizan como los vecinos afectados que poseerían en común la característica de desempeñarse como profesionales, ya sean médicos, psicólogos, odontólogos, enfermeros, en el “Hospital Interzonal de Agudos Pedro Fiorito” de la ciudad de Avellaneda, y que se domicilian en las localidades de Wilde, Avellaneda, Villa Dominico, y Capital Federal en el barrio porteño de “La Boca”.

Responsabilizan al Estado Nacional al producirse la situación denunciada sobre una vía navegable e interjurisdiccional, que abarca parte de la Capital y once Partidos de la Provincia de Buenos Aires, respecto de la cual aquél tiene facultades de regulación control, en virtud del artículo 75, incisos 10 y 13 de la Constitución Nacional. Atribuyen responsabilidad a la Provincia de Buenos Aires, por tener el dominio originario sobre los recursos naturales existentes en su territorio, de conformidad con los artículos 121 y 124 de la Constitución Nacional. También, responsabilizan a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en su carácter de corribereña del Riachuelo, el que constituye en el área de su jurisdicción, un bien de su dominio público.

Dirigen su pretensión conjuntamente contra todos estos codemandados, por no haber cumplido con las disposiciones ambientales vigentes, dado que desviaron fondos de un préstamo otorgado por el Banco Interamericano de Desarrollo (**BID**), a través del Decreto 145/98, para el “Programa de Gestión Ambiental y de Manejo de la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo”, hacia objetivos ajenos a la solución de la problemática ambiental denunciada y por no ejercer sus facultades de control ni implementar políticas preventivas idóneas al respecto.

Asimismo, indican que demandan a 44 empresas que desarrollan su actividad en adyacencias de la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo, por volcar directamente al río los residuos peligrosos, por no construir plantas de tratamiento, por no adoptar nuevas tecnologías y por no minimizar los riesgos de su actividad productiva.

Las pretensiones deducidas por la parte actora, se resumen en las siguientes peticiones:

1. Medida cautelar innovativa y/o autosatisfactiva de creación de un “Fondo de Asistencia y Remediación Ambiental” o “Fondo de Compensación Ambiental”, de carácter autónomo, un fondo público de afectación de, por lo menos, 500 millones de dólares, que tenga por fin en su momento reparar el daño ocasionado a las víctimas, y que durante la sustanciación del proceso permita llevar adelante acciones que busquen modificar la situación denunciada.
2. Que el Poder Ejecutivo Nacional (Comité Ejecutor del Plan de Gestión Ambiental y Manejo de la Cuenca Matanza Riachuelo), reanude y continúe hasta su finalización el Plan de Gestión ambiental.

3. Implementación a través del Ministerio de Salud, y otros organismos de salud de las distintas jurisdicciones involucradas, de un relevamiento actualizado de impactos tóxicos ambientales sobre la población de la Cuenca Matanza-Riachuelo con el objeto de detectar enfermedades y/o patologías que guarden relación directa con la contaminación de la Cuenca y que se disponga su atención médica inmediata.

4. Anotación de litis en la Inspección General de Justicia en el Registro Público de Comercio y en los Libros de Accionistas de cada una de las empresas co demandadas.

Los demandantes relatan que la Cuenca del río Matanza-Riachuelo, tiene una población de 3 000 000 de habitantes y abarca parte de la Capital Federal y once Partidos de la Provincia de Buenos Aires. Dicen que desde el punto de vista ambiental, las zonas más críticas de la Cuenca son la portuaria del Riachuelo y aquellas altamente industrializada a lo largo del río, desde la desembocadura hasta las cercanías de Villa Diamante y Fiorito. Detallan los distintos tramos en los que aquél puede ser dividido (Cuenca Alta, Media y Baja), y señalan que el que individualizan como tramo II, y que nace a partir de la desembocadura hasta las cercanías de los arroyos Cañuelas y Chacón, es receptor de importantes efluentes industriales con tratamiento inadecuado o inexistente. Indican que a partir de allí, desciende bruscamente la calidad, llegando a transformarse a la altura del arroyo Santa Catalina, en un curso de agua que “se asemeja a un líquido cloacal en condiciones anaeróbicas”.

Señalan que entre las fuentes de contaminación del río, se destacan las industrias que, en la mayoría de los casos, vierten sin depuración al río y al suelo los líquidos que utilizan, conjuntamente con residuos sólidos tóxicos y peligrosos. Las empresas que desarrollan sus actividades, según afirman, evidencian un estancamiento tecnológico y un estado ambiental deficiente. Manifiestan que el río en su parte media está fuertemente contaminado, pero en su parte inferior y zona portuaria (Cuenca Baja) está altamente contaminado, ya que contiene un grado muy elevado de metales pesados y compuestos orgánicos, con fuerte presencia de hidrocarburos totales y pesticidas “organoclorados”. A todo ello se agrega la inexistencia de sistemas cloacales y la consiguiente vertiente en el río de los desechos correspondientes, como así también desperdicios de todo orden, provenientes de basurales inadecuados. Tal estado de cosas, según se resalta en el escrito inicial, ha provocado también la existencia de una gran cantidad de terrenos potencialmente contaminados, con impacto en las aguas subterráneas y superficiales, y en los suelos.

En la decisión de apertura de estos autos, del 20 de junio de 2006, la Corte resuelve no hacer lugar a la acumulación subjetiva de pretensiones (que contenía reclamos por daño ambiental colectivo en conjunto con demandas de resarcimiento por daño ambiental individual), como la promovida por los demandantes.

Ante todo, corresponde señalar que uno de los supuestos en que procede la competencia originaria de la Corte si es parte una Provincia, artículo 117 de la Constitución Nacional, es cuando la acción entablada se funda directa y exclusivamente en prescripciones constitucionales de carácter nacional, en leyes del Congreso o en Tratados con naciones extranjeras, de tal suerte que la cuestión federal sea predominante en la causa.

En el caso, según se desprende de los términos de la demanda, los actores pretenden un resarcimiento que busca reparar la incapacidad sobreviviente que se alega, los gastos para tratamientos médicos, gastos por nueva radicación en los supuestos que específicamente se indican, daño moral, daño psíquico sufrido por madres y padres, el daño futuro-comprensivo de los gastos que habrá que realizar, según sostienen, para liberar a los niños de la contaminación que portan en su organismo, y la pérdida del valor locativo de los inmuebles que habitan, según los casos. El total del reclamo asciende a la fecha de interposición de la demanda a la suma de \$ 5.161.150 (daño ambiental individual). Otras pretensiones que se plasman en la demanda son el interés de que se resarza el daño infringido al medio ambiente y la recomposición de éste (daño ambiental colectivo, artículos 27, 28, ley 25675 y concordantes).

De esta distinción se extraen diversas consecuencias, tales como que, en el caso de los bienes colectivos cuya situación puede revertirse, se fije una indemnización destinada a crear un fondo común de recomposición, o patrimonio de afectación, para solventar los gastos que irroge llevar adelante los

mecanismos antrópicos de recomposición del ecosistema, el que debería contribuir a sustentar los costos de las acciones de restauración que lleven a minimizar el daño generado.

Enseguida dijo: “Que en este estado de la causa corresponde al Tribunal delimitar las pretensiones con precisión a fin de ordenar el proceso, debiendo a tales fines, distinguirse dos grupos”. La primera reclamación se refiere al resarcimiento de la lesión de bienes individuales, cuyos legitimados activos son las personas demandantes y que reclaman por el “resarcimiento de los daños a las personas y al patrimonio que sufren como consecuencia indirecta de la agresión al ambiente”. La segunda pretensión tiene por objeto “la defensa del bien de incidencia colectiva, configurado por el ambiente”. En este supuesto los actores reclaman como legitimados extraordinarios (artículos 41 y 43 de la Constitución Nacional, y 30 de la ley 25675) para la tutela del bien colectivo, el que por su naturaleza jurídica, es de uso común, indivisible y está tutelado de una manera no disponible por las partes, ya que primero corresponde la prevención, luego la recomposición y, en ausencia de toda posibilidad, se dará lugar al resarcimiento (artículo 28 de la ley 25675). Y concluye, en la presente causa y tal como fue planteada la demanda, “la acumulación de pretensiones intentada, resulta inadmisibles en esta jurisdicción originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pues la adecuada ponderación de la naturaleza y objeto respectivos demuestra que no todas ellas corresponden a la competencia originaria prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional”.

Además, dijo la Corte Suprema de Justicia de la Nación que

“el reconocimiento de status constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental (artículo 41 de la Constitución Nacional) no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente, que frente a la supremacía establecida en el artículo 31 de la Constitución Nacional y las competencias regladas en el artículo 116 de la Constitución Nacional para la jurisdicción federal, sostiene la intervención de este fuero de naturaleza excepcional para los asuntos en que la afectación se extienda más allá de uno de los estados federados y se persiga la tutela que prevé la Carta Magna”.

Desde esa premisa conceptual, el artículo 7 de la ley 25675, prevé la competencia federal cuando se trata de la degradación o contaminación de recursos ambientales interjurisdiccionales, hipótesis que se verifica en el caso, en la medida en que están involucradas más de una jurisdicción estatal; y que por el otro lado, dos de las pretensiones promovidas persiguen “la recomposición y el resarcimiento del daño de incidencia colectiva”, que es el único reglado y alcanzado por este estatuto especial (artículo 27 de la ley 25675).

En virtud del carácter federal de la materia, la necesidad de conciliar el privilegio del fuero federal que corresponde al Estado Nacional, con la condición de “aforada” a esta jurisdicción originaria de parte del Estado Provincial, la única solución que satisface esas prerrogativas jurisdiccionales es declarar la competencia originaria del tribunal que prevé el artículo 117 de la Constitución Nacional con respecto a las pretensiones de recomposición y prevención del daño ambiental colectivo. Que esa declaración, en cambio, no se extiende a la pretensión que tiene por objeto la indemnización de los daños individuales (daño ambiental individual), que los demandantes invocan sufrir en sus derechos patrimoniales y extrapatrimoniales; en la que debe descartarse la competencia federal por razón de la materia.

Que la competencia originaria de la Corte, por razón de distinta vecindad o de extranjería, se restringe a causa civil, limitándolos a aquellos litigios regidos exclusivamente por normas y principios de derecho privado, tanto en lo que concierne a la relación jurídica de que se trata, como en el examen de cada uno de los presupuestos de responsabilidad ventilada y, en su caso, en la determinación y valuación del daño resarcible. Y es del caso, que cuando el daño se atribuye a la inactividad u omisión del Estado Provincial de ejercer el poder de policía, no se verifica el recaudo de causa civil (artículo 24, inciso 1, DL 1285/58) para dar lugar a la competencia originaria de la Corte Nacional cuando una Provincia es demandada por

un extranjero o por vecinos de otra Provincia. En consecuencia, la Corte declara la incompetencia, para conocer en la instancia originaria, con respecto a la demanda por el resarcimiento de los daños y perjuicios individuales (daño ambiental individual), “por lo que las reclamaciones individuales de esta naturaleza deberán ser reformuladas por los demandantes ante los tribunales que resultaren competentes (inferiores federal o provincial local)”.

Que en virtud de lo expresado, dijo la Corte Suprema, “la presente causa tendrá por objeto exclusivo la tutela del bien colectivo”. En tal sentido, “tiene prioridad absoluta la prevención del daño futuro, ya que según se alega en la presente, se trata de actos continuados que seguirán produciendo contaminación. En segundo lugar, debe perseguirse la recomposición de la polución ambiental ya causada conforme a los mecanismos que la ley prevé y finalmente, para el supuesto de daños irreversibles, se tratará del resarcimiento”.

Además, sostuvo que en

“la tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tiene respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras, porque el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo. La mejora o la degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales”.

Por lo que dispone requerir a las empresas demandadas, para que en el plazo de treinta (30) días informen sobre los siguientes puntos:

1. Líquidos que arrojan al río, su volumen, cantidad y descripción.
2. Sistemas de tratamiento de los residuos.
3. Si tienen seguro de recomposición del daño ambiental contratados en los términos del artículo 22 de la ley 25675 General del Ambiente.

También, requiere al Estado Nacional, a la Provincia Buenos Aires y al Consejo Federal del Medio Ambiente (**COFEMA**), para que en el plazo de treinta (30) días, presenten un Plan Integrado para el Saneamiento de la Cuenca Matanza-Riachuelo, conforme el principio de integración (artículo 5 de la ley 25675) y el principio de progresividad (artículo 4 de la Ley 25675), que contemple:

- a. Un ordenamiento ambiental del territorio (artículos 8, 9 y 10 de la ley 25675).
- b. el control sobre el desarrollo de las actividades antrópicas (artículo 10 de la ley 25675), teniendo en cuenta aspectos políticos, físicos, sociales, tecnológicos, culturales, económicos, jurídicos y ecológicos de la realidad local, regional y nacional.
- c. Estudio de Impacto Ambiental de las 44 empresas involucradas, y si no los tuviera, los requerirá en forma inmediata.
- d. Un Programa de Educación Ambiental, instrumento básico para generar en los ciudadanos, valores, comportamientos y actitudes que sean acordes con un ambiente equilibrado, propendan a preservación de los recursos naturales y su utilización sostenible y mejoren la calidad de vida de la población.
- e. Un programa de información ambiental pública a todo el que la requiera, especialmente los ciudadanos del área territorial involucrada.

Por último, convoca a una audiencia pública a realizarse en la sede de la Corte, el día 05 de septiembre de 2006, en la cual las partes deberán informar en forma oral y pública al Tribunal sobre el contenido de lo solicitado.

CRONOLOGÍA

20/06/06: Apertura.

24/08/06: Admite la intervención en condición de tercero en el proceso, al Defensor del Pueblo.

30/08/06: Admite como tercero en la causa a las Organizaciones No Gubernamentales, Fundación y

Recursos Naturales, Greenpeace Argentina, **CELS** y Amigos de La Boca; en cambio, rechaza la pretensión de Fundación Ciudad, Poder Ciudadano Y Fundación Metropolitana.

06/02/07: Requiere informes al Estado.

20/02/07 – 12/06/07 – 04/07/07- 28/11/07: Audiencias en sede de la Corte.

23/02/07: Ordena Intervención de la Universidad Nacional de Buenos Aires. 20/03/07: Admite como tercero de la organización no gubernamental **DDHH**.

22/08/07: Ordena Informe **ACUMAR** y al Estado

22/08/07: Traslado Demanda .

MARCO LEGAL

-Artículo 41 de la Constitución Nacional (Derecho ambiental).

-Artículos 4 y 5 de la Ley General del Ambiente 25675 (Principios de política ambiental).

-Artículo 7 (Instrumentos de política ambiental).

-Artículos 9 y 10 (Ordenamiento ambiental del territorio).

-Artículo 11 (Evaluación de Impacto Ambiental).

-Artículos 27, 28 y concordantes (Daño ambiental colectivo).

AVANCES

La Corte abrió la instancia originaria de la misma, para conocer y resolver en un caso sobre la pretensión de recomposición y prevención de daño ambiental colectivo derivados de la contaminación de una Cuenca hídrica, que involucra a millones de personas que la habitan, tres jurisdicciones estatales, más de treinta organismos con competencia territorial. En sentencia hizo lugar a la demanda, ordenando a la **ACUMAR** y a los Estados Nacional, Provincial y de la Ciudad de Buenos Aires, implementar un Plan Integral de Saneamiento Ambiental de la Cuenca, fijando tres objetivos generales (mejora de la calidad de vida, recomposición, prevención), once mandas, que conllevan obligación de resultado, y un mecanismo de triple sistema de control ingenioso, tendiente a garantizar la efectiva ejecución de la misma. Más indicadores de medición y multas. Además, sentó doctrina sobre la clasificación entre el daño ambiental colectivo, daño ambiental individual, competencia originaria de la Corte en la materia, naturaleza del derecho ambiental y una serie interminable, igualmente valiosa, de enseñanzas prácticas sobre manejo de los procesos colectivos ambientales, la amplitud de los poderes y deberes de los jueces en causas de este tipo, partes en el proceso, intervención de terceros, legitimación de obrar, reglas del debido proceso legal, audiencias e información pública.

SENTENCIA

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, el 08 de julio de 2008, dictó sentencia definitiva, en relación a “la específica pretensión sobre recomposición y prevención de daños al ambiente”, de trámite “por medio de este proceso urgente y autónomo”, que “obliga al dictado de decisiones urgentes, definitivas y eficaces”.

Hemos señalado que se trata de una sentencia colectiva atípica, de carácter declarativa y de ejecución, que contiene, por un lado, una condena general, que recae sobre la Autoridad de Cuenca Matanza-Riachuelo, **ACUMAR** (creada por la ley 26168), el Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires, y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “igualmente responsables en modo concurrente”. Por la otra, establece las bases de la ejecución de la sentencia, mediante un microsistema de control institucional, que no son otras que los “criterios generales para que se cumpla efectivamente con la finalidad indicada”.

La sentencia de condena por el cumplimiento del Programa de Saneamiento de la Cuenca, debe perseguir tres objetivos simultáneos:

1. “Mejora de la calidad de vida de los habitantes de la Cuenca.
2. La recomposición del ambiente en la cuenca en todos sus componentes (agua, aire y suelo).
3. La prevención de daños con suficiente y razonable grado de predicción”.

Por lo expresado, la Corte resuelve, en definitiva, la “recomposición y prevención ambiental”, por lo que “el objeto decisorio se orienta hacia el futuro”, de tal modo que, “el obligado al cumplimiento deberá perseguir los resultados y cumplir los mandatos que se enuncian en la presente, quedando dentro de sus facultades la determinación de los procesos para llevarlos a cabo”. Mientras que “el proceso relativo a la reparación del daño continuará ante esta Corte Suprema de Justicia puesto que no se refiere al futuro, sino a la atribución de responsabilidades patrimoniales derivadas de conductas adoptadas en el pasado”.

Se apunta que la sentencia condenatoria que se dicta (de recomposición y prevención) consiste en un “mandato de cumplimiento obligatorio para los demandados”, “respetando el modo en que se concreta, lo que corresponde al ámbito de discrecionalidad de la administración”. Por lo tanto, establece de esta forma:

1. Mandatos dirigidos a la administración, orientados hacia un resultado.
2. Garantías de implementación.

La eficacia en la implementación, dijo la Corte, requiere de un programa que fije un comportamiento definido con precisión técnica, la identificación de un sujeto obligado al cumplimiento, la existencia de índices objetivos que permitan el control periódico de sus resultados y una amplia participación en el control. También, que la Autoridad obligada a la ejecución del Programa, que asumirá las responsabilidades ante todo incumplimiento o demora en ejecutar los objetivos previstos, es la Autoridad de Cuenca que contempla la Ley Nacional 26168 (ley convenio o de adhesión); ello, sin perjuicio de mantener intacta en la cabeza del Estado Nacional, de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la “responsabilidad que primariamente les corresponde en función del asentamiento territorial de la cuenca hídrica y de las obligaciones impuestas en materia ambiental por disposiciones específicas de la Constitución Nacional”.

La sentencia de la Corte, implementa un microsistema institucional de control, con base en tres sistemas:

1. Control de manejo y asignación de fondos, ejecución presupuestaria de lo relacionado con el Plan, en cabeza de la Auditoría General de la Nación.
2. Control judicial de ejecución de sentencia, que deberán ser respondidos por la **ACUMAR**, atribuyendo competencia exclusiva al Juzgado Federal de Quilmes.
3. Control de cumplimiento del Plan Saneamiento y Programa, mediante el fortalecimiento de la participación ciudadana y la conformación de un “Cuerpo Colegiado”, en el que participarán representantes de las **ONG** que intervienen en la causa en condición de terceros interesados, cuya organización y coordinación de funcionamiento, se encomienda al Defensor del Pueblo de la Nación.

Luego de señalar los tres objetivos antedichos (mejora calidad de vida, recomposición del ambiente, prevención de daños), la resolución incluye once mandas, en relación a las siguientes cuestiones:

1. Información pública.
2. Contaminación de origen industrial, comprensiva a su vez, de inspecciones, identificación de agentes contaminantes, plan de tratamiento (reconversión industrial), cese de la contaminación, clausura, líneas de créditos.
3. Presentación en forma pública, actualizable trimestralmente, del estado del agua y las napas subterráneas, además de la calidad del aire.
4. Proyecto de reconversión industrial y relocalización en el marco del Acta Acuerdo del Plan de Acción Conjunta para la adecuación ambiental del polo petroquímico Dock Sud, empresas involucradas, población afectadas, convenios firmados, etapas y plazos de cumplimiento.
5. Convenio Marco Subprograma Federal de Urbanización de Villas y Asentamientos Precarios, Primera Etapa.
6. Saneamiento de basurales, comprensivo de medidas necesarias para impedir que se sigan volcando residuos en los basurales, medidas de prevención de formación de nuevos basurales, medidas para erradicar las habitaciones sobre basurales, ordenar la erradicación, limpieza y cierre, concretar el Plan de Gestión Integral de Residuos Sólidos Urbanos (**GIRSU**).

7. Limpieza de márgenes de río.
8. Expansión de la red de agua potable.
9. Desagües pluviales.
10. Saneamiento cloacal.
11. Plan sanitario de emergencia.

Por último, la sentencia contiene plazos. En 30 días, organizar un sistema de información pública digital vía internet para el público en general, que contenga todos los datos, informes, listados, costos, actualizados de la Cuenca, Plan y Programa. En 30 días la realización de inspecciones a todas las empresas en la Cuenca Matanza-Riachuelo; la identificación de aquellas que se consideren agentes contaminantes, mediante el dictado de la resolución correspondiente; y en un plazo de 30 días, contados a partir de esta última, la intimación a todas las empresas identificadas como agentes contaminantes que arrojan residuos, descargas, emisiones a la Cuenca, para que presenten a la autoridad competente, el correspondiente plan de tratamiento; en 60 días la consideración y decisión por parte de **ACUMAR** sobre la viabilidad y en su caso, la aprobación del plan de tratamiento antes referido. En 180 días, a contar de esta sentencia, la orden para las empresas de cese del vertido, emisión y disposición de sustancias contaminantes que impacten de un modo negativo en la Cuenca.

Se ordena la presentación en forma pública, actualizada trimestralmente, estado del agua y las napas subterráneas, además de la calidad del aire de la Cuenca. La presentación del proyecto de reconversión industrial y relocalización en el marco del Acta Acuerdo del Plan de acción conjunta para la adecuación ambiental del polo petroquímico DOCK SUD. La presentación en forma pública del estado de avance y estimación de plazos de las iniciativas previstas en el Convenio Marco Subprograma de Urbanización de Villas y Asentamientos Precarios-Saneamiento de la Cuenca, primera etapa.

Respecto de la tarea de expansión de la red de agua potable, deberá informarse públicamente de los planes de obras públicas de **AYSA** (Aguas y Saneamiento Argentinos) y **ENHOSA**. En ese mismo sentido, se exige informar públicamente del Plan de Obras de Desagües Pluviales, y el Plan de Ampliación de las Obras Cloacales a cargo de la empresa estatal **AYSA**, en especial sobre las previstas para la construcción de la primera etapa de la planta depuradora de Berazategui y sus emisarios. Todas estas informaciones son necesarias, con particular énfasis, en las obras que debían ser terminadas en 2007, las actualmente en ejecución y al inicio para el periodo 2008-2015.

En un año, la erradicación, limpieza y cierre de todos los basurales ilegales relevados por la **ACUMAR**. Y concretar el Plan de Gestión Integral de Residuos Sólidos Urbanos, presentado ante esta Corte, con particular énfasis en la construcción de los centros integrales **GIRSU**.

En 90 días, realizar un mapa socio demográfico y encuestas de factores ambientales de riesgo. Determinar la población en situación de riesgo. Elaborar un diagnóstico de base para todas las enfermedades que permita discriminar patologías producidas por la contaminación del aire, suelo y agua. Especificar las medidas de vigilancia epidemiológica adoptadas en la zona de emergencia. A partir de ello, en 60 días, elaborar y poner en ejecución programas sanitarios específicos para satisfacer las necesidades de la población de la Cuenca.

Para medir el nivel de cumplimiento de esos objetivos, la **ACUMAR** deberá adoptar uno de los sistemas de medición que se encuentran disponibles a nivel internacional e informar al Juzgado Federal de ejecución, en un plazo de 90 días. Finalmente, la sentencia crea un sistema de multas diarias, que en el caso implica aplicación de sanciones al funcionario público.

Brasil I

NOMBRE DEL CASO: Explotación Minera y Medio Ambiente. Juicio Pionero. Criciúma, estado de Santa Catarina, Brasil.

TRIBUNAL: Tribunal Superior de Justicia, Brasil, Recurso especial 647.493/SC, Segundo Turno, Relator Ministro João Otavio de Noronha.

FECHA: 22 de mayo de 2007.

INTRODUCCIÓN

Las actividades carboníferas desarrolladas en el siglo XIX en el sur de Santa Catarina, especialmente en la ciudad de Criciúma, no solamente consagraron un marco económico y social en la historia de Brasil, sino también un marco jurisprudencial que culminó con la recuperación de los pasivos ambientales oriundos de la actividad minera, que comprenden 6191.59 hectáreas de áreas degradadas; tres cuencas hidrográficas (de los ríos Araranguá, Tubarão y Urussanga) y 768 bocas de minas abandonadas. Para tener una mejor comprensión del tema, veamos el contexto histórico.

En 1993, el Ministerio Público Federal propuso una Acción Civil Pública en contra de las empresas carboníferas, sus directores y socios mayoritarios, el estado de Santa Catarina y la Unión Federal, teniendo en mente la recuperación de los daños ambientales causados por la explotación del carbón mineral en la región sur de Santa Catarina. En el caso específico de la Cuenca Carbonífera de dicho estado, la inadecuada disposición de los desechos sólidos y de las aguas efluentes de la explotación minera y de los beneficios del carbón acarreó una degradación ambiental tan severa que la región fue considerada, mediante decreto 85.206, del 25 de septiembre de 1980, la catorceava Área Crítica Nacional para efectos del Control de la Contaminación y Calidad Ambiental.¹

Propuesta la Acción Civil Pública, el 5 de enero de 2000 fue emitida la sentencia que condenó a los acusados, solidariamente, a presentar proyectos de recuperación ambiental de la región que compone la Cuenca Carbonífera del sur del estado, contemplando las áreas de depósitos de desecho, áreas de minas en explotación a cielo abierto y minas abandonadas, así como la descolmatación, la fijación de taludes, descontaminación y rectificación de los cursos de agua, además de otras obras que procuran amenizar los daños sufridos principalmente por la población de los municipios-lugares de la extracción y de la generación de los beneficios.

La sentencia de primera instancia fue parcialmente modificada en el Tribunal Regional Federal de la Cuarta Región el 22 de octubre de 2002, y se juzgó improcedente el pedido respecto de (*sic*) una de las cuestiones (Nova Prospera S. A.), el estado de Santa Catarina y los socios de las empresas carboníferas. También, se acogieron parcialmente las apelaciones solicitando el aumento del plazo de cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia, ampliándose a 10 (diez) años, a contar desde la anticipación de la tutela, el plazo para la recuperación de las cuencas hidrográficas y lagos, y manteniéndose el plazo de 3 (tres) años de la sentencia para la recuperación del área terrestre.

En mayo de 2007, el Tribunal Superior de Justicia juzgó un recurso especial sobre el caso y decidió que la Unión Federal es, de hecho, corresponsable por la recuperación de los pasivos ambientales, debido a su omisión del deber de fiscalización. La misma decisión determinó la reinclusión de los socios de las empresas carboníferas en el lado pasivo de la Acción Civil Pública y, también, mitigó la cláusula de solidaridad, diciendo que cada empresa es responsable directa de la recuperación de los pasivos que generó. En la hipótesis de incumplimiento de la empresa y de los respectivos socios, la Unión puede ser llamada para que recupere los pasivos ambientales.

MARCO LEGAL

La explotación minera permaneció por mucho tiempo alejada de la protección del medio ambiente. El principal marco legal es el decreto-ley 227, del 28 de febrero de 1967, conocido como el Código de

¹Cuadro de la Degradación Ambiental en la región que consta en la sentencia monocrática.

Minería. El mismo fue editado en una época en la que se procuraba el desarrollo económico de Brasil sin mayores preocupaciones ambientales. El referido decreto-ley sufrió alteraciones en la ley 7.805, del 18 de julio de 1989, que creó el régimen de Permiso de Minería Artesanal (garimpeira). También, es importante la ley 6.938, del 31 de agosto de 1981, que trata de la Política Nacional del Medio Ambiente y que, en el artículo 2, inciso VIII, incorpora el principio la recuperación de áreas degradadas.

No obstante, un cambio más significativo en el área ambiental se dio con la promulgación de la Constitución Brasileña de 1988. Efectivamente, el artículo 225 declaró el derecho de todos los brasileños a un ambiente ecológicamente equilibrado. El párrafo 2 dispone expresamente que: “Los que exploten recursos minerales quedan obligados a reponer el medio ambiente degradado, de acuerdo con la solución técnica exigida por el órgano público competente, en la forma de la ley”.

Complementando las normas sobre la materia, el artículo 170, inciso VI, de la Constitución, condiciona el desarrollo económico a la “defensa del medio ambiente, inclusive mediante tratamiento diferenciado conforme al impacto ambiental de los productos y servicios y de sus procesos de elaboración y prestación”.

AVANCES

Es necesario registrar el avance para la sociedad brasileña, que se interesa por la justicia en todos sus segmentos y por la preservación de los recursos naturales y de los valores constitucionalmente protegidos. Es en ese contexto histórico que sobrevino la sentencia que aquí se analiza, vivido en el Estado democrático de derecho.

Cabe mencionar que el carbón del lugar de la acción es el único carbón brasileño con características para producir el coque metalúrgico; por lo que es evidente el motivo por el cual se volvió tan importante para la industria del acero en los años de la industrialización pesada.

En ese contexto, debido al historial de actuación llevado a cabo por el sector carbonífero desatendiendo la legislación mineral, ante la inobservancia de la utilización racional de los recursos naturales que culminó con la contaminación del suelo, de los cursos de agua superficiales y subterráneos, es de extrema relevancia que todos los acusados (proyectos mineros y la Unión) cumplan la sentencia que se analiza para que haya una recuperación o rehabilitación efectiva del medio ambiente degradado.

Es significativo el avance que la decisión introduce en la jurisprudencia nacional, que constituye un marco legal inédito en el ordenamiento jurídico brasileño. Tal avance también se refleja en la forma como viene siendo promovida la ejecución de la sentencia, que será objeto de especial referencia en la siguiente sección.

SENTENCIA

El comentario se restringirá, en primer lugar, al informe del pedido y de las decisiones judiciales, seguidas de los comentarios dispuestos en dos ejes que consideramos inéditos y fundamentales para el derecho ambiental, con base en lo que se estableció en la sentencia de los Ministros del Segundo Turno del Tribunal Superior de Justicia.

El pedido del Ministerio Público Federal consistía en la condena de los acusados, empresas y sus directores por acción, y del Poder Público, por omisión; y a la recuperación y/o indemnización por los daños provocados contra el medio ambiente, debido a la actividad minera realizada a cielo abierto y en la vía subterránea, en el periodo que va de 1972 a 1989, en la región sur del estado de Santa Catarina.

En el pedido se solicitó que los acusados elaboraran un cronograma de recuperación que pudiese ser implementado entre 1996 y 2000. En forma sucesiva, se requirió que fuese entregada una suma de dinero especificada al inicio, suficiente para poner en marcha dicho programa, indemnizar a la población de los municipios sede de las empresas mineras que constituían un total de siete,² entre otras conminaciones pecuniarias.

²La actividad económica preponderante en la región sur del estado de Santa Catarina, integrada por 34 municipios, es la extracción de carbón mineral, cuya minería y beneficios se concentra en los municipios de Criciúma, Forquilha, Lauro Muller, Urussanga, Siderópolis, Içara y Orleães.

En síntesis, la acción fue juzgada parcialmente procedente, y los acusados fueron condenados a implementar, en el plazo de 6 (seis) meses, un proyecto de recuperación de la región mencionada al inicio, con un cronograma de ejecución de 3 (tres) años, y una multa mensual de 1% sobre el valor de la causa en caso de atraso; con la obligación de que los acusados ajustasen sus conductas a las normas protectoras del medio ambiente, en el plazo de 60 (sesenta) días, bajo pena de interdicción.³ El Tribunal Regional Federal de la Cuarta Región, segunda instancia de la Justicia Federal, acogió parcialmente las apelaciones de las mineras, acogió totalmente las apelaciones de los socios de las mineras y de la Nova Próspera S. A. y no dio lugar a la apelación planteada por la Unión Federal.⁴

Cabe destacar que la sentencia ratificó la decisión proferida por el juez monocrático en lo que respecta a la responsabilidad civil de la Unión que, en especie, sigue la doctrina de la responsabilidad subjetiva, traducida en la omisión, *faute du service*. Bajo esta hipótesis, si se prueba la ineficiencia del servicio fiscalizador, se consolida la responsabilidad solidaria del ente estatal con el contaminador. No obstante, juzgó improcedente la acción con relación al estado de Santa Catarina, porque antes de la Constitución Federal de 1988, la competencia administrativa con relación a los yacimientos, minas y demás recursos minerales era privativa de la Unión Federal, en los términos del artículo 168 de la CF/67.

Se presentó un recurso especial al Tribunal Superior de Justicia y fue entonces emitida la decisión que ahora se comenta. Vale la pena destacar tres aspectos de la sentencia:

- a. Responsabilidad del Estado por omisión ante el deber de fiscalización.
- b. Imprescriptibilidad de la reparación y o recuperación ambiental.
- c. Ejecución de la sentencia.

La ilicitud en el comportamiento omisivo de la Unión fue reconocida porque ella debería haber actuado conforme lo establece la ley; en caso de que no exista la discrecionalidad, pero sí acto administrativo vinculado, tiene el deber de actuar. En efecto, el Código de Minería establece las obligaciones legales de la administración, fiscalización y control sobre las actividades extractivas minerales impuestas a la Unión (artículos 1, 3 III, artículo 47, capítulo e incisos VIII, IX, X, XI y XII del decreto-ley 227, del 28 de febrero de 1967), de forma que ellas contemplen la conservación ambiental. Esta obligatoriedad fue elevada a la categoría constitucional, y se encuentra inscrita en el artículo 225, párrafos 1, 2 y 3 de la Constitución Federal.

La actividad de la Administración no se puede restringir al ejercicio de sus prerrogativas, hay necesidad de ir más allá, teniendo como objetivo la efectividad de su “poder-deber”, lo cual es fundamentado en el “principio de la indisponibilidad del interés público”.⁵ Para que esto ocurra, cabe al órgano gestor, dentro de su competencia legal, proponer procedimientos integrados con los demás órganos fiscalizadores. Solamente dentro de esta premisa es que el Poder Público cumplirá efectivamente con el principio de la supremacía del interés público sobre el privado y especialmente en las actividades que involucran a la minería.

Hecha esta observación, se pasa al análisis de la sentencia en el aspecto referente a la inexistencia de la prescripción. La doctrina brasileña ya sustentaba esta tesis, pero aún no había sido reconocida por la jurisprudencia. Al llegar a esta conclusión, la Corte Superior adoptó una posición realmente innovadora que rompe con los principios seculares del derecho civil. La base de tal raciocinio está en el hecho de que el daño ambiental tiene, la mayoría de las veces, carácter permanente. Sus efectos se prolongan en el tiempo. Así, en casos como éste, mientras haya un perjuicio a la colectividad no podrá ser reconocida la prescripción: el derecho de buscar la tutela judicial persiste.

Y hay más. La obligación de recuperar el medio ambiente se extiende después de que haya finalizado la explotación mineral. Evidentemente, el lugar nunca más será el mismo; sin embargo, el emprendedor deberá hacer todo lo que esté a su alcance para que el daño ambiental sea el menor posible.

³Decisión histórica emitida por el entonces Juez del Primer Juzgado Federal de Criciúma, Dr. Paulo Afonso Brum Vaz.

⁴Acuerdo emitido en los autos de la apelación civil 2001.04.01.016215-3/SC. Magistrada Dra. Maria de Fátima Freitas Labarrère, del Ilustre Tribunal Regional Federal de la Cuarta Región.

⁵Poveda, Eliane Pereira Rodrigues, *A eficácia legal na desativação de empreendimentos minerários*, São Paulo, Signus Editora, 2007.

Al contrario de otras actividades económicas, la actividad minera posee vocación geológica con un fin definido, razón por la cual deberá ser planificada desde la fase de su concepción y debidamente acompañada a lo largo de su vida útil, hasta su desactivación. El decreto 97.632/89 reglamentó la materia sobre la que trata el artículo 2, VIII, de la ley 6.938/81, obligando a los nuevos proyectos mineros, y hasta los ya existentes, a presentar el Plan de Recuperación de Área Degradada (**PRAD**) que, una vez aprobado por el órgano ambiental, se deberá cumplir rigurosamente.

La Carta Magna de 1988 incluye el principio de la recuperación del área degradada al disponer que aquel que explote los recursos minerales estará obligado a recuperar el medio ambiente degradado, aunque la degradación no sea significativa. El aprovechamiento racional de los recursos minerales se dará con la rehabilitación del área degradada por la actividad minera, observando el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 225, § 2 de la Constitución Federal, artículo 19 de la ley 7.805/89, artículo 2, VIII de la ley 6.938/81, reglamentada por el decreto 97.632/89, así como por el párrafo único del artículo 55 de la ley 9.605/98, combinado con el párrafo único del artículo 63 del decreto 6.514/08.

Vale decir que el legislador constituyente le dio a aquel que explota los recursos minerales la orden “de siempre recuperar el medio ambiente degradado”, sin importarle si la actividad provoca impacto significativo o no.⁶ Bajo este punto de vista jurídico, la sentencia por sí misma resulta esclarecedora con relación a la prescripción, puesto que enfatiza que, al tratarse de la pretensión que tiene como fin la recuperación del medio ambiente degradado, es imprescriptible el derecho de acción colectiva.

Si aún no alcanzara con la responsabilidad objetiva pregonada en la Política Nacional de Medio Ambiente, los constituyentes brasileños de 1988 dieron un paso significativo en la teoría jurídica de la triple responsabilidad en materia ambiental.⁷

Vale la pena destacar que no es diferente en el Código de Minería, pues la empresa minera está obligada a cumplir los dictámenes legales previstos,⁸ bajo la pena de caducidad del título minero, si incurre en las sanciones previstas en la legislación. En otras palabras, su derecho de explotación mineral podrá ser suspendido por un acto administrativo.

Ahora, pasamos a examinar la responsabilidad personal de los socios de las empresas con funciones de administradores. Como es evidente, la persona jurídica y las personas físicas no se confunden y poseen distintas responsabilidades. Sin embargo, el artículo 3, inciso IV de la ley 6.938, de 1981 (Ley de la Política Nacional del Medio Ambiente), prevé que la persona física directamente responsable por la actividad causadora de la degradación ambiental puede ser responsabilizada.

No es común que esto ocurra. Aunque en la sentencia que está en análisis, los Ministros del Tribunal Superior de Justicia concluyeron que la responsabilidad personal de los socios administradores existe, ésta es subsidiaria y no solidaria. Así consta en el voto del Ministro Relator: “No obstante la responsabilidad solidaria constituya una regla sagrada en los casos de reparación ambiental, se deberá aplicar el beneficio del orden en favor del socio-administrador de forma que la ejecución contra éste ocurra solamente si el deudor principal (la sociedad jurídica) no salda su obligación”.

Por cierto, con la manifestación definitiva del Supremo Tribunal de Justicia deberá haber reparación de los pasivos ambientales cuya incumbencia será de los proyectos mineros.⁹ En caso de que ocurra la hipótesis de imposibilidad de recuperación, habrá responsabilidad subsidiaria de los socios.¹⁰ También, quedó reconocida la responsabilidad solidaria de la Unión,¹¹ pudiendo ésta resarcirse contra las mineras.

⁶No importa el tamaño del proyecto, la obligación abarca a todo el segmento de minería estando el emprendedor obligado a recuperar el medio ambiente degradado en razón de los impactos generados por la actividad.

⁷La responsabilidad administrativa, civil y penal está establecida en el artículo 225 § 3 de la Constitución Federal/88.

⁸Artículos 38, 47, inciso VII y 48 del decreto-ley 227, del 28 de febrero de 1967.

⁹Responsables directos. Los socios responden en nombre propio (artículos 3, IV c/c, 14, § de la ley 6.938/81).

¹⁰Responsabilidad atribuida a los socios-administradores (artículos 942 y 1.024 del Código Civil).

¹¹Artículo 37, § 6º de la Constitución Federal.

Así, la sentencia declara que la responsabilidad civil del Estado por omisión es subjetiva, aunque se trate de la responsabilidad por daño al medio ambiente.

Por último, se debe examinar el cumplimiento de la decisión judicial. Como es de conocimiento general, el derecho ambiental se divide en tres fases: legislativa, judicial y cumplimiento. Brasil dispone de buenas leyes ambientales desde 1981 (ley 6.938, de la Política Nacional del Medio Ambiente). Hay muchos precedentes judiciales y de buena calidad. Todavía falta, en la tercera fase, es decir, la del cumplimiento, de la ejecución de las sentencias, alcanzar el estado ideal.

En el caso en estudio, la complejidad exige medidas que no se limitan a un mero cumplimiento de la ley procesal civil. Al contrario, se hace necesario un involucramiento, un interés personal del juez. La ejecución significa nada menos que recuperar 6191.59 hectáreas de áreas degradadas, tres cuencas hidrográficas (ríos Araranguá, Tubarão y Urussanga) y 768 minas abandonadas.

La primera medida tomada por el Juez Federal, Marcelo Cardoso da Silva, fue reunir a todos los interesados en una audiencia pública para discutir cómo se haría la ejecución. La ocasión fue oportuna pues dio a todos la certeza de sus responsabilidades y que el objetivo principal dependía de los esfuerzos conjugados. Cada área degradada fue identificada, es decir, aquella donde ocurrió, por acción antrópica, pérdida de algunas de sus características físicas, químicas y bióticas, suficientes para perjudicar la estabilidad del ecosistema y afectar negativamente su potencial socioeconómico. En un tercer paso, el magistrado determinó que cada condenado debía presentar un Proyecto de Rehabilitación de Áreas Degradadas por la minería. Cada proyecto de rehabilitación es sometido a la aprobación del órgano ambiental del estado de Santa Catarina y debe obtener una licencia ambiental para poder ser implementado.

El Juez Federal creó un Grupo de Asesoría Técnica para el Juicio que, permanentemente, aclara las dudas que surjan. Este grupo es técnico y no jurídico, lo que hace que las discusiones no se tornen académicas o jurídicas. Las soluciones son siempre prácticas y directas.

Con esta conducta, el Juez Federal ha logrado, con el apoyo del Ministerio Público Federal y de los órganos ambientales involucrados, dar efectividad a la decisión judicial. Ésta no tendría ninguna utilidad si no fuese objeto de la dedicación especial en el momento de la ejecución, inclusive si no se cumpliera, no se respetaría a la justicia y quedaría cuestionada. Se espera que en pocos años las áreas degradadas estén completamente recuperadas y que éste sea un caso citado como ejemplo en la defensa del medio ambiente.

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

Poveda, Eliane Pereira Rodrigues, *A eficácia legal na desativação de empreendimentos minerários*, São Paulo, Signus Editora, 2007.

Brasil II

NOMBRE DEL CASO: Crimen contra el medio ambiente. Extracción de producto mineral sin autorización. Degradación de la flora nativa, artículos 48 y 55 de la ley 9.605/98.

TRIBUNAL: Tribunal Regional Federal de la Cuarta Región, Apelación Criminal 200172040022250, Octavo turno (criminal), Brasil.

FECHA: 6 de agosto de 2003.

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad penal de la persona jurídica, tema muy polémico, ha sido adoptada en muchos países en los crímenes contra el orden económico y el medio ambiente. En los países que siguen el sistema del *common law*, tal responsabilidad es aceptada sin restricciones; es el caso de los Estados Unidos, Inglaterra, Canadá, Nueva Zelanda y Australia. El primer precedente conocido es el de la Suprema Corte estadounidense, que concluyó que es posible responsabilizar criminalmente a una persona jurídica. Se trata del caso de “New York Central and Hudson River Railroad” contra los Estados Unidos, juzgado el 23 de febrero de 1909.¹ El argumento principal fue que si la ley dice que una persona puede cometer un crimen, sin distinguir si es física o jurídica, es porque ambas pueden ser procesadas. El raciocinio simple y directo sorprende a muchos habituados a acaloradas discusiones académicas, la mayoría de las ocasiones sin ningún sentido práctico.

Eladio Lecey observa la existencia de tres modelos legislativos: el primero es el de dos países que aceptan la responsabilidad penal de la persona jurídica, sin mayores indagaciones (por ejemplo, Estados Unidos); el segundo es el de aquellos que la rechazan (por ejemplo, Italia); el tercero, adoptado por Brasil, admite la responsabilidad pero condicionada a determinadas situaciones definidas expresamente por el legislador.²

En los países de la llamada familia romano-germánica, surgió un fuerte movimiento en ese sentido. En Venezuela, la Ley Penal del Ambiente, publicada en el Diario Oficial No. 4.358, del 3 de enero de 1992, admitió la innovación, pero la existencia de obstáculos en el artículo 3 revela que la ley no alcanzó efectividad. Como observó Isabel de los Ríos, “se exigen tantos requisitos, aparentemente tres (los que corresponden a principios básicos), pero en realidad resultan ser cinco, seis o siete, que prácticamente será imposible imponer alguna sanción a las corporaciones”.³ En Francia, la reforma del Código Penal, hecha a través de la Ley de Adaptación del 16 de diciembre de 1992, introdujo la responsabilidad penal de la persona moral, en el artículo 121-2.

MARCO LEGAL

En Brasil, el marco legal se encuentra en el artículo 225, § 3 de la Constitución Federal, que así dispone: “Las conductas y actividades consideradas lesivas al medio ambiente sujetarán a los infractores, personas físicas o jurídicas, a sanciones penales y administrativas, independientemente de la obligación de reparar los daños causados”.

Diez años después de la entrada en vigor de la Constitución, la ley 9.605, del 12 de febrero de 1998, en el artículo 3, estableció que: “Las personas jurídicas serán responsables administrativa, civil y penalmente conforme a lo dispuesto en esta Ley, en los casos en que la infracción sea cometida por decisión de su representante legal o contractual, o de su órgano colegiado, en el interés o beneficio de su entidad”.

Este es el fundamento legal para la existencia de la sentencia pionera. Cinco años pasaron hasta que un Tribunal de Apelaciones crease el precedente.

¹Estados Unidos de América, Corte Suprema de los Estados Unidos, No. 57, rel. Justice Day, j. 23.02.1909.

²Lecey, Eladio, “A proteção do meio ambiente e a responsabilidade penal da pessoa jurídica”, en Freitas, Vladimir Passos de (org.), en *Direito ambiental em evolução*, No. 1, Curitiba, Juruá Editora, 2ª. ed., p.46.

³Ríos, Isabel de los, *Derecho del ambiente*, Caracas, Cartografía Nacional, 1994, p. 230.

AVANCES

El *leading case* en materia de responsabilidad penal de la persona jurídica por crimen ambiental, decisión primera no solamente en Brasil sino en toda América Latina, es del Octavo Turno Criminal del Tribunal Regional Federal de la Cuarta Región y establece lo siguiente:

- “1. Según el entendimiento doctrinario y jurisprudencial predominante, la Constitución Federal (artículo 225, § 3), así como la ley 9.605/98 (artículo 3), innovaron el ordenamiento penal patrio haciendo posible la responsabilización criminal de la persona jurídica.
2. En los términos del artículo 563 del Código de Proceso Penal (**CPP**), ningún acto será declarado nulo si de él no resulta perjuicio a la defensa (*pas de nullité sans grief*).
3. En la hipótesis en cuestión, quedó en evidencia la práctica de extraer minerales sin autorización del Departamento Nacional de Produção Mineral (**DNPM**), ni licencia ambiental de la Fundação do Meio Ambiente (**FATMA**), impidiendo la regeneración de la vegetación nativa del lugar.
4. Apelación desprovista.”⁴

La decisión pionera del Octavo Turno del Tribunal Regional Federal de la Cuarta Región tiene gran importancia, no porque el caso en concreto fuese de gran complejidad; en realidad, era más bien simple. El valor de la sentencia fue el de haber enfrentado el tema en el ámbito doctrinario, hecho hasta entonces inédito, y en tiempo hábil. En verdad, la decisión colegiada, como la del Juez Federal de primera instancia, fue rápida, bien fundamentada y eficiente en cuanto a la pena impuesta.

A los que conocen los Tribunales brasileños no les sorprende que haya sido el Tribunal Federal de la Cuarta Región el primero en decidir un tema tan polémico. En realidad, este Tribunal siempre reveló su preocupación por la protección del medio ambiente, no solamente en sus juicios, sino con medidas de naturaleza administrativa, como crear, en 2000, una Comisión de Gestión Ambiental, poner el derecho ambiental como materia del concurso para ingresar, en 2004, y especializar, en 2005, Juzgados Ambientales en las tres capitales del sur del país.

SENTENCIA

Un equipo de fiscalización del órgano ambiental del estado de Santa Catarina constató que una empresa estaba extrayendo arena cuarzosa en la localidad del río Vargedo, municipio de Morro da Fumaça, SC, sin autorización del Departamento Nacional de Producción Mineral (**DNPM**), y sin licencia ambiental, utilizando bombas de succión, causando con esto destrucción de la vegetación ubicada en las riberas del río Ururussanga. La empresa, que ya había sido notificada por el órgano ambiental que debería cesar sus actividades porque ocasionó también la destrucción de la vegetación nativa de la Mata Atlántica, no cumplió la orden administrativa.

La denuncia contra la persona jurídica y su director por infracción de los artículos 48, 50 y 55 de la ley 9.605/98, en concurso material, fue recibida por el Juez Federal de Primer Juzgado el 14 de mayo de 2001. Se hizo una propuesta de suspensión del proceso solamente respecto a la persona jurídica, ya que la persona física respondía a otro proceso. Rechazada la suspensión, tramitó la acción penal hasta la sentencia final, cuando los denunciados fueron condenados por infracción de los artículos 48 y 55 de la Ley de los Crímenes Ambientales y absueltos de las penas del artículo 50. El acusado, persona física, fue condenado a cumplir siete meses de detención, sustituidos por la prestación de servicios en parques y jardines, y una multa. La persona jurídica sufrió una reprimenda consistente en prestación pecuniaria por un valor de R\$ 10.000,00, que serían revertidos en programas o proyectos ambientales.

Hasta el día de hoy, en Brasil, la ley 9.605 tiene 12 años de vigencia, desde 1998, y la mayoría de los Tribunales no registran precedentes que involucren la condena de persona jurídica. Así, no existen juzgados en los Tribunales Regionales Federales de la 2ª, 3ª y 5ª Regiones. En el ámbito estatal, aún son pocos los Tribunales de Justicia que tienen sentencias al respecto. Son honrosas excepciones el Tribunal de Justicia

⁴Brasil, TRF 4.ª R., 8.ª T., Ap. Crim. 2001.72.04.002225-0/SC, rel. Des. Federal Pinheiro de Castro, j. 06.08.2003, *Revista de Direito Ambiental*, v. 32, p. 305.

de Santa Catarina,⁵ el Tribunal de Justicia de Rio Grande do Sul,⁶ el Tribunal de Justicia de São Paulo⁷ y el Tribunal Superior de Justicia.⁸ Sin embargo, en este último Tribunal Superior se exige que la denuncia sea presentada, también, contra un representante legal de la corporación, que puede ser un director o un gerente.⁹

En el Tribunal Federal Supremo, la materia llegó por la vía del *Habeas-Corpus* interpuesto para poner fin a la acción penal contra una persona jurídica. A pesar de que la discusión haya quedado restringida a la vía procesal elegida, el hecho es que, en ningún momento, surgió la posibilidad de que la acción penal contra la persona jurídica fuera considerada inconstitucional. En otras palabras, implícitamente quedó reconocida la posibilidad de que las corporaciones fuesen acusadas en el proceso criminal.¹⁰

La sentencia en análisis adoptó una posición de vanguardia, es decir, reconoció que la persona jurídica tiene una responsabilidad social; aquí se fundamenta en su responsabilidad penal, no en la culpabilidad, pues ésta es privativa de las personas físicas. Optando por la posibilidad de penalizar a la empresa, la sentencia se limitó a analizar las pruebas, las que no ponían en duda la existencia del daño ambiental. La autoría y la falta de licencia ambiental eran incuestionables. El Relator juzgó tales evidencias suficientes y rechazó el alegato de necesidad de examen pericial, afirmando en la fundamentación de su voto que: “Sobre la supuesta necesidad de pericia técnica (examen del cuerpo del delito), cabe resaltar que se entiende que la jurisprudencia patria no es indispensable en los casos en que se puede comprobar el crimen por otros medios, justamente porque el juez no quedará adscrito al laudo” (artículo 182 del CPP) y “formará su convicción mediante la libre apreciación de la prueba” (artículo 158, idem).”

Más adelante registró la existencia de una inspección en el lugar realizada por el ingeniero del órgano ambiental estatal: al mismo tiempo, mediante requerimiento de la Procuraduría de la República en Criciúma, se realizó la inspección del lugar por el Ingeniero Técnico de control ambiental de la **FATMA**, constatando la actividad ilegal de la extracción de arena, así como los daños a la vegetación del lugar.

Con relación a las sanciones penales impuestas a las personas jurídicas, llama la atención que las mismas no acompañan a cada tipo penal. En realidad, se encuentran establecidas en los artículos 21 al 24 de la ley 9.605, de 1998. Claro que entre ellas no está la pena de prisión. En el caso de las personas jurídicas, las sanciones serán la multa, la pena de restricción de derechos o la prestación de servicios a la colectividad. En el caso que nos ocupa, la sentencia confirmó lo que había decidido el Juez Federal de primera instancia, es decir, la prestación pecuniaria por un valor de R\$ 10.000,00 (equivalente a cerca de 5,000 USD), que serían revertidos en programas o proyectos ambientales.

Veamos, finalmente, datos sobre los magistrados que decidieron el caso. En primera instancia, sentenció el Juez Federal Luiz Antonio Bonat. Nació en Curitiba, PR, el 23 de diciembre de 1954. Fue servidor de la Justicia Federal en Curitiba por muchos años, donde ejerció las funciones de Director de la Secretaría del Séptimo Juzgado Federal. Tomó posesión como Juez Federal el 6 de septiembre de 1993 y fue aprobado en el Tercer Concurso promovido por el Tribunal Regional Federal de la Cuarta Región. Ejerció sus funciones en Foz do Iguazu, Curitiba, Criciúma, nuevamente Curitiba y auxiliando como Juez Convocado en la Corte Regional. Discreto, estudioso, dedicado incondicionalmente a la magistratura, el Juez Luiz Antonio Bonat se ganó el reconocimiento de sus colegas, abogados, servidores de la Justicia y demás funcionarios jurídicos.

El recurso de apelación interpuesto por los acusados, en el Tribunal Regional Federal de la Cuarta Región, fue derivado al Magistrado Federal Elcio Pinheiro de Castro. Nació en São Paulo, SP, el 3 de noviembre de 1942, se graduó de Derecho en 1978, en la Universidad de São Paulo (**USP**). Ingresó a la magistratura federal como Juez Federal Sustituto en 1989. Asumió sus funciones en Río Grande, RS,

⁵Brasil, TJSC, 1.^a Câmara Criminal, R.Cr. 00.020968-6, São Miguel do Oeste, rel. Des. Sólon d’Eça Neves, j. 13.03.2001.

⁶Brasil, TJRS, 4.^a Câmara Criminal, RESE 70003995768, rel. Des. Vladimir Giacomuzzi, j. 31.10.2002.

⁷Brasil, TJSP, Ap. Criminal. 00403124.3/5-0000-000, Campinas, 6.^a Câmara Criminal, Rel. Des. Ricardo Tucunduva, j. 15.03.2007.

⁸Brasil, STJ, 5.^a T., REsp 564.9601SC, rel. Min. Gilson Dipp, j. 02.06.2005.

⁹Brasil, STJ, 6.^a T., Rec. Mand. Segurança 16.696-PR, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 9.2.2006.

¹⁰Brasil, STF, HC 92921, MG, 1.^a T., Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 19.08.2008.

donde se radicó con la familia. Posteriormente, se fue a Porto Alegre. Fue ascendido a titular en julio de 1991 y a Magistrado Federal del Tribunal Regional Federal de la Cuarta Región el 9 de diciembre de 1994. De personalidad afable, tiene como principal característica la irrestricta dedicación y un gran amor a la Justicia, a la cual se entrega integralmente. Actualmente es el Vicepresidente del Tribunal Federal.

Participaron, también, del juicio colegiado del Octavo Turno del Tribunal Federal, los Jueces Federales Manoel Lauro Volkmer de Castilho y Luiz Fernando Wolk Penteadó.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Brasil, STJ, 5.^a T., REsp 564.9601SC, rel. Min. Gilson Dipp, j. 02.06.2005.

Brasil, STJ, 6.^a T., Rec. Mandado de Segurança 16.696-PR, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 9.2.2006.

Brasil, STF, HC 92921, MG, 1.^a T., Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 19.08.2008.

Brasil, TRF 4.^a R., 8.^a T., Ap. Crim. 2001.72.04.002225-0/SC, rel. Des. Federal Pinheiro de Castro, j. 06.08.2003, Revista de Direito Ambiental, v. 32, p. 305.

Brasil, TJSC, 1.^a Câ. Crim., R.Cr. 00.020968-6, São Miguel do Oeste, rel. Des. Sólton d'Eça Neves, j. 13.03.2001.

Brasil, TJRS, 4.^a Câ. Crim., RESE 70003995768, rel. Des. Vladimir Giacomuzzi, j. 31.10.2002.

Brasil, TJSP, Ap. Crim. 00403124.3/5-0000-000, Campinas, 6.^a Câmara Criminal, Rel. Des. Ricardo Tucunduva, j. 15.03.2007.

Estados Unidos de América, Suprema Corte de los Estados Unidos, n. 57, rel. Justice Day, j. 23.02.1909.

Lecey, Eladio, A proteção do meio ambiente e a responsabilidade penal da pessoa jurídica. en Freitas, Vladimir Passos de (org.), en *Direito ambiental em evolução n. 1*, Curitiba, Juruá Ed., 2. ed., 2002.

Ríos, Isabel de los, *Derecho del ambiente*, Caracas, Cartografía Nacional, 1994.

Colombia

NOMBRE DEL CASO: Demanda de inconstitucionalidad de la ley 1.021 de 2006, Ley General Forestal de Colombia.

TRIBUNAL: Corte Constitucional de la República de Colombia, sentencia C-030 de 2008.

FECHA: 23 de enero de 2008.

INTRODUCCIÓN

La sentencia que a continuación se analiza está relacionado con el precedente de la Corte Constitucional de Colombia, en acción pública de inconstitucionalidad propuesta por ciudadanos colombianos, con el fin de asegurar la declaración de inexecutable integral de la ley N° 1.021 de 2006 que instituyó la Ley General Forestal.¹

La pretensión fue deducida en el fundamento de inexecutable de la ley en razón de la no observancia de lo dispuesto en el artículo 6 de la Convención 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT),² que establece la necesidad de la consulta previa de las poblaciones indígenas para la toma de medidas legislativas o administrativas que puedan afectarlas directamente. Los autores sustentaron, finalmente, que la Convención de referencia integra el sistema constitucional colombiano y protege a los afrodescendientes, por lo cual es imprescindible la consulta previa de las comunidades indígenas y afrodescendientes para la validez de la ley 1.021 de 2006 que instituyó la Ley General Forestal.

Argumentaron que debido a la falta de consulta previa y efectiva de las comunidades indígenas y afrodescendientes exploradoras de recursos naturales, en el trámite del proceso de elaboración de la ley se perpetró la violación contemplada en lo dispuesto en el artículo 6 de la Convención 169 de la OIT, y de los artículos 1, 2, 3, 7, 9, 13, 93 y 330, todos de la Constitución de Colombia. Observaron la existencia de sentencias de la Corte donde fue establecida la plena integración de la Convención 169 de la OIT al sistema constitucional colombiano, reconociendo el carácter fundamental de la consulta previa, de obligatorio cumplimiento para mantener la cohesión nacional de las comunidades indígenas y afrodescendientes (SU-383/2003 y T-382/2006).

Destacaron que las comunidades indígenas y afrodescendientes viven del aprovechamiento de los bosques y plantaciones de árboles, y que sus territorios representan 32% del área total del país. Así, por tratarse de la ley impugnada de norma limitativa de la exploración y aprovechamiento de los recursos naturales, era impositiva la necesidad de realizar la consulta previa cuando se inició la propuesta del proyecto de ley.

Resaltaron la importancia de la participación de las comunidades afectadas durante la tramitación del proyecto de ley en el Parlamento, en vista de que la afectación directa del entorno natural de las comunidades indígenas y afrodescendientes constituye una amenaza a su existencia e integridad, dada la relación especial que existe entre el derecho a la identidad cultural y los territorios por ellas habitados. Durante la instrucción hubo intervenciones de los órganos del Poder Ejecutivo de Colombia, de la Comisión de Juristas y de universidades. También tuvieron la oportunidad de intervenir las comunidades y asociaciones representativas de las comunidades y de diversos segmentos de la sociedad interesados en el resultado de la demanda, organismos no gubernamentales y estatales.

¹Diario Oficial No. 46.249 de 24.04.2006.

²Convención 169-OIT, “artículo 6°: 1. Al aplicar las disposiciones de la presente Convención, los gobiernos deberán: a. consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos adecuados y, particularmente, a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos directamente; b. establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población y en todos los niveles, en la adopción de las decisiones en instituciones efectivas u organismos administrativos, y de otra naturaleza, responsables por las políticas y programas que le conciernen; c. establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de los pueblos y, en los casos apropiados, proporcionar los recursos necesarios para ese fin. 2. Las consultas realizadas en la aplicación de esta Convención se deberán efectuar con buena fe y de manera apropiada a las circunstancias, con el objetivo de llegar a un acuerdo y conseguir el consentimiento con respecto a las medidas propuestas”.

El Procurador General de la Nación tomó la decisión de acoger la demanda debido a la falta de observancia del Estado colombiano del deber constitucional de consultar a los pueblos indígenas y tribales antes de iniciar el trámite legislativo del proyecto que resultó en la ley forestal cuestionada, y delante de lo consagrado en fallo proferido en la sentencia C-891 de 2002.

MARCO LEGAL

La decisión de la Corte Constitucional se basa en lo contenido en la ley 1.021 de 2006, que es la Ley General Forestal de Colombia, en el artículo 6 de la Convención 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y en la Constitución de la República de Colombia, artículos 1, 2, 3, 7, 9, 13, 93 y 330.

AVANCES

La sentencia emitida por la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-030 de 2008 en análisis, se revela como un importante paradigma para la orientación acerca de la eficaz aplicación del derecho de los pueblos indígenas a la participación efectiva en el proceso de elaboración de ley o de acto administrativo capaces de afectarlos directamente. Ese derecho está consagrado en el artículo 6 de la Convención 169 de la OIT.

Como en la emblemática sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Mayagna Awas Tingni”,³ la sentencia en examen emerge como marco en la aplicación del artículo 6 de la Convención 169 de la OIT, que viene siendo tratado con diferente intensidad y eficacia por las distintas administraciones y órganos del Poder Judicial de los países que ratificaron el instrumento normativo internacional.

En efecto, en un estudio que se encuentra disponible en el sitio electrónico brasileño del Instituto Socioambiental,⁴ donde se hace mención expresa de la sentencia en examen y se pone a disposición información importante sobre el tema como consulta previa y políticas públicas, medidas legislativas y administrativas, se presenta justamente la información que a continuación se reproduce:

“(…) varios países en América del Sur han intentado definir el contenido y alcance concreto de la consulta sobre medidas legislativas y administrativas, que afectan directamente a los pueblos indígenas y tribales. Algunos casos, aparentemente, han tenido más éxito que otros, pero todos se presentan con grandes dificultades en su definición e implementación. La reglamentación del tema enfrenta varios desafíos que van desde el tipo de instrumento legal que se adoptará (decreto o ley, y entre ellas si es ordinaria o calificada), hasta los procedimientos de consulta para su propia creación, los cuales obviamente no se encuentran reglamentados en ese primer momento. La edición del marco jurídico que internamente definirá el alcance y procedimiento de la aplicación del derecho de consulta previa es, claramente, el principal y más importante arreglo político entre los pueblos y el Estado en relación al tema”.

En este punto, presentamos una breve introducción del contenido de las principales leyes vigentes, de las revocadas por el Órgano Judicial y de las que están en proceso de creación, que constituyen el debate actual sobre la definición del marco regulador de este derecho en América del Sur.

Colombia, Ecuador, Venezuela, Bolivia y Perú han estado intentando reglamentar la aplicación del derecho de consulta previa, principalmente en lo que se refiere a la explotación de los recursos naturales en tierras indígenas. Sin embargo, con excepción de Colombia, ningún país ha intentado crear una reglamentación integral sobre consulta relativa a las medidas administrativas y legislativas que afectan a los pueblos interesados. La mayoría de las reglamentaciones pertinentes al asunto solamente hacen

³Precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos disponible en <http://www.cejil.org/sentencias.cfm?id=162> (visitado el 29 de octubre de 2009), donde el Estado de Nicaragua fue condenado a las obligaciones de hacer y a las sanciones pecuniarias por no haber adoptado medidas efectivas que aseguraran los derechos de la propiedad de la comunidad indígena a sus tierras ancestrales y recursos naturales, y por haber otorgado una concesión de tierras indígenas sin el consentimiento previo de la comunidad y, aun, porque no se dio el empeño efectivo en responder a las quejas de la comunidad sobre sus derechos de propiedad.

⁴http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/?q=o-que-e/experiencia-america-do-sul (visitado el 29 de octubre de 2009).

referencia a las medidas administrativas decurrentes de los procesos de licenciamiento ambiental para la explotación de los recursos naturales en las tierras de los pueblos interesados. Actualmente, sólo en Bolivia, Venezuela y Perú los reglamentos están plenamente en vigor, mientras que en Colombia y Ecuador, a pesar de que están formalmente en vigor, las reglamentaciones sobre consulta previa son inaplicables, debido a cuestionamientos que los pueblos indígenas y tribales han presentado respecto a las mismas, evitando que puedan ser aplicadas por los gobiernos.

En el caso de Colombia, el movimiento indígena no obtuvo la declaratoria de nulidad del decreto en cuestión ante el Tribunal Contencioso Administrativo, pero consiguió que la Corte Constitucional, en repetidas oportunidades, lo declarara contrario a la Constitución Política de 1991. En Ecuador, el decreto continúa en vigor y el movimiento indígena se niega a participar de cualquier proceso de consulta, por considerar ilegítima la reglamentación creada en 2002 sin que las comunidades indígenas fueran consultadas. Es por este *impasse* que actualmente los pueblos indígenas de Ecuador cuestionan el decreto ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Todas las experiencias mencionadas discuten los procesos de consulta previa relativos a las medidas administrativas que resulten de la explotación de recursos naturales que afectan a los pueblos indígenas y tribales, especialmente con relación a la exploración de hidrocarburos en Colombia, Bolivia, Venezuela y Ecuador. En Perú, la reglamentación trata parcialmente de la consulta previa en procesos de licitación ambiental, políticas públicas sobre educación y la superposición de áreas protegidas con territorios indígenas, pero no existe un cuerpo jurídico que regule integralmente la materia. En Colombia, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad del Código Forestal en enero de 2008, por falta de consulta previa dentro del proceso legislativo en el Congreso Nacional, lo que estimuló al gobierno a promover rápidamente el debate con el movimiento indígena y afro-colombiano.

Independientemente de las decisiones legislativas o administrativas que serán consultadas, la reglamentación sobre el proceso de consulta previa implica tomar decisiones políticas sobre varios elementos que definirán el “contenido y el alcance concreto de este derecho en cada país”. Además de las observaciones transcritas, cabe resaltar que el precedente en análisis posee la peculiaridad de interpretar y aplicar de forma extensa y profunda la regla del artículo 6 de la Convención 169 de la OIT, cuya observancia muchas veces queda relegada a segundo plano, a menudo bajo el frágil argumento de la necesidad de garantizar el derecho al desarrollo, contemplado también en el instrumento normativo internacional.

Tal fundamento, no obstante, es inconsistente y no puede ser admitido ni prosperar, en vista de que prevalece en la actualidad el socioambientalismo que consiste en la garantía del desarrollo con respeto al medio ambiente y a las minorías. Al referirse a esta corriente, en la obra *Socioambientalismo e novos direitos de proteção jurídica à diversidade biológica e cultural* (Socioambientalismo y nuevos derechos de protección jurídica a la diversidad biológica y cultural), Juliana Santili hace referencia a las siguientes ponderaciones de Manuela Carneiro da Cunha y Mauro de Almeida:

“Hasta los años ochenta, la pobreza, la explotación demográfica y la degradación de los recursos naturales eran vistos como parte de un mismo síndrome, típico de países atrasados. Esto se atribuía a la pobreza, y en ese conjunto, un papel causal especial, la superpoblación, generaba la erosión de la tierra y la degradación del agua, en un efecto maltusiano a escala global. La práctica corriente consistía, entonces, en ignorar cualquier papel activo o positivo de las poblaciones pobres, ya sea en las políticas de conservación o en las políticas de desarrollo. Un nuevo paradigma adquirió fuerza en los años ochenta. Ese paradigma asociaba ‘pueblos tradicionales e indígenas’, ‘ambiente y recursos naturales’ y ‘desarrollo’, ahora de una manera positiva. En vez de ‘pobres’ genéricos, los pueblos tradicionales e indígenas pasaron a surgir en el discurso público como partes legítimamente interesadas en las políticas de desarrollo y de conservación; como actores colectivos e individuales dotados de conocimientos importantes sobre el ambiente natural y sobre las formas de utilizarlo, bien como detentores de instituciones que en muchos casos habían funcionado bien en el pasado. Ese paradigma obtuvo rápida aceptación en organismos internacionales como las Naciones Unidas, bancos multilaterales y Organizaciones No Gubernamentales de conservación y, después de la

Conferencia de Río-92, se hizo parte integrante de programas como el Plan Piloto para la Conservación de los Bosques Tropicales.”⁵

Sobre el derecho a la participación, específicamente sobre la consulta previa a las comunidades indígenas y tribales preconizada por el artículo 6 de la Convención 169 de la **OIT** en el sistema legal brasileño, merece análisis el estudio de Luiz Fernando Villares.⁶ En la jurisprudencia de las Cortes Federales de Brasil no hay registro de que se haya tratado el tema, tal vez por el poco tiempo de vigencia de la Convención 169 de la **OIT** en el país, que solamente la ratificó en julio de 2002, o por la prevalencia de la visión etnocéntrica impuesta por el colonizador europeo, sumada a las actuales prácticas de la economía y del mercado.

Hechas estas breves consideraciones, para concluir, resalto la necesidad de reflexión acerca de la advertencia hecha por Fernando Antonio de Carvalhos Dantas⁷ en el sentido de que:

“La gran dificultad de los sistemas jurídicos modernos en aceptar, reconocer y abrir espacios públicos institucionalizados de participación para las diferencias étnicas y culturales de los pueblos indígenas y las formas diferenciadas de organización social que les son inherentes, reside en la forma acabada, presumiblemente verdadera y única, de ver e interpretar el mundo desde un sólo punto de vista, desde la perspectiva de la cultura moderna occidental.

La coexistencia, la convivencia con una pluralidad de valores, de formas de vida y de expresiones históricamente tratadas con el prejuicio etnocentrista, en razón de la arraigada racionalidad moderna, impone determinadas consecuencias conflictivas para las cuales la modernidad occidental no presenta respuestas satisfactorias”.

SENTENCIA

La sentencia que estamos tratando fue emitida por la Corte Constitucional de Colombia con competencia para conocer en la acción pública de inconstitucionalidad propuesta por ciudadanos colombianos, con el fin de garantizar el reconocimiento de la inexecutable del instrumento normativo que instituyó la Ley General Forestal (ley 1.021 de 2006), por falta de consulta a las comunidades indígenas y afrodescendientes antes y durante la tramitación del proceso legislativo, como está previsto en la Convención 169 de la **OIT** y en la Constitución de Colombia.

Del voto conductor se extrae información relevante sobre la predominancia en la Corte del entendimiento acerca de la aplicabilidad de la Convención 169 de la **OIT** como parte integrante de todo el sistema constitucional colombiano, y la aplicabilidad de sus principios, por consiguiente, a las comunidades indígenas y afrodescendientes, cabiendo destacar que las comunidades afrodescendientes son protegidas solamente en el ámbito de la Constitución, o sea, no están contempladas en el instrumento normativo internacional.

El precedente, también, posee la característica de pontificar que la omisión del deber de realizar la consulta previa a las comunidades minoritarias afectadas por la ley o el acto administrativo vicia materialmente la ley, independientemente del alcance de sus disposiciones. El vicio formal acaba por comprometer el contenido de la materia regulada, que carece de la legitimidad derivada de la consulta previa necesaria a las comunidades, vale decir, el vicio formal por la no observancia del mandato constitucional se proyecta en el contenido de la ley.

En la sentencia se reafirma el entendimiento de la Corte Constitucional en el sentido de que la Convención 169 de la **OIT** fue adoptada para acercarse más a la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo y en sintonía con la orientación relacionada con la necesidad de eliminar la cultura asimilacionista, con prestigio e imposición de la eficacia al principio según el cual las estructuras y formas de vida de los pueblos indígenas y tribales son permanentes y perdurables, y es de interés de la comunidad internacional la salvaguarda del valor intrínseco de esas culturas.

⁵Santili, Juliana, *Socioambientalismo e novos direitos proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*, Instituto Internacional de Educación de Brasil, Instituto Socioambiental, Sao Paulo, 2005, Editora Fundación Peirópolis Ltda., p. 36.

⁶Villares, Luiz Fernando, *Direito e povos indígenas*, Curitiba, Juruá, 2009, pp. 89-94.

⁷Dantas, Fernando Antonio Carvalho, *As sociedades indígenas no Brasil e seus sistemas simbólicos de representação: os direitos de ser. Socioambientalismo uma realidade homenagem a Carlos Frederico Marés de Souza Filho*, Curitiba, Juruá, 2007, p. 80.

El precedente consolida, además, la orientación de la Corte Constitucional de Colombia en el sentido del deber de la consulta a las minorías étnicas, previsto en el artículo 6 de la Convención 169 OIT, que es cuidadosa de invocar un derecho fundamental de participación, vinculado al derecho fundamental a la integridad cultural, social y económica, y de ese modo, la omisión a la consulta en casos en que la misma se presente imperativa a la luz de la Convención tiene consecuencias inmediatas en el sistema legal interno; el vicio procedimental se proyecta en el contenido material normatizado.

Específicamente, la sentencia en análisis concluyó que la ley atacada irradia efectos sobre todo el territorio colombiano y que las previsiones en ella contenidas, con el fin de hacerlo compatible con los preceptos constitucionales que garantizan la autonomía de las comunidades tribales, revelan contradicciones en sí mismas, difíciles de esquivar para la correcta y armónica aplicación de los derechos involucrados, y resulta en la limitación a la explotación de bosques, lo que guarda íntima relación con la identidad de las comunidades indígenas y afro-colombianas, y sus posibilidades de sobrevivencia.

En la sentencia de referencia quedó señalado igualmente que la Ley General Forestal cuestionada fue concebida como instituidora de un régimen integral, motivo por el cual no cabe excluir de su ámbito la regulación de los bosques naturales y tampoco el impacto que él le acarrea a las comunidades tribales. La Corte observó el carácter específico de la afectación que la ley impugnada, dado su carácter general, puede tener sobre las comunidades indígenas y tribales, en su dimensión muy particular, sea cual sea la relación que las minorías étnicas que están siendo tratadas mantienen con los bosques.

También, fue mencionado que un proyecto de la dimensión, complejidad e implicaciones del que resultó la Ley General Forestal, que tiene por objetivo la regulación de forma general de los asuntos forestales, exigía para su ratificación por el Parlamento como condición previa el efectivo y preliminar ejercicio del derecho de consulta a las comunidades minoritarias posiblemente afectadas y que son protegidas por el ordenamiento constitucional colombiano, para poder facilitar la identificación de las dificultades y encontrar alternativas para resolver aspectos que podrían resultar problemáticos y de difícil solución.

La Corte Constitucional entendió al final que la Ley General Forestal se reviste de innegable interés nacional, pues sus previsiones afectan de manera amplia a la totalidad de los colombianos y, de manera particular, a las comunidades indígenas y afro-colombianas, en la medida en que define pautas y criterios que pueden afectar las áreas donde se encuentran las comunidades minoritarias, pudiendo repercutir en sus formas de vida y sobre la estrecha relación que mantienen con los bosques.

La Corte llegó a la conclusión de la inexecutable de la Ley General Forestal porque no se dio el proceso participativo de consulta de las comunidades indígenas y afrodescendientes afectadas, lo que solamente sería verificado si previamente se hubiera dado a conocer el proyecto de ley a las comunidades, por intermedio de instancias representativas, que pudieran brindarle solución a los problemas que afectan negativamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes, sobre sus formas de vida y culturas propias.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Corte Interamericana de Derechos Humanos: <http://www.cejil.org/sentencias.cfm?id=162> (visitado el 29 de septiembre de 2009).

Dantas, Fernando Antonio Carvalho, *As sociedades indígenas no Brasil e seus sistemas simbólicos de representação: os direitos de ser. Socioambientalismo uma realidade homenagem a Carlos Frederico Marés de Souza Filho*, Curitiba, Juruá, 2007.

Instituto Socioambiental: http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/?q=o-que-e/experiencia-america-do-sul (visitado el 29 de septiembre de 2009).

Santili, Juliana, *Socioambientalismo e novos direitos proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*, Instituto Internacional de Educación de Brasil, Instituto Socioambiental, Sao Paulo, Editora Fundação Peirópolis Ltda., 2005.

Villares, Luiz Fernando, *Direito e povos indígenas*, Curitiba, Juruá, 2009.

Costa Rica

NOMBRE DEL CASO: Padilla Gutiérrez, Clara Emilia y otros, todos en su condición de vecinos de lugares aledaños al Parque Nacional Marino Las Baulas de Guanacaste c/ Setena, Secretaría Técnica Nacional Ambiental”.

TRIBUNAL: Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional.

FECHA: 16 de diciembre de 2008.

INTRODUCCIÓN

El Parque Nacional Marino Las Baulas de Guanacaste, fue creado por el decreto ejecutivo 20518-MIRENEM del 9 de julio de 1991 y luego se le dio el rango legal mediante la ley 7524 del 10 de julio de 1995. Se señala claramente que la conservación y protección absolutas de las tortugas Baula y su hábitat de anidación constituye el fin principal de la creación del Parque Nacional Marino Las Baulas de Guanacaste. Además, se indica que las playas Grande, Ventanas y Langosta de Costa Rica, son tres de las áreas en el mundo donde anida y se reproduce la tortuga Baula (*Dermochelys coriacea*). Esta área tiene una enorme importancia si se considera que la “Lista Roja de Especies Amenazadas de la Unión Mundial para la Naturaleza”, categoriza a dicha especie en estado crítico.

Asimismo, en el área anidan otras especies de tortugas, como la Carpintera, la tortuga Negra o Toras, y la tortuga Carey. También, se encuentran varias especies de flora y fauna en peligro (mangles, árboles de guayacán, caoba y pachote), animales (venados, congos, leones breñeros), aves (garzas blancas y rosadas, halcones, gavilanes), saurios (caimán y cocodrilo americano) y boas, el reptil de mayor tamaño conocido. Según la Convención para el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Flora y Fauna (CITES), todas ellas se encuentran en peligro de extinción. Por otra parte, los manglares del parque están catalogados dentro de la Convención Relativa a Humedales de Importancia Internacional (RAMSAR); son fundamentales como hábitat de aves acuáticas, además de ser áreas de reproducción de diferentes especies marinas y forestales.

Por lo expuesto anteriormente, la tortuga Baula ha sido declarada especie en peligro de extinción y una de las amenazas más evidente cada temporada es el desarrollo turístico y urbanístico sin control en las playas de anidación. La zona de Playa Grande, donde se ubica el Parque Nacional Marino Las Baulas, es considerada como de extrema vulnerabilidad, de manera que “no se debe permitir ningún tipo de actividad productivas, solamente aquellas enfocadas a la conservación”.

Esta sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, se dictó en el marco de un recurso de amparo promovido por un grupo de vecinos del Parque Nacional Las Baulas contra la Secretaría Técnica Nacional Ambiental (SETENA), por haber violado, según se sostuvo en la demanda, en perjuicio de los amparados lo dispuesto en el artículo 50 de la Constitución Política, ya que dentro del Parque Nacional Las Baulas, y en sus zonas de amortiguamiento, se pretende la construcción de varios complejos residenciales y de cabinas, y hoteles de grandes dimensiones, sin que hasta el momento hayan sido sometidos en forma integral, previamente, a una Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) por parte de SETENA para establecer su viabilidad. Dicha evaluación, se sostuvo en la demanda, pretende ser subsanada por la Autoridad, mediante la evaluación de la construcción de cada casa construida; sin embargo, esto no es suficiente porque se pierde de vista toda la perspectiva de la afectación de los proyectos circundantes. También, se dijo en el escrito,

“no se estableció el impacto en el agua para consumo humano ni la afectación respecto de las aguas servidas, aguas negras, vida silvestre y, en especial, el recurso que protege el parque y todo su ecosistema; o cómo afectarán las luces, la presencia humana o la presencia de mascotas sobre los nidos e individuos recién nacidos, el acceso de esos vecinos nuevos a las playas de anidación, el equipo náutico, el ruido, aguas jabonosas. Ninguno de estos aspectos fue tomado en consideración. Por último, los recurrentes solicitan que se ordene “evaluar el proyecto en forma conjunta y no casa por casa”.

A su vez, en su respuesta, **SETENA** informa que se limita a analizar individualmente cada proyecto y no a realizar la evaluación en conjunto del desarrollo regional en vista de que cuenta únicamente con competencia para evaluar los formularios, documentos y estudios que se presenten, pero no para realizar estudios por sí misma.

Las evaluaciones ambientales que realiza consisten en el análisis de los documentos y escritos que se presentan a su consideración, referentes a dos tipos de procedimientos distintos: la Evaluación de Impacto Ambiental (que analiza individualmente cada proyecto) y la Evaluación de Impacto Ambiental Estratégica (**EAE**), que comprende el análisis de las políticas, programas y planes de ordenamiento territorial que se sometan a la misma. Asimismo, apunta que

“del memorial de interposición del recurso se desprende que los recurrentes desean que se realice una Evaluación Ambiental Estratégica y como la competencia de **SETENA** se limita al análisis de los documentos que se presentan, procede a las Municipalidades, u otros entes, someter a evaluación por parte de la **SETENA** los instrumentos de Evaluación Ambiental Estratégica que esas instituciones realicen”.

De manifestaciones adicionales de los demandantes se dijo que en el informe rendido por **SETENA** se acepta que las evaluaciones cercanas al Parque Nacional Marino Las Baulas se hacen en forma aislada porque nadie se les ha solicitado. Se agrega que no es cierto que **SETENA** no tenga competencia para realizar esa labor incluso de oficio, “pues es inaudito que si se tiene en claro que se está ante 200 casas dentro de la zona de amortiguamiento del parque simplemente se señale que la evaluación integral del proyecto corresponde a las Municipalidades”. Además, el Departamento de Cuencas Hidrográficas del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados presentó en la causa, un informe de una visita que realizó al sector costero de Playa Grande, indicando que la existencia de piscinas en muchas de las casas construidas “compromete en forma muy seria y preocupante la oferta de agua subterránea que es explotada actualmente como fuente principal de abastecimiento”, y recomienda, entre otras consideraciones, “desarrollar un estudio hidrogeológico de todo el acuífero de Playa Grande en donde se indique su capacidad de almacenamiento, su actual estado de aprovechamiento y su capacidad potencial, así como determinar su vulnerabilidad a la contaminación”, por lo que concluye que “la Municipalidad debe establecer una moratoria en el desarrollo de la construcción hasta que no se tengan los resultados del estudio indiciado”; y, finalmente, hasta en tanto no se resuelva el asunto del recurso hídrico, no resulta posible que se sigan autorizando más y más construcciones en el Sector de Playa Grande y sus zonas aledañas. Solicita, entonces, que se ordene a **SETENA** no aprobar ningún Estudio de Impacto Ambiental de construcción alguna en las zonas adyacentes al Parque Nacional Marino Las Baulas de Guanacaste, especialmente en el sector de Playa Grande, hasta tanto no se tengan los instrumentos para valorar de manera integral el impacto del proyecto de construcción que se pretende desarrollar en la zona, y no se cuente específicamente con un estudio hidrogeológico de todo el acuífero de Playa Grande.

Posteriormente, vuelve a manifestar la recurrente que aporta un nuevo estudio realizado por un ingeniero de la Escuela de Geología de la Universidad de Costa Rica, donde se concluye que el mapa de vulnerabilidad intrínseca evidencia que los sectores más vulnerable se encuentran en Estero Tamarindo, Estero Ventanas, Playa Grande y Tamarindo, por lo que es necesario tomar medidas de protección del recurso hídrico; en los sectores de vulnerabilidad extrema no se debe permitir ningún tipo de actividad productiva. En el mismo sentido se manifestó, según lo informado en oficio del 23 de noviembre de 2006, el Área de Aguas Subterráneas del Servicio Nacional de Aguas Subterráneas, Riego y Avenamiento (**SENARA**), quien concluye que “actualmente se encuentran restringidos los permisos de perforación de pozos en los acuíferos del Potrero, Brasilito, Playa Grande y de Huacas-Tamarindo, debido a los estudios y evaluaciones técnicas que evidencian problemas relacionados a la contaminación”.

La instrucción probatoria, atenta a la complejidad del caso, incluyó audiencias judiciales con el Ministro de Ambiente y Energía, los miembros del Consejo Nacional de Áreas de Conservación, el Director Ejecutivo del Sistema Nacional de Áreas de Conservación, el Director del Área de Conservación de Tempisque, el Administrador del Parque Nacional Marino Las Baulas, el Director del Departamento de Aguas, todos éstos del Ministerio de Ambiente y Energía, para que informen sobre el estado actual de las construcciones

en la propiedades que se encuentran dentro del Parque Nacional Las Baulas, las previsiones que se han tomado para la protección del recurso hídrico, la recolección de desechos sólidos, la afectación respecto de la tortuga Baula y todo su ecosistema. Y, consecuentemente, para que informen si el desarrollo urbanístico de la zona está afectando o podría afectar negativamente al ambiente, y que indiquen, además, el estado actual en que se encuentran las expropiaciones que se piensan realizar en la zona.

También, el Tribunal pidió información a las Municipalidades de Santa Cruz, Nadayure y de Hojancha para que informen el estado actual de las construcciones en las propiedades que están dentro del parque, de los permisos que se han dado y de las previsiones para la protección del recurso hídrico; al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, concretamente al Departamento de Cuencas Hidrográficas, para que informe si el desarrollo urbanizado está afectando o podría afectar negativamente el ambiente del Parque Nacional, concretamente al recurso hídrico para consumo humano, acerca del tratamiento de aguas negras y servidas; al Secretario General de la **SETENA** para que informe el nombre de las personas jurídicas y físicas, y sus domicilios, que tienen proyectos inmobiliarios dentro del parque, y a las que les ha otorgado viabilidad ambiental o que tienen pendiente dicho trámite; también, acerca de las previsiones para la protección del recurso hídrico, la recolección de desechos sólidos, la afectación del tortuga Baula y todo su ecosistema. Por último, se solicitó un informe al Director de la Escuela de Biología Marina de la Universidad Nacional, Maestría de Ciencias Marinas y Costeras; al Director de la Facultad de Biología de la Universidad de Costa Rica; a los recurrentes; y a la Procuraduría General de la República.

La Corte Suprema estima en sentencia, como “debidamente demostrados” los siguientes hechos relevantes:

1. Que “no existe ni se ha realizado” una evaluación de forma integral del impacto que producirían las construcciones dentro y en la zona de amortiguamiento del Parque Nacional Marino Las Baulas sobre los recursos naturales colindantes: la tortuga Baula, el recurso hídrico, demás vida silvestre y, en general, todo el ecosistema.
2. Que dentro del parque y sus zonas de amortiguamiento se pretende la construcción de “varios complejos residenciales, cabinas y hoteles”.
3. Que el parque cuenta con una zona de influencia, constituyendo la banda de 500 metros a lo largo del límite continental el área de influencia inmediata, la cual es la zona de amortiguamiento, y que es un área ambientalmente frágil: fragilidad biológica, terrestre, hídrica y por desarrollo urbano.
4. Que el desarrollo turístico planteado para Playa Grande y Ventanas dista mucho de ser un desarrollo sostenible. De llevarse a cabo estos proyectos dentro de una franja de los 75 metros y sin ningún control del área protegida y su zona de amortiguamiento, se estará frente a un deterioro ambiental irreversible, con una afectación directa sobre el área de anidación más importante de todo el Pacífico Oriental para las tortugas Baula y sobre los manglares que protegen el parque, incluyendo el sitio **RAMSAR**.
5. Que la Municipalidad de Santa Cruz, ha otorgado permiso de construcción a proyectos ubicados dentro del área de influencia inmediata al Parque Nacional Marino Las Baulas, área frágil ambientalmente, incluso sin contar con la respectiva viabilidad ambiental.
6. Que las evaluaciones que realiza **SETENA** consisten en el análisis de documentos y estudios que se presenten a su consideración, referentes a dos tipos de procedimientos: Evaluación de Impacto Ambiental, que analiza individualmente cada proyecto; y la Evaluación Ambiental Estratégica, el cual se refiere al análisis de las políticas, programas y planes de ordenamiento territorial que le someten los Municipios u otros entes. Este último instrumento no se ha aplicado en el Parque Nacional Marino Las Baulas. Por lo demás, se da por probado que **SETENA** suspendió mediante resolución, la **EIA** de los proyectos “dentro” del parque, hasta que la Sala Constitucional disponga otra cosa. Que en cuanto a la zona de amortiguamiento, **SETENA** está valorando los procedimientos de evaluación ambiental, aunque solicitará que los desarrolladores asuman el compromiso de cumplir con los lineamientos para la protección de la tortuga Baula emitidos por el Sistema Nacional de Áreas de Conservación (**SINAC**). Por último, un detalle de los proyectos situados “dentro” (2) y “fuera” (19) del parque que cuentan con viabilidad ambiental, calificados, en general, como casa habitación y condominios residenciales.

El fondo del asunto se concentra en determinar si resulta cierto que dentro del Parque Nacional Marino Las Baulas y su zona de amortiguamiento (500 metros colindantes con los límites del parque) se pretende la construcción de varios complejos residenciales sin haber sido sometidos a una Evaluación Integral de Impacto Ambiental por parte de la **SETENA**, sino que cada proyecto ha sido valorado de forma individual. El hecho que se comprueba, en consecuencia, se desprende de que efectivamente **SETENA** ha otorgado la viabilidad ambiental a proyectos en dicha zona, tanto a las propiedades ubicadas dentro del Parque Nacional Marino como las que se encuentran en la zona de amortiguamiento, de forma individual, sin haber hecho un análisis del impacto integral que tales construcciones producirían en todo el ecosistema. El desarrollo urbanístico planteado para Playa Grande y Ventanas dista mucho de ser un desarrollo sostenible, y que, de llevarse a cabo estos proyectos dentro de la franja de 75 metros y sin ningún control fuera del área protegida y su área de amortiguamiento, se estará frente a un deterioro ambiental irreversible, con una afectación directa sobre el área de anidación más importante en todo el Pacífico Oriental para las tortugas Baula y sobre los manglares que protegen al parque, incluyendo el sitio **RAMSAR**.

El hecho de que **SETENA** haya estado otorgando la viabilidad ambiental a proyectos situados, no sólo en la zona de amortiguamiento del parque sino dentro del mismo, de forma individual, sin haber procedido primero a realizar una valoración integral de la zona, evidentemente pone en riesgo todo el ecosistema del área. Se advierte que ya fueron otorgadas dos viabilidades ambientales a proyectos dentro del parque y que diecinueve más están en trámite, todo ello sin contar con la cantidad exacta de viabilidades otorgadas y en trámite en la zona de amortiguamiento de dicho parque, “pudiendo preverse que si dentro del parque no ha existido mayor reparo en el otorgamiento de las viabilidades ambientales, con mucho menos razón se tendrá reparo para otorgarlas en la zona de amortiguamiento”, a pesar de que el impacto ambiental de los proyectos ubicados dentro de esta zona igualmente resultan significativos. El descuido de la zona de amortiguamiento es tal que la misma **SETENA** informa “que apenas se están valorando los procedimientos de evaluación a solicitar”.

De esta forma, la viabilidades ambientales otorgadas de forma individual por **SETENA** resultan insuficientes para la protección que el ambiente de la zona costera requiere, pues no se ha evaluado en forma integral el impacto ambiental que producirían las construcciones dentro del parque ni en la zona de amortiguamiento. Cabe señalar que lo anterior es interpretado por la Sala Constitucional de la Corte, con fundamento en el Principio Precautorio que opera en materia ambiental, como un “riesgo potencial a todo el ecosistema del Parque. Así, entonces, no es suficiente para el Tribunal ni para la garantía del derecho a gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que **SETENA** haya procedido con el trámite individual de otorgamiento de viabilidades ambientales, ni mucho menos cuando se contextualiza la situación con el deber de vigilancia que tiene el Estado sobre la materia, la seriedad y contundencia de múltiples estudios realizados a nivel mundial que advierten sobre el peligro de extinción de la tortuga Baula y la necesidad de evitar procesos constructivos cerca de los lugares de anidamiento.

MARCO LEGAL

- Recurso de amparo. Artículo 50 de la Constitución Política (Derecho ambiental).
- Decreto del Ejecutivo 20518-MIRENEM del 5 de junio de 1991 y ley 7524/85 Parque Nacional Marino Las Baulas de Guanacaste.
- Convención **CITES**.
- Convención **RAMSAR**.
- Artículo 71 de la Ley de Jurisdicción Constitucional.

AVANCES

- El reconocimiento de diversos instrumentos de política ambiental en materia de Evaluación de Impacto Ambiental, individual vs. estratégico.
- La necesidad de un análisis cuidadoso, amplio e integral para el otorgamiento de la viabilidad ambiental de proyectos de impactos ambientales significativos.

- La necesidad de proceder a la valoración integral del proyecto de construcción de complejos hoteleros, residenciales, condominios y urbanísticos.
- La efectiva aplicación del Principio Precautorio.
- El enfático deber de vigilancia que pesa sobre el Estado en esta clase de situaciones.
- La imperiosa búsqueda del desarrollo urbanístico y turístico en condiciones ambientalmente sostenibles.
- La importancia de una enérgica, temprana, anticipatoria y oportuna defensa y conservación de áreas de especial protección, que se califican de ecosistemas frágiles y vulnerables, así como de la zona de influencia o amortiguamiento, en el caso representada por una banda de unos 500 metros de superficie, colindantes con el Parque Nacional Marino Las Baulas.
- La tutela de las especies de nuestra fauna (en este supuesto, la tortuga Baula) y flora amenazadas, en peligro o en vías de extinción.

SENTENCIA

Dada la importancia y protección del Parque Marino Las Baulas desde el punto de vista de conservación y protección del ambiente; en vista de que **SETENA** ha estado otorgando la viabilidad ambiental a proyectos situados dentro del parque y su zona de amortiguamiento de forma “individual” sin haber hecho un análisis del impacto “integral” que tales construcciones producirían en todo el ecosistema del parque; dado que la Municipalidad de Santa Cruz ha otorgado permisos de construcción dentro del parque y su zona de amortiguamiento incluso sin contar con la respectiva viabilidad ambiental; y tomando en cuenta el Principio Precautorio en materia ambiental, se acoge el recurso con todas las consecuencias que se detallan en la parte dispositiva, por lo que se hace lugar a la demanda disponiendo:

1. Anular todas las viabilidades ambientales otorgadas en las propiedades dentro del parque y se ordena al Ministerio de Ambiente continúe de inmediato con el proceso de expropiación de tales propiedades.
2. Ordenar a **SETENA** girar instrucciones para no tramitar nuevas viabilidades dentro del parque.
3. Ordena a **SETENA** proceda en coordinación con el Ministerio de Ambiente y Energía, el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados y las Municipalidades de Santa Cruz, Bandayure, Hojancha, Nicoya y Carrillo, a realizar un estudio integral sobre el impacto que las construcciones y el desarrollo turístico y urbanístico en la zonas de amortiguamiento del Parque Nacional Marino Las Baula, producirían al ambiente y las medidas necesarias a tomar, en donde se valore si conviene también expropiar las propiedades que se indiquen allí, y se indique expresamente el impacto que el ruido, las luces, el uso del agua para consumo humano, las aguas negras y servidas, la presencia humana y otros produciría sobre todo el ecosistema de la zona, en especial, el de la tortuga Baula.
4. Dejar suspendidas y supeditar la validez de las viabilidades otorgadas a las propiedades ubicadas dentro de la zona de amortiguamiento del parque hasta tanto no esté listo el estudio integral.
5. Ordenar a **SETENA** suspender el trámite de las solicitudes de viabilidad ambiental de las propiedades ubicadas dentro de la zona de amortiguamiento.
6. Ordenar a la Municipalidad de Santa Cruz dejar suspendidos y supeditar la validez de los permisos de construcción otorgados a las propiedades ubicadas dentro de la zona de amortiguamiento (banda de 500 metros) del parque, hasta tanto no esté listo el estudio integral.
7. Anular todos los permisos de construcción otorgados, si así lo hubiera hecho la Municipalidad de Santa Cruz, a las propiedades ubicadas en zonas de amortiguamiento; en su caso, comunicar esta sentencia a la Contraloría General de la República para que realice las investigaciones y sienta responsabilidades.
8. Ordena al Secretario General de **SETENA**, al Ministro de Ambiente y Energía, al Director Ejecutivo del Consejo Nacional de Áreas Protegidas, al Director Superior del Sistema Nacional de Conservación, al Jefe del Departamento de Cuencas Hidrográficas de Acueductos y Alcantarillados, a los Alcaldes de las municipalidades de Nandayure, Santa Cruz, Carrillo y Nicoya, a tomar todas las medidas y previsiones dentro del ámbito de sus competencias a efectos de preservar todo el ecosistema del Parque Nacional Marino Las Baulas.

Todo ello bajo apercibimiento de que se podría incurrir en el delito tipificado en el artículo 71 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (no cumplir o no hacer cumplir orden judicial en un recurso de amparo, que prevé penas de prisión de 3 meses a 2 años, o de 20 a 60 días de multa). Se condena al Estado y a la Municipalidad de Santa Cruz al pago de las costas, y daños y perjuicios causados con los hechos que sirven a esta declaratoria, los que se liquidarán en ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo.

Guatemala

NOMBRE DEL CASO: Redex, Sociedad Anónima X Alférez de Navío Adrián Solares Anzuelo (Inspector de buques de la Capitanía de Puerto Barrios).

TRIBUNAL: Corte de Constitucionalidad, República de Guatemala.

FECHA: 26 de marzo de 2009

INTRODUCCIÓN

La actora *Redex* importó como chatarra el buque de nombre *Bay Island Trader*, de bandera hondureña, para efectuar su desguace. Alega que la embarcación entró en aguas nacionales, conducida por un remolque de nombre *Coimar Trader*, también de bandera hondureña, para que el buque fuera entregado en el astillero Maya Quetzal, localizado en el municipio de Puerto Barrios. Aduce que cumplía con todos los requisitos de carácter administrativo, fiscal, marítimo y aduanero, por lo que fue verbalmente autorizada por la autoridad a la que recurrió para ingresar en el astillero.

Sin embargo, alega que el alférez Adrián Solares, que se desempeñaba como inspector de la Capitanía de Puertos, en Puerto Barrios, advirtió, también verbalmente, que tanto el buque como el remolque no podrían ingresar en el astillero por motivos de seguridad y mal tiempo. Por lo tanto, ordenó que ambos permanieran fondeados en la bahía externa. Según el actor, ocurre que tal situación se postergó en el tiempo y las embarcaciones permanecieron fondeadas sin ninguna decisión escrita de la autoridad competente para mantenerla allí, aun, inclusive, para prohibir su ingreso y posterior partida del remolque. Entiende que tal hecho fue arbitrario e ilegal.

La Capitanía de Puertos, con el objetivo de tomar medidas preventivas para evitar la contaminación del medio marino y mantener la seguridad acuática, ordenó que las embarcaciones permanecieran fondeadas en la bahía hasta que el Ministerio del Medio Ambiente emitiese una autorización para su ingreso y para la operación de desguace, pues la embarcación no poseía la autorización ambiental competente. Intervinieron, como terceras partes interesadas en el caso la Capitanía de Puerto Barrios, el Ministro de Medio Ambiente y Recursos Naturales, el Ministro de Defensa Nacional y la Procuraduría General de la Nación.

La sentencia de primer grado, proferida por el Juez de Primera Instancia de Trabajo y Providencia Social y de Familia, del departamento de Izabal, del 20 de julio de 2008, juzgó procedente el pedido, ordenando que fuese suspendido definitivamente el acto reclamado que impedía el ingreso del buque en el astillero. No hubo condena en costas.

Los acusados, el Ministerio de la Defensa y el Ministerio del Medio Ambiente y Recursos Naturales, éstos como terceras partes interesadas, apelaron. Alegaron que actuaron de acuerdo con la ley. La actora alegó que el derecho mercantil y el tráfico comercial requieren procedimientos ágiles, inmediatos e informales. Por consiguiente, se hace inviable solicitar a las autoridades portuarias el ingreso de una embarcación y aguardar el plazo de 30 días para decidir si autorizan o niegan el ingreso. El Ministerio Público adujo que la parte actora no cumplió con el requisito del Estudio de Impacto Ambiental (EIA), siendo favorable a declarar improcedente la acción.

MARCO LEGAL

-Constitución Política de la República de Guatemala: promulgada el 31 de mayo de 1985, y reformada mediante Acuerdo Legislativo 18/93 del 17 de noviembre de 1993.

-Ley de Amparo (mandato de seguridad), Exhibición Personal y de Constitucionalidad (decreto 1/86): principalmente su artículo 10, el cual dispone que la procedencia del pedido abarca todas las situaciones que sean susceptibles de algún riesgo, amenaza, restricción o violación de los derechos que sean garantizados por la Constitución y por las leyes de Guatemala.

-Ley de Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente (decreto 68/86): en su artículo 6 fue reformado por el decreto 75-91, que dispone: “El suelo, subsuelo y límites de aguas nacionales no podrán servir de reservorio de desperdicios contaminantes del medio ambiente o radiactivos. Aquellos materiales y

productos contaminantes que este prohibida su utilización en su país de origen no podrán ser introducidos en el territorio nacional”.

-Código Sanitario: dispone en su artículo 12 que, sin autorización previa del Comandante y del Capitán de Puerto, ninguna embarcación podrá zarpar sin cambiar de fondeadero.

-Convención Centroamericana sobre movimientos transfronterizos de residuos peligrosos (decreto 6/98): esta Convención determina que se deben cumplir las directrices de la Organización Marítima Internacional, teniendo en cuenta los daños que tales residuos pueden causar a la salud humana y al medio ambiente.

-Convención de Basilea sobre el Control de Movimientos Transfronterizos de los Residuos Peligrosos y su eliminación: esta Convención fue adoptada el 22 de marzo de 1989, siendo promulgada en Brasil por el decreto 875, del 19 de julio de 1993. Constituye un marco y estipula obligaciones a las partes para asegurar el manejo ambientalmente racional de los residuos peligrosos, particularmente su disposición.

-Acuerdo Regional sobre el Movimiento Transfronterizo de Residuos Peligrosos: éste fue firmado el 11 de diciembre de 1992, y suscrito por países de América Central, que reconoce la necesidad de tomar medidas inmediatas ante el tráfico ilegal de dichos residuos, teniendo en cuenta los daños irreversibles que pueden causar a la salud humana y a los recursos naturales. Además, reconoce la soberanía de los Estados para prohibir su importación y su tránsito por sus territorios, por razones de seguridad sanitaria y ambiental.

AVANCES

El avance representado por la sentencia de la Corte Constitucional consiste en una nueva postura frente a la posibilidad de daño ambiental. Efectivamente, en este caso se adoptó el Principio de la Prevención, reconocido internacionalmente, así como el Principio de la Precaución.

Al exigir el Estudio de Impacto Ambiental al autor, la Corte Constitucional no atentó contra la Seguridad Jurídica, al contrario, la prestigió. Inclusive, Guatemala demostró la disposición de cumplir efectivamente las Convenciones protectoras del medio ambiente firmadas en el ámbito internacional.

SENTENCIA

La sentencia bajo examen es oriundo de la Corte Constitucional de Guatemala y participan del juicio los Magistrados Gladys Chacón Corado (Presidenta), Juan Francisco Flores Juárez, Roberto Molina Barreto, Alejandro Maldonado Aguirre y Jorge Mario Álvarez Quirós.

La decisión colegiada reformó la sentencia de primer grado, negando el pedido de la actora, condenando al abogado de éste a una multa de mil quetzales. Consideró que, para la procedencia de la acción, uno de los elementos esenciales es la existencia del perjuicio personal y directo que afecte la esfera jurídica y patrimonial del autor. Entendió que tal perjuicio resultó inexistente, teniendo en cuenta que la autoridad impugnada basó su conducta en lo dispuesto expresamente en la Constitución y en las leyes que regulan el acto reprobado.

Mencionó, también, el artículo 6 de la Ley de Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente, el cual dispone que: “El suelo, subsuelo y límites de aguas nacionales no podrán servir de reservorio de desperdicios contaminantes del medio ambiente o radiactivos.”

Asimismo, observó que no existía autorización del Ministerio del Medio Ambiente y Recursos Naturales para que la embarcación entrase y fuese desguazada, pues no cumplía con los requisitos exigidos nacional e internacionalmente. Relata que Guatemala es signataria de las Convenciones y directrices internacionales sobre la Seguridad en el Mar, además de la Convención sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de Residuos Peligrosos y su Eliminación, lo cual constituye un marco para garantizar el desguace “ecológico” de las embarcaciones mundiales. Recordó el Acuerdo Regional sobre movimiento Transfronterizos de los Residuos Peligrosos, firmado por los países de América Central, el cual habla de la importación de estos residuos y reconoce la soberanía de los países para prohibir su importación por razones de seguridad sanitaria y ambiental.

Como se puede apreciar, la sentencia demuestra esos riesgos, cuando afirma que: “La mayoría de los buques contienen grandes cantidades de sustancias peligrosas, como amianto, aceites y fangos de hidrocarburos, **PCB** (bifenilo policlorado) y metales pesados presentes en la pintura y el equipamiento de los buques.” Es indicativa la fundamentación de la sentencia cuando resalta, en la foja 15, que:

“En el caso que nos ocupa es importante resaltar que, con relación al buque que se encuentra en el astillero para ser desmantelado, no existe dictamen que prescriba las medidas adecuadas que deben observarse, para contar con un mínimo de protección y seguridad, lo que conlleva gran riesgo, no sólo para los trabajadores que lo operarán, sino que los residuos de la misma estructura pueden afectar la salud de los pobladores aledaños al astillero; es imprescindible, entonces, que, en tanto no se cuente con los estudios de las dependencias correspondientes, respecto a un mínimo de seguridad y protección a trabajadores y pobladores, para garantizar su salud y vida, y no se cuente con la autorización del Ministerio correspondiente, no debe autorizarse el desmantelamiento del buque ya mencionado.”

Sin duda, es posible concluir que esta sentencia puede ser considerada como un avance en materia ambiental, no sólo por la buena aplicación de la legislación doméstica, sino por la adopción del derecho internacional, ya que se basó, también, en Acuerdos y Convenciones internacionales, contribuyendo al desarrollo y consolidación del derecho ambiental.

Hechos como el que se analiza en éste caso se dan constantemente alrededor del planeta sin el control ni los cuidados ambientales necesarios, principalmente en países del sur de Asia, como por ejemplo la India, que recibe gran cantidad de buques para ser desmantelados.

Es altamente positivo, pues, que las autoridades portuarias guatemaltecas tomen todas las precauciones necesarias para evitar daños y contaminación del medio ambiente debido al desguace de embarcaciones provenientes de otros países. Y la sentencia de la Corte Constitucional, prestigiando la acción de la autoridad administrativa, reveló la nueva posición ante un tema tan relevante.

En Brasil no se tiene conocimiento de una situación idéntica. Pero, en un caso semejante, en la ciudad de Porto Alegre, estado de Rio Grande do Sul, el órgano ambiental estatal prohibió el desmantelamiento del buque *Mariângela Matarazzo*, atracado en un astillero de esa ciudad, teniendo en cuenta que representaba grandes riesgos ambientales.

Entretanto, en caso de que se diera una situación idéntica a la que aquí se analiza, las autoridades, portuarias o ambientales, así como el órgano judicial, tendrían que actuar de forma semejante, exigiendo las licencias ambientales necesarias, al igual que el Estudio de Impacto Ambiental para poder llevar a cabo el desmantelamiento de las embarcaciones.

En efecto, desde 1981, la ley 6.938, que trata de la Política Nacional del Medio Ambiente, prevé en el artículo 9, inciso III, como uno de sus instrumentos, la **EIA**. Posteriormente, la resolución 1/86 del Consejo Nacional del Medio Ambiente (**CONAMA**), estableció, en su artículo 2, que determinadas actividades allí dispuestas, modificadoras del medio ambiente, dependerán de la elaboración del Estudio de Impacto Ambiental y su respectivo informe, que serán sometidos a la aprobación del órgano ambiental competente.

Aun la Constitución Federal, en su artículo 225, § 1, inciso IV, exige el Estudio de Impacto Ambiental para la instalación de la obra o actividad potencialmente causadora de una degradación significativa del medio ambiente. Además, Brasil también es signatario de la Convención sobre el Control de Movimientos Transfronterizos de Residuos Peligrosos, prestigiada en el Acuerdo, promulgada mediante el decreto **875**, del 19 de julio de 1993.

Debe resaltarse que el Estudio de Impacto Ambiental también es exigido en otros países latinoamericanos. A modo de ejemplo, en Costa Rica se encuentra previsto en el decreto 31.849/04, conocido como Reglamento General sobre los Procedimientos del Estudio de Impacto Ambiental. Tanto en Paraguay como en Uruguay existe la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental, de números 294/93 y 16.466/94, reglamentadas por los decretos 14.281/96 y 435/94, respectivamente, las cuales obligan a la elaboración de Evaluación/ Estudios de Impacto Ambiental para determinadas actividades y emprendimientos.

México

NOMBRE DEL CASO: Amparo 6/2003, materia administrativa, revisión principal 325/2003.

TRIBUNAL: Primer Tribunal Colegiado del Décimo Tercer Circuito, Oaxaca de Juárez, Oaxaca, México.

FECHA: 4 de febrero de 2004.

INTRODUCCIÓN

Por demanda presentada ante la Oficina de Correspondencia Común a los Juzgados de Distrito en el Estado de Oaxaca, con residencia en la capital del mismo, Oaxaca de Juárez, que por su turno correspondió al Juzgado Octavo de Distrito, solicitaron el amparo y protección de la Justicia Federal contra actos del Honorable (H.) Congreso del Estado de Oaxaca; el Gobernador del Estado de Oaxaca; el H. Ayuntamiento de Oaxaca; el Presidente Municipal de Oaxaca de Juárez, Oaxaca; la Comisión de Patrimonio Histórico y Cultural del Ayuntamiento del Municipio de Oaxaca de Juárez, Oaxaca; el Secretario Municipal del Ayuntamiento de Oaxaca de Juárez, Oaxaca; la Directora General del Centro de Histórico del Ayuntamiento de Oaxaca de Juárez, Oaxaca; Director de Obras y Servicios Públicos del mismo Ayuntamiento; el Director General de Planeación y Seguridad de este Ayuntamiento; el Director de Licencias de la Dirección General del Centro Histórico del Ayuntamiento; el Coordinador General de Administración Urbana y Servicios Municipales del Ayuntamiento; el Coordinador General Jurídico y de Gobierno Municipal de Oaxaca de Juárez, Oaxaca; y el Jefe de la Unidad de Licencias de la dirección General del Centro Histórico, que estimaron violatorios de las garantía individuales contenidas en los artículos 1, 5, 8, 14, 16, 17, 124 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que hicieron consistir en:

1. La Ley de Desarrollo Urbano para el Estado de Oaxaca, del 20 de febrero de 1993, en adelante, La Ley de Desarrollo.
2. La Ley Orgánica Municipal del Estado de Oaxaca, decreto 118, 20/11/93, en adelante denominado, también, la Ley Municipal.
3. El denominado Plan de Conservación, con más precisión, Plan Parcial de Conservación del Centro Histórico de la Ciudad de Oaxaca de Juárez, Oaxaca, emitido por el Ayuntamiento el 15 de diciembre de 1998.
4. El Reglamento General de Aplicación de dicho Plan Parcial, en los sucesivo Reglamento del Centro Histórico.
5. La resolución de fecha 12 de diciembre de 2002, firmada por el Ciudadano (C.) Director General del Centro Histórico del Municipio de Oaxaca de Juárez, Oaxaca, mediante el cual se emite un “dictamen” o resolución única dirigida a la quejosa, en la que, atendiendo a la resolución tomada por el Cabildo del Ayuntamiento a la que se hace referencia en el numeral siguiente, se “niega el uso del suelo solicitado para el establecimiento del restaurante en el inmueble sito en Portal Benito Juárez, colonia Centro, en el Municipio de Oaxaca de Juárez, Oaxaca”.
6. La resolución tomada por el Cabildo del Ayuntamiento Municipal de Oaxaca de Juárez, Oaxaca, del 10 de diciembre de 2002, por el que se niega el uso del suelo para el establecimiento del restaurante en el inmueble sito en el Portal Benito Juárez, colonia Centro.
7. La resolución o dictamen emitida por la Comisión del Patrimonio Histórico y Cultural del Ayuntamiento Municipal, del 6 de diciembre de 2002, que sirvió de antecedente inmediato de la resolución en crisis.
8. La resolución de fecha 2 de julio de 2002, dictada por la Dirección General de Planeación y Seguridad del Ayuntamiento, mediante la cual se resuelve que es improcedente la solicitud de licencia formulada por la quejosa.
9. La resolución de fecha 30 de julio de 2002 dictada por Dirección General del Centro Histórico del Ayuntamiento, de improcedencia solicitud de licencia.
10. Y de manera resumida,

“la determinación que materialmente deriva de las resoluciones señaladas anteriormente, consistente en negar a las quejas la licencia de construcción para adaptación y decoración del inmueble de su interés, licencia que debería expedirse toda vez que presentaron correcta y legalmente la petición, porque cumplieron con los requisitos que marca la ley para ello y por haberse tramitado correctamente el procedimiento administrativo que señala las resoluciones de referencia, dictada en agravio de los quejosos”.

11. La implícita prohibición contenida en las resoluciones cuestionadas, dictada en agravio de las quejas, consistente en impedirles llevar a cabo distintas obras de adaptación y decoración del inmueble sito en el Portal Benito Juárez, colonia Centro, así como para usarlo correctamente para la operación y explotación de un negocio de restaurante y cafetería, sin venta de bebidas alcohólicas, al amparo del nombre comercial.

En síntesis, conforme lo expone el Tribunal actuante:

“De lo anterior surge que la parte quejosa realizó el trámite de autorización de uso de suelo y licencia de construcción para el establecimiento de un restaurante en específico de la cadena, para lo cual se solicitó de diversas dependencias del Gobierno Municipal emitieran su opinión sobre la viabilidad o no de dicha solicitud, misma que una vez anunciada fue valorada al momento de emitir la resolución aquí impugnada, respecto de la procedencia del pedimento planteado a los responsables de expedir las autorizaciones correspondientes.”

A su vez, según lo expresa el Juzgado de instancia inferior obrante, se trata de una resolución, la impugnada por este proceso judicial, adoptada en sede administrativa definitiva, debidamente notificada. Lo anterior, tiene sustento en la observancia al principio de definitividad que impera en el juicio de amparo, conforme al cual el juicio de garantías (en cuanto proceso extraordinario) sólo procede contra actos definitivos. Cabe agregar que este Juzgado, sobresee el juicio de amparo promovido contra las autoridades precisadas, toda vez que considera que el mismo es improcedente en contra de actos administrativos regidos por Ley Federal de Procedimiento Administrativo, cuando previamente no se agota el recurso de revisión establecido en el artículo 83 de este ordenamiento. Ahora bien, entiende el Tribunal Colegiado que este juicio de amparo es improcedente respecto de los actos consistentes en la inconstitucionalidad de los artículos 24, fracción I, 37, fracción II, inciso d y fracción V, inciso a y 43, de la Ley de Desarrollo Urbano del estado de Oaxaca y 34, fracciones I y XXI, de la Ley Orgánica Municipal para esta Entidad Federativa; el dictamen de fecha 22 de julio de 2002, emitido por la Dirección General de Planeación y Seguridad del Ayuntamiento Municipal; la resolución del 30 de julio de 2002, dictada por la Dirección General del Centro Histórico del Ayuntamiento Municipal y la resolución de fecha 6 de diciembre de 2002, emitida por la Comisión de Patrimonio Histórico y Cultural del Ayuntamiento Municipal, en razón de que se actualiza la causal de improcedencia de que estos actos, por sí solos, no afectan la esfera jurídica de las quejas (artículo 73, fracción V. de la Ley de Amparo).

Resulta que el “Plan de Conservación” del Centro Histórico, en la tabla de compatibilidad de usos y destinos del suelo correspondiente en el punto 2.6 relativo a los establecimientos con servicio de alimentos, señala la prohibición de este tipo o naturaleza cuando su área sobrepasa los 500 m², por encontrarse en la hipótesis del área C.2 del Reglamento. Para el caso que nos ocupa, en los planos exhibidos en el presente caso, el área proyectada es de 1 219.31 m², lo que imposibilita permitir el uso de suelo en el lugar que se promueve. Que, abundando al respecto, el Reglamento General de Aplicación del Plan Parcial de Conservación del Centro Histórico (Plan de Conservación), numerales 58, 59, 60, título cuarto, capítulo único, establece el concepto de patrimonio cultural y los elementos conceptuales que los conforman, destacándose “la función simbólica del conjunto Zócalo-Alameda-Catedral, pertenecientes al Centro Histórico de la Ciudad Capital, a cuyo alrededor gira la sociedad oaxaqueña y que es base de su identidad social, cultural e histórica. Es por ello, se dijo en sentencia, “que la Comisión” antes indicada, “pone a consideración del H. Cabildo” el proyecto de dictamen, por el que no se hace lugar a conceder autorización de uso del suelo solicitado para el establecimiento de un restaurante de comida rápida, perteneciente a una franquicia comercial. La autoridad responsable del Cabildo del Ayuntamiento fundamentó su negativa de autorizar el uso del suelo solicitado por las quejas, en los artículos 115 Constitución Federal, 113 de la

Constitución del Estado de Oaxaca, así como los artículos 29, 58, 59 y 60 del Plan de Conservación del Centro Histórico, entre otras normas reglamentarias, que las quejasas tildan de inconstitucionales en este juicio de amparo. Para el presente caso, se sostuvo en el resultando quinto de la resolución del 12 de diciembre de 2002 de la Directora General del Centro Histórico, que las características del establecimiento que se promueve no coincidían con las previstas en el Reglamento Plan Parcial de Conservación del Centro Histórico, numerales 58, 59 y 60 del título cuarto y que, por el contrario, la permisibilidad de dicho establecimiento trastocaría el espíritu del reiterado reglamento y la función simbólica del conjunto Zócalo-Alameda-Catedral pertenecientes al Centro Histórico de la ciudad capital, a cuyo alrededor gira la sociedad oaxaqueña y que es la base de su identidad social, cultural e histórica; y a fin de que no pierda su identidad y se conserve el arraigo y la identidad característica de Oaxaca de Juárez.

La parte quejosa trató de rebatir los argumentos antes expuestos aduciendo, entre otras razones, que si bien es cierto que a los Municipios corresponde la facultad de emitir planes urbanos de desarrollo, dichos planes deben entenderse desde un punto de vista exclusivamente administrativo, que bajo ningún motivo pueden impedir el ejercicio de la propiedad privada como garantía individual. La queja consiste, entonces, según lo expuesto por la parte actora, en que la facultad administrativa de los Municipios no les confiere atribuciones para imponer límites a la propiedad privada, sino solamente para intervenir ejecutivamente en la aplicación de la ley. El Plan de Conservación, en esta postura, contraviene el artículo 16 constitucional, por provenir del ejercicio equivocado de facultades consagradas en el artículo 115 de la Constitución.

Además, entre sus argumentos, la quejosa afirmó que hay un restaurante de la marca enfrente del Arco del Triunfo en París o en las vecindades del Kremlin, en Moscú, el cual es un sitio al que con mucha frecuencia acuden turistas cuando tienen deseos de ello o cuando la comida típica de algún lugar no es de su preferencia. No por ello es un restaurante que afecte ningún tipo de cultura o tradición. En el caso concreto, el Proyecto de Adaptación Arquitectónico ha sido cuidadosamente estudiado y fundamentado con el objeto de mejorar la apariencia del inmueble en el que se pretende construir, de acuerdo con la época y estilo del edificio en el que habrá de encontrarse. Los señalamientos no serán los tradicionales, sino que se tratará de señalamientos comerciales mucho más discretos que no serán discordantes con el entorno. El Instituto Nacional de Antropología e Historia ha dado un visto bueno, positivo, al proyecto que se plantea, en el ámbito de su competencia, que es exclusivo de la Federación. Así, se dijo por la recurrente, que el restaurante que se pretende establecer en el inmueble de avenida Benito Juárez, es un restaurante que es congruente con el Plan de Conservación, porque desde el punto de vista turístico es un polo de crecimiento porque no es contrario a las tradiciones del pueblo oaxaqueño y porque las adaptaciones del local y sus señalizaciones mejorarían el entorno arquitectónico y la imagen urbana. También, señaló que una interpretación armónica del Reglamento Centro Histórico, a la luz del Plan de Conservación, fue la de incentivar las actividades turísticas en la plaza, manteniendo la función del Centro Histórico como un centro de ciudad dinámico y vivo, con diversidad de actividades comerciales, turísticas, culturales, recreativas y sociales. Los restaurantes se encuentran ubicados en las capitales más importantes del mundo, con presencia importantísima de carácter turístico en los monumentos o construcciones más típicos de muchas capitales, edificaciones que en muchos casos superan hasta por varios siglos la antigüedad de la Catedral de la misma ciudad de Oaxaca de Juárez. Para citar ejemplos, existe un restaurante de la misma marca exactamente en el frente de la entrada principal del Panteón de Roma u otro frente a la Arena de Verona. Además, planteó que la Autoridad Municipal ejerció facultades discrecionales cuando en realidad se trata de facultades regladas, en virtud de las cuales, tan pronto como el gobernado acredite haber cumplido con los supuestos de la ley, deben actuar para la culminación de actos que le favorezcan.

En resumen, según la óptica de la actora, se demanda amparo y protección de la Justicia Federal para que se condene a las autoridades responsables a restituir a las quejasas en el goce de la garantía individual, restitución que en el presente caso no puede ser otra sino obligarlas a actuar y obrar en la forma en que “indebida e injustificadamente se abstuvieron de hacerlo, estos, obligándolas a expedir la licencia de construcción”, así como obligándolas a entregar el título o certificado correspondiente que ampara el

derecho de las quejas para llevar a cabo las obras de reparación del inmueble del Portal Benito Juárez. La prohibición para que las quejas utilicen el inmueble de su propiedad en forma lícita, según la posición de la demandante, sin que ello se vea justificado por interés público prevalente, se estima violatorio de los artículos 1 y 5 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Las quejas han elegido llevar a cabo una actividad consistente en reparar el inmueble ubicado en el centro de la ciudad, con el único objeto de destinarlo al uso comercial, lo que se encuentra perfectamente permitido por la normativa aplicable, y que tanto las autoridades del Instituto Nacional de Antropología e Historia, como las propias autoridades del Ayuntamiento, han reconocido como factibles y permitidas. Las resoluciones dictadas devienen igualmente violatorias de la garantía de autoridad competente, tutelada por la primera parte del artículo 16 de la Constitución General de la República. En otro aspecto, se queja de que la restricción del dominio, relativo a la superficie de 500 metros, alcance por su ubicación en uso exclusivo comercial, como corresponde al inmueble de interés de las quejas, en tanto que existen actividades de naturaleza equiparables, a las cuales el Ayuntamiento dio un trato desigual, generando a través de ellos privilegios o limitaciones indebidas que van contra el espíritu del artículo 5 constitucional. Es que si dentro de la zona del inmueble de que se trate se pretendiera realizar actividades comerciales, el local habilitado no podría superar los 500 metros, ya que esta es la superficie máxima permitida; ahora, en cambio, si con el uso del suelo concedido el destino sería comercial mixto —como podría ser comercio con oficina, comercio con habitación, comercio con bancos, comercio con equipamiento, comercio con servicios turísticos—, entonces no contaría con absolutamente ninguna restricción. La pregunta es: ¿por qué si los inmuebles que se encuentran en la misma zona de aplicación del reglamento y si el negocio que se fuera a desarrollar es exactamente el mismo, la legislación concede un trato privilegiado a un inmueble respecto del otro, siendo que el carácter de comercial mixto es muy subjetivo y es concedido al propietario de un inmueble por parte del Ayuntamiento en forma absolutamente unilateral? También, se invocaron por la quejosa derechos adquiridos, sosteniendo que la aplicación del reglamento en perjuicio de los derechos adquiridos y situaciones específicas lícitas, existentes antes de que el mismo entrara en vigor, propias del inmueble propiedad de la demandante, viene a constituirse como la aplicación retroactiva de la ley en su perjuicio, violatoria del artículo 14, párrafo primero, de la Constitución.

Como pudo observarse en la anterior transcripción, la determinación de negar la licencia de uso del suelo se sustenta en dos razones fundamentales:

1. Porque la superficie proyectada por la solicitante, respecto de la cual solicita la licencia de uso del suelo, sobrepasa el área de 500 metros cuadrados, lo cual pugna con lo establecido en el artículo 29 del Reglamento Plan de Conservación del Centro Histórico y el punto 2.6 de la tabla de compatibilidad de usos y destinos del suelo.
2. Porque las características del referido negocio no coinciden con las previstas en el Plan de Conservación, concretamente con el concepto de Patrimonio Cultural y los elementos conceptuales que lo conforma, a que se refieren los artículos del 58 al 60 del referido Reglamento y que, de autorizar la licencia respectiva, se trastocaría el espíritu del mismo y la función simbólica del conjunto Zócalo-Alameda-Catedral, definición de los objetivos de ordenamiento de los asentamientos humanos en el territorio del Municipio (Ordenamiento Territorial).

MARCO LEGAL

-Artículo 27, párrafo tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en cuanto establece el derecho de la Nación a imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con el objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar la conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de la población rural y urbana. En consecuencia, se dictarán las medidas necesarias para ordenar los asentamientos humanos, regular la conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población, para preservar y restaurar el equilibrio ecológico, evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la sociedad.

- Los artículos 31 (planes urbanos municipales) y 35 (zonificación, planes o programas de desarrollo urbano), en los cuales se advierte que el ejercicio del derecho de propiedad, de posesión o cualquier otro derivado de la tenencia de bienes inmuebles ubicados en centros de población, cualquiera que sea su régimen jurídico, deben sujetarse a las previsiones, reservas, usos y destinos que determinen las autoridades autónomas en los planes o programas de desarrollo urbano aplicables.
- Los artículos 32 y 33 de la Ley de Desarrollo Urbano para el Estado de Oaxaca.
- Artículo 37, normativa relativa a los denominados Planes Parciales de Aplicación.
- Plan de Conservación del Centro Histórico de Oaxaca, en especial los artículos 58, 59 y 60, los objetivos para la conservación, generales y particulares, conceptos generales de la propuesta, que implica regular la imagen urbana y el crecimiento de los usos comerciales y mixtos en la zona Centro. Asimismo, reglamentar los usos del suelo, como factor determinante para el mejoramiento de la imagen urbana en el Centro Histórico.
- Programas y lineamientos financieros.
- Programa de 100 ciudades, incluido en el Plan Nacional de Desarrollo (PND) 1995-2000, participación de la comunidad.
- Tabla de compatibilidad de usos y destinos del suelo (artículo 29).
- Procedimientos (artículo 43).
- Ley Orgánica Municipal para el Estado de Oaxaca, artículo 34.
- Ordenanzas de la Municipalidad de Oaxaca de Juárez, artículos 33 y 73.

AVANCES

Se trata de una sentencia ejemplar en el marco de un rechazo de un juicio de amparo, de la Justicia Federal del Estado de Oaxaca, que contribuye a fortalecer los mecanismos de defensa del patrimonio ambiental, de base histórico cultural.

SENTENCIA

Al resultar parcialmente fundados los conceptos de violación que hacen valer los promovientes del amparo, pero insuficientes para otorgar la protección constitucional solicitada, lo procedente es “negar” a las quejas el amparo y protección de la Justicia Federal que solicitan. Por lo expuesto, se resuelve sobreseer en el juicio de amparo (...) respecto de los actos reclamados.

Panamá

NOMBRE: Sentencia emanada de la demanda contencioso-administrativa de nulidad de la resolución S.A. 03-2008-DM/RSSM del 12 de agosto de 2008, emitida por la Dirección Médica de la Regional de Salud de San Miguelito, Las Cumbres y Chilibre del Ministerio de Salud, su acto confirmatorio y para que se hagan otras declaraciones acerca de la instalación de antenas de telefonía en Villa Zaíta, La Rotonda, Corregimiento de las Cumbres, provincia de Panamá.

TRIBUNAL: Corte Suprema de Justicia de Panamá.

FECHA: 6 de abril de 2009.

INTRODUCCIÓN

Panamá tiene alrededor de 3,3 millones de habitantes,¹ con una población altamente consumidora de servicios de telefonía móvil, aproximadamente 2,4 millones de usuarios de celulares, de los cuales cerca de 10% son con servicio pospago (contratos) y 90% de prepago.²

Desde que el Gobierno de Panamá comenzó a otorgar concesiones para que empresas instalasen antenas de telefonía celular en áreas residenciales, se ha generado mucha polémica. La población se siente preocupada con los posibles daños a la salud, causados por las radiaciones electromagnéticas emitidas por las antenas de celulares, capaces de afectar la salud con patologías tales como depresión, insomnio, dolor de cabeza, cáncer, tumores, leucemia, fatiga y disturbios del sistema inmunológico, entre otros.

En este sentido se han fortalecido diversos movimientos; algunos distritos han emitido resoluciones con el objeto de tornar a sus áreas libres de antenas (Distrito Libre de Antenas), como el de San Miguelito. Cabe destacar un documento firmado el 6 de noviembre de 2008 por 16 representantes de comunidades panameñas, para exigir que las autoridades competentes apliquen efectivamente el principio de precaución; prohíban antenas e infraestructuras de telecomunicaciones en zonas residenciales; ejerzan el máximo control sobre la instalación de estas antenas en áreas ubicadas a una distancia inferior de tres kilómetros de escuelas, hospitales y asilos, como exige la Unión Europea; y que formen una Comisión Interministerial, con participación de la sociedad civil, que revise la aplicación de las leyes, entre otras reivindicaciones.³

Sobre este tema se puede consultar diversos sitios en Internet y redes sociales de discusiones, tales como Powerwatch (organización independiente que busca debatir sobre la irradiación de las ondas microondas y de los campos electromagnéticos⁴); División de Irradiación de la Agencia de Protección a la Salud;⁵ Comunidad Internacional de Víctimas (*Mast and antennas victims*);⁶ Contaminación Electromagnética;⁷ y Asociación Vallisoletana de Afectados por las Antenas de Telefonía.⁸

MARCO LEGAL

Algunos marcos legales específicos sobre el tema de las ondas, radiaciones o campos electromagnéticos son notables y no podrían dejar de mencionarse, estando consignadas, en este momento, experiencias como las de Costa Rica, Guatemala, Paraguay y Brasil.

¹Población de Panamá. Wikipedia. Fuente: <http://en.wikipedia.org/wiki/Panama>. Consulta en 25 de octubre de 2009.

²La Alianza Nacional por los Derechos Humanos (la Salud y la Vida), contra las Antenas. Fuente: <http://www.panamaprofundo.org/boletin/movimientos/moradores-de-varias-comunidades.htm>. Consulta en 25 de octubre de 2009.

³La Alianza Nacional por los Derechos Humanos (la Salud y la Vida), contra las Antenas. Op. cit.

⁴Powerwatch. Fuente: <http://www.powerwatch.org.uk/>. Consulta en 25 de octubre de 2009.

⁵División de Irradiación de la Health Protection Agency. Fuente: <http://www.bioinitiative.org/index.htm>. Consulta el 25 de octubre de 2009.

⁶Comunidad Internacional de Víctimas (Mast and antennas victims). Fuente: <http://www.mast-victims.org/>. Consulta el 25 de octubre de 2009.

⁷Contaminación Electromagnética. Fuente: <http://www.contaminacionelectromagnetica.org/>. Consulta el 25 de octubre de 2009.

⁸Asociación Vallisoletana de Afectados por las Antenas de Telefonía. Fuente: <http://www.avaate.org/>. Consulta en 25 de octubre de 2009.

En Costa Rica, la Ley Orgánica del Ambiente, ley 7554, del 28 de septiembre de 1995, en su artículo 65 determina, específicamente, que “se considera contaminación de la atmósfera la presencia en ella y en concentraciones superiores a los niveles permitidos fijados, de partículas sólidas, polvo, humo, vapor, gases, malos olores, radiaciones, ruidos, ondas sonoras imperceptibles y otros agentes de contaminación que el Poder Ejecutivo defina como tal en la reglamentación”.

En Guatemala, la Ley de Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente, decreto 68, del 28 de noviembre de 1986, en su artículo 17, aduce que el Órgano Ejecutivo emitirá los reglamentos correspondientes que sean necesarios con relación a la emisión de energía en forma de ruido, sonido, microondas, vibraciones, ultrasonido o acciones que afecten a la salud física y mental y el bienestar humano, o que causen trastornos al equilibrio ecológico. “Se consideran actividades susceptibles de deteriorar el ambiente y la salud, los sonidos o ruidos que sobrepasen los límites admisibles, cualesquiera que sean las actividades o causas que los originen”.

En Paraguay, la ley 716, del 2 de mayo de 1996, que sanciona los delitos contra el medio ambiente, prevé en su artículo 10 que “serán punidos con pena de cárcel de seis a dieciocho meses y multa de cien a quinientos salarios mínimos legales aquellos que con ruidos, vibraciones u ondas expansivas, con radiación lumínica, calórica, ionizante o radiológica, con efecto de campos electromagnéticos o de otros fenómenos de cualquier otra naturaleza violen los límites establecidos en la reglamentación correspondiente”.

En Brasil, la Norma **ABNT** (Asociación Brasileña de Normas Técnicas) 5422/1985 aborda los criterios para fijación de valores de referencia de campos eléctricos y magnéticos para exposición humana, establecidos por la Comisión Internacional para Protección Contra Radiaciones No-Ionizantes (**ICNIRP**), sucesora de la Asociación Internacional de Protección contra Radiaciones (**IRPA**) —y de su Grupo de Trabajo denominado Comité Internacional para Radiación No-Ionizante (**INIRC**)—, reconocidos y recomendados por la Organización Mundial de Salud (**OMS**). Esta norma señala la escasa disponibilidad de datos que relacionen las corrientes transitorias con efectos sobre la salud y, con respecto al público en general, conformado por personas de todo rango de edad y distintas condiciones de salud, público éste que usualmente no tiene conciencia de su exposición a los campos eléctricos y magnéticos, se adoptan valores de referencia más conservadores en cuanto a la población ocupacional.

La norma ABNT N° 31/2000 establece los lineamientos a fin de limitar la exposición a campos electromagnéticos, de modo que se protejan de efectos reconocidamente adversos a la salud. Esta norma considera que un efecto adverso causa perjuicio a la salud, es detectable en la persona expuesta, o en su descendencia, produciendo un efecto biológico que puede o no resultar en un efecto adverso a la salud. Plantea que en relación a los “efectos de la exposición a largo plazo, como el incremento del riesgo de cáncer, la Organización Mundial de Salud concluye que, hasta la fecha, los datos disponibles son insuficientes e inconsistentes para proporcionar una base científica que establezca mayores restricciones a la exposición”.

La resolución 303, del 2 de julio de 2002, de la Agencia Nacional de Telecomunicaciones (**ANATEL**) aprobó el Reglamento sobre Limitación de la Exposición a Campos Eléctricos, Magnéticos y Electromagnéticos Variables en el Tiempo en la Gama de Radiofrecuencias entre 9 KHz y 300 GHz, con base en los lineamientos de la **ICNIRP**.

Aunque Brasil ya contaba con las reglamentaciones antes citadas, fue a partir de la ley 11934, del 5 de mayo de 2009, que se adoptó como parámetro nacional para la exposición ocupacional y de la población en general a campos eléctricos, magnéticos y electromagnéticos generados por estaciones transmisoras de radiocomunicación, por terminales de usuario y por sistemas de energía eléctrica que operan en el rango hasta 300 GHz, los límites expedidos por la **ICNIRP** y recomendados por la **OMS**.

Esta ley es innovadora al prohibir que las antenas a las que se refiere sean instaladas en las llamadas “áreas críticas”, a menos de 50 metros de hospitales, clínicas, escuelas, guarderías, asilos; y fija los límites a la exposición no sólo de la población en general a los campos eléctricos, magnéticos y electromagnéticos, sino también de los trabajadores, en función de su trabajo.

AVANCES

Como se ha señalado, la sentencia panameña, relatada por el Magistrado Adán Arnulfo Arjona, tiene gran relevancia para el desarrollo del derecho ambiental internacional y es un avance con relación a la jurisprudencia sobre el tema.

Efectivamente, la telefonía móvil ha crecido tanto que ha convertido a los teléfonos fijos en minoría. Las torres destinadas a los teléfonos celulares, por consiguiente, tienden a multiplicarse. En tal situación, es totalmente oportuna la imposición de reglas que limiten tal actividad y protejan la salud de la población.

La decisión judicial pionera, con seguridad, será usada como referencia en tribunales latinoamericanos y será un gran aporte para la evolución del derecho ambiental.

SENTENCIA

Toda la polémica del tema principal de la demanda gira en torno a la posible indecisión científica sobre si la emisión de ondas electromagnéticas realmente causa efectos dañinos para el medio ambiente y en la salud humana.

Ante una posible duda científica, la Corte Suprema de Justicia de Panamá, con maestría, examinó el caso y aplicó el Principio de Precaución, fundamentando su decisión con base en el artículo 119 de la Constitución de aquel país, el cual hace énfasis en que “el Estado y todos los habitantes del territorio nacional tienen el deber de propiciar un desarrollo social y económico que prevenga la contaminación del ambiente, mantenga el equilibrio ecológico y evite la destrucción de ecosistemas”.

El Principio de Precaución, como criterio de evaluación cautelante ante los peligros que amenazan al medio ambiente y a la salud pública, encuentra previsión en distintos instrumentos normativos en los países de América Latina. Veamos algunos ejemplos:

-En Argentina, la Ley Nacional General del Ambiente 25 675/2002 dispone en su artículo 4 acerca de los Principios de Política Ambiental diciendo que “cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir el deterioro del medio ambiente”.

-En Bolivia, la Ley de Medio Ambiente, número 1333/1992, en su artículo 10, determina la “compatibilización de las políticas nacionales con las tendencias de la política internacional en los temas relacionados con el medio ambiente, ‘precautelando’ la soberanía y los intereses nacionales”.

-En Costa Rica, la Ley de Biodiversidad, número 7788/2002, establece, en el artículo 11, como uno de los criterios para aplicación de la ley el criterio de precaución *in dubio pro natura*. Por lo tanto, “cuando exista peligro o amenaza de daños graves o inminentes a los elementos de la biodiversidad y al conocimiento asociado con éstos, la ausencia de certeza científica no deberá utilizarse como razón para posponer la adopción de medidas eficaces de protección”.

-La Ley de Gestión Ambiental de Ecuador, número 37/1999, define precaución como “la adopción de medidas eficaces para impedir el deterioro del medio ambiente”.

-En El Salvador, la Ley del Medio Ambiente, decreto 233/1998, al disponer sobre Política Nacional del Medio Ambiente aduce, en su artículo 2, inciso e, que “en la gestión de protección del medio ambiente prevalecerá el principio de prevención y precaución”.

-En Guyana, la Ley de Protección Ambiental, *Environmental Protection Act, Chapter 20:05*, determina que la Agencia de Protección Ambiental debe hacer uso de principios de protección ambiental, entre los cuales menciona el principio de la precaución, en su artículo 4, inciso b: “cuando exista amenaza de daños serios o irreversibles, la falta de determinación científica absoluta no debe ser usada como motivo para postergar medidas de prevención del deterioro ambiental”.

-En México, la Ley General de Equilibrio Ecológico y de Protección del Medio Ambiente, del 28 de enero de 1988, en su artículo 170, y en la Ley Agraria del 26 de febrero de 1992, artículo 166, adoptan el referido Principio.

-Venezuela, en su Ley Orgánica del Ambiente del 22 de diciembre de 2006, determina que la gestión ambiental comprende varios principios, entre los cuales se encuentra el de Precaución.

-En Brasil, el Principio de Precaución está presente en diversas disposiciones normativas. La Constitución brasileña dispone, en su artículo 225, párrafo 1, inciso V, que para asegurar la efectividad del derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, cabe al Poder Público “controlar la producción, la comercialización y la aplicación de técnicas, métodos y sustancias que involucren riesgo para la vida, la calidad de vida y el medio ambiente”.

La decisión colegiada se fundamentó, entre otras disposiciones, en el Principio 15 de la Declaración de Río, derivada de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, realizada en 1992, la cual establece que los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de Precaución, de acuerdo con sus capacidades, cuando haya peligro de daño grave o irreversible, no siendo la falta de determinación absoluta razón a ser utilizada para posponer la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, e impedir el deterioro del medio ambiente.

La sentencia panameña explica que, considerándose la naturaleza especial de los bienes posiblemente afectados, “el Principio de Precaución representa una herramienta interpretativa válida y eficaz en el ordenamiento jurídico para el ejercicio del poder cautelar en su manifestación de protección al ambiente y a la salud pública”.

La Corte Suprema de Justicia de Panamá, al realizar el análisis de la situación concreta, aseveró que, “la aplicación del Principio de Precaución nos permitirá dar a la ciencia el tiempo que ella necesita”. (...) “el conocimiento científico disponible nos lleva a determinar que la instalación de las antenas de telefonía móvil en zonas residenciales incrementará necesariamente la exposición del público a los campos electromagnéticos emanados por las mismas, razón por la cual es razonable suponer que estas antenas, así instaladas, podrían representar un riesgo a la salud de la población que debe ser prevenido.”

Prosigue en el sentido de que “el daño que podría producirse con la instalación de estas antenas en zonas residenciales es de suma gravedad, puesto que los potenciales efectos de la exposición próxima y prolongada a los referidos campos electromagnéticos afecta la salud de los vecinos del área que solicitan la medida precautoria”.

Especifica que “muchos son los casos en que sustancias, procedimientos o tecnologías que antes eran consideradas seguras, ahora no lo son, precisamente porque, con el tiempo, la ciencia se ha encargado de demostrarlo”, motivo por el cual no deben escatimarse esfuerzos para que la indeterminación científica dé paso al conocimiento y a la protección del hombre y del medio en el cual está insertado.

En el derecho brasileño, hay en un caso análogo al presente analizado, el del Tribunal Regional Federal de la Cuarta Región cuando tuvo que decidir acerca de la exigencia de permiso ambiental para la instalación de las Estaciones de Radio Base de telefonía celular móvil,⁹ y entendió que la concesionaria del servicio público de telefonía móvil debe someterse al licenciamiento ambiental ante la instancia provincial del medio ambiente, teniendo en cuenta el Principio de Precaución. Sin embargo, concluyó que no parece razonable la interdicción de la obra, ya autorizada por ANATEL, sin demostración de admisibilidad de daño.

Las normas y la jurisprudencia relacionada con el caso en cuestión, hacen mención a “niveles permisivos fijados”, “límites admisibles”, “límites establecidos en reglamentación correspondiente”, “patrones ambientales establecidos”, “normas técnicas aplicables al caso”. Con respecto a estos parámetros, considerándose la incertidumbre científica absoluta acerca de la contaminación causada por los celulares, tomando en cuenta la observación de Paulo Affonso Leme Machado de que “puede haber contaminación, incluso cuando son observados los patrones ambientales. La desobediencia a los patrones constituye acto contaminador, pero puede ocurrir que aún con la observancia de los mismos ocurran los daños previstos (...), lo que también caracteriza la contaminación, con la implicación jurídica resultante.”¹⁰

⁹Brasil, Tribunal Regional Federal de la 4ª. Región, Agravio de Instrumento N° 2007.04.00.016999, 4º. Turno, Relator Márcio Rocha, j. 03.08.2007.

¹⁰Machado, Paulo Affonso Leme, *Direito ambiental brasileiro*, 11 ed., rev., atual. e ampl., São Paulo, Malheiros, 2003, p. 500.

Michel Prieur, *apud* Solange Teles da Silva sintetiza este tema cuando afirma que, “la incertidumbre puede ser definida como aquello que es impreciso, mal conocido y que conduce, por ende, a la vacilación y a la indecisión. No se trata de ignorancia, que es el hecho de no conocer. No ignoramos, por lo tanto, la existencia de sustancias, productos y tecnologías; sin embargo tenemos un conocimiento impreciso de sus impactos y, en ocasiones, no evaluamos todos los efectos que su utilización puede causar. Por consiguiente, se deben fomentar las evaluaciones de riesgo y la producción de informaciones, indagándose preliminarmente sobre la real necesidad del desarrollo de aquella actividad, es decir, se debe aplicar el Principio de Precaución”.¹¹

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Machado, Paulo Affonso Leme, *Direito ambiental brasileiro*, 11^a ed., rev., atual. e ampl., São Paulo, Malheiros, 2003.

Silva, Solange Teles da, “O conceito de poluição ambiental e suas implicações jurídicas”, en *Políticas públicas ambientais: estudos em homenagem ao professor Michel Prieur*, Coordenação Clarissa Ferreira Macedo D’Isep, Nelson Nery Júnior, Odete Medauar. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009.

¹¹Silva, Solange Teles da, “O conceito de poluição ambiental e suas implicações jurídicas”, en *Políticas públicas ambientais: estudos em homenagem ao professor Michel Prieur*, Coordenação de Clarissa Ferreira Macedo D’Isep, Nelson Nery Júnior, Odete Medauar, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 289.

Perú

NOMBRE: Jaime Hans Bustamante Johnson, Expediente 03343-2007-PA/TC.

TRIBUNAL: Tribunal Constitucional del Perú.

FECHA: 19 de febrero de 2009.

INTRODUCCIÓN

El 13 de octubre de 2006, el recurrente interpone demanda de amparo contra las empresas Occidental Petrolera del Perú; LLC Sucursal Perú (hoy Talismán Petrolera del Perú, LLC Sucursal del Perú), Repsol Exploración Perú, Sucursal del Perú y Petrobrás Energía Perú S. A., solicitando que se repongan las cosas al momento al que se inició la amenaza de violación del derecho ambiental, a la vida, la protección de la salud, la biodiversidad y las áreas naturales protegidas, y se suspenda la exploración y la eventual explotación de hidrocarburos en el área natural protegida Cordillera Escalera. Alega que el Lote 103, lugar a explorar y explotar, se encuentra en el área de conservación nacional “Cordillera Escalera”, y el área concesionada se ubicada entre las Provincias de Alto Amazonas del departamento de Loreto y Moyabamba, Lamas, San Martín y Picota del departamento de San Martín, establecida mediante decreto supremo 045-2005/AG. Dicha área tiene especial importancia por su biodiversidad y como fuente captadora y almacenadora de agua, ya que ahí nacen las tres cuencas hidrográficas (Cumbaza, Caynarachi y Shansu), que son la única fuente proveedora de agua con la que cuenta la población de las zonas aledañas. La creación del área de conservación de la Cordillera Escalera tiene por finalidad garantizar el mantenimiento de los servicios ambientales como el agua, la reserva de diversidad, la belleza paisajística y la captura del carbono. De lo que resulta que dicha área de conservación es relevante no sólo para el país en conjunto, sino en especial para la región de San Martín, en tanto constituye una importante fuente de agua, facilita la captura de carbono, presenta gran biodiversidad etcétera. De ahí que dicha área tenga como objetivos generales: conservar y proteger los recursos naturales y la diversidad biológica de los ecosistemas frágiles y asegurar la continuidad de los procesos biológicos en los ecosistemas. Manifiesta que la explotación petrolera implica el uso de millones de litros de agua en la producción petrolera con alta salinidad. Además, indica que la exploración se está realizando incumpliendo lo previsto en el artículo 27 de la ley 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas.

Contesta la demanda la Procuraduría Pública a cargo de Asuntos Judiciales del Ministerio de Energía y Minas, que pide el rechazo de la misma sosteniendo que el Ministerio no ha violado precepto constitucional alguno por cuanto la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos aprobó el Estudio de Impacto Ambiental (EIA) del proyecto de exploración sísmica de la estructura Pihuicho en el Lote 103.

También responde Occidental Petrolera del Perú, LLC, Sucursal del Perú y Repsol Exploración Perú, solicitando que sea declarada improcedente o infundada por considerar que la vía elegida de amparo no es la adecuada, toda vez que el caso requiere de una etapa probatoria debido a la naturaleza o la complejidad de la materia controvertida. A su vez, la codemanda Petrobrás, contesta la demanda solicitando que sea declarada improcedente, porque es necesario aportar medios probatorios que permitan demostrar una amenaza al medio ambiente y la relación de causalidad. Asimismo, manifiesta que el área natural no es necesariamente incompatible con la realización de actividades económicas en el interior de la misma. Por último, sostiene que no son de aplicación los principios del derecho ambiental, que desempeñan una función meramente orientadora para las Autoridades y que, en todo caso, el principio de prevención está contemplado por el procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental.

MARCO LEGAL

- Constitución Nacional, artículo 67: El Estado determina la política nacional ambiental.
- Ley General del Ambiente, ley 28611.
- Ley 26281, artículo 7: Aprovechamiento sostenible de los recursos naturales.
- Artículo 27: Exigibilidad Plan Maestro.

- Convenio 169: Comunidades nativas y medio ambiente.
- Decreto supremo 012-2008-EM: Participación ciudadana para la realización de actividades de hidrocarburos.
- Decreto supremo 045-2005-AG: ACR “Cordillera Escalera”.

AVANCES

La sentencia sienta doctrina en conceptos e Instituciones de derecho ambiental esenciales. En relación al “derecho a un ambiente equilibrado y adecuado”, sostiene que dicho derecho fundamental está configurado por el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado y a la preservación de un ambiente sano y equilibrado. La intervención del ser humano no debe suponer una alteración sustantiva para permitir el desarrollo de la persona y su dignidad. El derecho a la preservación de un ambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles para los poderes públicos de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. El derecho al ambiente equilibrado y adecuado participa tanto de propiedades de los derechos reaccionales —libertad negativa— (de no dañar al medio ambiente), como de los prestacionales —libertad positiva— (evitar, proteger y/o reparar los daños inevitables que se produzcan).

En cuanto medio ambiente y la Constitución ecológica establece que los derechos fundamentales que la Constitución reconoce son efectivamente derechos subjetivos pero también constituyen manifestación de un orden material y objetivo de valores constitucionales en los cuales se sustenta todo el ordenamiento jurídico. Los mismos vinculan tanto al Estado como a los particulares.

Con respecto a los recursos naturales, *in totum*, patrimonio de la Nación, se aclara que su explotación no puede ser separada del interés nacional. Los beneficios derivados de su utilización deben alcanzar a la Nación en su conjunto. Una perspectiva que no debe ser soslayada es la relativa a la consideración de los servicios ambientales que prestan ciertas áreas del territorio de la Nación. Es por ello la relevancia de que el Estado asuma la protección de esta riqueza mediante la exhaustiva fiscalización de la explotación de las riquezas ubicada en estas zonas. Una de las formas de proteger estas riquezas es la implantación de áreas especialmente protegidas.

“En cuanto a desarrollo sostenible y generaciones futuras” se menciona que el uso sostenible de los recursos naturales comporta la utilización de componentes de la diversidad biológica de un modo y a un ritmo que no ocasione la disminución a largo plazo de dicha diversidad. En la Comisión Brundtland, se emitió un informe que definió el desarrollo sostenible como aquel proceso en donde se asegura la satisfacción de las necesidades humanas del presente sin que se ponga en peligro las de las generaciones futuras. Se busca equilibrar el esquema de la economía social de mercado con el derecho a vivir en un ambiente equilibrado y adecuado.

“En términos de medio ambiente y el principio de prevención”, el artículo IV del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente establece que “la gestión ambiental tiene como objetivos prioritarios prevenir, vigilar y evitar la degradación ambiental”. El Superior Tribunal Constitucional dice que “...es ineludible el deber del Estado de prevenir adecuadamente los riesgos ante los cuales se encuentra el ecosistema, así como también los daños que se puedan causar al ambiente como consecuencia de la intervención humana...”. Jiménez de Parga y Maseda manifiesta que la prevención se basa en dos ideas-fuerza: el riesgo del daño ambiental podemos conocerlo anticipadamente y podemos adoptar medidas para neutralizarlo. Por el contrario, la precaución, en su formulación más radical, se basa en la siguiente idea: el riesgo ambiental no puede ser conocido anticipadamente porque no podemos materialmente conocer los efectos a mediano y largo plazo de una acción.

“Con relación al medio ambiente y a la responsabilidad social de la empresa”, en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, de la economía social de mercado y del desarrollo sostenible, la responsabilidad social constituye una conducta exigible de manera ineludible a la empresa. Lo social se define desde tres dimensiones: como mecanismo para establecer legítimamente algunas restricciones a la

actividad de los privados; como una cláusula que permite optimizar al máximo el principio de solidaridad; y, finalmente, como una fórmula de promoción del uso sostenible de los recursos naturales para garantizar un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida. El carácter social del régimen peruano determina que el Estado no pueda permanecer indiferente a las actividades económicas de los particulares, posee el deber de ejercer un rol vigilante, garantista y corrector, ante las deficiencias y fallos del mercado. En la actualidad, existe consenso en indicar que la actividad empresarial, siendo esencialmente lucrativa, no debe oponerse a asumir su responsabilidad social. Para el presente caso, interesa resaltar que la finalidad de lucro debe ir acompañada de una estrategia previsoras del impacto ambiental que la labor empresarial puede generar.

Con respecto a las “comunidades nativas y medio ambiente”, su reconocimiento legal se encuentra en el artículo 2, inciso 2, de la Constitución, en cuanto a la tolerancia de la diversidad, y en el artículo 2, inciso 19, que establece, además del derecho a la identidad étnica y cultural, una clara dimensión objetiva en cuanto se obliga al Estado a proteger la pluralidad étnica y cultural existente en la Nación. El Tribunal considera que el derecho a la identidad étnica es una especie del derecho a la identidad cultural. La Convención 169, artículo 13, establece que el concepto tierra para el caso de los pueblos indígenas, incluye al de territorio, ya que la unidad de comunidad en su territorio excede la noción de propiedad patrimonial. Se piensa así en un dominio espiritual y cultural de la tierra. La Corte Interamericana lo ha señalado de esta forma en la sentencia del caso Comunidad Mayagna (Sumo), Awas Tigni v. Nicaragua. Esta especial circunstancia define la manera en que se reconoció el derecho de la libre autodeterminación de los pueblos indígenas. De la misma Convención, el artículo 15 establece que los Gobiernos deberán establecer procedimientos mediante los cuales se pueda consultar a los pueblos interesados “antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras”. Estos criterios han sido también recogidos por la Corte Interamericana en el caso Pueblo de Saramaka v. Surinam. En la actualidad, en el ámbito interno debemos referirnos al decreto 012-2008-EM, que regula lo referente a la participación ciudadana para la realización de actividades de hidrocarburos. En dicha normativa se establece que la “consulta es una forma de participación ciudadana” de aquellas poblaciones que podrían verse afectadas por un proyecto de hidrocarburos.

SENTENCIA

El Juzgado Especializado Civil de San Martín, el 31 de Enero del 2007, declara infundada la demanda, afirmando que el impacto ambiental es mínimo y no se aprecia niveles de contaminación relevante. La Primera Sala de la Corte Superior de San Martín, el 10 de Mayo de 2007, confirma la sentencia apelada, en base a la EIA, evaluación del estudio de impacto ambiental del proyecto de exploración sísmica, y del peritaje obrante en autos, de donde colige que no se han generado impactos ambientales de envergadura.

En sede del Tribunal Constitucional, previo pedido de información al Instituto Nacional de Recursos Naturales, al Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, a la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos, a Perupetro SA, y la Defensoría del Pueblo, a efectos de dilucidar la controversia, el tribunal se pronunció respecto de los siguientes temas: derecho ambiental, constitución ecológica, desarrollo sostenible, principio de prevención, responsabilidad social de la empresa, comunidades nativas y medio ambiente.

Del análisis del caso, resulta que el recurrente sostiene que el Lote 103 objeto de la actividad hidrocarburífera que se encuentra en el Área de Conservación Regional (ACR) Cordillera Escalera, área natural de especial protección, y en tal sentido, implicaría una afectación al ecosistema de la misma; y por consiguiente, vulneraría el derecho a un ambiente adecuado y equilibrado. Por lo que el Tribunal se plantea si efectivamente existe tal superposición y en segundo lugar se debe analizar si resulta legal y constitucionalmente factible la explotación de recursos no renovables ubicados dentro del área protegida, y, por último, si es menester verificar si la exploración y la explotación cumplen con los requisitos previstos para efectuar dichas actividades dentro del área protegida.

Así, sobre la superposición de las referidas áreas, debe indicarse que de acuerdo al mapa remitido por el Instituto Nacional de Recursos Naturales (**IRENA**) se aprecia claramente que gran parte de la **ACR** se encuentra dentro del Lote 103. Cabe preguntarse, entonces, si esta superposición basta para que la concesión hidrocarburífera sea por sí misma cuestionada por afectar el ecosistema de la referida **ACR**.

Al respecto, la ley 26834 de Áreas Naturales Protegidas (**ANP**) establece que éstas conforman el Sistema Nacional de Áreas Protegidas por el Estado (**SINANPE**), que se encuentra regido por el **INRENA**. Las **ACR** son áreas que tienen una importancia ecológica significativa para la región. Y, específicamente, sobre el aprovechamiento de los recursos naturales no renovables, el artículo 27 de la norma establece: “El aprovechamiento de los recursos naturales en Áreas Naturales Protegidas sólo podrá ser autorizado si resulta compatible con la categoría, zonificación asignada y el Plan Maestro del área...”.

El Tribunal, en relación al planteamiento que hace la demandante, en cuanto se ha dicho que la concesión para la exploración y explotación hidrocarburífera fue anterior a la existencia de la **ACR** Cordillera Escalera, y por consiguiente que los derechos de exploración y explotación no deberían supeditarse a la nueva condición del área, expresa que no es un criterio temporal o cronológico el que brinda una respuesta satisfactoria en el presente caso, sino que debe preferirse un criterio más amplio y comprensivo de los elementos que significan la creación de una **ANP**.

Otra cuestión del caso que tratan los Magistrados, es la que se formula a partir del hecho de que la etapa de exploración sísmica ha finalizado, por lo que deviene abstracto el pretendido riesgo que se denuncia. Sin embargo, a juicio del Tribunal, esto no puede significar que la amenaza ya ha cesado, en tanto dicha exploración sísmica constituye sólo una fase de la etapa de exploración, quedando pendiente otras, como la perforación de pozos exploratorios. El Colegiado se plantea, de este modo, si dichas actividades pendientes pueden ser consideradas una amenaza al derecho constitucional a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida. Para dar respuesta a esto, el órgano judicial estima conveniente abordar la importancia de dicha área y, de acuerdo a lo precedentemente expresado, concluye que la misma constituye una importante fuente de agua, facilita la captura de carbono y presenta gran biodiversidad.

Es por ello que se declara la necesidad de implementar fórmulas que permitan la conciliación de las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos con la imprescindible conservación de los recursos y elementos ambientales que se interrelacionan con el entorno natural y humano. Sobre el particular, el artículo 67 de la Constitución prescribe que el Estado determina la política nacional del ambiente; dicha política debe promover el uso sostenible de los recursos naturales. El artículo 7 de la ley 26821, Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, señala que: “Es responsabilidad del Estado promover el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales...”.

Tal como se destacara en los fundamentos de la presente sentencia, el principio de prevención tiene pleno reconocimiento en la normativa, así como en la jurisprudencia, y los instrumentos de gestión ambiental desempeñan un rol de suma relevancia en relación con la prevención, por lo que resulta indispensable tenerlos en cuenta al referirse al desarrollo sostenible de una explotación hidrocarburífera que respete la biodiversidad y las áreas naturales protegidas. En esa línea, y de conformidad con el artículo 27 de la ley de Áreas Naturales Protegidas, tal aprovechamiento sólo procederá si es que la explotación a realizar es compatible con el Plan Maestro del área protegida.

Los demandados por el contrario, sostienen que el Plan Maestro al que hace referencia el decreto supremo 045-2005-AG constituye una norma o mandato de preceptividad aplazada, ya que su implementación requiere de la actuación del Estado a través de diversas Instituciones especializadas en la materia. Según su entender, la inexistencia de Plan Maestro no puede retrasar o impedir llevar a cabo las actividades de exploración. Además, indican que la empresa no ha realizado actividades de explotación de recursos que puedan calificarse como “aprovechamiento” de recursos naturales.

En sentencia, el Tribunal considera que los argumentos esgrimidos por las emplazadas no resultan adecuados y coherentes con los demás valores y derechos consagrados en la Constitución. En efecto, no

se puede eludir la necesidad de contar con un Plan Maestro aprobado por la autoridades competentes, apelando a que sólo las actividades de explotación pueden ser consideradas como aprovechamiento de recursos naturales, ya que en opinión del Colegiado, la etapa de exploración y explotación constituyen un todo que conduce al aprovechamiento de los recursos naturales.

En ese sentido, queda prohibida la realización de estas actividades mientras no se cuente con el respectivo Plan Maestro, que contemple la posibilidad de aprovechar los recursos naturales que se encuentran en el Área de Conservación Regional Cordillera Escalera, sujetándose a las normas de protección ambiental y a las limitaciones y restricciones previstas en los objetivos de creación del área y su zonificación.

Es por todo lo expuesto que el Tribunal Constitucional declara fundada la demanda, prohibiendo la última fase de la etapa de exploración y la etapa de explotación dentro del Área de Conservación Regional denominada Cordillera Escalera hasta que no se cuente con el Plan Maestro, pudiendo reiniciar tal actividad una vez que éste haya sido elaborado y se establezca la compatibilidad entre la actividad de exploración y explotación, y los objetivos del Área de Conservación Regional Cordillera Escalera. En caso de que ya se encuentre en ejecución, deben quedar inmediatamente suspendidas.

Reflexiones finales

Néstor Cafferatta

Al formular esta reflexión sobre el rol de los jueces en el desarrollo del derecho ambiental en América Latina y el Caribe, se nos ocurre que es adecuado adentrarnos, de manera breve, en los fenómenos sugerentes y complicados de los denominados “proceso colectivo”, “acción civil pública” y “amparo colectivo”, desde el punto de vista del derecho ambiental, a cuyo fin, hemos de abrir la desafiante etapa de fijar y precisar conceptos, diferencias, contenidos y límites, en procura de una nueva cultura en el tratamiento jurídico de la tutela del ambiente.¹

Tiempo atrás, un notable procesalista y maestro, Augusto M. Morello enseñaba que el impacto de los procesos colectivos sacude la santabárbara de la tradicional explicación científico procesal.² Las variadas caracterizaciones, los “intereses difusos” o “derechos de incidencia colectiva” —según los rebautizara la Constitución Argentina de 1994— en los que se aloja el derecho ambiental, han hecho irrupción en la sociedad de masas. Son derechos que, por el objeto, no se soportan en una o pocas personas singulares sino en grupos, clases, categorías, en amplios sectores de una o varias comunidades; así, el rostro de cada una de las familias de derechos colectivos provocaron una verdadera revolución en las técnicas garantistas, en el tradicional arsenal del derecho procesal, con corrimientos y adaptaciones de sus piezas claves. Mudanzas, extraordinarias aperturas al acceso a la justicia y tutelas específicas.

Hoy se busca con empeño un derecho procesal diferente, con sustanciales enfoques innovadores, para adaptar el trámite de protección del derecho subjetivo clásico a los nuevos derechos de carácter colectivo y de dimensión social. Se postula usar lo mismo de otro modo, lo que lleva a una reelaboración de institutos centenarios, de linaje y abolengo, por la adopción de un plafón ensanchado y flexible.³

La aceleración en las innovaciones y reencuadramientos se manifiesta de variadas maneras y con registros inéditos: adaptando, reformando o sustituyendo ideas y los ordenamientos positivos. El brinco de “lo individual” a “lo social”, según lo apunta el jurista carioca Barbosa Moreira, —del derecho subjetivo a los derechos de incidencia colectiva o intereses difusos—, de lo “simple” a lo “complejo” —del proceso judicial entre dos sujetos individuales, de dos partes, al proceso atípico, colectivo, de sujetos plurales—, de “la teoría” a las “soluciones pragmáticas”, son características que se arremolinan con alto voltaje.⁴

Aflora, entonces, el otro horizonte, cargado de redefiniciones o reformulaciones del derecho procesal, que se reflejan en este cuadro que de manera gráfica trata de explicar este fenómeno revolucionario de las principales piezas rituales:

Esquema jurisdiccional clásico	Nuevas manifestaciones de accionar judicial
Proceso dispositivo	Proceso de garantías reales, de resultados valiosos. De tutela efectiva donde priva el interés público.
Legitimación concreta que habilita para obrar al titular de un derecho individual, diferenciado, propio, personal, subjetivo o, cuando menos, de un interés legítimo, acotado, estático y constante	Legitimación abierta, grupal, de clase, dinámica, susceptible; aperturas sucesivas.
Juez neutral, quieto, pasivo, legalista	Juez comprometido socialmente, activo. Justicia de protección, acompañamiento.

¹Morello, Augusto M., *La tutela de los intereses difusos en el derecho argentino*, Librería Editora Platense, 1999, p. 184.

²Morello, Augusto M., *op. cit.*, p. 41.

³Morello, Augusto Mario, *op. cit.*, pp. 104 a 110.

⁴Morello, Augusto Mario, *Las nuevas dimensiones del proceso civil - espacios ganados y trayectorias*, J.A., 1994-IV-843.

Continuación

Esquema jurisdiccional clásico	Nuevas manifestaciones de accionar judicial
Medidas cautelares para asegurar el resultado del proceso judicial.	Tutela inmediata, anticipada, de cautela material, urgente.
Carga de la prueba de encuadre clásico: viejo adagio “quien alega debe probar”.	Carga de la prueba dinámica, de efectiva colaboración.
Valoración de la prueba: atomística, insular, balcánica. Los elementos recolectados juegan en solitario. Reglas de la sana crítica.	Valoración de la prueba: comprensiva, integral con especial relevancia, prueba indirecta, de presunciones. Prueba pericial técnica, científica. Reglas sana crítica flexible.
Cosa juzgada ceñida a las partes, inmutable, cerrada absolutamente. Inmodificable	Cosa juzgada abierta, extensible, sentencia estimatoria, efectos <i>erga omnes</i> , para beneficiar, <i>in Utilitus, secundum eventum litis</i> relativamente inmodificable.
Vías de impugnación de control o revisión de segunda instancia sujeto a estricto principio de congruencia <i>tantum appellatum quantum</i> agravios.	Vías de impugnación flexibles.

Todo esto se hace más evidente para ciertas categorías de asuntos —masivos, grupales— colectivos, de una repercusión social gravitante para la convivencia. Se trata, obviamente, de una nueva filosofía ante nuevos daños de superlativa repercusión vital; de una diferente cultura jurídica para asumir creativamente situaciones y relaciones que cubren una inédita dimensión social; de la visión patrimonialista del daño resarcible individual a un registro “publicístico” en donde lo “colectivo” requiere una dinámica diferente de tutela “preventiva” efectiva.⁵

Las sucesivas conquistas —cambios en el proceso judicial—, se enriquecen más todavía al incorporarse a esos procesos colectivos de la tutela específica, una categoría de derechos que se encasilla en la denominación de derechos de incidencia colectiva —intereses difusos—. Esa idea de lo colectivo —que involucra a grupo, categoría, poblaciones, y complejas situaciones subjetivas polarizadas en objetos, “bienes de la vida” diría Chiovenda—, indivisible, aunque de uso o aprovechamiento fraccionado —lo que “empuja” a la calidad de vida—, se ensancha para dibujar un régimen o sistema de tratamiento jurídico envolvente y similar, de suerte que la expansión grupal, como un surtidor, determina la comunicabilidad horizontal de la tutela en favor de todos aquellos sujetos que, apresados en la conexidad, diríamos vital de esa situación común, no juegan en solitario. Se repite con rasgos y efectos idénticos o semejantes en seriada —muchas veces masiva— reiteración.⁶

Esos ajustes y corrimientos vienen impuestos por la arrolladora realidad de los cambios determinados por la emersión de fenómenos grupales, de una nueva dinámica de una sociedad civil más participativa, de una democracia de soberanía compartida, de mayores exigencias con compromisos sociales, por la importancia de las entidades intermedias. Así, el acceso a la justicia —en ese modelo moderno abierto— aunque reconozca como punto de partida y antecedentes necesarios, nociones y tácticas comunes a la tutela individual, transmuta a los encuadramientos y mecanismos de la tutela colectiva, que no se polarizan ni están determinados por el exclusivo propósito de reparar, indemnizar, pagar.

⁵Morello, Augusto M., *op. cit.*, p. 68.

⁶Morello, Augusto M., “El proceso civil colectivo”, cap. LXX, p. 1066, v. 2, de su obra *Estudios de Derecho Procesal. nuevas demandas. Nuevas respuestas*, Librería Editora Platense, 1998.

Hay, por cierto, evidentes motivos de conveniencia y justicia para apartarnos del proceso singular clásico, para trepar a otro nivel de tutela pública. El tránsito del proceso individual al colectivo es por demás asombroso y nos brinda, ávidos de estudios y comprensión, el arsenal de las técnicas y soluciones que la gente aguarda del moderno derecho procesal. La defensa de la sociedad, de los intereses y derechos vitales caracterizados como difusos, colectivos, individuales, homogéneos impone otro modo de pensar y actuar al derecho instrumental facilitador de la protección útil de los mismos. Así, resulta necesario introducir modificaciones, adaptaciones, realizar un esfuerzo de aperturas e innovaciones, para dar cauce a la defensa de los derechos de incidencia colectiva.⁷

El derecho procesal, con maleabilidad y coherencia, debía conjugar con esa línea de sentido, sintonizando la adaptación a través de una conversión flexible, rápida e inteligente, adecuando el arsenal de sus teorías y el instrumental técnico a esos nuevos desafíos. Lo supo hacer con plasticidad, acomodándose a las exigencias e intensidad que llevan las cosas en el contexto de las sociedades del siglo XXI.⁸ Los desplazamientos que todo ello provoca son evidentes: de lo ceñido a la persona brinca a los grupos y sectores, es decir, a lo colectivo; de una protección amoldada a lo egoístamente patrimonial a una justicia preocupada por impartir una tutela social.⁹ Los cambios, las adecuaciones, las transformaciones, metamorfosis y desplazamientos son por ende, extraordinarios.¹⁰

Asistimos a nuevos fenómenos sociales que el derecho, como ciencia de ordenamiento de la conducta humana, no debe pasar por alto y que, a su vez, se reflejan en innumerables reformas en Instituciones ortodoxas de derecho procesal.¹¹ Por ello, de estas modificaciones copernicanas, el derecho ambiental es la punta de lanza de una nueva cultura jurídica. Es la especialidad que más cambios ha producido en el derecho, en los últimos tiempos. Desde la legitimación para obrar, llave de acceso al proceso, hasta los efectos de la cosa juzgada; todo absolutamente todo está en revisión. Por lo general, el caso ambiental no es un proceso simple, por la cantidad de personas afectadas, involucradas, incididas, interesadas, partícipes del litigio, y por el carácter “engorroso”, complejo, técnico, científico, complicado de la gestión y producción de la prueba. Finalmente, también, por el roce, colisión de derechos fundamentales que provoca, lo que torna difícil la resolución del mismo.

Este nuevo perfil social de los fenómenos jurídicos ya está instalado entre nosotros. Estas acciones de tutela diversificada y urgente nacen colectivas, es decir, con referencias a grupos y categorías, lo que siempre supone la multiplicidad de sujetos y situaciones concurrentes y derivadas. Lo cierto es que en ese epicentro —daño al medio, a las riquezas naturales e históricas, al paisaje, a la polución del río a la destrucción de la fauna, calidad de vida, etcétera— se dan en primera línea y cualificados los rasgos de “transindividualidad” y “naturaleza indivisible”, porque afectan al vecindario, a la clase o al grupo perjudicado.¹²

EL ROL DEL JUEZ

El esquema clásico jurisdiccional concibe la figura del Juez neutral, pasivo, quieto, legalista. Las nuevas manifestaciones del accionar judicial lo hacen conforme a la denominada Justicia de Acompañamiento o Protección, acorde con el Movimiento de Acceso a la Justicia, de Mauro Capelletti. Desde esta perspectiva, el panorama comparativo acusa una modalidad de tutela que se orienta hacia un Juez con “responsabilidad social”, es decir, independiente a cabalidad pero comprometido, no, desde luego, con la orientación política circunstancial del gobierno o del Estado sino con el sentido de ayudar a facilitar, lógica y razonablemente,

⁷Morello, Augusto M., *op. cit.*, pp. 51 y 56, 1999.

⁸⁸Morello, Augusto M., *op. cit.* p. 68.

⁹⁹Morello, Augusto M., *op. cit.* p. 70.

¹⁰Nos advierte también, de estos cambios en el proceso colectivo ambiental, Pigretti, Eduardo, *Derecho Ambiental profundizado*, p. 45, La Ley, 2004.

¹¹Falcon, Enrique, en “Los fenómenos ecológicos y el Derecho Procesal”, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1989-I-141, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Buenos Aires, advierte de las falencias del sistema clásico.

¹²Morello, Augusto M., *op. cit.*, p. 94.

la trascendente evolución del derecho. Un Juez que está en el centro del ring pero no ya en la actividad neutral —la del árbitro— sólo para impedir los “golpes bajos”. Ha quedado atrás esa posición de mero mediador, de asegurador o garantía del juego formal y privatístico de los contendientes.¹³

La naturaleza del litigio ambiental, parodiando a F. Baur,¹⁴ por envolver una invariable axiológica, impele al Juez para que salga de su papel pasivo y asuma, de alguna manera, la responsabilidad por la cura de una relación docente entre el derecho y la vida. Por ello, se ha dicho con razón¹⁵ que el juez no puede ser neutro en materia ambiental. Debe partir del presupuesto de que el medio ambiente está, de antemano, protegido.

Una nueva cultura jurídica adversarial, más simple, informal, que relativiza el rigor pretendidamente absoluto y cerrado de los principios, nada conceptualista ni abstracto, en donde el juez pierde neutralidad, que es una manera disfrazada de conservadorismo, aunque mantenimiento, desde luego, su total independencia, así como, también, la objetividad; axiológicamente está personalmente comprometido a que los resultados de la jurisdicción sen más justos y útiles.¹⁶

Del protagonismo del Juez y de la forma de conducirse y estimular la colaboración debida por los otros sujetos del proceso debe decirse: Director inmediato y no distante, que maneja poderes-deberes de uso inaplazable, que busca la verdad jurídica y que en temas de especial connotación social, no sólo aguarda la puntual satisfacción de las cargas probatorias dinámicas y de colaboración real de los interesados, sino que, además, llega a comportarse como cabal investigador, si bien lo que él obtenga a través de ese rol deberá ser puesto bilateralmente a disposición, observación y control de las partes.

En este *iter* la cuña gravitante de la transformación del servicio de la función de juzgar del Poder Judicial, radica en la nueva posición y actitud del Juez y en el modo de aplicar la teoría de la interpretación de las normas. El perfil y las diferencias del Juez liberal con un Juez de “acompañamiento”, esto es, el Juez “entrenador” o “protector”, se dibuja mediante un conjunto de factores. Asistimos al embate de nuevas olas, a un dinamismo acentuado, que se aúna a la voluntad positiva de adaptación, a receptor los cambios que reclaman las nuevas exigencias de la sociedad.

Con el paso de la sociedad liberal a la sociedad post industrial, la función del derecho se transformó profundamente. De árbitro de los conflictos sociales, el derecho deviene fundamentalmente instrumento activo de los cambios sociales. Esas funciones de dirección y de promoción son aseguradas por el “derecho de acompañamiento”.¹⁷ En este tránsito, el perfil de Juez se modificó radicalmente. En este juego social, apremiado por la naturaleza del litigio ambiental, por envolver una variante axiológica, el Juez fue obligado a salir de su rol pasivo y a asumir, de alguna manera, la responsabilidad por la “cura” de una relación docente entre el derecho y la vida, para adoptar un rol activo, de tutela preventiva, continua, eficaz, enérgica, anticipatoria, temprana, dinámica, rápida, flexible, vigorosa, colaboradora, agente de cambio social.¹⁸

¹³Morello, Augusto M., “Experiencias y alternativas para repensar y asegurar la eficacia del servicio”, cap. XL, pp. 622, 623, en *Estudios de Derecho Procesal. Nuevas demandas. Nuevas respuestas*, vol. 1, LEP, 1998.

¹⁴Baur, Fritz, “O papel ativo do juiz”, *Revista de Processo*, Nº 27, julio-sept. 1982.

¹⁵Furlan Freire da Silva, Anderson, “Ativismo Judicial en materia ambiental”, p. 64, en *Direito Ambiental em evolucao*, 3, Juruá Editora, 2002.

¹⁶Morello, Augusto M., de su magnífico “Estudios de Derecho Procesal ...”, op. cit., p. 1068, vol. 2.

¹⁷Morello, Augusto M., “Un nuevo modelo de justicia”, cap. LXXII, vol. 2, de su obra *Estudios de Derecho Procesal. Nuevas demandas. Nuevas respuestas*, LEP, 1998, pp. 1103-1140.

¹⁸Para ampliar véase Peyrano, Jorge W., *El perfil deseable del juez civil del Siglo XXI*, JA, 2001. IV, fascículo No.2), Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Justicia y Desarrollo”, Ed., boletín del 24/12/1993, distingue entre dos modelos: el de la reforma estructural, protagónico, activo y el de la resolución de disputas, de constricción o limitación. En el derecho comparado, se destaca el trabajo de Freire da Silva, Anderson Furlan, *Activismo judicial en materia ambiental*, p.59, parodiando a Baur, Fritz, “El papel activo del juez”, *Revista de Processo*, No. 27, jul/sept/ 1982, en obra colectiva *Direito ambiental em evolucao*, coordinado por Passos de Freitas, Vladimir, Nº 3, 2002, Juruá Editora.

Por lo demás, como bien lo señala Eduardo Pigretti,¹⁹ tras predicar la superación de los principios legales tradicionales —legitimación, jurisdicción, competencia—, “las nuevas cuestiones no le permiten al Juez ser imparcial. Tendremos que crear un nivel distinto de consideración del problema, un conjunto de valores en los que el juez es parte”, porque le interesa que el agua que bebe siga siendo fresca, cristalina, pura; porque le interesa que el aire que respira mantenga esa condición; porque le interesa que determinada foresta no sea afectada”.

“El Juez siempre es un Juez interesado, dado que tiene un interés ambiental humano, que es insito a su condición”. Este “Juez-parte” no es otro que el Juez activo.

Expresado de otro modo, todo confluye para que se produzca un cambio de roles. Del quietismo judicial al activismo de los jueces. De una mentalidad que porfiaba por el aislamiento y marginación política a la politización del Poder Judicial.²⁰ Del Juez distante al director inmediato y activista.²¹ Esta escalada en su misión social, imagen y responsabilidad o, su protagonismo-activismo, se despliega en un doble escenario:

- a. En el andamiaje del poder.
- b. En la cambiante y acelerada comunidad.

Ambos son los contextos en los que trasciende su quehacer y desarrolla su vocación.²²

El aumento de los poderes-deberes del Juez exhibe una continua dilatación —las experiencias italiana, española, brasileña y la argentina son por demás ilustrativas—. Los fenómenos nuevos del juez-legislador, que parte de un rezago de los legisladores, en la retaguardia, que cede lugar a los magistrados, están dando lugar a una suerte de “suplencia judicial” y del Juez-administrador. El cambio de ese protagonismo y la inmediatez, función directiva y faena creativa a las que es llevado por la dinámica social, si bien acentuando la vigencia real del proceso justo y el garantismo de la defensa, es una preocupación que asciende con particular énfasis habida cuenta de que esos vectores trepan a la altura de las Constituciones y de los Tratados que sirve de valla de contención, para favorecer lo que en Italia se afirma, el “imperialismo latente de los jueces”, los que deben operar en la niebla de disposiciones elásticas y esfumadas —como la cuantificación del daño ambiental—, y de conceptos jurídicos indeterminados, que apuntan a delegar en los magistrados la selección u opciones que el legislador no puede o no quiere asumir.²³

El campo de los derechos del medio ambiente lo expresa todo.

Y en lo que atañe a la justicia de protección o acompañamiento, la posición del Juez cambió radicalmente; por supuesto que es independiente, pero está comprometido con las consecuencias que se sigan de la interpretación facilitadora de la realización, y no de la frustración por razones formalistas, de derechos que cuentan con especial tutela constitucional. Aunque, la prudencia y la cautela del Juez en esta área se extreman de modo notable, y así lo señala, de continuo, la Corte Suprema de la Argentina.²⁴

¹⁹Pigretti, Eduardo, *Derecho Ambiental profundizado*, pp. 10, 45, La Ley, 2004.

²⁰Morello, Augusto M., en *Constitución y Proceso. La nueva era de las garantías jurisdiccionales*, LEP, 1998, p. 3.

²¹Morello, Augusto M., *La Justicia frente a la realidad*, Rubinzal- Culzoni, 2002, p. 36.

²²Morello, Augusto M., *op. cit.*, p. 88.

²³Morello, Augusto M., *La Justicia frente a la realidad*, Rubinzal- Culzoni, 2002, p. 96.

²⁴Morello, Augusto M., *op. cit.*, p. 98.

Estamos, entonces, ante otro juez.²⁵ Se trata de un Magistrado a la manera de un gran operador en la renovación del significado filosófico, técnico y político del noble oficio de juzgar y como factor de un nuevo equilibrio. Se dibuja, entonces, la silueta del Juez actual, protagonista, director activo del proceso, controlado fuertemente por la opinión pública, invadido por los medios y destinatario en todo momento de un comportamiento político-institucional responsable. Así, la independencia y neutralidad del Juez se visten de atributos y tonalidades que suscitan su verdadero protagonismo.

En este marco, rendimos homenaje a la fructífera y homérica labor pretoriana de los Tribunales de Justicia de América Latina y el Caribe. El aporte de la doctrina judicial de la Región constituye un aporte necesario para el adecuado desarrollo, fortalecimiento y definitiva consolidación del derecho ambiental a niveles científico-jurídicos.

²⁵Morello, Augusto M. “La justicia tiene hoy otros compromisos”, diario *La Nación*, 17/05/ 2004, p. 15. Para ampliar véase *Los que los jueces no deben hacer*, JA, 2003- IV, fascículo n. 14, p. 3. En doctrina judicial argentina, se ha dicho que: a. Para la real vigencia de las acciones colectivas, los magistrados judiciales deben ejercitar dinámicamente todos los resortes que las leyes confieran; b. será menester dejar de lado el concepto iusprivatista individualista del daño resarcible, dejando paso a una tendencia nueva, pública, colectiva, de tipo preventiva y represiva, donde se busque no tanto la reparación personal del lesionado, sino la paralización de los efectos dañosos; c. uno de los medios para resolver la cuestión está en la dilatación de la legitimación de las personas afectadas, para “consagrar una expansividad horizontal, con fundamento en la protección de intereses legítimos o simplemente humanos que envuelven a una colmena de perjudicados”. “No se crea que la tutela de los intereses generales comprometidos por la contaminación, es ajena al juez civil y ha de buscarse dentro del plexo normativo administrativo. Tal pensar ni siquiera es conciliable con el modelo decimonómico del Juez legalista y liberal (quieto y neutral), que no obstante estaba llamado a velar por la defensa del orden público. Ni qué decir de la repulsa que tal argumentar genera la figura del Juez preventor, protector o acompañante que ya se cuela tímidamente en los artículos 2499 y 2618 del Código Civil”. “El derecho ambiental requiere de una ‘participación activa’ de la judicatura, que se traduce en un obrar preventivo acorde con la naturaleza de los derechos afectados y a la medida de sus requerimientos”. “Las leyes ecológicas se descubren y acatan: ello coloca al derecho en una ‘situación de dependencia’ de la Ecología. Así, por ejemplo, se dice que el postulado de ‘tipicidad penal’ como ley previa puede quedar desplazado de esta materia. ¿Cómo se verifica este principio con esta realidad natural que verificamos fácilmente? Así, vemos que no sólo en el campo de derecho procesal civil se abren redefiniciones del pleito y del papel del juez a las nuevas realidades circundantes”. “En determinadas ocasiones sólo otorgando anticipadamente lo que es la sustancia de la *litis*, se está haciendo rendir al servicio su máxima eficacia, mediante una decisión rápida y evita perjuicios irreparables (De Lázzari). Desde esta atalaya al que nos asoman el civismo y la solidaridad, la figura del Juez protector, el proceso anticipatorio y el derecho preventor de daños, huelga advertir que esta situación grávida de riesgos mayúsculos al entorno ambiental y a la salud de la barriada a la que pertenecen los actores no puede permanecer inalterable y sin la toma de medidas adecuadas para inhibir la actividad contaminante”. “Basta la certeza y la actualidad de tales riesgos, aunque no estén probadas lesiones actuales a la integridad psicofísica de los actores, para que la tutela a la salud de estos últimos y del ambiente que lo circunda, se haga efectiva: 1. porque está probado el daño al ambiente; 2. porque de lo que se trata es de anticiparse a la concreción del daño, debiendo el órgano jurisdiccional desplegar técnicas dirigidas a evitar que el daño probables se cuenta entre las atribuciones implícitas que debe ejercitar el juez con responsabilidad social de hogaño (Peyrano). El derecho resarcitorio de los perjuicios va cediendo espacios y fronteras al derecho preventor de daños, que encuentra ámbito procesal fértil en el llamado proceso anticipatorio”. “La tutela del ambiente justifica soluciones expeditas; interpretar ampliamente las atribuciones judiciales en esta materia no debe entenderse como una indebida limitación de libertades individuales. pues no hay libertad para dañar el ambiente ajeno; la importancia de la defensa del medio ambiente justifica cierto grado de transgresión de normativas que no se han adaptado a la realidad”. “La tarea del juzgador fue llevado a cabo con ajuste a pautas intrínsecamente flexibles, propias de la materia, no pudién dose advertir en tal cometido un apartamiento del principio de congruencia sino en todo caso, haciendo jugar principios tan caros a la estimativa jurídica actual como son los de “prevención” y evitación del daño, en particular, a un bien principal como es la calidad de vida del ser humano. El sentenciante, teniendo en cuenta la necesidad de satisfacer el interés comprometido en su vertiente bifronte individual y difuso o colectivo acordando correctamente para la representación de ambos, legitimación al reclamante de autos, dispuso la cesación del perjuicio, adoptando un temperamento preventivo, a través del control del accionar futuro de la demandada, en orden al aseguramiento de la efectividad de la sentencia y a la evitación de todo daño prospectivo”.