REDE LATINO-AMERICANA DE
MINISTÉRIO PÚBLICO AMBIENTAL
www.mpambiental.org

Realização:

ABRAMPA
Associação Brasileira do Ministério Público do Meio Ambiente

Apoio:

FUNDAÇÃO NEOTRÓPICA DO BRASIL

AVINA

Organizadores:
Annelise Monteiro Steigleder
Luciano Furtado Loubet

O DIREITO AMBIENTAL NA AMÉRICA LATINA
E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

TOMO I
AMÉRICA DO SUL

O DIREITO AMBIENTAL NA AMÉRICA LATINA E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

TOMO I - AMÉRICA DO SUL

Organizadores:
Annelise Monteiro Steigleder
Luciano Furtado Loubet

O DIREITO AMBIENTAL NA AMÉRICA LATINA E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Tomo I – América do Sul

Realização:
Rede Latino-Americana de Ministério Público Ambiental
www.mpambiental.org

Patrocínio:
Fundação AVINA

Apoio institucional:
Associação Brasileira do Ministério Público de Meio Ambiente – ABRAMPA
e
Fundação Neotrópica do Brasil

O DIREITO AMBIENTAL NA AMÉRICA LATINA E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Tomo I – América do Sul

Organizadores:
Annelise Monteiro Steigleder
e
Luciano Furtado Loubet

Rede Latino-Americana de Ministério Público Ambiental
2009

Capa:
Marcus Vinicius Suliani.
Foto tirada por Marcos Sá Correa na Serra do Amolar
- Pantanal Sul-Mato-Grossense

Editoração:
Suliani Editografia Ltda
editor@suliani.com.br – (51) 3384.8579

APRESENTAÇÃO

É com imensa alegria que a Rede Latino-Americana de Ministério Público Ambiental e a Associação Brasileira do Ministério Público de Meio Ambiente – ABRAMPA apresentam o livro intitulado *O Direito Ambiental na América Latina e a Atuação do Ministério Público (Tomo I – América do Sul)*, o qual é fruto da crença, compartilhada por todos os membros de Ministérios Públicos da América Latina com atuação na área ambiental, no sentido de que, apesar das diferenças culturais dos países, fazemos parte de uma mesma Aldeia Global e compartilhamos das mesmas preocupações e dos mesmos sonhos quanto à construção de um futuro com mais sustentabilidade ambiental e social.

O próprio livro é a prova de que, além de sonhos, podemos compartilhar experiências concretas que se somam para o fortalecimento das instituições públicas e para o desenvolvimento do direito ambiental em cada um dos países da América Latina. Além disso, a obra representa a materialização do valor "solidariedade", pois cada um dos seus autores, todos profissionais destacados na área ambiental, doutrinadores e/ou membros do Ministério Público, de forma abnegada, dedicou-se a retratar a realidade de seu país quanto ao estado do Direito Ambiental e quanto à atuação do Ministério Público em matéria ambiental.

Desta forma, o leitor encontrará nas próximas páginas informações preciosas sobre o direito ambiental constitucional, sobre os princípios do direito ambiental reconhecidos nas legislações nacionais, sobre os instrumentos de controle ambiental e sobre os mecanismos de responsabilização por danos e crimes ambientais de cada um dos dez países que aceitaram participar desta obra. Além disso, poderá compreender o funcionamento e as atribuições do Ministério Público com atuação ambiental nestes países, primeiro passo para que, em um futuro próximo, se possa, no contexto da Rede Latino-Americana, partir para ações mais efetivas no combate dos danos e crimes ambientais transfronteiriços.

ANNELISE MONTEIRO STEIGLEDER
Promotora de Justiça da Promotoria de Defesa do Meio Ambiente de Porto Alegre
e Diretora de Publicações da ABRAMPA

SUMÁRIO

Rede Latino-Americana de Ministério Público: criação, implementação e desafios
Luciano Furtado Loubet 9

ARGENTINA

El Derecho Ambiental en la República Argentina
Renato Rabbi-Baldi Cabanillas 15

Ministerio Público en el Codigo de Procedimiento Penal de la Provincia de Catamarca
María del Milagro Veja e Javier Roberto Merep 31

Los Fiscales Federales en Argentina
Antonio Gustavo Gomez 36

BOLÍVIA

El Derecho Ambiental en Bolivia
Diego Eduardo Gutiérrez Gronemann 51

El Ministerio Público en Bolivia
Jorge Antonio Abella Banzer 58

BRASIL

A Proteção do Meio Ambiente e dos Direitos Fundamentais correlatos no Sistema Constitucional Brasileiro
Consuelo Y. Moromizato Yoshida 72

O Ministério Público e a defesa do meio ambiente: atuação em rede no Mato Grosso do Sul
Alexandre Lima Raslan 123

Las Fiscalías Ambientales en Brasil
Silvia Cappelli 142

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais e a atuação por bacia hidrográfica
Alex Fernandes Santiago 185

CHILE

El Ministerio Público de Chile
Mario Maturana Claro 201

Situacion Penal de los atentados al medio ambiente en Chile
Mario Maturana Claro 208

COLÔMBIA

Derecho Ambiental Colombiano
Luís Fernando Macías Gómez 214

EQUADOR

El papel de la Fiscalía en materia penal ambiental em el Ecuador
Hugo Echeverría V. e Bormman Peñaherrera 241

Infracciones Ambientales – Derecho Penal y protección ambiental
Hugo Echeverría 257

PARAGUAI

El Derecho Ambiental en Paraguay
Sheila Abed e Alma Poletti 265

La Fiscalía Ambiental en Paraguay
Ricardo José Merlo, Jorge A. Sosa Garcia e Jorge Levedich 293

PERU

Derecho Ambiental Peruano
Genaro Uribe Santos 310

El Ministerio Público frente al marco normativo ambiental en el Peru
Raul Mauricio de los Rios Caceres 322

URUGUAI

El Ministerio Publico y el Derecho Ambiental en el Uruguay
Enrique A. Viana Ferreira 350

VENEZUELA

Derecho Ambiental en Venezuela
Isabel de los Rios 354

AUTORES 397

REDE LATINO-AMERICANA DE MINISTÉRIO PÚBLICO AMBIENTAL – CRIAÇÃO, IMPLEMENTAÇÃO E DESAFIOS

Luciano Furtado Loubet*

1 Introdução – Criação da Rede

Um dos grandes problemas na América Latina para a proteção do meio ambiente é a baixa implementação da lei ambiental, já que em muitos países há um bom arcabouço jurídico para prevenção e punição de danos ambientais e dos poluidores, mas não se consegue uma aplicação efetiva destes diplomas legislativos.

Em razão disto, a atuação dos membros do Ministério Público torna-se essencial, já que é a eles incumbida a defesa da sociedade, mediante a fiscalização da lei.

Não se deve olvidar que os danos e agressões ambientais não conhecem fronteiras político-administrativas criadas pelos homens, sendo que a poluição gerada em um país ou estado muitas vezes afeta outro.

Assim, em termos ambientais, não faz qualquer sentido a atuação desarticulada dos agentes públicos que atuam na defesa do meio ambiente.

Outro ponto importante é que não raro as redes criminosas de atuação em crimes ambientais estão ramificadas em mais de um estado ou país (tráfico de animais, contrabando de madeira e carvão, etc.), sendo que sem uma articulação multinacional as autoridades de cada país, isoladamente, não conseguirão amenizar o problema.

Nesses casos de articulação entre mais de um país, a burocracia e o excesso de formalidades vem a ser um fator decisivo para a falta de controle de certas atividades, que atuam livremente se aproveitando da lentidão do Estado para degradar os bens ambientais.

* Promotor de Justiça em Bonito – MS – Brasil, Especialista em Direito Ambiental pela UNIDERP – Universidade para o Desenvolvimento do Pantanal, Especialista em Direito Tributário pelo IBET – Instituto Brasileiro de Estudos Tributários.

Visando contribuir com a proteção do meio ambiente, utilizando-se como ferramenta de trabalho a efetiva implementação da Lei Ambiental, foi criada a "Rede Latino-Americana de Ministério Público Ambiental", em 26 de novembro de 2008, na Cidade de Bonito – MS, e teve participação de membros dos Ministérios Públicos do Brasil (Federal e Estadual), Argentina, Chile, Paraguai, Uruguai e Peru, em reunião na qual se traçaram os princípios e objetivos da rede, além das estratégias de atuação, pretendendo-se que haja extensão dos integrantes para os demais países da região.

Em oportunidades posteriores, ingressaram na rede membros de Ministérios Públicos da Bolívia, Equador, Venezuela, Colômbia e Costa Rica, atingindo-se assim todos os países de língua espanhola e portuguesa da América do Sul e ampliando-se a atuação para a América Central.

Esta iniciativa tem por finalidade a integração entre membros dos Ministérios Públicos da América Latina para facilitar o intercâmbio de informações, troca de experiências exitosas, treinamento de seus integrantes, aplicação e divulgação do Direito Comparado entre os países, além de atuações transfronteiriças coordenadas para a proteção do Meio Ambiente, cada país em seu âmbito de atribuições, respeitadas as regras de Direito Internacional.

Esta não é uma iniciativa governamental, mas sim uma união de esforços entre agentes públicos para uma maior efetividade de atuação em prol da qualidade de vida no planeta.

Os objetivos e princípios da rede são os seguintes:

OBJETIVOS:

(i) intercâmbio e compartilhamento de informações;
(ii) atuação integrada;
(iii) capacitação;
(iv) fortalecimento do Ministério Público e dos mecanismos de defesa do meio ambiente;
(v) ampliação da visibilidade do trabalho do Ministério Público em defesa do meio ambiente na América Latina.

PRINCÍPIOS:

(i) solidariedade;
(ii) horizontalidade;
(iii) cooperação;
(iv) respeito;
(v) impessoalidade;
(vi) transparência e publicidade de todos os atos.

É necessário ressaltar que todos estes objetivos e princípios foram traçados após ampla discussão quando da reunião de criação da rede, sendo definidos de forma democrática entre os integrantes que estiveram presentes.

A rede tem apoio financeiro da Fundação Avina, e apoio institucional da ABRAMPA – Associação Brasileira do Ministério Público Ambiental, bem como também de todos os Ministérios Públicos que têm membros ligados à rede, tendo como gestora financeira a Fundação Neotrópica do Brasil.

2 Antecedentes à criação da Rede

A experiência de articulação do Ministério Público em rede, atuando de forma coordenada e com alguns objetivos e estratégias pré-adotados já vem sendo usado no Brasil (vide artigo dos Drs. Alex Santiago e Alexandre Raslan neste livro) com sucesso, sendo que também no Paraguai já vinha acontecendo (vide artigo do Dr. Ricardo Merlo).

Em razão da percepção por parte de profissionais do Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Paraná e Paraguai, que era necessária uma articulação entre estes estados para a defesa do Pantanal e da Bacia do Rio Paraguai, foi realizado o *"I Evento de Integração dos Ministérios Públicos de Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Paraná e Paraguai para a Defesa do Pantanal e da Bacia do Rio Paraguai – Transpondo Fronteiras"* que ocorreu em Bonito – MS em novembro de 2007 e que começou a se materializar a idéia de uma rede de atuação entre estes Ministérios Públicos.

Neste encontro, houve assinatura de uma carta de intenções entre o Ministério Público de Mato Grosso do Sul, Mato Grosso e do Paraguai para troca de informações e experiências

Antes disto, a convite do Ministério Público do Paraguai, no ano de 2007, já havia tido a presença de três Promotores de Justiça de Mato Grosso do Sul e um de Mato Grosso, em Assunção, para um evento denominado Justiça Ambiental, promovido pelo PNUMA-BancoMundial.

Antes, no ano de 2006, ocorreu uma palestra por parte do membro do Ministério Público Federal da Argentina, Província de Tucumán, Antônio Gustavo Gomez, aos Promotores de Justiça de Mato Grosso do Sul, sobre a atuação do órgão naquele país no combate aos crimes ambientais.

Assim, o nascimento da idéia de criação desta "Rede Latino-Americana de Ministério Público Ambiental" foi decorrência natural da aproximação de integrantes do Ministério Público da Argentina, Brasil e Paraguai, sendo que já na reunião inicial de criação e planejamento da rede, houve a presença também de "fiscales" do Chile, Peru e Uruguai, com adesão posterior de Equador, Venezuela, Colômbia, Bolívia e Costa Rica.

Atualmente há 184 (cento e oitenta e quatro) integrantes de Ministérios Públicos envolvidos neste projeto.

3 Da implementação da Rede e do Site

Em razão das distâncias e da pouca disponibilidade de recursos financeiros para muitos encontros individuais, a principal ferramenta de comunicação entre os integrantes da Rede é a internet.

Há um e-mail coletivo que coloca todos os membros da rede em contato instantâneo, o qual tem sido utilizado para compartilhar experiências, discussão, dúvidas e outras informações.

Contudo, a principal ferramenta de comunicação dos integrantes entre si e com o público ambiental é o site www.mpambiental.org, que hoje é uma das mais completas bases de dados disponíveis sobre legislação, jurisprudência, peças processuais e doutrina envolvendo legislação ambiental relativa à América Latina.

A maior parte do site é aberta e permite a pesquisa por até três palavras nos setores de legislação, jurisprudência, doutrina e peças processuais.

Também se permite uma pesquisa eficiente e rápida sobre quem são os integrantes da rede, bastando-se que se clique no mapa existente no site, fazendo-se a pesquisa por país, encontrando-se ali nome, endereço, telefone e e-mail dos participantes (informação só omitida quando a pedido).

Além disto, há veiculação diária de notícias, links para todos os Ministérios Públicos da América Latina (além de outros de interesse jurídico-ambiental), bem como o histórico, os objetivos e os resultados da rede (inclusive com prestação de contas dos recursos gastos).

Apenas uma parte restrita do site é exclusiva dos integrantes da rede, a qual permite postagem de temas para discussão, no modelo de "blog".

Por fim, recentemente foi aberta a internet colaborativa, permitindo que cada integrante da rede faça cadastro de doutrina, notícias, jurisprudência, ações processuais, legislação e outros, fazendo assim que haja uma maior integração e participação.

4 Das reuniões regionais de fortalecimento

A estratégia adotada para aumentar a abrangência da rede entre integrantes dos países foi a de realizar reuniões regionais naqueles em que haja maior número de membros de Ministério Público.

O orçamento aprovado em projeto permitia a realização de quatro reuniões regionais, tendo sido definido na criação da rede que as mesmas ocorreriam no Paraguai, Peru, Argentina e Chile.

Em maio de 2009, houve a reunião regional da rede na Cidade de Assunção – PY, tendo contado com quase todos os membros do Ministério Público do Paraguai com atribuição exclusiva em meio ambiente.

Nesta reunião estiveram presentes seis integrantes do Ministério Público de Mato Grosso do Sul – Brasil, além de integrantes da Argentina, Colômbia, Bolívia, Equador e Chile.

Foram feitas apresentações, discussões e planejamentos de grupos de trabalho para atuação coordenada entre os integrantes.

Também houve uma reunião técnica entre os responsáveis pelos laboratórios de monitoramento de satélite (geoprocessamento) dos Ministérios Públicos de Mato Grosso do Sul e do Paraguai, com o objetivo de trocar informações e compatibilizar/compartilhar bases de dados.

É de se registrar que a articulação entre os integrantes do Ministério Público de Mato Grosso do Sul e do Paraguai vem se focando mais na proteção do Pantanal e também na questão de contrabando ilegal de carvão na fronteira entre os dois países, sendo que por iniciativa dos mesmos, em março de 2009, houve pela primeira vez reunião entre as autoridades aduaneiras, tributárias e ambientais de ambos os lados da fronteira, as quais expuseram informações sobre quais documentos são necessários para a importação legal do produto, além de apontarem as principais ocorrências de falhas e burlas ao sistema de fiscalização, que passarão a ser corrigidas.

A segunda reunião regional da rede ocorreu em Lima, no Peru, nos dias 16 e 17 de julho de 2009, sob a organização do Ministério Público daquele País, com a participação de membros de Ministério Público da Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, Equador e Paraguai, além é claro, de inúmeros integrantes do País organizador.

Nesta reunião foi obtida a inclusão de 30 membros do Ministério Público do Peru, todos com atribuição ambiental, ainda que não exclusiva.

Quando da data de fechamento deste livro, ainda estavam previstas para acontecer a reunião regional da Argentina (prevista para 17 e 18 de setembro de 2009) e do Chile (sem data prevista).

Além destas duas, também estava previsto para ocorrer o 1º Congresso Latino-Americano de Ministério Público Ambiental, a ser realizado nos dias 07 a 09 de outubro de 2009, em Bonito – MS – Brasil.

Muitas outras conquistas poderiam ser citadas, como a própria publicação deste livro, mas a opção didática adotada neste artigo apenas impõe registrar que está sendo construída, no dia a dia e sob os esforços de todos os integrantes, a efetiva implementação da Rede Latino-Americana de Ministério Público Ambiental.

5 Desafios futuros e conclusão

O principal desafio deste projeto é não deixar arrefecer o ânimo entre os seus integrantes e implementar, cotidianamente, uma cultura de troca de expe-

riências, conquistas e derrotas, que possam servir de alicerce para uma integração real e efetiva entre os Ministérios Públicos para a defesa do Meio Ambiente.

A busca de soluções de desburocratização dos contatos sem violação das normas de Direito Internacional, a troca de experiências exitosas e sua "importação" para o sistema jurídico de outro país, e a criação de uma cultura de freqüente compartilhamento entre os integrantes são os próximos desafios a serem enfrentados, isto sem contar com a busca de recursos financeiros para suportar os encontros individuais extremamente necessários e proveitosos.

Contudo, os avanços já obtidos com menos de um ano de existência deste projeto levam a crer que o esforço será recompensado com uma maior implementação da legislação ambiental na América Latina, protegendo-se via de conseqüência os vários biomas existentes neste continente.

EL DERECHO AMBIENTAL EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

Renato Rabbi-Baldi Cabanillas*

De conformidad con la invitación que generosamente se me ha efectuado, estructuraré el presente trabajo de acuerdo con el orden de cuestiones que me ha sido propuesto, en la inteligencia de que, de este modo, se mantiene la unidad estructural del libro y se permite una rápida comparación de los temas con las demás naciones de América del Sur.

1 ¿Hay previsión para la defensa del medio ambiente en la Constitución del país como derecho fundamental?

La ley 24.309 de 1993 por la que se declara la necesidad de la reforma parcial de la Constitución Federal de 1853, por medio del art. 3º, letra "K", habilitó el debate a fin de incluir como artículo nuevo a incorporar en el capítulo segundo de su Primera Parte – denominada tradicionalmente como parte "dogmática" –, una cláusula destinada a la "preservación del medio ambiente". De este modo, el legislador no sólo se hizo eco del generalizado interés de la sociedad en favor de la explícita positivización de una norma de dicha naturaleza, sino que adoptó la tendencia prevaleciente tanto en el derecho comparado constitucional internacional,[1] como argentino provincial.[2] El resultado

* Secretario Letrado de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina. Profesor Adjunto de Teoría General y Filosofía del Derecho, Universidad de Buenos Aires. El autor agradece a la docente ayudante alumna de la Universidad de Buenos Aires Eliana Hougassian por la recopilación y sistematización bibliográfica correspondiente a los apartados III, IV y V de este trabajo, así como las sugerencias y críticas dirigidas a éste con carácter previo a la presente versión.

1 Cfr., ciñéndome al ámbito iberoamericano, las constituciones de Bolivia (art. 137); Brasil (art. 225); Colombia (arts. 79/80); Cuba (arts. 11 y 27); Chile (art. 19, inc. 8); Ecuador (art. 19, inc. 2º); Guatemala (arts. 64 y 97); Honduras (art. 145); México (art. 27); Panamá (esp. art. 114); Paraguay (art. 6) o Perú (art. 123). Cfr. también, aunque bajo una diversa denominación, las de Costa Rica (art. 89); El Salvador (art. 69) o Venezuela (art. 106).

2 Cfr. Constituciones de Córdoba (art. 66); Corrientes (art. 49); Formosa (art. 38); La Rioja (art. 66); Jujuy (art. 22, inc. 1º); Río Negro (art. 84); Salta (arts. 78/83); Santiago del Estero (arts. 58 y 115, inc. 36); San Juan (art. 58); San Luis (art. 47); Tierra del Fuego (art. 25); Tucumán (art. 36). Cfr también, aunque de una manera menos explícita, las constituciones de Catamarca (arts. 61 y

fue el art. 41,[3] texto según la reforma de 1994, que observa las siguientes características:

1. La denominación de la *materia*, la que deja de lado la voz "medio ambiente" con la que se la menciona en la referida ley 24.309. A mi juicio, dicha expresión es, cuanto menos, equívoca, ya que, como expresa Vega Ruiz, existen diversos "medios" (hídricos, atmosféricos, físicos y culturales), pero en modo alguno un "medio" que sea "ambiente", a menos que esta palabra pueda oficiar de síntesis de todo lo anterior[4], lo cual exige un conjunto de precisiones conceptuales, cuyo consenso no siempre es sencillo de obtener.[5]

2. La noción *antropocéntrica* del derecho ambiental, en tanto éste es considerado un derecho de las *personas*[6] y no como se ha defendido desde ciertas perspectivas éticas, como un derecho *del ambiente,* dentro del cual el papel de aquella es visto como un mero componente del ecosistema o, más todavía, tal y como lo afirma la denominada *deep ecology*, como un elemento directamente descartable a la luz de los requerimientos de aquél.[7]

3. El ambiente como *límite* del obrar de las personas. La precedente afirmación no debe llevar a la creencia de que la persona, en tanto que sujeto y destinatario del ambiente, pueda comportarse frente a él con entera prescindencia de su sentido. No se trata, como expresaba Saint Simon, de "ocuparse únicamente de actuar sobre la naturaleza para modificarla tanto como sea posible en el sentido más ventajoso para la especie humana". Por el contrario, con Alvira, cabe señalar que es menester recuperar el sentido que anida en la naturaleza misma: ésta, en efecto, "me indica, tiene una cierta vida propia, me dice algo, me hace pensar, volver la mirada hacia adentro". En la naturaleza, en efecto, puedo encontrar mi *casa*: no, como en el pensamiento "ilustrado", una pura *base* ni, como en el "malthusianismo"; el "biologismo" o la "deep ecology", una mera *parte* – junto al hombre – del cosmos. Por el contrario, la naturaleza es una realidad de la que *dependo* pero a la que, justamente por ello, *cuido*.[8] Esta dimensión del vínculo hombre-naturaleza que constituye un inequívoco giro a la tradición judeo-greco-romana, encuentra respaldo en diversas manifestaciones de la norma[9]:

4. Precisado el respeto al ambiente, conviene trazar su alcance. Éste es concebido de manera sumamente abarcadora. Comprende al *patrimonio natural y cultural*. El primero es definido por el "Informe" emitido por la mayoría en la Comisión de Nuevos Derechos, "entre otras cosas", como "el paisaje, los yacimientos fósiles, los aerolitos, meteoritos y todo otro cuerpo celeste que haya ingresado en el territorio nacional". Por su parte, se considera que el patrimonio cultural "incluye los aspectos urbanísticos, arqueológicos y antropológicos".[10] En ese sentido, para la convencional Roulet, el concepto de ambiente sano incluye "todos los ámbitos construidos que alojan todas las actividades del hombre".[11] De ahí que, ante una observación del convencional Cullen de que se incluya, como objeto de protección ambiental, el "patrimonio histórico",[12] la convencional Roulet recordó que la voz patrimonio cultural suponía lo histórico, como, asimismo, los bienes antropológicos, arqueológicos, urbanísticos, arquitectónicos y estéticos.[13]

---

264); Chaco (art. 40); Chubut (art. 71); La Pampa (art. 61, inc. 22), Neuquén (art. 246); Santa Cruz (art. 74), y Santa Fe (arts. 28 y 55).

3 El art. 41 expresa: Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales. Se prohibe el ingreso al territorio nacional de residuo actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

4 Cfr. De Vega Ruiz, José A., *El delito ecológico*, Cólex, Madrid, 1991, pp. 5-6.

5 Así, en la doctrina alemana, mientras algunos incluyen bajo esta expresión sólo al ambiente "natural" (Prümm, Hans Paul, *Umweltschutzrecht*, Metzner, Frankfurt am Main, 1989, pp. 3-4), otros la extienden, además, al "cultural" (Hoppe, W./Beckmann, M., *Umweltrecht*, Beck, Munchen, 1989, pp. 3-4).

6 Cfr. Convención Nacional Constituyente, *Dictamen de Comisión nº 1*, "De la Comisión de Nuevos Derechos y Garantías a la Comisión de Redacción", p. 4 (en adelante se cita como *Dictamen*).

7 Cfr. en relación a lo último la paradigmática obra de Devali/Sessions, *Ecologia profonda. Vivere como se la natura fosse importante*, Abele, Turín, 1989. Sin ir tan lejos, se han extendido sobre los "derechos" de los animales, desde una perspectiva utilitarista, Singer, Peter, *Animal liberation*, New York Review Press, New York, 1975; y desde una óptica neo-kantiana, Rollin, Bernard E., *Animal rights and human liberation*, Prometheus Books, Buffalo, 1981, y Regan, Tom, *The case for Animal rights*, Routledge, London, 1988. Para una visión de conjunto de estas ideas, cfr. Regan, Tom/Singer, Peter, *Animal rights and human obligations*, Prentice Hall, New Jersey, 1989. Para una crítica de dichos planteamientos, cfr Ballesteros, Jesús, *Ecologismo personalista. Cuidar la naturaleza, cuidar al hombre*, Tecnos, Madrid, 1995, o Massini Correas, Carlos I., "Derechos ecológicos y dignidad humana" en *Ecologia y Filosofia*, Idearium, Mendoza, 1993, pp. 7-14.

8 Cfr. en relación a los dos textos recién citados, Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato, "Notas para una fundamentación del derecho ambiental", *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, 13, Abeledo Perrot, 1993, pp. 264 y 270-271.

9 Me he extendido recientemente acerca de este giro en mi estudio (todavía inédito), "La fundamentación filosófico-jurídica del derecho ambiental: su aplicación en los casos jurisprudenciales", *III Congreso Internacional Transdisciplinar "Ambiente y Derecho"*, Universidad Católica de Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Brasil, abril 2/4 de 2007.

10 *Dictamen,* nota 6, p. 4.

11 Convencional Roulet, en *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. V, La Ley, Buenos Aires, 1995, 13ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria (cont.), 20/7/94, punto 5 "Preservación del Ambiente", p. 4565 (en lo sucesivo se cita como *Obra*).

12 Convencional Cullen, *ibid.*, p. 4629. Asimismo, al someterse a votación el texto (pp. 4664-5), insistió "teniendo en cuenta la importancia que reviste la vinculación que debemos tener con nuestras propias raíces", que la protección bajo análisis se extienda al patrimonio histórico.

13 Convencional Roulet, *ibid*, pp. 4631 y 4665. En sentido concordante: convencional Hernández, *ibid.*, p. 4666 y convencional Vallejos, *ibid.*, p. 4604, para quien, con fundamento en lo dispuesto

5. Definido el alcance del ambiente, cabe calificarlo: no se ha de proteger cualquier *hábitat*, sino un ambiente sano y equilibrado, es decir, un ámbito en el que la persona pueda desarrollar una "calidad de vida" acorde con sus requerimientos. No se trata, pues, de "vivir", sino, como decía Aristóteles, de "bien vivir", idea recuperada por la Conferencia de Estocolmo de 1972 – primera convocada por la ONU a fin de proteger el ambiente –, cuyo primer principio expresa que han de alcanzarse "condiciones de vida satisfactorias, en un medio ambiente cuya calidad le permita [al hombre] vivir en la dignidad y el bienestar...".

6. La consideración del derecho ambiental como *un derecho de solidaridad*, aspecto éste que se manifiesta a través de dos notas fundamentales:

a) la preocupación de que "las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras" y que importa la recepción de lo que en la doctrina ambiental comparada se conoce como "desarrollo sustentable", según la formulación acuñada por el célebre "Informe Brundtland".[14] Ahora bien: el proyecto en examen, con buen criterio, excluyó – a pesar de su manifiesta popularidad – la expresión "desarrollo sustentable" en razón no sólo de resultar ambivalente entre nosotros, ya que en no pocas ocasiones suele ser reemplazada por las voces "sostenible" o "sostenido", sino porque todas estas voces tienen en común el no existir en lengua castellana. En línea con lo expuesto, el artículo dispone que se "proveerá a la utilización racional de los recursos", cuyo concepto fue precisado en el debate al señalarse que la expresión "utilización racional" incluye el concepto de análisis del impacto ambiental[15] y, ante una inquietud del convencional Barcesat, se explicitó que la expresión "actividades productivas" también abarca la prestación de servicios.[16]

en la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de la UNESCO, la noción en estudio incluye los monumentos, bienes paleontológicos y bienes culturales inmateriales.

14 Cfr. *Dictamen*, nota 6, p. 4. El Informe recién referido fue publicado por la Comisión Mundial de Medio Ambiente y Desarrollo en 1987, bajo el elocuente título de "Nuestro futuro común", con el objeto de superar los excesos tanto de un desarrollo económico que no reparaba en el *sentido* de la naturaleza y en el consecuente respeto a sus límites, como del denominado "crecimiento cero" (*Wachstum Null*), muy divulgado entre ciertos grupos pertenecientes al movimiento "verde" (cfr al respecto y en relación a Alemania, donde la polémica fue particularmente intensa, Wicke, Lutz, *Umweltöekonomie. Eine praxisorientierte Einführung*, F. Vahlen, München, 1993, pp. 314 ss.). Según dicho Informe, se entiende por *suistanable development* "el que satisface las necesidades del presente sin poner en peligro la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades".

15 Cfr. convencionales Meana García y Gómez de Marelli, en *Obra,* nota 11, pp. 4590 y 4616, respectivamente.

16 Cfr. convencional Barcesat, *ibid.*, p. 4664 y las respuestas de los convencionales Roulet y Hernández, pp. 4665 y 4666, respectivamente. Esta idea ha sido adecuadamente receptada por la ley 25.675, llamada "Ley General del Ambiente", cuyo art. 4º, al precisar los "principios de la política ambiental", alude a los principios de "equidad intergeneracional" y "sustentabilidad" (más allá, en cuanto a éste último, del defectuoso lenguaje empleado, según lo dicho en el cuerpo).

b) la explicitación de una idea ínsita en la noción misma de derecho y que, sin embargo, el pensamiento "ilustrado" había infravalorado al extremo de omitirla al redactar las clásicas declaraciones de derechos: la de que todo derecho supone, inevitablemente, el ejercicio de su correlativo *deber*. Desde esta perspectiva, el derecho ambiental es el derecho de todos los hombres a que sus congéneres adecuen – o *deban adecuar* – su relación con la naturaleza (física), de forma de permitir desarrollar la naturaleza (metafísica), es decir, finalista de la persona.[17]

7. Un adecuado enfoque de la *competencia y jurisdicción* sobre la materia, el cual se hace eco del denominado "federalismo de concertación", por el que se procura dar cuenta, por una parte, de la novedad del fenómeno ambiental en la economía de la Constitución; y, por otra, de la circunstancia de que dicho fenómeno resulta básicamente "indivisible", ya que, como expresa Frías, "la contaminación viaja".[18] Al respecto, en el *Informe* se lee que el proyecto incluye "la modalidad de la legislación de base nacional, definidora de la política general del país en la materia, lo cual quedará expresado en 'principios comunes' a tal efecto, así como los 'niveles mínimos de protección', lo cual implica establecer una virtual modalidad de complementación o concurrencia legislativa entre la Nación y las provincias".[19] En efecto, como se ha adelantado, la cuestión ambiental no sólo no es local, sino que ni siquiera es, *stricto sensu*, regional, ya que asume una dimensión claramente global: de nada sirve llevar adelante una política respetuosa con el ecosistema, v.gr., en la Mesopotamia que comprenden los ríos Uruguay y Paraná, si los vecinos ribereños de aguas arriba no la corresponden o viceversa. De ahí la necesidad de establecer, cuanto menos a nivel nacional, una legislación de base, sin perjuicio de lo que las provincias profundicen sobre tales mínimos, en función de sus peculiaridades locales e, incluso, con arreglo a acuerdos internacionales e interregionales, tal y como lo prevé el art. 124, Constitución Nacional).[20]

17 Cfr. Rabbi-Baldi Cabanillas, nota 8, pp. 283-284.

18 Frías, Pedro J., "El sistema de competencia en derecho ambiental", *en Derecho empresario*, IV, p. 200.

19 *Dictamen,* nota 6, p. 4.

20 Esta idea ha sido cabalmente expresada por la citada ley 25.675 a través del denominado "principio de congruencia" (por lo demás, y quizá no por azar, el primero del conjunto de directrices que enuncia el mencionado art. 4º), cuando dice que "La legislación provincial y municipal referida a lo ambiental deberá ser adecuada a los principios y normas fijadas en la presente ley; *en caso de que así no fuere*, ésta prevalecerá sobre toda otra norma que se le oponga" (énfasis añadido). La jurisprudencia ha adoptado, asimismo, idéntico temperamento. Un buen ejemplo es la sentencia de la Sala I de la Cámara Federal de San Martín del 9/12/04, *in re* "Landnort", en la que al descalificar la pretensión de inconstitucionalidad de la referida ley, precisó lo siguiente: "La facultad que la Constitución Nacional reconoce al Congreso para establecer los 'presupuestos mínimos de protección' no debe confundir: en el punto lo mínimo en extensión es lo máximo en importancia, a-

8. El segundo párrafo pone bajo la tutela de "las autoridades" – que en la hermenéutica constitucional alude tanto al "Gobierno Federal" (Título Primero), como a los "Gobiernos de Provincia" (Título Segundo) – un conjunto de tareas cuyo contenido, en parte, ya fue analizado. Resta ahora considerar:

a) *La protección de la diversidad biológica*. Esta expresión recién aparece, en reemplazo de "diversidad genética", en el texto que el convencional Hernández, en su carácter de miembro informante de la Comisión de Redacción, sometió a la Asamblea.[21] Sin embargo, parece posible desentrañar su origen. Por de pronto, las convencionales Roulet y Vallejos reconocen que "diversidad genética" es parte del concepto más amplio de "diversidad biológica", el que alude a la variedad de los genes, especies y ecosistemas de una determinada región, los cuales, en coincidencia con lo ya expuesto por varios convencionales, correspondía firmemente proteger. A su vez, en su intervención, la convencional Vallejos insinuó que solicitaría reemplazar la expresión consensuada, tal vez por su menor alcance si se la compara con la "diversidad biológica" y si bien no surge del debate la formal propuesta de cambio, es cierto que éste finalmente se efectuó.[22]

b) *El deber de proveer a la información y educación ambientales*. Este deber también fue concebido en términos amplios. A juicio de la convencional Roulet – criterio compartido por otros convencionales –, lo atinente a la educación comprende tanto la "formal" (escolar), como la "informal" (esto es, que "pueda llegar por todos los medios y a toda la población...").[23] A su vez, la información supone no solamente la accesibilidad por parte de toda la población, a fin de que ésta pueda participar de modo activo en el debate sobre la presente materia, sino también la obligación del Estado de proveerla si ésta no es de fácil acceso, justamente para favorecer "que la racionalidad de las decisiones pueda ser efectivamente puesta en marcha".[24]

quello que no puede desconocerse en todo el territorio nacional". Y añade: "'las necesarias para complementarlas' son las que deben dictar las provincias, que atendiendo a las peculiaridades locales podrán disponer otras normas que extiendan las mínimas pero no desconocerlas".

21 Cfr. *Obra*, nota 11, p. 4661.

22 Cfr. convencionales Roulet y Vallejos, *ibid.*, pp. 4566 y 4604.

23 Cfr. *ibid.*, pp. 4566/67.

24 Cfr. convencional Roulet, *ibid.*, p. 4667. Cfr. asimismo: Meana García, 4590; Del Bono, p. 4620; Arellano, 4653. A mi ver, esta exégesis deja a salvo la inquietud expuesta por el convencional Schröeder en nombre de su bloque, ya que armoniza sustancialmente con el sentido por él otorgado a las cuestiones bajo análisis (cfr. *ibid.*, p. 4578). Estas misiones han sido expresamente recogidas por la "Ley General del Ambiente", arts. 14-18.

2 ¿Cuáles son los principios del derecho ambiental reconocidos?

La doctrina suele referirse a los principios de *prevención; recomposición*; *indemnización* (o del *causante*) y *cooperación*. El segundo de los nombrados ostenta rango constitucional, en tanto que los restantes han sido receptados por la señalada ley federal 25.675 de 2002, y cuyo art. 4º dispone que "la interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política Ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios".

1. Así, el de *prevención* es asumido en el referido artículo bajo los nombres de principio de "prevención" y "precautorio", los que, respectivamente, disponen que las "causas de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir" y "cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información [...] no deberá utilizarse para postergar la adopción de medidas eficaces...".

2. En cuanto al principio de *recomposición*, como se anticipó, el art. 41 de la Constitución dispone que "el daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley". La mencionada ley 25.675, bajo el nombre de "principio de responsabilidad" (art. 4º) dispone que el "generador de efectos degradantes del ambiente, actuales o futuros, es responsable de los costos de las acciones preventivas y correctivas de *recomposición*, sin perjuicio de la vigencia de los sistemas de responsabilidad ambiental que correspondan" (énfasis añadido). De esta manera, parece cumplirse la voluntad del convencional constituyente cuando, a través de la convencional Vallejos, expresó que 'la recomposición es una técnica cuyo grado de ejecución deberá ajustarse en la futura norma legal [...] según las posibilidades de llevarla a cabo [...]. Pero, además, no es la única obligación que establece la norma, puesto que recoge otros principios resarcitorios derivados de la ley y los códigos al hacer referencia a la palabra 'prioritariamente'."[25]

3. El principio de *indemnización*, tal y como acaba de leerse, es asumido en la ley bajo el nombre de principio de "responsabilidad", ya que el generador del daño ambiental asume el costo de su reparación. En relación con esto, la convencional Roulet expresó que si bien "la primera prioridad sería recomponer el daño volviendo a la situación ex *ante*", dicho temperamento no excluye "la obligación de resarcir" cuando aquélla no resulte posible de reali-

25 Convencional Vallejos, *ibid.*, p. 4604. Natale, *ibid.*, pp. 4573/4 saludó la incorporación de la voz "prioritariamente", ya que, a su juicio, como la noción de daño ambiental es "muy elástica", se podría llegar "por inferencia de este artículo a la perspectiva de bloquear cualquier emprendimiento público o privado que se quisiese hacer...".

zar.[26] En ese horizonte, el art. 28 de la ley 25.675 expresa que "el que cause tal daño será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción", en tanto que de no ser "técnicamente factible, la indemnización sustitutiva que determine la justicia [...] deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental..." que es creado por el art. 34 y que está "destinado a garantizar la calidad ambiental, la prevención y mitigación de efectos nocivos o peligrosos sobre el ambiente" y "la atención de emergencias ambientales".

Por su parte, el convencional Del Bono efectuó una completa lectura de los tres principios hasta aquí enunciados. A su juicio, "el término recomponer no descarta el resarcimiento, pero indica básicamente que para nosotros el problema no es el daño económico sino el que se hace a la humanidad", por lo que "lo más importante es mantener el medio ambiente tal como está". De ahí que aún más importante que recomponer es "procurar ante todo evitar que se produzca el daño". Y éste es, según su opinión, el criterio que sienta la norma en el párrafo segundo, al fijar diversas obligaciones de las autoridades del Estado en relación al tema. Por ello, concluye, "el Estado debe proveer y legislar para evitar el daño ambiental y si a pesar de todo éste se produjera, prioritariamente deberá buscarse su recomposición. Ésta debe ser la interpretación correcta de esta frase y de los dos párrafos siguientes del despacho en mayoría".[27]

4. El principio de *cooperación* es desglosado en la ley a través de los siguientes cuatro: el principio de "cooperación" propiamente dicho, según el cual "los recursos naturales y los sistemas ecológicos compartidos serán utilizados en forma equitativa y racional", de suerte que "el tratamiento y mitigación de las emergencias ambientales de efectos transfronterizos serán desarrollados en forma conjunta"; el de "solidaridad", por el que se estipula que "la Nación y los estados provinciales serán responsables de la prevención y mitigación de los efectos ambientales transfronterizos adversos de su propio accionar, así como de la minimización de los riesgos ambientales sobre los sistemas ecológicos compartidos"; el de "subsidiariedad", que atribuye al "Estado nacional [...] la obligación de colaborar y, de ser necesario, participar en forma complementaria en el accionar de los particulares en la preservación y protección ambientales" y el de "progresividad", según el cual "los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual...".

5. La ley explicita, además, otros dos criterios que se desglosan en tres principios. De un lado, lo que denomino (5º principio) de *razonabilidad*, el que se explicita a través del principio de "equidad intergeneracional", según el cual "los responsables de la protección ambiental deberán velar por el uso y

[26] Convencional Roulet, *ibid.*, *loc. cit.*
[27] Convencional Del Bono, *ibid.*, p. 4620.

goce apropiado del ambiente por parte de las generaciones presentes y futuras" y el principio de "sustentabilidad", por el que el "desarrollo económico y social y el aprovechamiento de los recursos naturales deberán realizarse a través de una gestión apropiada del ambiente, de manera tal que no comprometa las posibilidades de las generaciones presentes y futuras". Y, de otro, lo que denomino como (6º principio) de *concurrencia*, que el legislador llama de "congruencia", esencial para un país federal como el argentino, y por el que se estipula, tal se había anticipado, que "la legislación provincial y municipal [...] deberá ser adecuada a los principios y normas fijadas en la presente ley" y "en caso de que así no fuere", ésta última "prevalecerá sobre toda otra norma que se le oponga".

3 ¿Cómo se estructura el sistema de responsabilidad por daños al medio ambiente y por los crímenes o delitos ambientales?

1. En lo relativo al aspecto civil, la citada ley 25.675 prevé bajo el título de "daño ambiental" un sistema de responsabilidad objetiva extra contractual, cuyo principio general es el sistema plasmado en el Código Civil, luego de la reforma de 1968, en el art. 1113, 2º párr., el cual, en lo que aquí interesa, dispone que "en los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder".

Sobre tales bases, la ley de la materia, tras precisar que "el daño ambiental es toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos" (art. 27), dispone que "la exención de responsabilidad sólo se producirá acreditando que, a pesar de haberse adoptado todas las medidas destinadas a evitarlo y sin mediar culpa concurrente del responsable, los daños se produjeron por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no debe responder" (art. 29). En ese sentido, como escribe Bustamante Alsina, pueden considerarse cosas en el sentido del art. 1113, "los elementos del establecimiento industrial que han emanado los desechos o efluvios que se externalizan por el proceso de emisión-inmisión impregnando sus partículas en el ambiente que las expande...".[28]

A su vez, el art. 31 precisa que "si en la comisión del daño ambiental colectivo, hubieren participado dos o más personas, o no fuere posible la deter-

[28] Bustamante Alsina, Jorge, *Derecho Ambiental*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 122.

minación precisa de la medida del daño aportado por cada responsable, todos serán responsables solidariamente de la reparación frente a la sociedad...", en tanto que "en el caso de que el daño sea producido por personas jurídicas la responsabilidad se hará extensiva a sus autoridades y profesionales, en la medida de su participación".

Este tipo de responsabilidad objetiva ya era prevista en el Código de Minería respecto de los daños que la explotación de la mina cause al fundo civil en el que yace (art. 161) y en esta misma línea, aunque con un lenguaje más enérgico, la ley 24.051 que regula lo atinente a los "residuos peligrosos" dispone que el "dueño o guardián de un residuo peligroso no se exime de responsabilidad por demostrar la culpa de un tercero de quien no debe responder" y "cuya acción pudo ser evitada con el empleo del debido cuidado y atendiendo a las circunstancias del caso" (art. 47). A su vez, la siguiente disposición postula que "la responsabilidad del generador por los daños ocasionados por los residuos peligrosos no desaparece por la transformación [...] de éstos, a excepción de aquellos daños causados por la mayor peligrosidad que un determinado residuo adquiere como consecuencia de un tratamiento defectuoso realizado en la planta de tratamiento...".

De lo expuesto, se advierte que en principio (si se pondera las excepciones a que puede dar lugar el sistema que se describe *infra* IV), la responsabilidad civil no puede ser dispensada por ninguna autorización administrativa, tal y como lo dispone el sugerente y – desde la perspectiva del derecho ambiental, el visionario – art. 2618 del Código Civil –texto según la reforma de 1968-, según el cual "las molestias que ocasionen [...] vibraciones o daños similares en inmuebles vecinos, no deben exceder la normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar y *aunque mediare autorización administrativa para aquéllas*". Sobre tales bases, enseña Bustamante Alsina en su trabajo anteriormente citado que, respecto de terceros, la autorización de una obra con sustento en la declaración de "aptitud ambiental" a que da lugar la evaluación de impacto ambiental al que se hará referencia *infra* V, no libera al responsable de la obra en los términos del derecho común si se produjeran daños sobrevivientes. Y, de igual modo, tampoco podrá el titular de un establecimiento exonerar su responsabilidad invocando la prioridad en el uso del lugar, respecto de los damnificados que se hubieran radicado en tal sitio con posterioridad a aquél.

Como se ha anticipado ya, la reparación consiste, prioritariamente, en el "restablecimiento" del bien ambiental tutelado "al estado anterior a su producción" (arts. 41 de la Constitución Nacional y 28, de la ley 25.675) o, en defecto, de ello, la "indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria" (art. cit.) y, en su caso, la "cesación de tales molestias" (art. 2618, Cód. Civ.). Ahora bien: como tanto el restauración de la cosa como la indemnización son, de ordinario, de difícil concreción, la ley 25.675 prevé la concreción del ya referido "fondo de compensación ambiental" que, como escribe Bustamante Alsina "socializa la reparación" en lo que constituye otra muestra más del tópico de la cooperación o solidaridad que gobierna esta materia. Así, el art. 34 establece que tal fondo, "administrado por la autoridad competente de cada jurisdicción", estará destinado, en cuanto aquí interesa, a "garantizar [...] los costos de las acciones de restauración".

El daño ambiental puede ser susceptible de una acción de amparo, que es la "expedita y rápida" que la Ley Fundamental autoriza interponer contra "todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución" (art. 43, 1º párr.), entre los que se encuentra el "ambiente" (ibid, 2º párr.). Al respecto, el constituyente pone esa acción en cabeza del "afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley" (ibid., loc. cit.). Por su parte, el art. 30 de la ley 25.675 extiende los legitimados al estado "nacional"; "provincial" y "municipal".

Ahora bien: la referida acción no es una vía ordinaria sino, para seguir las palabras de la Corte Suprema, "excepcional" o, como alguna vez mencionó la doctrina (por ejemplo Sagües) "heroica" o "residual", pues sólo actúa ante un peligro grave e inminente.[29] De ahí que, cuando no se cumplen tales recaudos, como escribe Bustamante Alsina, "el damnificado puede hallar las vías procesales ordinarias [...] tanto para prevenir el daño como para obtener el debido resarcimiento de quien resulte responsable".[30] Entre esas vías, dicho autor menciona la "prevención del daño ambiental" a partir de una relectura de la denuncia por daño temido prevista en el art. 623 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que estipula que "quien tema que de un edificio o de otra cosa derive un daño a sus bienes, puede denunciar ese hecho al juez a fin de que se adopten las oportunas medidas cautelares"; y lo que puede llamarse "cesación del daño ambiental", demanda prevista ante las referidas "molestias que ocasionen el humo, calor, olores [...], ruidos, vibraciones o daños similares de acciones en inmuebles vecinos" del mencionado art. 2618 del Código Civil. En ese supuesto, el titular del derecho real tiene por objeto solicitar el cese de la actividad y la abstención de volverla a llevar a cabo. Sin embargo, en estos casos la norma reconoce que el "juez debe contemporizar las exigencias de la producción y el respeto debido al uso regular de la propiedad", al igual que la "reparación o resarcimiento del daño ambiental".

[29] Cfr al respecto el dictamen de mayoría fundado por el convencional Rodolfo Díaz al incluirse el amparo en el actual art. 43 de la Constitución Nacional, en *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente*, 29ª reunión, 3ª sesión ordinaria (cont.), 11/8/94, esp. pp. 4046-4047.

[30] Bustamante Alsina, Jorge, "El daño ambiental y las vías procesales de acceso a la jurisdicción", *Jurisprudencia Argentina*, 1996-IV-896, ap. V, b.

2. En sentido estricto, no existe una legislación penal autónoma para la materia ambiental. Al respecto, cabe en primer término considerar el art. 200 del Código Penal, por el que se reprime a quien "envenenare o adulterare, de un modo peligroso para la salud, aguas potables o sustancias alimenticias o medicinales, destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas", pena que se eleva si "el hecho fuere seguido de la muerte de alguna persona" (ibid., *in fine*) o que se reduce si el hecho "fuere cometido por imprudencia o negligencia o por impericia en el propio arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas..." (art. 203).

La reciente ley de residuos peligrosos ya citada (24.051) dedica el cap. IX al "régimen penal" y desde esa perspectiva parte de la doctrina suele, genéricamente, considerarlo como el ámbito por antonomasia que tipificaría los delitos "ambientales". De hecho, la jurisprudencia tiene a acudir a ellas cuando aborda cuestiones penales ambientales.[31] En esta norma se reprime con las mismas penas establecidas en el recién mencionado art. 200 del Cód. Penal al que "utilizando los residuos a que se refiere la presente ley, envenenare, adulterare o contaminare de un modo peligroso para la salud, el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general" (art. 55), incrementándose la sanción si el hecho fuere seguido de la muere de alguna persona (ibid., *in fine*); reduciéndose si alguno de tales hechos fuese cometido por imprudencia o negligencia (art. 56), pero, en este último supuesto, la pena se aumenta si de ello "resultare enfermedad o muerte de alguna persona".

4 Instrumentos de justicia consensual

¿Cuáles son los instrumentos de justicia consensual posibles para no tener que llegar al fin de un proceso judicial y conseguir la recuperación y/o indemnización del daño (acuerdos civiles anteriores al proceso; acuerdos en procesos civiles; suspensión del proceso penal; transacción; etc.?

En el derecho comparado existen diversas alternativas como, entre otros, los "permisos de emisión negociables"; las "ayudas públicas" o los "acuerdos negociados". En relación con ésta última tipología, explica Díaz Araujo que "la ratio de esta técnica [...] consiste en establecer un régimen sectorial de naturaleza restrictiva muy intensa [...] no con la finalidad de ponerlo en ejecución sino [...] con la idea de utilizarlo como incentivo [...] para que los destinatarios del sistema se vean obligados a negociar con la Administración un régimen distinto pero voluntariamente aceptado, de forma que la Administración ahorre recursos en costos de implementación aunque sacrifique [...] la aplicación del régimen estricto que, en última instancia, actúa en caso de incumplimiento del régimen voluntario y negociado".[32]

En la Argentina, la autora recién citada refiere que la Provincia de Mendoza (Resolución 778/1996) ha implementado un "acuerdo negociado" respecto de la gestión de los vertidos contaminantes al dominio público hídrico provincial. Teniendo en cuenta el objetivo de impedir la contaminación o degradación de las aguas, tanto superficiales como subterráneas, la norma prohíbe los vertidos a los cursos naturales de aguas, con la excepción de los permitidos por la autoridad administrativa. Y en ese contexto, contempla los supuestos en que los administrados no cumplan con los requerimientos técnicos establecidos, en cuyo caso pueden presentar un programa de adecuación a los parámetros legales, lo que genera la celebración del convenio pertinente como condición para obtener el permiso de vertido. Dicho acuerdo, añade Díaz Araujo, entraña "el otorgamiento de un plazo, razonablemente fundado, con el objeto de implementar un sistema de tratamiento de efluentes que lo conduzca paulatinamente a cumplir las exigencias de la resolución". Como es obvio, "todo permiso o autorización de vertido es precario y podrá ser revocado por razones de oportunidad o conveniencia o en ejercicio del poder de policía", de modo que "si transcurrido el tiempo previsto de validez del convenio", la empresa no lo hubiera satisfecho "por causas imputables a la misma", se clausurará el vuelco [...] sin perjuicio de las demás sanciones que correspondieren".[33]

Ahora bien: desde la perspectiva filosófico-jurídica que gobierna la materia ambiental, tal y como se ha señalado en el apartado I, la existencia de este tipo de acuerdos no deja de plantear interrogantes críticos. Por de pronto, como ha escrito la Corte Suprema de Justicia de la Argentina en el reciente – y trascendente – caso "Mendoza", el ambiente es un "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".[34] En ese contexto, la disposición de elementos de ese bien colectivo e indivisible, aún a través de pactos que, supuestamente, aseguran una afectación controlada y llamada a cesar al cabo de un tiempo razonable, no deja de ser, *per se*, reprochable. Es lógico: si no se discute que "la Admi-

[31] Cfr, entre muchos ejemplos procedentes de diversos tribunales, causas "Aisemberg, Daniel", Cám. Nac. Fed. Crim. y Correc., sent. del 27/3/02, *DJ-La Ley*, 2004-1-836 ss. (con nota de Alejandro Freeland, "Sobre lo 'peligroso' en la ley de residuos peligrosos"); "Felici, Octavio s/infracc. Ley 24.051", Cám. Fed. San Martín, sent. del 14/6/05, *in re* (con nota de Alejandro Freeland López Lecube, "El Derecho", Buenos Aires, 23/12/05); "EDET SA s/infracción a la ley 24.051, Cám. Fed. Tucumán, sent. del 30/8/05, *in re*, o "González, Juan A. s/denuncia por contaminación", Trib. Oral Fed. Crim. Tucumán, sent. del 29/5/06, *in re*.

[32] Díaz Araujo, Mercedes, "La regulación ambiental: nuevas formas de intervención preventiva, represiva, compensatoria y estimuladora", *Jurisprudencia Argentina*, 2002-III-939, ap. III, d, 13.

[33] Ibid, ap. IV, b.

[34] CSJN, causa "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros", sent. del 20/6/06, consid. 6º, 3º párr.

nistración no puede realizar ningún convenio con un particular en perjuicio de terceros",[35] *a fortiori*, si el perjudicado es el bien de todos.

Sin embargo, amplios sectores de la doctrina y una creciente legislación ve en estos acuerdos una manifestación del "estado cooperativo", de modo que, como expresa Díaz Araujo, "puede contribuir a aumentar la aceptación de las resoluciones administrativas",[36] ya que éstas, a través del camino indicado procuran obtener el cabal cumplimiento de los objetivos de máxima planteados y que, de una manera tradicional, resultarían de imposible o muy dificultosa concreción. Con todo, la propia autora recién citada considera que una manera de mejorar los mecanismos de celebración de los convenios es el recurso a audiencias previas con las partes interesadas y potenciales afectados, aspecto éste especialmente enfatizado en el procedimiento de evaluación del impacto ambiental (cfr. art. 21, ley 25.675), al que se aludirá en el próximo punto.

En este sentido, más allá de advertirse en el marco de un proceso contencioso, el recurso a las audiencias públicas y a la formulación de planes que pueden tener, en cuanto a sus efectos prácticos, resultados semejantes a los acuerdos aquí descritos, se observa en el citado caso "Mendoza", en el que se había demandado el saneamiento ambiental de la cuenca de los ríos Matanza y Riachuelo y que afecta a tres jurisdicciones: la Provincia de Buenos Aires; la ciudad de Buenos Aires y el Gobierno Federal. En dicha causa, en efecto, y a través de diversas decisiones, la Corte Suprema convocó a sucesivas audiencias públicas con las partes afectadas; las empresas aparentemente contaminantes y las autoridades públicas, para lo cual estableció un minucioso "Reglamento". Además, requirió dentro de determinados plazos, que las firmas demandadas informen si "existen sistemas de tratamiento de los residuos" y "seguros ambientales" y a las autoridades públicas anteriormente señaladas y al Consejo Federal del Medio Ambiente (COFEMA) creado en el marco de la ley 25.675, la formulación de un plan integral de defensa del ambiente sujeto, entre otros criterios, al uso adecuado de los recursos ambientales y a que la "máxima producción y utilización de los diferentes ecosistemas" garantice "la mínima degradación y desaprovechamiento", así como la promoción de la "participación social en las decisiones...". Presentado dicho plan, el Alto Tribunal dispuso la intervención de la Universidad de Buenos Aires a fin de que informe sobre su "factibilidad". Por último, la Corte, con motivo del traslado de la demanda, ordenó al Estado Nacional; a la Provincia de Buenos Aires; a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a la Autoridad de la Cuenca Matanza-Riachuelo (ACUMAR) que suministre diversas informaciones. Entre ellas, y en cuanto aquí interesa, requirió, entre otras medidas, el "aporte presupuestario de cada una de las jurisdicciones integrantes de la Autoridad de la Cuenca", así como "los traslados de poblaciones y planes de urbanización que se requieren"; "los traslados de empresas que se disponen"; el "saneamiento de basurales"; la "limpieza de márgenes del río". El pasado 8 de junio del corriente año 2009, ACUMAR presentó ante el juzgado al que la Corte derivó la dirección del proceso un informe que da cuenta de diversas decisiones adoptadas en su carácter de organismo autónomo con facultades de control y prevención de la política ambiental respecto de la cuenca, con lo que se advierte que, a pesar de la complejidad de la cuestión, el empeño de recuperación ambiental de un lugar densamente poblado y altamente industrializado, comienza a dar sus primeros pasos.[37]

[35] Díaz Araujo, nota 34, ap. IV, c.
[36] *Ibid., loc. cit.*

5 ¿Hay evaluación de impacto ambiental prevista en la legislación de su país?

Se conoce la evaluación del impacto ambiental como el "estudio realizado para identificar, predecir e interpretar, así como para prevenir, las consecuencias o efectos ambientales que determinadas acciones, planes, programas o proyectos pueden causar a la salud y al bienestar humanos y al entorno".[38] Se trata, pues, de un procedimiento *previo*, destinado a *registrar y valorar*, de manera sistemática, todos los efectos potenciales de un proyecto con el objeto de evitar, tanto como resulte posible, perjuicios en el ambiente.

La ley 25.675 regula de manera genérica esta cuestión en sus arts. 11 a 13. En lo esencial, se precisa que "toda obra [...] susceptible de degradar el ambiente [...] estará sujeta" a la referida evaluación. De ahí que las personas físicas y jurídicas deban presentar una declaración jurada por la que manifiesten si tales obras "afectarán el ambiente", y las autoridades determinarán la presentación de una evaluación "cuyos requerimientos estarán detallados en ley particular", luego de lo cual se emitirá una "declaración de impacto ambiental" que apruebe o rechace los estudios efectuados. Como se anticipó, el art. 21 establece que "la participación ciudadana deberá asegurarse, principalmente, en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental", lo que constituye una típica manifestación del principio de cooperación que gobierna la presente materia. Y de acuerdo con los protocolos establecidos en la legislación comparada a la que hace referencia Bustamante Alsina (Canadá, Francia y España), al cabo de dicha intervención se toma la decisión final, la que

[37] Cfr, además de la sentencia referida en la nota 36, las del 24/8/06; 30/8/06; 6/2/07; 20/3/07; 12/6/07, y 22/8/07.
[38] Mosmann, Victoria, "La prueba necesaria en el proceso civil por daño ambiental. El procedimiento administrativo de evaluación de impacto ambiental y social (EIAS)", Jurisprudencia Argentina, 2007-IV-1213, ap. III.

puede consistir en: a) rechazo total del proyecto; b) postergación para suplir deficiencias, o c) aprobación del proyecto al considerárselo con "aptitud ambiental".

En ese horizonte, las siguientes disposiciones nacionales prevén la evaluación bajo estudio: ley de impacto ambiental de obras hidráulicas con aprovechamiento energético (23.879 y sus modificatorias); ley de residuos peligrosos (24.051); ley de residuos provenientes de actividades industriales y servicios (25.612), y de bosques nativos (26.331). Asimismo, la ex Secretaría de Recursos Naturales y Ambiente Humano creó a través de las resoluciones 501/95 y 60/96 el "Registro de Consultores en Estudios de Impacto Ambiental" (RCEIA), el que tiene por objeto brindar información sobre consultores individuales y firmas a quienes deban realizar obras en las que es imperativo contar con estudios de impacto ambiental.

De modo análogo, la práctica totalidad de las provincias han previsto a través de diversas disposiciones, regulaciones precisas respecto de la evaluación del impacto ambiental, y algunas de ellas (tal el caso de Tierra del Fuego; Santa Cruz o Río Negro, incluso en sus propias constituciones). A mero título ejemplificativo, se mencionan algunas disposiciones de los estados más populosos: la Provincia de Buenos Aires ha regulado la materia, entre otras, por intermedio de la ley 11.459 (de "radicación industrial"); 11.720 (de "generación, manipulación, transporte, tratamiento y disposición final de residuos especiales" o la 11.723 (de "medio ambiente"); la de Córdoba, entre otras, por conducto de la 7.343 ("principios rectores para la preservación, conservación, defensa y mejoramiento del Ambiente"); la de Santa Fe, entre otras, a través de la 11.717 ("Ley de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable"), y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por conducto de la ley 123 ("Procedimiento técnico-administrativo de evaluación de impacto ambiental EIA").

MINISTERIO PUBLICO EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE LA PROVINCIA DE CATAMARCA

María del Milagro Vega*
Javier Roberto Merep**

El Ministerio Publico previsto en la Constitución de la Provincia de Catamarca prescribe que será presidido por el Procurador General de la Corte e integrado por los Agentes fiscales y Defensores, constituyendo un órgano autónomo, que formará parte del Poder judicial y gozará de sus garantías de independencia.

Como se advierte a diferencia del Ministerio Público de la Nación, no ha logrado nuestro Ministerio Público, la significativa ventaja de separarse con claridad de la Defensa Pública. Uno de los diagnósticos que suelen hacerse al analizar los problemas organizacionales es el de la "esquizofrenia institucional" que implica contener al mismo tiempo, y bajo una misma conducción, a la Acusación y la Defensa Pública.

También se advierte la ventaja que el Ministerio Público de la Nación tiene en la diferenciación institucional respecto de la judicatura, ya que desde 1994 es la propia Constitución la que se ha encargado de dejar bien claro que los Fiscales de la Nación no integran el Poder Judicial, cosa que no sucede en nuestra provincia, donde los jueces, fiscales y defensores oficiales pertenecen al mismo Poder Judicial. Esto no sería necesariamente malo, si existiese una fuerte diferenciación cultural, pero esto no es así, ya que los derechos y obligaciones de fiscales, magistrados y empleados son virtualmente idénticos, los concursos para jueces, fiscales y defensores dependen de un único Consejo de la Magistratura, y el Tribunal de Enjuiciamiento de unos y otros es el mismo.

La Constitución de la Provincia establece las condiciones y/o calidades que debe tener un ciudadano a los efectos de poder asumir un cargo de fiscal, estableciendo como requisitos, ser argentino, tener como mínimo treinta años de

* Fiscal General Penal del Poder Judicial de la Provincia de Catamarca.
** Secretario de 1ª Instancia de la Fiscalía Federal de Catamarca.

edad, ocho años en el ejercicio de la profesión de abogado, o seis cuando se hubieren desempeñado funciones judiciales durante la mitad de aquel tiempo.

Ahora bien, en cuanto al procedimiento para acceder al cargo de Fiscal, el mismo se materializa mediante el Consejo de la Magistratura, a través de la evaluación por parte de este, de los antecedentes del concursante, para luego ser evaluado, mediante un jurado técnico, en un examen escrito-oral y por ultimo, una entrevista personal en donde el Consejo evalúa el perfil del postulante.

En cuanto al proceso de destitución, nuestra constitución provincial prevee el mecanismo, estableciendo que los miembros del Ministerio Publico son destituidos por un jurado de enjuiciamiento, compuesto por el Presidente de la Corte de Justicia, un Senador, dos Diputados y dos Abogados de la matricula.

El Ministerio Público Fiscal de la Provincia está presidido por el Procurador General y por los fiscales que de él dependan. Es la máxima autoridad del Ministerio Público y responsable de su correcto y eficaz funcionamiento. Este tiene entre sus funciones y facultades, la de **F**ijar las políticas de persecución penal, con arreglo a la ley, **D**ictar los reglamentos necesarios para la actuación y funcionamiento del Ministerio Publico Fiscal, **I**nstruir a los fiscales inferiores sobre el cumplimiento de sus funciones conforme con arreglo a los principios de legalidad, imparcialidad, objetividad, unidad de actuación y dependencia jerárquica, en todo el territorio de la provincia. Puede **D**elegar en el Fiscal General en lo penal el contralor del cumplimiento de sus instrucciones y solicitar su colaboración en los asuntos que le sean encomendados.

Esta figura aparece, la del Fiscal General, con la reforma del procedimiento penal en nuestra provincia a partir del año 2004, quien reemplazará en caso de inhibición, recusación, vacancia, ausencia, o impedimento, al Procurador General con las mismas atribuciones y deberes. Este Fiscal General tiene entre sus funciones y facultades, **E**jercer el control de los fiscales penales de los tribunales inferiores, **A**tender las quejas que ante él se promuevan por la inacción o retardo de los inferiores, a quienes apercibirá y exigirá el cumplimiento de sus deberes, fijándoles término para dictaminar, podrá **S**olicitar al Procurador General las sanciones de apercibimiento, destitución o producir acusación, e **I**nteresarse en cualquier proceso judicial al sólo efecto de observar la normal prestación del servicio, denunciando las irregularidades que observare al Procurador General.

El nuevo modelo de Código Procesal Penal para la Provincia de Catamarca, entró en vigencia a partir del mes de Noviembre del año 2004, y el mismo establece que la función de perseguir y acusar debe ser diferente e independiente de la función de juzgar y punir, que corresponde poner a cada una de ellas a cargo de sujetos diferenciados y autónomos entre sí, a la vez que entiende que la función de juzgar no puede, en resguardo de su imparcialidad y de la igualdad de partes, colaborar con cualquiera de éstos.

En términos generales es correcto decir que este nuevo Código satisface el modelo constitucional de proceso penal, amoldándose a la vez a la legislación procesal más avanzada en nuestro país (vgr. CPP de Tucumán, Córdoba, Buenos Aires, etc.)

Los objetivos fundamentales que dieron sustento a la reforma Catamarqueña fueron *mayor celeridad, mayor eficacia y mayores garantías individuales*.

En este sentido la reforma invierte la regla anterior, estableciendo como regla general, la investigación fiscal preparatoria a cargo de un Fiscal de Instrucción y como excepción la investigación jurisdiccional, en los casos de obstáculos fundados en privilegios constitucionales, a cargo del Juez de Control de Garantías.

Los fiscales procuran, investigan, piden justicia en nombre de la ley, de la sociedad, del Estado. Los jueces la imparten con total imparcialidad.

En tanto el Ministerio Público asuma convincentemente la alta función de procurar castigo a la inobservancia de la ley, se libera a los jueces de esa pesada carga, para poder desarrollar adecuadamente la tarea que les es propia, la de equilibrar fuerzas y asegurar que el poder estatal no avasalle las garantías individuales.

Desde la implementación de este nuevo paradigma, es posible detectar la existencia de varias dificultades que está enfrentando el Ministerio Publico, las cuales se vinculan a un diseño institucional que antes estaba pensado para una institución que cumplía roles distintos a los que imponen los nuevos sistemas acusatorios, como así también se enfrentaba a demandas sociales muy diversas a las que existen en el contexto actual.

En esta dirección, es importante mencionar, que nuestro Ministerio Público se desarrolló como una institución con fuerte afinidad al sistema judicial. Esta afinidad hizo que el Ministerio Público se constituyera como un organismo "cuasi-judicial" o a medio camino, entre una institución con identidad corporativa propia y una adoptada de los órganos judiciales.

Esta situación tiene impacto tanto en el delineamiento de sus funciones procesales como en la forma en que fue pensada y organizada su estructura. La organización refleja del Ministerio Público se traduce en que las fiscalías se organizaron tradicionalmente como una sombra del modelo de organización judicial, típicamente por jerarquía de tribunales (fiscales de Cámaras Criminales, fiscales de Juzgados Correccionales y fiscales de Instrucción) con competencia exclusiva en cada uno de dichos niveles.

El problema surge cuando el Ministerio Público adquiere el protagonismo que le entrega el ser el responsable de la función de persecución penal que

le han asignado los nuevos sistemas acusatorios y, en consecuencia, se transforma en el motor del nuevo sistema. El punto está en que este cambio de funciones y de protagonismo no se ha visto acompañado de un cambio de diseño institucional equivalente. Es así como nuestro Ministerio Público aún mantiene el modelo de organización refleja a la judicial completamente, como elemento central de su diseño.

Esta situación ha dificultado que el Ministerio Público pueda desarrollarse con un perfil propio, para asumir con eficiencia el nuevo rol entregado por el nuevo paradigma procesal. Por el contrario, la forma de organización refleja ha permitido perpetuar prácticas, dinámicas y lógicas de trabajo instaladas con anterioridad a la reforma y disfuncionales a las nuevas exigencias. No podemos organizarla igual porque la lógica de la organización judicial está pensada fundamentalmente en clave de protección de garantías, en cambio, la de un Ministerio Público moderno debe estar en clave de aumentar la eficacia y racionalidad de las actividades de persecución penal, que son su trabajo central.

Otro problema que ha evidenciado el Ministerio Publico es una inadecuada gestión interna, todo lo cual ha dificultado que la institución pueda cumplir con los objetivos y expectativas que existen sobre ella.

Un problema de carácter general que es posible identificar, es la falta de liderazgo a nivel institucional en el Ministerio Público. Esto no se refiere a la falta de cualidades personales de quienes cumplen funciones de conducción en los diversos Ministerios Públicos, sino más bien a una cierta concepción imperante en muchos países que tienden a replicar la lógica de autonomía individual de los jueces y que impide el desarrollo claro de un liderazgo de carácter más central capaz de imprimir a la institución una dinámica orientada a la consecución de objetivos generales o comunes.

La autonomía de los fiscales es un valor del sistema a proteger, especialmente frente a la posibilidad de interferencias externas que puedan afectar las decisiones concretas de persecución penal en un caso determinado.

Para concluir, entendemos que la reforma procesal penal ha supuesto un cambio muy radical respecto de las funciones que los fiscales ejercían en el sistema anterior. Así, allí donde éstos tenían un rol bastante pasivo, el sistema acusatorio les exige asumir una función muy activa, que hace que los fiscales se transformen en el motor del sistema.

Este cambio de funciones requiere una alteración muy significativa en los procesos de trabajo de los fiscales. No obstante, cuando se observa qué es lo que ha pasado en esta materia es posible constatar una fuerte tendencia de los fiscales a reproducir los métodos de trabajo que los jueces de instrucción realizaban en el contexto del sistema inquisitivo. Es decir, seguir una pauta

homogénea, formalista y burocrática de tramitación de casos, destinada como objetivo principal a la construcción del expediente.

Bibliografía

El Proceso Penal Adversarial – Lineamientos para la reforma del sistema judicial. (Revista de Derecho Procesal Penal. Tomo I. Editorial Rubinzal Culzoni. 2008).

El Ministerio Público en el proceso penal. C. Roxin, J.B.J. Maier, y otros. Editorial Ad-Hoc. 2003.

Desafíos para el Ministerio Público Fiscal y la persecución penal en América Latina. Capacitación virtual para Fiscales de América Latina 2007. CEJA.

Cuestiones actuales sobre el proceso penal. José I. Cafferata Nores. 2ª edición actualizada. Editores del Puerto. 1998.

LOS FISCALES FEDERALES EN ARGENTINA

Antonio Gustavo Gomez*

1 El espacio institucional

Argentina es un país formalmente federal aún cuando su realidad social sea la de un país unitario. Esta Formalidad se trasluce en al institucionalidad orgánica. Cada uno de los Estados que la integran tienen su propia constitución y conservan para sí todas las materia que no fueran delegadas expresamente en el texto de la Constitución Nacional. En este marco, cada provincia dicta su propia constitución en la que establece su estructura orgánica: un poder ejecutivo, uno legislativo, uno judicial y en algunos casos suman órganos extrapoderes como el Defensor del Pueblo, Tribunal de Cuentas, etc.

En esta dispersión institucional no solo hay tantos "Poderes Judiciales" como provincias sino que además cada una tiene sus propias normas procesales sea cual fuere la materia en que se trate: penal, civil, laboral, electoral, administrativo e incluso constitucional.

En el complicado mosaico – a ojos de un extranjero – nos distribuimos todos los fiscales argentinos. Hay un cuerpo de fiscales provinciales por cada uno de los Estados. Y además de ellos está el Ministerio Público Fiscal de la Nación que no se trata de un cuerpo jerarquizado por ser federales sino que, estando en un pie de igualdad con los demás, atienden competencias materiales, personales, etc. distintas a los provinciales. Esa actividad debe ser reglada expresamente por una ley nacional dictada en el marco de las facultades delegadas al Congreso Nacional que mencionábamos antes. Por ejemplo: El delito de contaminación por residuos peligrosos es federal y debe ser juzgado por jueces federales ya que el texto legal expresamente lo ordena. Un incendio de bosque previsto como delito en el Código Penal de la Nación no tiene una norma de atribución excluyente como en el caso anterior y por lo tanto debe ser investigado por la justicia provincial del lugar donde se cometió el hecho.

* Fiscal General ante la Camara Federal de Tucuman, Argentina.
antoniogustavogomez@yahoo.com, agomez@mpf.gov.ar

Resumiendo entonces, hay tantos cuerpos de fiscales estaduales como provincias y hay además un cuerpo de fiscales federales –muy reducido en número-distribuidos por todo el país.

Detenernos en el como organiza cada provincia su ministerio público Fiscal merece más de un centenar de hojas por lo que estas líneas están destinadas a explicar el funcionamiento del Ministerio Público Fiscal de la Nación al cual pertenezco. De tanto en tanto marcaremos una diferencia con la organización de mis colegas y hemos dejado un espacio para que ellos expongan su organización

2 Referencias constitucionales

Cuando el Congreso de la Nación por ley 24.309 habilitó la reforma constitucional en el año 1994 facultó a la Asamblea Constituyente para que incluyera en el texto de la Carta Magna el Ministerio Público como un "órgano extra poder" (art.3 punto G ley 24.309).

Así dice el nuevo art.120: "El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República. Está integrado por un Procurador General de la Nación y los demás miembros que la ley establezca. Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de sus remuneraciones"

Esta reforma terminó con la dependencia del Poder Ejecutivo – a la usanza norteamericana – estableciendo una independencia, al menos formal. Y decimos esto porque a diferencia de los jueces, deja en manos del legislador la referencia "a como" deben elegirse o "como" pueden ser removidos. O peor aún nada se dice de la inamovilidad de los miembros. Con ello quedamos expuestos a los vaivenes políticos que con una simple mayoría en el Congreso de la Nación, se puede poner "en comisión" a todos los fiscales del país o aquellos que incordien al poder político de turno.

Otra característica interesante es que es un órgano bicéfalo: Un Procurador General como Jefe de los Fiscales Nacionales y Federales; y un Defensor General como superior de los Defensores Oficiales de actuación ante los mismos tribunales nacionales.

Finalmente su formal independencia como su autonomía y autarquía es tan relativa como puede serlo en muchos países latinoamericanos.

Está claro que si por autonomía entendemos que se trata de un ente que tiene la facultad de dictarse su propia ley y autorregularse, los fiscales argentinos no lo son, ya que la ley orgánica es dictada por el Congreso de la Nación. Es mas, el Procurador General o el Defensor General de la Nación no

tienen facultades siquiera de iniciativa parlamentaria. En cuanto a la autarquía-autosuficiencia económica – es cierto que se administran a si mismos pero no tiene ingresos económicos propios como si lo tiene el Poder Judicial de la Nación. En los hechos depende de la voluntad del Poder Ejecutivo – y lo que escasamente consigna la Ley de Presupuesto de la Nación – que envía mensualmente los recursos económicos necesarios vgr. para sueldos. Hay entonces una descentralización del gasto. Con una autonomía inexistente y una autarquía relativa es muy complejo defender la independencia que se proclama en la propia Constitución Nacional.

No obstante, y a diferencia de lo que ocurre en algunos estados argentinos donde el Ministerio Público integra el Poder Judicial, los gastos y designación de personal depende de sus integrantes sin intervención de terceros. Básicamente es el Procurador General de la Nación el que define la compra de bienes y la designación de empleados. Y digo básicamente porque así se establece en la ley aún cuando cada jurista que a ocupado ese puesto lo ha organizado con distintas variantes: por ejemplo en la actual gestión del Dr. Esteban Righi los cargos de empleados y funcionarios son designados a partir de la propuesta hecha por el Fiscal que tiene a cargo la oficina donde se produce la vacante. O por dar otro ejemplo cada unidad o fiscalía tiene un presupuesto de unos mil dólares al año que pueden ser utilizados en gastos corrientes sin aprobación previa, pero sujetos a control posterior.

3 Ingreso y designación

Los integrantes del MPF están divididos en tres estamentos: empleados, funcionarios y magistrados. A los dos primeros se ingresa por designación directa. Al escalafón de la Magistratura solo por concurso de antecedentes y de oposición.

Si bien es cierto que el art. 120 de la Constitución Nacional no fija ninguna técnica especial para su designación, la ley orgánica 24.946 estableció un procedimiento que analizaremos brevemente. Pero quiero detenerme en la técnica: es por ley, lo que implica que la voluntad de una mayoría legislativa de la que hablamos *ut supra*, puede hacer variar de un momento a otro.

Y esto no es una nueva hipótesis ya que como resultado de la crisis del año 2001 varios sectores políticos han lanzado al ruedo propuestas concretas de reemplazar el sistema de concursos por el de elección popular. Esto mismo no podría ser intentado con los integrantes del Poder Judicial ya que el procedimiento de designación de los jueces esta normado en la propia Constitución Nacional.

¿Existe la posibilidad política de que se abandone el sistema concursal? Por ahora no. Pero no puede excluirse en función de los vaivenes a los que es sometida nuestra política vernácula.

Veamos el proceso de designación que tiene cuatro etapas: La primera dentro de la propia estructura del MPF donde se realiza el concurso, la segunda en el Poder Ejecutivo a quien se le eleva una terna seleccionada del resultado concursal, la tercera ante el Congreso Nacional – más específicamente el Senado – a quien se le envía el pliego de un solo candidato que el Presidente de la Nación elige de la terna y finalmente si hay acuerdo de los senadores el presidente lo designa por decreto.

Está visto entonces que no se trata de un sistema estrictamente concursal – como lo es en otros países v.gr. Brasil – sino que se combina con una selección política acotada que se realiza tanto en el Poder Ejecutivo como en el Senado de la Nación. Y digo acotada porque el Presidente no está obligado a elegir al primero de la terna aún cuando la diferencia del puntaje sea abismal con el segundo y tercero. El Senado puede rechazar la propuesta presidencial.

Desglosemos ahora y brevemente algunas de estas etapas que de un modo u otro merecen propuestas para ser mejoradas.

El régimen concursal lo reglamenta el propio Procurador General de la Nación con lo que corremos el riesgo de ser proclives al personalismo del que los argentinos somos muy afectos. El primer paso y ante la declaración de la vacancia hecha por el Poder Ejecutivo al aceptar una renuncia o crear un cargo, es la convocatoria a concurso. En ese mismo acto se designa el Tribunal del Concurso integrado por cinco fiscales titulares y cinco suplentes. Uno de los titulares actúa como presidente. Si la jerarquía a concursar es de un cargo superior – como el de Fiscal General – el tribunal lo integran cuatro Fiscales y es presidido por el propio Procurador General de la Nación. Tanto en uno como en el otro caso los integrantes deben tener la jerarquía de Fiscal General.

Y aquí señalamos el primer talón de Aquiles. El tribunal es elegido por el jefe de todos los fiscales. Con ello existe la posibilidad de digitarse a los candidatos que integren la terna. En el caso hipotético de que alguno de los integrantes no seleccionara a "los candidatos" puede darse la posibilidad de que no integre otro Tribunal. Esto puede corregirse fácilmente si la integración se hace por sorteo entre casi un centenar de fiscales generales que integra el MPF. Otro inconveniente que no puede soslayarse es que el tribunal debería estar integrado por magistrados que entiendan en las mismas materias del cargo a cubrir. Esto es, si se trata de un Fiscal Federal que tendrá a su cargo competencias en materia penal, civil, electoral y laboral lo justo es que el tribunal este integrado por Fiscales Generales que en su función propia conozca sobre estas materias. Ello no ocurre así en buena parte de los concursos. Es característico advertir que en los casos de Fiscales de competencia Universal – como

ocurre con los Fiscales federales del interior del país – donde una de las incumbencias esta enmarcada en el Derecho Penal, la mayoría de los integrantes del Tribunal tienen como atribuciones exclusivas el rol de Fiscal General Penal con lo que el examen sobre las demás funciones que a futuro se ejercen habitualmente no son examinadas. Esto conlleva también a que casi todos los exámenes escritos rondan en técnicas de redacción y fundamentación propias de un juicio criminal o correccional.

La terna es remitida al Poder Ejecutivo Nacional y desde allí se abre un período de diez días para que cualquier ciudadano exprese su adhesión o apoyo a cualquiera de los 3 candidatos. Es interesante observar la participación ciudadana que se manifiesta expresamente. Muchas veces las ONG han expresado su apoyo o desagrado en varias de las ternas. Cerrado este periplo el Ministro de Justicia de la Nación y el Presidente eligen uno de los tres. Como ya hemos dicho esta selección no siempre recae en el primero.

Se trata de un acto administrativo que no implica el rechazo expreso de los otros dos candidatos. Generalmente se utiliza un formalismo sencillo de no más de tres renglones. Ésta y la próxima etapa implican una selección política que tal vez se arrastra del sistema de selección anterior donde no existía ninguna evaluación previa. Acotar la decisión política a tres es todo un logro pero, obviamente, no es lo ideal.

Una vez remitido el pliego del candidato al Congreso de la Nación ingresa a la a omisión de Acuerdos del Senado. Allí se abre un nuevo tiempo de consulta ciudadana. Vencido el mismo se llama al candidato a una audiencia pública donde es interrogado por todos los legisladores presentes y aquel ciudadano que lo desee, siempre que uno de los senadores o diputados sean sus voceros. Tal vez sea la etapa más transparente. Se trasmite por televisión y las preguntas son de las más variadas. Es curioso decirlo pero recién en este momento puede ser examinado por cuestiones vinculadas a su persona, opiniones política, culturales, su rol en otros trabajos del pasado, su conocimiento referido a la realidad regional donde está asentado el cargo el que aspira, incluso cuestiones que tienen que ver con su salud ya que en toda las etapas anteriores no se le exigen ningún certificado psicofísico de aptitud. O peor aún ni siquiera se le requiere explicaciones sobre sanciones recibidas en el ejercicio de cargos anteriores sean estos públicos o privados.

La Comisión de Acuerdos, por voto mayoritario de sus integrantes puede aceptar o rechazar el pliego. Más aún, paralizarlo. Si es aprobado se somete a consideración de todos los senadores y si el voto es positivo se da el Acuerdo.

El paso final está dado por la remisión al Presidente de la Nación – del Acuerdo – y allí en un simple trámite se elabora el Decreto Presidencial designándolo.

4 Estabilidad

El art. 13 de la ley 24.946 nos garantiza la estabilidad mientras dure la buena conducta y hasta los 75 años de edad en la que necesitará un nuevo Acuerdo del Senado de la Nación

A partir de allí la renovación del mandato será cada 5 años. Este carácter vitalicio es criticable especialmente cuando se le suma la imposibilidad de trasladarlo sin su conformidad. No debe olvidarse que el Fiscal es el que representa el interés público y si su labor no responde a los intereses de la comunidad donde actúa, no hay manera de removerlo. Han surgido algunas críticas en este sentido proponiendo la confirmación de tiempo en tiempo o renovando su designación por el voto popular. Lo cierto es que si su renovación dependerá de la voluntad del partido mayoritario de turno la actuación del Fiscal se vería debilitada. Por el contrario, si es ratificado – o no – en su cargo por decisión popular como ocurre en muchos estados de USA, se fortalece.

5 Composición

El cuerpo de Fiscales Federales está integrado por:

A) **Un Procurador General.** Es la máxima autoridad del Ministerio Público Fiscal de la Nación. La conducción del cuerpo de fiscales es unipersonal en todo sentido. No cuenta con un cuerpo asesor de Fiscales Generales como ocurre en otros países como Chile. De allí que su rol sólo puede ser limitado por la propia ley. Esencialmente cumple tres roles: (1) Actuación ante la Corte Suprema de Justicia en procesos específicos como recursos extraordinarios o cuestiones donde se discuta la competencia del propio tribunal. (2) Actuación ante los demás poderes del Estado y ciudadanía en general diseñando la política criminal, informando anualmente al Congreso, etc. (3) Actuación ante los propios integrantes del MPF dando instrucciones generales, aprobando reglamentos, administrando el presupuesto, etc.

B) **Un cuerpo de Fiscales Generales.** Se dividen en dos grupos. El primer grupo de Fiscales generales actúa ante La Corte Suprema, Cámara de Casación Penal y Cámaras Federales de todo el país. El segundo y mas numeroso actúa ante los Tribunales Orales Criminales y Correccionales. Estos últimos son también conocidos como Fiscales de Juicio y tienen como labor impulsar y acusar en un juicio oral y público las causas que son elevadas una vez concluida la investigación en la primera instancia.

C) **Agentes Fiscales o Fiscales de primera instancia.** Finalmente el tercer grupo de Fiscales actúa ante los jueces de primera instancia. En materia penal por ejemplo tienen a cargo las investigaciones por delitos criminales y correccionales haciéndolas ellos mismos o acompañando al Juez que dentro del sistema procesal mixto conserva facultades instructoras

6 Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas

Este es un cuerpo especial de Fiscales dirigida por un Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas cuya labor específica es investigar la conducta de los funcionarios públicos de la administración nacional centralizada y descentralizada, de empresas y entes donde el Estado tenga participación y de toda organización que tenga como principal fuente de recursos el aporte estatal nacional. Este cuerpo de fiscales no desarrolla actuación alguna ante los juzgados nacionales o federales más allá de interponer la denuncia según alguna jurisprudencia. Pero esta cuestión a cobrado un importante nivel de discusión en los últimos tiempos provocando la renuncia del Fiscal de Investigaciones Administrativas Dr Manuel Garrido al interpretar que la intervención necesaria que menciona el art 45 inc C de la ley orgánica (24.946) era cercenada por el Procurador General de la Nación. El Fiscal reclamaba el derecho de interponer recursos de apelación, casación y extraordinarios cuando su criterio difería del sostenido por el fiscal competente en el ejercicio de la acción pública.

7 Sanciones y remoción

Como dice el art 16 de la Ley 24.946 en caso de incumplimiento de los deberes que a su cargo tiene el Fiscal puede ser sancionado con: a) Prevención b) Apercibimiento c) Multa de hasta 20% de sus remuneraciones mensuales. Para llegar a esta instancia es necesario un sumario. El sistema es reglamentado por el Procurador General. Esto ha significado que cada nuevo procurador establece su propio sistema. El actual creó un Consejo Asesor con cinco integrantes quien en base a las denuncias que se reciban puede dictaminar si corresponde aceptar o rechazar la denuncia o en su caso, aplicar algún tipo de sanción. Luego de este dictamen el PGN puede ordenar la designación de un sumariante quien tiene 60 días para investigar y formular sus conclusiones.

Tanto los integrantes del Consejo como el sumariante son Fiscales Generales elegidos por el Procurador entre los magistrados de su confianza.

Si las conclusiones son que debe someterse al Fiscal ante un Tribunal de Enjuiciamiento se inicia la tercera etapa. Este Tribunal está compuesto por siete miembros: Dos son abogados que representan a la Federación Argentina de Colegios de Abogados y el Colegio Público de Abogados de Buenos Aires. Uno es sorteado entre los Fiscales Generales y otro entre los Defensores Generales. Los tres restantes son designados por el Poder Ejecutivo, otro por el Senado y otro por la Corte Suprema. En estos tres últimos casos necesariamente deben ser o ex miembros de la Corte, ex procuradores o ex defensores generales.

Esta instancia de enjuiciamiento es tal vez la más transparente, el juicio es oral y público, el denunciante no es parte, la sentencia debe dictarse en quince días, etc. Luego el fallo puede ser recurrido ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal con sede en Buenos Aires.

Todo este proceso, y especialmente la primera etapa son muy largos. Hemos tenido casos en los que desde la denuncia – que incluso puede ser anónima – hasta el fallo de destitución han pasado cuatro años mientras los cuales el fiscal se mantuvo en funciones. Ello provoca un gravísimo perjuicio a la administración de justicia y en la representación del interés público.

8 La actuación de los fiscales

Las instrucciones generales. El Procurador General de la Nación y los Fiscales Generales de los tribunales Colegiados de segunda instancia tienen facultades que se conocen como "instrucciones generales". Por tratarse de una estructura piramidal estos magistrados tienen facultades de orientar la tarea de sus Fiscales subordinados en el marco de una política general pero nunca en un caso específico. Por ejemplo: Existe una instrucción general suscripta por el Procurador General de la Nación disponiendo que todos los Fiscales deben sostener la competencia federal ante la comisión de hechos ilícitos que afecten el medioambiente. Está obligación surge del deber de obediencia y conforme al principio de unidad del MPF. Ahora bien, esa Facultad puede ser objetada claramente por el magistrado actuante en el caso específico pero no puede desobedecerla. En tal caso podrá dejar a salvo su opinión personal y si cabe mediante un informe fundado hacerle llegar sus discrepancias. Por ejemplo ante un delito ambiental deberá sostener la competencia federal pero podrá expresar que no está de acuerdo en lo personal con tal postura y que solo lo hace en cumplimiento de la instrucción general recibida.

La actuación en materias no penales. El Ministerio Público Fiscal de la Nación no se divide según a la materia en que le toca actuar. Esto es así solo en la ciudad de Buenos Aires donde efectivamente hay magistrados especiales que actúan ante los jueces en lo civil, comercial, contencioso administrativos, laboral y de seguridad social. Pero estas mismas materias son asumidas, en el interior del país por los Fiscales Federales. El rol de estos magistrados es básicamente garantizar el debido proceso, intervenir en las cuestiones de competencia y en todos los casos en que se hallen en juego normas o principios de orden público. Para ello pueden proponer pruebas con las mismas facultades que una parte cualquiera –sea actor o demandado-. Pero en materia ambiental el art. 41 de la ley orgánica les atribuye la facultad de participar en todas las causas o trámites judiciales *"para prevenir, evitar o remediar daños causados*

o que puedan causarse al patrimonio social, a la salud y al medio ambiente, al consumidor, a bienes y derechos de valor artístico, histórico o paisajístico en los casos y mediante los procedimientos que las leyes establezcan" (art. 41 de la ley orgánica) En definitiva, es totalmente posible que un fiscal con facultades no penales (sea federal del interior o especial de la Capital Federal) podría interponer una acción administrativa, civil o de amparo en resguardo y ante la inminencia de un daño ambiental. No obstante esta posibilidad sólo se ha dado muy rara vez y casi siempre por un compromiso personal del magistrado con el ambiente mas que por una obligación funcional como la que surge del citado art. 41.

Los fiscales penales. Ya quedó claro que los fiscales federales del interior del país tienen competencia en múltiples materias incluida la criminal y correccional. En la ciudad de Buenos Aires no es así. Hay Fiscales Federales con competencia especial en lo penal. Ellos son quienes resultan titulares de la acción en los casos de contaminación ambiental por residuos tóxicos. La acción fundamental de los fiscales en materia penal y correccional es promover la averiguación y enjuiciamiento de los delitos, ofrecer prueba, presentar recursos contra los fallos de los jueces si estos no le son favorables, etc. Debemos insistir que el proceso penal en el orden federal en Argentina, es mixto. Es el Juez el que investiga los delitos y en circunstancias excepcionales o preliminares – art 26 Ley Orgánica – el fiscal puede investigar.

9 Las investigaciones preliminares

I – Presentación

Las investigaciones informales por delitos ambientales en manos de los fiscales como de jueces instructores se exhiben como la panacea del proceso penal que hoy se encuentra atiborrado de formalismos so pretexto de garantizar a los ciudadanos el debido proceso y el derecho de defensa en juicio. Los fiscales que trabajamos en la instrucción directa de causas –sea por delegación (art. 196 C.P.P.N.) o mandato expreso de la ley como ocurre en muchas provincias– debimos esforzarnos con encontrar atajos que nos permitiera sobrevivir, allí donde muchos jueces y juzgados habían sucumbido: La instrucción sumarial de un proceso penal general y en especial en materia de delitos ambientales

En el ámbito Federal, las normas procesales penales han ido madurando en un proceso lento y firme que concluirá –Dios quiera pronto– en un sistema acusatorio. Pero ninguna reforma del Código Procesal de la Nación recepta la posibilidad formal de la investigación exclusiva y excluyente como aquí se plantea. Es probable que el mismo lobby que hoy impide la sanción de un sistema acusatorio liso y llano derogando el principio de legalidad, sea el causante de esta ausencia. Pero un artículo se ha filtrado en la maraña legislativa que al momento de la sanción de la ley no se le prestó mucha atención. Me refiero al art. 26 de la ley 24.946 sancionada el 11 de Marzo de 1998 promulgada el 18 y publicada el 23 del mismo mes y año, la Ley Orgánica del Ministerio Público.

II – Texto e interpretación

Dice el art. 26: *"Los integrantes del Ministerio Público, en cualquiera de sus niveles, podrán – para mejor cumplimiento de sus funciones – requerir informes a los organismos nacionales, provinciales, comunales; a los organismos privados; y a los particulares cuando corresponda, así como recabar la colaboración de las autoridades policiales, para realizar diligencias y citar personas a su despachos, al sólo efecto de prestar declaración testimonial. Los organismos policiales y de seguridad deberán prestar la colaboración que les sea requerida, adecuándose a las directivas impartidas por los miembros del Ministerio Público y destinando a tal fin el personal y los medios necesarios a su alcance."*.

Los fiscales ante la justicia penal, anoticiados de la perpetración de un hecho ilícito – ya fuere por la comunicación prevista por el art. 186 del Código Procesal Penal de la Nación o por cualquier otro medio – sin perjuicio de las directivas que el juez competente imparta a la policía o fuerza de seguridad interviniente, deberán requerir de éstas el cumplimiento de las disposiciones que tutelan el procedimiento y ordenar la práctica de toda diligencia que estimen pertinente y útil para lograr el desarrollo efectivo de la acción penal. A este respecto la prevención actuará bajo su dirección inmediata".

Resulta interesante observar que esta norma se titula dentro del cuerpo legislativo como "Requerimiento de colaboración". Es decir que fue pensada como una norma auxiliar y no como un procedimiento informal autónomo. Auxiliar de la Función de los Fiscales en el proceso penal y además auxiliar de cualquier fiscal sin importar su grado para el mejor cumplimiento de sus funciones.

Antes expresaba en un término poco jurídico la crisis que se traslada de los jueces a los Fiscales en el trámite exclusivamente burocrático de los expedientes y como para "sobrevivir" comenzamos a anticiparnos al proceso formal con lo que se dió en llamar una "investigación preliminar". Para ello se esgrime la segunda parte del artículo que autoriza a los fiscales penales a que "anoticiados" por "cualquier medio" de un supuesto ilícito, "practiquen toda diligencia que estimen pertinente y útil para lograr el desarrollo efectivo de la acción penal". Y por si no estuviese claro se remata: "A este respecto la prevención actuará bajo su dirección inmediata".

III – **Algunas conclusiones**

1ª) La investigación preliminar puede iniciarse aún con una denuncia anónima sobre un delito ambiental: "cualquier medio". Es un avance sobre aquella jurisprudencia que rechaza de plano la posibilidad de promocionar la acción penal con una denuncia anónima. Es que si esos hechos anónimamente transmitidos son investigados liminarmente en este marco y se verifican como ciertos quien saneará los prejuicios que rodean a la delación, será el Fiscal con un requerimiento de instrucción ante la posibilidad concreta de un delito ambiental

2ª) La actividad preliminar puede desarrollarse antes del proceso formal – ej, pedir informes sobre niveles de contaminación – y aún paralelamente al proceso judicial: "sin perjuicio de las directivas que el juez competente imparta a la policía o fuerza de seguridad interviniente". Insisto en que la importancia de estos conceptos no fueron advertidos por los jueces hasta poco mas de unos años atrás cuando varios fiscales en Capital Federal – ante la demora del juez instructor – comenzaron a producir prueba que luego presentaban en la causa.

3ª) La investigación preliminar iniciada en este marco no tiene por que ser comunicada al juez de turno ya que sobre el particular nada dice la norma. Y de hecho esta técnica es tan sólo la verificación de algunos extremos que le permitan al fiscal saber si tiene un caso que amerite un requerimiento de instrucción. No hay proceso penal aún cuando la producción o transformación de datos en pruebas sea utilizando las formas que el Código Procesal Penal de la Nación prevé como lo son la declaración testimonial, una pericia o un informe.

4ª) El objeto de una investigación preliminar es lograr "el desarrollo efectivo de la acción penal". Si el objetivo no se cumple la investigación se archiva.

IV – **Todos los Fiscales**

Hemos hecho un análisis breve del 2do. párrafo del art. 26 y como al pasar mencionamos a "los fiscales ante la justicia penal" como los directores de la investigación preliminar. Es razonable suponer y de hecho así ocurre, que la gran mayoría de las investigaciones preliminares por delitos ambientales son practicadas por los Fiscales Federales y nacionales – de la Capital Federal estos últimos – de primera instancia con competencia penal. Pero, para sorpresa de muchos, la primera oración del art. 26 es clara al involucrar a "los integrantes del Ministerio Público, en cualquiera de sus niveles".¿A quién se refiere? Iremos de menor a mayor. En primer lugar y como ya hemos dicho, *todos los fiscales que actúan ante la justicia penal*. Sin distinción de grados. En el caso de una investigación preliminar puede practicarla desde un fiscal auxiliar hasta el mismísimo Procurador General de la Nación incluyendo a los Fiscales Generales ante los Tribunales Orales y ante las Cámaras Federales o Nacionales con competencia penal. Todo ello dicho en el mandato del 2do. párrafo del art. 26. Por si alguien supone que sólo se refiere a los magistrados de 1era. instancia el primer párrafo despeja toda duda: *Todos en cualquiera de sus niveles*.

Otro dato importante es que el 1er párrafo no es exclusivo y excluyente de aplicar a los Fiscales penales. Aún cuando la mayoría de los magistrados dependientes de la Procuración General de la Nación son titulares de la acción penal, puede ocurrir que un colega de la Cámara Civil, o Comercial, o laboral, etc. necesiten "para el mejor cumplimiento de sus funciones" requerir un informe, verificar un status quo, etc. y puede para ello aplicar esta norma. Y tal pedido para cualquier fuerza de Seguridad no es a "título de especial colaboración" sino una orden lisa y llana en el marco de los medios que tengan a su alcance.

10 La acción penal ambiental

1. **Introducción y concepto**

El concepto de acción penal ambiental en la República Argentina no es distinto al de cualquier acción penal que se intente en el marco del Código Procesal Penal de la Nación o en su caso de las provincias.

Ese impulso que pone en marcha el proceso penal para que la norma penal ambiental se aplique al caso y sujeto concreto tiene en principio la misma forma y sustancia que la que se utiliza para investigar un homicidio, un secuestro extorsivo o una estafa. ¿Por qué distinguirla con nombre propio, entonces?

- Por la posición que asumen los legitimados.
- Por la actitud de quienes resultan sujetos del proceso, esas personas concretas que intervienen dando vida y realidad a las prescripciones del Código.
- Por el alcance y repercusión que genera en la sociedad orientada por un bien jurídico protegido, de alcance universal si se quiere, como lo es el medio ambiente o la salud del medio ambiente.

2. **Acción, sujeto y proceso**

Las normas penales que tipifican las conductas comprometidas como delito se encuentran dispersas en muchas leyes – al menos en Argentina – y eso hace que varíen los sujetos procesales, o lo que pretendemos de ellos. Es que existen normas que protegen el ambiente de los residuos peligrosos como la ley 24.051 que ordena la intervención de la Justicia Federal con el diseño de

un "sistema mixto" – solución de compromiso entre el antiguo procedimiento inquisitivo que aún subsiste en algunas provincias y el acusatorio –. No obstante la gran mayoría establece la intervención y competencia de los juzgados locales u ordinarios, como los que se inscriben en el Código Penal con lo que dependerá del sistema procesal de cada estado provincial. Como ya hemos dicho *ut supra*, no obstante lo caótico que puede resultar para un extranjero esta visión, hay algunos parámetros que para bien o par mal, se repiten. Veamos:

a. *La acción pública y los funcionarios*

Sin excepción todos los delitos que puedan afectar al medio ambiente son de acción pública, es decir que cualquier persona enterada de un posible delito de estas características puede denunciarlo ante la autoridad (art. 174 CPPN). No se exige capacidad específica alguna. *Pero dentro de este sistema facultativo aparecen como excepción sujetos que tienen la obligación de denunciar so pena de incurrir en un delito autónomo.* Hablo de fiscales, policías, jueces, de funcionarios públicos nacionales, provinciales o municipales en general que por su ubicación funcional – en el ejercicio de su función – toman conocimiento de hechos presuntamente delictivos y deben denunciarlos. El artículo 277 inc. 1 del Código Penal tipifica como delito la omisión y sin embargo no se entiende que existan funcionarios públicos integrantes de cualquiera de los tres poderes que integran el Estado que, ante un presunto hecho ilícito – insisto en la "presunción" como concepto distinto a la "certeza" – contra el medio ambiente no lo denuncien. Más aún, incluso se oponen a que prosperen las denuncias que hacen particulares y organizaciones no gubernamentales.

b. *Una acción minusválida*

He aquí entonces, un primer rasgo distintivo. Hay una minusvalía en el accionar de los sujetos facultados y obligados cuando de delitos ambientales se trata. Y curiosamente esa minusvalía se traslada desalentadora hacia los especialistas que formulan grandes atajos procesales – léase acciones de amparo por ejemplo – cuando el hecho que se quiere detener con una medida cautelar es lisa y llanamente un delito. ¿Por qué?

En los dieciocho años que llevo investigando este tipo de hechos ilícitos la mayoría nacieron de otras fuentes – impropias – distintas a la denuncia penal. Se caracterizaron por un impulso "de oficio" que se afinca en un "voluntariado" más que en una obligación legal cuando en realidad – y como ya vimos – la respuesta normativa es inversa: Si no denuncias o investigas eres un encubridor.

¿Por qué un juez civil ante un "amparo ambiental" – como mal suele llamarse – no corre vista al fiscal penal en turno para que verifique si el hecho denunciado como lesivo no constituye alguna de las conductas atrapadas por

normas penales que protegen el medio ambiente?. Y aquí sumo a los jueces de toda la instancia incluida la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Me animo a decir que hay un desprecio superlativo hacia estas denuncias que luego tiñen todo el proceso penal. ¿Cómo suponer que un proceso penal será esclarecedor si desde un comienzo, quienes tienen la obligación de denunciar, no lo hacen?

c. *La instrucción*

Quiero insistir en el esfuerzo que se vuelca en un proceso civil – o procesal constitucional como suele llamarse el trámite de la acción de amparo – para obtener prueba anticipada o solicitar medidas de urgencia que detengan el accionar lesivo contra el ambiente. No desprecio estos procedimientos pero existen alternativas en el proceso penal mucho mas efectivas que indefectiblemente en la estrategia de un buen abogado deben tenerse en cuenta. No es una acción alternativa al amparo sino conjunta. Lo inmediato es hacer cesar el delito, ¿no es acaso mas sencillo que establecer un régimen riesgoso que asomarse al mundo de las medidas cautelares y cauciones reales o juratorias?

La instrucción formal dirigida por un Derecho Penal de Acto permite que no sólo se asegure la prueba sino que incluso exige que se investigue mas allá de la voluntad – cierta o presunta – de las partes incluso si una de ellas reviste el rol de querellante.

La actividad probatoria se presenta dividida en dos etapas distintas en el tiempo pero superpuestas al momento relevante de fijar el hecho atribuido con todas sus circunstancias. Tanto el sumario como el plenario – o juicio oral – coinciden en producir pruebas iguales a punto tal que muchos testigos en una y otra etapa se contradicen y terminan ellos mismos incriminados por falso testimonio. Los jueces de instrucción rara vez elevan a juicio una causa en la que no tengan la certeza de que el delito fue cometido. Ello se traduce en que menos del diez por ciento de los hechos ilícitos denunciados llegan a ser realmente juzgados con un altísimo porcentaje de condenas por aquella superposición probatoria de la que hablábamos. En los delitos contra el ambiente la exigencia probatoria es mayor aún. La sensación que nos queda es que:

- Solo vale la pena investigar los hechos que podrían calificarse como delitos continuados y que a pesar del proceso penal iniciado siguen consumándose en un total desprecio por la ley sustantiva: contaminaciones fabriles. Los delitos instantáneos excepto que causen un daño grave en la salud o la muerte son literalmente disculpados y la acción penal prescribe.
- Las pruebas testimoniales, documentales, informativas, etc. son de escaso valor ante la prueba pericial. Parece que aquel mandato del artículo 194 del Código Procesal Penal de la Nación de que el instructor "deberá proceder directa e inmediatamente a investigar los hechos" se limita a una sola pegunta: "¿Se hizo la pericia?".

- Las pericias que adquieran verdadero valor probatorio – y esto lo dice el propio artículo 258 del CPPN – deben ser notificados a los imputados bajo pena de nulidad, antes de que se inicien las operaciones periciales. Nos ha ocurrido que al concurrir a una minera para recoger muestras del agua con la que desalojan sus residuos líquidos previa notificación, nos encontramos con agua pura y cristalina. Pero transcurrido un tiempo volvimos al cauce sin advertencia previa. Recogimos muestras y los valores de cadmio y cobre fueron cien veces superiores a los permitidos por la ley 24.051, sus decretos y resoluciones reglamentarias. Claro que este segundo muestreo es incorporado por la Fiscalía General al margen del Código Procesal Penal y en función del art 26 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, sin que tenga la fuerza propia de una pericia y sencillamente como una informativa más. Sin embargo y siempre en la etapa sumarial la exigencia del artículo 258 citado no se verifica para otros delitos como el caso de los estupefacientes y la ley antidrogas 23.737.

Verificamos entonces, nuestra hipótesis inicial: En los delitos contra el ambiente la exigencia probatoria por parte de los magistrados es mayor aún que en los delitos comunes. La acción penal ambiental es la mas minusválida de las acciones penales.

A modo de conclusión

Ha sido muy importante para un fiscal argentino como el que escribe tener esta posibilidad de unirme a otros colegas americanos en un intento de hacer conocer nuestros sistemas judiciales. Sin dudas que no son comparables pero en nuestro caso hemos querido exponer con toda crudeza la realidad que nos afecta. Se que no es costumbre en los trabajos internacionales de equipo como este, hacer comentarios críticos sobre nuestro propio espacio. Pero poco serviría un relato propagandístico al que muchas veces nos acostumbramos escuchar en conferencias escuchadas en otros continentes. ¿Qué podría ocurrir con aquel lector que al constatar la realidad ve otra muy distinta?. ¿Habrá confiado así un autor confiable?.

Sin dudas que en el contexto también se refieren algunos logros mas aún si esta labor se inscribe en una obra de carácter comparativo. Desde ya que estoy muy feliz de ser un fiscal y mi vocación no puede ser puesta en duda cuando ejerzo la magistratura desde hace mas de veinte años. Pero eso no impide que por ese profundo afecto envuelva con un velo mi razón y mire a un costado. Ello es atentar contra mi juramento y traicionar el interés público al que sirvo.

EL DERECHO AMBIENTAL EN BOLÍVIA

Diego Gutiérrez

1 El Medio Ambiente en la Constitución Política del Estado

> Artículo 33. Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente.

La nueva Constitución Política del Estado boliviano, promulgada en febrero del año 2009, ha incorporado dentro del Título de los Derechos Fundamentales y Garantías como un derecho de orden social y económico el correspondiente al medio ambiente.

Otorgar carácter constitucional al medio ambiente supone para el Estado boliviano, ponerse a tono con otros ordenamientos legales que iniciaron este proceso en la década de los años setenta. La Constitución Boliviana de corte socialista plantea un modelo con fuerte presencia de Estado en el giro de la economía, aspecto que podría ser determinante al momento de la articulación por parte de los ciudadanos del derecho al medio ambiente frente a un Estado que podría ser a la vez juez y parte en un determinado proceso.

Una cuestión que llama la atención, es que no encontramos en el texto constitucional una referencia u acercamiento al concepto de medio ambiente o al alcance de su definición. En todo caso pareciera que el señalado en el artículo 33 se plantea desde un enfoque restrictivo que elimina otros aspectos que hacen a un concepto más bien amplio. En todo caso, este aspecto se explica desde la evidencia de que la propia Constitución atiende de manera extensa y detallada la cuestión de los Recursos Naturales en general sin descuidar los diferentes medios como son el físico (aire, agua y suelo) y natural (fauna y flora).

La consecuencia principal de la constitucionalización del medio ambiente en Bolivia, trae consigo la posibilidad de tutela efectiva frente a las acciones u omisiones de instancias públicas, particulares o individuales que vulneren el mencionado "derecho fundamental", afectando el desarrollo normal y permanente de la persona. Un aspecto que parece haberse sido omitido es la

determinación en el mismo cuerpo del articulo la condición de "derecho-deber" que obliga a la universalización de la gestión ambiental por la que no solamente es suficiente la iniciativa institucional del poder público sino también la participación activa y responsable de la ciudadanía.

Con relación a la tutela efectiva del derecho, la Constitución Política del Estado abre la posibilidad de interponer acciones de defensa mediante los recursos que el mismo texto constitucional ofrece. En tal caso, encontramos la siguiente disposición:

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

La posibilidad de defensa que el texto constitucional franquea está relacionada con la interposición de una acción de defensa denominada "Acción Popular" y la misma es entendida como un mecanismo de protección de los derechos e intereses colectivos y difusos, caracterizada por poseer un énfasis preventivo y restaurador, en tal sentido, puede ser presentada mientras dure la vulneración o ante la simple existencia potencial de amenaza o daño al medio ambiente y salud de la población.

Como lo señala el artículo 136 I., para interponer esta Acción no se requiere agotar el proceso judicial o administrativo. Se presenta a la Sala competente de la Corte Superior del Justicia y ésta, en sentencia, declarara si una determinada norma, acto u omisión impugnado es contrario o no la Constitución o a la ley.

2 Principios del Derecho Ambiental reconocidos en la legislación boliviana

En su totalidad, la legislación boliviana relacionada con el Medio Ambiente tiene un carácter preconstitucional, vale decir fue promulgada con anterior a la puesta en vigencia del actual texto constitucional.

Si bien es cierto que ya desde los años cincuenta se han considerado algunas prescripciones que hacen a adecuado manejo de cierto recursos naturales, esta legislación ha tenido un carácter puramente utilitarista y no perseguía una línea de políticas públicas, en beneficio del medio ambiente o la sostenibilidad ambiental.

La Ley del Medio Ambiente nº 1333 del año 1992, considerada como una "ley Marco" es determinante en la incorporación de los principios rectores, metodologías de análisis y diseños normativos institucionales propios del "Derecho Ambiental" en Bolivia. La señalada Ley, tiene como principio rector el del *Desarrollo Sostenible*, disponiendo en su artículo 2º, que *se entiende por desarrollo sostenible el proceso mediante el cual se satisfacen las necesidades de la actual generación, sin poner en riesgo la satisfacción de necesidades de las generaciones futuras. La concepción de desarrollo sostenible implica una tarea global de carácter permanente.*

Este principio se ha materializado en el desarrollo de la legislación relacionada con el medio ambiente y los recursos naturales; es así que se encuentra aplicado por ejemplo: en la categorización de Áreas Protegidas prevista en el Reglamento General de Áreas Protegidas por la que se representa diferentes categorías de conservación partiendo de la más estricta hasta llegar a las Áreas Naturales de Manejo Integrado que permiten la intervención humana y el manejo sostenible de los recursos naturales; en el manejo forestal sostenible previsto en la Ley Forestal por las que se establece la clasificación de suelos en virtud a su capacidad de uso mayor, permitiendo el desarrollo de actividades económicas asegurando la capacidad del ecosistema para ofrecer bienes y servicios; de igual manera sucede con las normas y planes de Ordenamiento Territorial y de uso de suelo, entre otras.

La Ley Forestal nº 1700 de 1996, cuya referencia legal se encuentra en la Ley del Medio Ambiente, incorpora el *Principio Precautorio* en el texto del artículo 9 prescribiendo que, "*cuando hayan indicios consistentes de que una práctica u omisión en el manejo forestal podrían generar daños graves o irreversibles al ecosistema o cualquiera de sus elementos, los responsables del manejo forestal no pueden dejar de adoptar medidas precautorias tendentes a evitarlos o mitigarlos, ni exonerarse de responsabilidad, invocando la falta de plena certeza científica al respecto o la ausencia de normas y ni aun la autorización concedida por la autoridad competente*".

El Principio ha sido tomado de instrumentos globales reconocidos por el Estado boliviano como son el Convenio sobre Diversidad Biológica, el Convenio Marco sobre Cambio Climático y en la Declaración de Rio de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, suscritos por Bolivia en el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo celebrada en Rio de Janeiro el año 1992.

El *Principio de Preventividad*, tiene una presencia importante en los textos legales relacionados con la conservación del medio ambiente y el manejo de Recursos Naturales en Bolivia, está representado principalmente por la exigibilidad de Planes de Manejo, Planes de Ordenamiento Territorial, Planes de Ordenamiento Predial, Evaluación de Impacto Ambiental, por la Evaluación de Impacto Ambiental Estratégico. Se plantea desde el enfoque de la preventividad precisamente por que su sustanciación y aprobación por parte de la autoridad competente debe producirse con anterioridad a la implementación de cualquier actividad, obra o proyecto.

Lo que corresponde al manejo de bosques, la Ley Forestal, establece la obligatoriedad del Plan de Manejo Forestal, definiéndolo como un *instrumento de gestión forestal resultante de un proceso de planificación racional basado en la evaluación de las características y el potencial forestal del área a utilizarse, elaborado de acuerdo a las normas y prescripciones de protección y sostenibilidad y debidamente aprobado por la autoridad competente, que define los usos responsables del bosque, las actividades y prácticas aplicables para el rendimiento sostenible, la reposición o mejoramiento cualitativo y cuantitativo de los recursos y el mantenimiento del equilibrio de los ecosistemas.*

Por su parte, el Reglamento General de Áreas Protegidas, aunque menos explícito, establece que *la gestión de las APs protegidas que conforman el SNAP* (Sistema Nacional de Áreas Protegidas), *se realizará a través de PM* (Planes de Manejo) *y Planes Operativos Anuales. Los PM* (Planes de Manejo) *serán aprobados mediante Resolución Ministerial o Prefectural emitida por la AN* (Autoridad Nacional) *o AD* (Autoridad Departamental) *competente, según corresponda.*

Otro principio que tiene presencia en la legislación boliviana, es el referido al de *Transversalidad de la Legislación Ambiental;* esto se puede evidenciar cuando encontramos presencia de normas de carácter ambiental en gran parte de la legislación de carácter principalmente económica con incidencia en la explotación de recursos naturales. Es así que el Código de Minería remite al Reglamento Ambiental para Actividades Mineras: *Las actividades mineras se realizarán conforme al principio de desarrollo sostenible, en sujeción a la Ley del Medio Ambiente, sus Reglamentos y el presente Código;* de igual manera ocurre con la Ley de Hidrocarburos cuando remite al Reglamento Ambiental para el Sector de Hidrocarburos: *Las actividades hidrocarburíferas se sujetarán en lo relativo a los temas ambientales y a los Recursos Naturales a lo dispuesto sobre esta temática en la Constitución Política del Estado, Ley del Medio Ambiente y sus Reglamentos, Ley Forestal, Régimen Legal Especial de Áreas Protegidas y a los Convenios Internacionales Ambientales ratificados por el Estado en el marco del Desarrollo Nacional Sustentable.*

También encontramos la variable ambiental en la Ley Forestal (conservación de ecosistemas y manejo sostenible), la Ley del Servicio Nacional de Reforma Agraria (uso de suelos), entre otras.

3 La evaluación de impacto ambiental en Bolivia

Articulo 24º – Para los efectos de la presente Ley, se entiende por Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) al conjunto de procedimientos administrativos, estudios y sistemas técnicos que permiten estimar los efectos que la ejecución de una determinada obra, actividad o proyecto puedan causar sobre el medio ambiente.

La EIA en Bolivia es una herramienta técnico legal de carácter preventivo, su base legal se encuentra establecida en la Ley del Medio Ambiente nº 1333 del año 1992. El carácter preventivo tiene relación con la prescripción legal de que *todas las obras, actividades públicas o privadas, con carácter previo a su fase de inversión, deben contar obligatoriamente con la identificación de la categoría de evaluación de impacto ambiental.*

Las obras, proyectos o actividades que por sus características requieran del Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental, con carácter previo a su ejecución, deberán contar obligatoriamente con la Declaratoria de Impacto Ambiental (DIA), procesada por los organismos sectoriales competentes, expedida por las Secretarías Departamentales del Medio Ambiente y homologada por la Secretaría Nacional. La homologación deberá verificarse en el plazo perentorio de veinte días, caso contrario, quedará la DIA consolidada sin la respectiva homologación. Los organismos sectoriales competentes, corresponden a Ministerios (Poder Ejecutivo) que representan a sectores de la actividad nacional, vinculados con el Medio Ambiente.

La misma Ley, establece que existen diferentes categorías referidos a los Estudios de Evaluación de Impacto Ambiental, los mismos que están determinados por la magnitud de la Actividad Obra o Proyecto o por la utilización de ciertos parámetros que permiten identificar el tipo de estaudio a realizarse.

En tal sentido, se establecen en la legislación boliviana, las siguientes categorías de Evaluación de Impacto Ambiental:

1. Requiere de EIA analítica integral. Nivel que por el grado de incidencia de efectos en el ecosistema, deberá incluir en sus estudios el análisis detallado y la evaluación de uno o más de los factores del sistema ambiental: físico, biológico, socioeconómico, cultural, jurídico-institucional, para cada uno de los respectivos componentes ambientales.

2. Requiere de EIA analítica específica. Nivel que por el grado de incidencia de efectos en algunos de los atributos del ecosistema considera en sus estudios el análisis detallado y la evaluación de uno o más de los factores del sistema ambiental: físico, biológico, socio-económico-cultural, jurídico – institucional; así como el análisis general del resto de los factores del sistema.

3. No requiere de EIA analítica específica pero puede ser aconsejable su revisión conceptual. Para aquellos que requieran solamente del planteamiento de Medidas de Mitigación y del Plan de Aplicación y Seguimiento Ambiental. Nivel que por las características ya estudiadas y conocidas de proyectos, obras o actividades, permita definir acciones precisas para evitar o mitigar efectos adversos.

4. No requiere de EIA. Para aquellos proyectos, obras o actividades que no están considerados dentro de las tres categorías anteriores.

4 Delitos Ambientales en la Legislación boliviana[1]

En la legislación Boliviana los delitos ambientales se encuentran catalogados en la Ley del Medio Ambiente 1333 del año 1992. La técnica utilizada es la de la Ley Penal en Blanco por la que el tipo se completa con alguno del Código Penal o en su caso con lo establecido en la reglamentación.

Entre los delitos establecidos en la Ley del Medio Ambiente encontramos los siguientes:

> Art. 103. Todo el que realice acciones que lesionen deterioren, degraden, destruyan el medio ambiente o realice actos descritos en el *artículo 20º*, según la gravedad del hecho comete una *contravención o falta*, que merecerá la sanción que fija la Ley.

Se presenta como una *Ley Penal en Blanco Impropia, de reenvió interno*, el artículo 20 de la misma Ley señala las actividades y/o factores susceptibles de contaminar el medio ambiente. Se considera que este articulo no debería estar contenido en el catalogo de "Delitos Ambientales", debido a que se refiere específicamente a "contravención o falta" que ya se contemplan en un capitulo especifico de la Ley.

> Art. 104. Comete delito contra el medio ambiente quien infrinja el Art. 206º del Código Penal cuando una persona, al quemar campos de labranza o pastoreo, dentro de los límites que la reglamentación establece, *ocasione incendio en propiedad ajena*, por negligencia o con intencionalidad, incurrirá en privación de libertad de dos a cuatro años.

Es también una *Ley Penal en blanco que reenvía al Código Penal*, se interpreta como que el articulo está protegiendo la "propiedad ajena" y no el medio ambiente, existiendo error en el bien jurídico protegido.

> Art. 106. Comete delito contra el medio ambiente quien infrinja el Art. 223º del Código Penal, cuando destruya, deteriore, sustraiga o exporte bienes pertinentes al dominio público, fuentes de riqueza, monumentos u objetos del patrimonio arqueológico, histórico o artístico nacional, incurriendo en privación de libertad de uno a seis años.

Ley Penal en blanco que reenvía al Código Penal, El artículo 223 del código penal describe de manera literal el mismo texto, dentro del acápite referido a los "Delitos contra la Economía Nacional". En todo caso se continúa con el hecho de proteger otros bienes jurídicos y no así el medio ambiente de manera concreta. En todo caso, debiera ser protegido como "Patrimonio Cultural" y entonces ingresaríamos dentro de la noción amplia de Medio Ambiente.

> Art. 111. El que incite, promueva, capture y/o comercialice el producto de la cacería, tenencia, acopio, transporte de especies animales y vegetales, o de sus derivados sin autorización o *que estén declaradas en veda o reserva, poniendo en riesgo de extinción a las mismas*, sufrirá la pena de privación de libertad de hasta dos años perdiendo las especies, las que serán devueltas a su hábitat natural, si fuere aconsejable, más la multa equivalente al cien por ciento del valor de estas.

En este caso estamos frente a un *tipo de peligro concreto (peligro incluido en el tipo – relación causal: acto y resultado)*, ley penal en blanco de confusa redacción, es innecesario condicionar el riesgo a que haya "riesgo o extinción", en todo caso, el hecho de que las especies estén declaradas en veda o reserva, o sean consideradas en las listas oficiales de espacies en peligro de extinción, debiera ser suficiente para configurar delitos.

Existen otros delitos relacionados con el medio ambiente y los recursos naturales, como son los establecidos en la Ley Forestal nº 1700 del año 1996, ente ellos se encuentran los Delitos Forestales establecidos en su artículo 42 y están relacionados con (1) *delitos de resistencia a la autoridad, desobediencia e impedimento o estorbo al ejercicio de funciones* asociados a las actividades de control y vigilancia ejercidos por la autoridad competente; (2) *actos de falsedad material o ideológica, o el uso de instrumentos falsificados, referidos al Plan de Manejo y sus instrumentos subsidiarios, programas de abastecimiento de materia prima, declaraciones juradas, informes y documentos de los profesionales y técnicos forestales;* (3) *la quema en áreas forestales que se efectúe sin la debida autorización o sin observar las regulaciones sobre quema controlada o se afecten tierras de protección, producción forestal, inmovilización o áreas protegidas;* (4) *actos de destrucción y deterioro de bienes del Estado y la riqueza nacional [...] la tala o quema de la cobertura arbórea en tierras de protección, producción forestal o inmovilización y en las áreas protegidas, la tala o quema practicadas en tierras con cobertura boscosa aptas para otros usos sin la autorización de la autoridad competente o sin cumplir las regulaciones de la materia, así como el incumplimiento del Plan de Manejo en aspectos que afecten elementos esenciales de protección y sostenibilidad del bosque;* (5) *la utilización de recursos forestales sin autorización concedida por la autoridad competente o fuera de las áreas otorgadas, así como su comercialización.*

[1] Guzman Unzueta Maria Cristina, *La Protección Penal del Medio Ambiente.*

EL MINISTERIO PÚBLICO EN BOLIVIA

Jorge Antonio Abella Banzer*

En la constitución abrogada de 1967 el Ministerio Público, tenía por finalidad promover la acción de la justicia, defender la legalidad, los intereses del Estado y la sociedad. Al presente el Art. 225 de la Nueva Constitución Política del Estado de 7 de febrero del 2009, El Ministerio Público (MP) es un órgano constitucional que tiene por finalidad, defender la legalidad y los intereses generales de la sociedad y ejercer la acción penal pública, conforme a lo establecido en la Constitución y las Leyes de la República. El MP ejercerá sus funciones de acuerdo con los principios de legalidad, oportunidad, objetividad, responsabilidad, autonomía, unidad y jerarquía.

El art. 226 de la constitución dispone que La Fiscal o el Fiscal General del Estado sea la autoridad jerárquica superior del Ministerio Público y ejerce la representación de la institución. El Ministerio Público contará con fiscales departamentales, fiscales de materia y demás fiscales establecidos por la ley.

La constitución regula que El Fiscal General del Estado se designará por dos tercios de votos de los miembros presentes de la Asamblea Legislativa Plurinacional. La designación requerirá de convocatoria pública previa, y calificación de capacidad profesional y méritos, a través de concurso público. Sus funciones por serán de seis años, sin posibilidad de nueva designación.

El MP está regulado por la Ley Orgánica 2175 de 13 de febrero del 2001, el Art. 1º dispone que tiene por objeto regular la organización, atribuciones y funcionamiento del Ministerio Público. El art. 2, dispone que su ejercicio se ejerce por las Comisiones que designen las Cámaras Legislativas, el Fiscal General de la República y demás funcionarios designados en la forma que esta Ley determina.

En el ejercicio de las funciones la ley prevé la aplicación de principios de Unidad y Jerarquía, Objetividad, Obligatoriedad, Solución del Conflicto, Probidad, Confidencialidad, Gratuidad y Diversidad Cultural (arts. 4-11 de la Ley Orgánica del Ministerio Público – LOMP).

* Fiscal de Matéria del Departamento de Santa Cruz.

Por el principio de objetividad el fiscal deja de ser acusador a ultranza ya que en el ejercicio de la acción penal pública, el Ministerio Público tomará en cuenta, no sólo las circunstancias que permitan probar la acusación, sino también las que sirvan para disminuir o eximir de responsabilidad al imputado.

Por el principio de obligatoriedad el Ministerio Público, bajo su responsabilidad, promoverá de oficio la acción penal pública, toda vez que tenga conocimiento de un hecho punible y existan suficientes elementos fácticos para verificar su comisión.

Por el principio de Solución de Conflicto, el MP buscará prioritariamente, dentro del marco de la legalidad, la solución del conflicto penal, mediante la aplicación de los criterios de oportunidad y demás alternativas previstas en el Código de Procedimiento Penal. Asimismo, promoverá la paz social privilegiando la persecución de los hechos punibles que afecten gravemente el interés público.

En cumplimiento del Principio de Probidad los fiscales observarán estrictamente el principio de probidad, sujetando sus actuaciones y el uso de los recursos, a criterios de justicia, transparencia, eficiencia y eficacia. En el desarrollo de sus potestades y atribuciones, garantizarán a todas las personas un acceso equitativo y oportuno al Ministerio Público.

Su art. 14 regula que para el cumplimiento de sus fines tiene las siguientes funciones: Defender la legalidad y los intereses generales de la Sociedad en el marco establecido por la Constitución Política del Estado y las Leyes de la República; Ejercer la acción penal pública; Ejercer la dirección funcional de la actuación policial en la investigación de los delitos y velar por la legalidad de estas investigaciones; Informar a la víctima sobre sus derechos en el proceso penal y sobre el resultado de las investigaciones, aunque no se haya constituido en querellante; Informar al imputado sobre los derechos y garantías Constitucionales y legales que le asisten; Preservar el Estado de derecho y el respecto a los derechos humanos, efectuando las diligencias necesarias ante los órganos competentes, y otras.

Haciendo notar que la Ley Orgánica también considera al MP como defensor del estado, pero esta función ya no le corresponde por haber pasado a la Procuraduría General del Estado (Art. 229 y s. de la Constitución).

El Ministerio Público es único e indivisible y ejerce sus funciones a través de los fiscales, quienes lo representan íntegramente. Se organiza jerárquicamente. Cada superior jerárquico controla el desempeño de quienes lo asisten y es responsable por la gestión de los funcionarios a su cargo, sin perjuicio de la responsabilidad que cada funcionario tiene por sus propios actos (art. 4 LOMP).

En sus funciones el Fiscal de Materia es independiente y autónomo por atribución (art. 44 y 45 LOMP) porque tiene la Dirección Funcional de la investigación de delitos. El art. 53 y s. de la LOMP, y los Reglamentos específicos, prevén, en razón de la Jerarquía de la Institución "instrucciones", con el objeto de establecer criterios para la aplicación de las Leyes y de establecer la unidad de acción del Ministerio Público, el Fiscal General y los Fiscales de Departamentales, impartirán a los fiscales a su cargo las instrucciones inherentes al ejercicio de sus funciones. Las instrucciones podrán ser de carácter general o particular. Las instrucciones particulares serán relativas a la actuación del fiscal en un asunto específico, a su desplazamiento o reemplazo. El Fiscal que reciba de su superior una instrucción concerniente al ejercicio de sus funciones deberá cumplirla, sin perjuicio de manifestar su posición o de objetarla de manera fundada, conforme a lo previsto en esta Ley. Estas serán impartidas de manera fundada y por escrito, pudiendo ser transmitidas por cualquier vía de comunicación.

Cuando una instrucción sea objetada por el Fiscal que la recibió tendrá su tramite, definiendo sobre la legalidad de la instrucción en ultimo caso, el Fiscal General del Estado, quien podrá ratificarla, modificarla o revocarla.

Ciertamente es un mecanismo interesante para "desobedecer las instrucciones ilegales", pero es una vía utilizada en la practica ya que el objetar una instrucción del superior jerárquico en un Estado sin una institucionalidad sólida puede ser una situación incomoda para el Fiscal objetante. Lo que se debe generar es la convicción de que dentro de la institución esta práctica puede generar un avance del cumplimiento de la legalidad por superiores e inferiores en el Estado de Derecho, lo que obviamente a largo plazo generará beneficio institucional y mayor credibilidad social.

Pero en todo caso el Superior Jerárquico (Fiscal Departamental) en un caso concreto no podría instruir que en determinado caso se acuse o no salvo que el Fiscal de Materia haya realizado un rechazo o sobreseimiento del caso (arts. 304 y 323 3 respectivamente del Código de Pdto. Penal – CPP), y que la parte perjudicada haya objetado o impugnado tal situación (arts. 305 y 324, respectivamente del CPP), casos en los cuales el Fiscal Departamental, en virtud de los recursos referidos, podrá disponer la confirmación de la resolución o su revocatoria disponiendo que continúe con la investigación en el caso del rechazo y que acuse en el caso del sobreseimiento.

Según el CPP, art. 70, corresponderá al Ministerio Público dirigir la investigación de los delitos y promover la acción penal pública ante los órganos jurisdiccionales. Con este propósito realizará todos los actos necesarios para preparar la acusación y participar en el proceso. Obviamente la misma norma legal en su Art. 72 exige "objetividad" por la que los fiscales velarán por el cumplimiento efectivo de las garantías que reconocen la Constitución Política

del Estado, las Convenciones y Tratados internacionales vigentes y las leyes. En su investigación tomarán en cuenta no sólo las circunstancias que permitan comprobar la acusación, sino también las que sirvan para eximir de responsabilidad al imputado; formulando sus requerimientos conforme a este criterio.

Debiendo formular sus requerimientos y resoluciones de manera fundamentada y específica. Consiguientemente la participación del MP como Director en investigaciones delictivas es una norma, pero para confirmar esta regla hay excepciones cuando los delito son de acción privada (art. 18 CPP), como aquellos que afectan bienes jurídicos personales (difamación, calumnia, injuria, despojo, giro de cheque sin fondos y otros) o cuando se da la conversión de acción de publica a privada, art. 26 del CPP, a pedido de la víctima, tratándose de delitos de contenido patrimonial o delitos culposos que no tengan por resultado la muerte siempre que no exista un interés público gravemente comprometido y cuando se haya dispuesto el rechazo de la investigación o la aplicación del criterio de oportunidad.

En cuanto a la reparación del daño emergente o acción civil emergente del delito el CPP, prevé que sea el Ministerio Público quien accione ya que el art. 382 CPP establece que ejecutoriada la sentencia de condena o la que Imponga una medida de seguridad por imputabilidad o semiimputabilidad; el querellante o el fiscal podrán solicitar al juez de sentencia que ordene la reparación del daño causado o la indemnización correspondiente. La víctima que no haya intervenido en el proceso podrá optar por esta vía, dentro de los tres meses de informada de la sentencia firme.

Pero la nueva constitución, en su Art. 229, ha pasado la defensa de los intereses del Estado del Ministerio Público a la Contraloría General del Estado. Consiguientemente esta es atribución de esta novísima institución constitucional, todavía no implementada.

El CPP establece salidas alternativas al proceso entre las que encuentran, el criterio de oportunidad reglada, art. 21 CPP, la suspensión condicional del proceso, art. 23, el procedimiento abreviado, art. 373 y la conciliación.

El MP, tiene obligación de iniciar, proseguir y culminar las acciones penales por la comisión de delitos de orden público, pero la excepción es el criterio de oportunidad o prescidencia de la acciòn penal que procede cuando se trate de un hecho de escasa relevancia social por la afectación mínima del bien jurídico protegido; cuando el imputado haya sufrido a consecuencia del hecho, un daño físico o moral más grave que la pena por imponerse (pena natural);cuando la pena que se espera por el delito de cuya persecución se prescinde carece de importancia en consideración a una pena ya impuesta por otro delito; cuando sea previsible el perdón judicial; y cuando la pena que se espera carezca de importancia en consideración a las de otros delitos, o a la que se le impondría en un proceso tramitado en el extranjero y sea procedente la ex-

tradición solicitada. Los requisitos que deben ser presentados varían en función al tipo de salida alternativa que se pretende aplicar.

Para un criterio de oportunidad, será necesario cumplir con estos requisitos probando que el imputado ha resarcido el daño ocasionado, ha afianzado el mismo, o ha realizado acuerdo previo con la víctima para tal cometido. Cuando se trate de la previsibilidad del perdón judicial, será necesario presentar el certificado de antecedentes del Registro Judicial probando que se trata de un primer delito.

En la conciliación judicial en delitos de acción pública o privada, su procedencia da lugar a la extinción de la acción penal por reparación del daño en delitos de contenido patrimonial y delitos culposos que no tengan por resultado la muerte.

En la suspensión condicional del proceso, el imputado debe haber reparado el daño ocasionado, firmado un acuerdo con la víctima o mediante fianza que garantice esa reparación; así como probar no haber sido condenado por delito doloso durante los cinco años.

Para el procedimiento abreviado realizado a voluntad del imputado, es necesario que el Fiscal presente saliente en su Cuaderno de Investigación toda la prueba a efecto de probar la existencia del hecho y la participación del imputado, a efecto de que el Juez de Instrucción en lo Penal competente para este procedimiento en audiencia pública, en presencia de las partes valore la prueba presentada, previo alegato de partes. Salvo que haya oposición fundada de la victima, caso en el cual el Juez podrà rechazar el procedimiento abreviado, de igual forma si considera que el procedimiento común puede proveer mayor conocimiento del hecho.

El art. 19 de la LOMP, establece la fiscalización del MP por el Poder Legislativo, disponiéndose que las Comisiones Legislativas podrán citar al Fiscal General de la República, para informar sobre asuntos de su competencia, salvo que se trate de causas penales sometidas ya a la jurisdicción ordinaria.

El art. 20 de la LOMP regula la Coordinación del MP con el Poder Ejecutivo. Disponiéndose que Con el objetivo de orientar la política criminal del Estado, el Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y del Ministerio de Gobierno, mediante resolución fundada, podrán solicitar al Fiscal General la emisión de instrucciones generales relativas al ejercicio de la acción penal pública, al establecimiento de prioridades en la persecución penal y al respeto de los derechos humanos en la lucha contra la delincuencia.

En ningún caso el Poder Ejecutivo podrá solicitar la emisión de instrucciones que sólo produzcan sus efectos o se refieran a un caso concreto.

La ley prevé mecanismo de la "objeción" ante esta relación ya que el art. 22 de la LOMP previene que Cuando el Fiscal General considere que la resolución del Poder Ejecutivo es inconstitucional o afecta su independencia podrá recurrirla directamente ante el Tribunal Constitucional., por la vía correspondiente. Si el Fiscal General considera que la resolución es inconveniente o ilegal representará su cumplimiento mediante resolución debidamente fundamentada ante la autoridad que emitió resolución.

Antes de la vigencia de la Ley del Ministerio Público, este estaba bajo la dependencia del Ministerio de Gobierno. Actualmente, en cuanto a disposición legal, hay Autonomía Funcional y Económica. El MP. no es parte del Órgano de Poder Ejecutivo, legislativo ni Judicial, se podría considerar una Institución especial, conjuntamente con la Contraloría General del Estado. Existiendo una mayor vinculación con el Organo Legislativo ya que según la constitución el Fiscal General del Estado es nombrado por dos tercios de votos de la Asamblea Legislativa y está sujeto a fiscalización de esta ya que Las Comisiones Legislativas podrán citar al Fiscal General de la República, para informar sobre asuntos de su competencia, salvo que se trate de causas penales sometidas ya a la jurisdicción ordinaria (Art. 19 LOMP). También realiza Coordinación con el Poder Ejecutivo, con el objetivo de orientar la política criminal del Estado, el Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y del Ministerio de Gobierno, mediante resolución fundada, podrán solicitar al Fiscal General la emisión de instrucciones generales relativas al ejercicio de la acción penal pública, al establecimiento de prioridades en la persecución penal y al respeto de los derechos humanos en la lucha contra la delincuencia. En ningún caso el Poder Ejecutivo podrá solicitar la emisión de instrucciones que sólo produzcan sus efectos o se refieran a un caso concreto (art. 20 LOMP).

El art. 23 LOMP regula la organización jerárquica así: La organización jerárquica del Ministerio Público comprende los siguientes niveles: Fiscal General del Estado, Fiscales Departamentales, Fiscales de Recursos, Fiscales de Materia y Fiscales Asistentes. Teniendo cada una de las jerarquías atribuciones definidas por la ley orgánica.

El art. 59 y s. LOMP regulan la actuación procesal de los fiscales quienes están sujetos a obtener prueba licita, a emitir resoluciones fundamentadas.

Guardando relación con el Código de Procedimiento Penal (CPP), el art. 64 LOMP regula en aquellos casos en que sea procedente la aplicación de las salidas alternativas al juicio, previstas en el CPP. Los fiscales deberán solicitarlas sin demora, en cuanto concurran las condiciones legalmente exigidas. Como se ha relacionado arriba estas salidas son el criterio de oportunidad, la conciliación, la suspensión condicional del proceso y el procedimiento abreviado.

Precautelando el derecho de las partes el art. 66 de la LOMP prevé el recurso jerárquico, consistente en que las partes podrán impugnar el rechazo de una investigación preliminar o sobreseimiento de una investigación con imputación realizada por el Fiscal de Materia, ante el Fiscal Departamental será resuelto en audiencia pública convocada a pedido de parte, o de oficio si no existe querellante particular, dentro de los diez días de recibidas las actuaciones.

El art. 72 de la misma ley analizada regula la excusa de los fiscales y recusación de las partes.

A partir del art. 75 de esta norma se estructuran los Organismos que Ejercen funciones de Policía Judicial, en la investigación de los delitos, los que se encargarán de la identificación y aprehensión de los presuntos responsables, de la identificación y auxilio de las víctimas, de la acumulación, análisis y seguridad de las pruebas y de toda actuación dispuesta por el fiscal que dirige la investigación, diligencias que serán remitidas a la autoridad competente, pero la Dirección Funcional, corresponde al Fiscal, entendiéndose esta por la dirección funcional, la dirección legal y estratégica de la investigación, con miras a sustentar la acusación en el juicio.

También se regula con respecto al Instituto De Investigaciones Forenses que tiene por Finalidad, encargarse de realizar todos los estudios científicos técnicos, requeridos para la investigación de los delitos por el Ministerio Público o por las partes. Igualmente, se encargará de los estudios científico-técnicos para la comprobación de otros hechos encomendados por orden judicial.

En sus funciones técnicas tiene carácter independiente y emite informes y dictámenes conforme a las reglas de investigación científica. Es dependiente administrativa y financieramente de la Fiscalía General del Estado gozando de autonomía funcional en el cumplimiento de sus tareas científico técnicas.

El art. 84 establece la Inspectoría General que es el órgano encargado de velar por el correcto funcionamiento del Ministerio Público para asegurar y promover la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de sus fines, y quien goza de autonomía funcional.

Entres sus funciones están, la de recibir y procesar denuncias contra los fiscales hasta la jerarquía de Fiscales de Distrito, pudiendo rechazarlas sin trámite cuando éstas sean infundadas. Realizar investigaciones, de oficio o por denuncia, sobre la comisión de faltas disciplinarias o irregularidades en el ejercicio de las funciones de los fiscales y de otros funcionarios involucrados. Presentar denuncias contra los fiscales, cuando como producto de una investigación o inspección se tengan elementos de sospecha sobre la comisión de delitos en el ejercicio de su función o con ocasión de ella, y controlar que las investigaciones en esos casos, se realicen conforme a Ley. Desarrollar programas permanentes de prevención de los actos de corrupción en los Fiscales. Conocer los informes de auditoría interna y solicitar a la Contraloría General de la República la realización de auditorías en el Ministerio Público. Evaluar anualmente el ejercicio funcional de los fiscales y presentar un informe al Fiscal General. Informar anualmente al Congreso sobre el desarrollo de sus funciones y toda vez que éste lo solicite. Además de otras que persiguen el mejoramiento de la función fiscal. Para el efecto el MP ha creado el con la cooperación de AECI (Cooperación del Gobierno Español), el Reglamento de Organización y Funcionamiento de La Inspectoría General y Régimen Disciplinario de los Miembros Del Ministerio Publico.

En cuanto a la responsabilidad de los Fiscales, el Art. 101, prevé que sin perjuicio de la responsabilidad que corresponde al Estado, los fiscales serán responsables penal, civil y administrativamente por delitos y faltas cometidas en el ejercicio de sus funciones. Estos podrán ser suspendidos de sus funciones mediante resolución fundada cuando hayan sido formalmente acusados mientras dure el proceso penal y luego destituidos por sentencia penal ejecutoriada.

También se establece el Régimen de responsabilidad Disciplinaria, por la comisión de Faltas Muy Graves, Graves y Leves. Encargado del procesamiento que debe cumplir el debido proceso. es la Inspectoría General de la Fiscalía.

Las sanciones para las faltas leves, llamadas de atención o amonestación verbal o escrita. Para las graves, pérdida del derecho a promoción durante un año, suspensión temporal del cargo sin goce de haberes por un tiempo que no exceda de dos meses o una multa de hasta el 40% de su haber mensual, y para las faltas muy graves, destitución definitiva del cargo y consiguiente retiro de la carrera fiscal.

La ley regula sobre autonomía financiera y administrativa por el que la La Fiscalía General del Estado elaborará anualmente el proyecto de presupuesto del Ministerio Público y administrará sus recursos de manera autónoma, con las asignaciones anuales del Tesoro General de la Nación y recursos propios, consistentes en Las asignaciones anuales del Tesoro General de la Nación conformados por los créditos o empréstitos; as donaciones y legados de personas o entidades nacionales o extranjeras públicas o privadas; Los recursos provenientes de la enajenación de sus bienes, previa aprobación del Honorable Congreso Nacional; Los recursos provenientes de convenios interinstitucionales celebrados por el Ministerio Público; Las tasas o contribuciones establecidas por Ley.

A partir del art. 88 LOMP se regula sobre el ingreso y permanecía a la carrera fiscal, que está integrada por los siguientes subsistemas: Planificación e ingreso, Evaluación, permanencia y promoción, Capacitación, Escalafón e

información, Remuneración. Regulados en detalle en los Reglamentos del Ministerio Público.

Como se ha expresado el Fiscal General del Estado, es nombrado por dos tercios de votos de la Asamblea Legislava, la actual constitución no establece la forma de nombramiento de los nueve Fiscales Departamentales, pero si el art. 39 de la LOMP, que expresa que será la Cámara de Diputados, por dos tercios de votos.

La Ley Orgánica del Ministerio Público (OMP), en su Art. 90, regula sobre el Subsistema de Planificación e Ingreso a la Carrera Fiscal y comprende las fases de Convocatorias públicas internas y externas. Selección, a través de concursos de méritos, exámenes de oposición y competencia. Para tal efecto se ha desarrollado, con la cooperación de AECI (Cooperación del Gobierno Español), entre otros, el Reglamento de Planificación e Ingreso a La Carrera Fiscal Del Ministerio Publico, que tiene como principios la igualdad, objetividad, transparencia, méritos e idoneidad, para el acceso a todas las categorías de la Carrera Fiscal, basada en el reconocimiento de méritos y acreditación progresiva de conocimientos y formación jurídica de los Fiscales. Con convocatoria pública, publicidad, presentación de solicitudes por los abogados interesados, cuando la convocatoria es externa o por los fiscales actuales cuando es interna, por superación de las pruebas selectivas, consistentes en concurso de meritos, exámenes de oposición y competencia, entrevista personal y superación del plazo de prueba de dos años, de conformidad con lo previsto en artículos 90 y 96 de la LOMP. Una vez vencido este periodo la carrera fiscal es indefinida. Esperando que esta política de Estado no vaya a cambiar por decisiones políticas debido a la coyuntura y perspectiva que sobre el tema se tiene en el Estado, ya que hay quienes piensan que los periodos de las autoridades deberían ser temporales.

En lo referente al Medio Ambiente, es necesario recordar que Bolivia, tiene más de nueve millones de habitantes, una extensión territorial de 1.098. 581 Km. 2; es un Estado Unitario, conformado por nueve Departamentos, en un complejo proceso de vía hacìa las autonomías Departamentales, establecidas en la Nueva Constitución Política del Estado. En este territorio tenemos, más de veinte Parques y Reservas Naturales. Además se tienen Áreas protegidas, existiendo sólo en el Departamento de Santa Cruz, con una extensión de 370.621 km^2, además de cinco de los más grandes Parques Nacionales y Reservas Naturales, dieciocho áreas protegidas, con más de dos millones de Has, sólo de áreas protegidas.

Para la conservación, preservación, protección y uso sostenible de los recursos naturales, en especial la flora y fauna silvestre, tenemos entre las normas más importantes:

La Nueva Constitución Política del Estado, de 7 de febrero del 2009. Código Penal, Ley 1768 de 10 de marzo de 1997 – ultima reforma –. Código de Procedimiento Penal de 25 de marzo de 1999. Ley del Medio Ambiente Nro. 1333 de fecha 27 de abril de1992. Ley Forestal Nro. 1700 de fecha 12 de julio de 1996.

Ley de Vida Silvestre, Parques Nacionales, Caza y Pesca, Ley 12301 de 14 marzo de 1990. Ley de Descentralización Administrativa nº 1654 de 28 de julio de 1995. Decretos Supremos. Resoluciones Supremas. Decretos Prefecturales. Resoluciones Prefecturales. También con prevalencia a la Ley según la CPE, Convenios Internacionales ratificados por Bolivia, entre ellos la convención CITES – sobre el comercio internacional de Trafico de Especies amenazadas de Flora y Fauna de 3 marzo de 1975, Convención sobre Diversidad Biológica, CDB y Convención Ramsar Sobre los humedales.

La NCPE, en su Art. 186 y siguientes, establece, – en vigencia pero no implementados –, la "Jurisdicción Agroambiental", creando novedosamente el Tribunal Agroambiental, como máximo tribunal especializado, fundándose en los principios de funciòn social, integralidad, inmediatez sustentabilidad e interculturalidad, teniendo entre otras facultades conocer los recursos de casación en el área y organizar los juzgados agroambientales. Dedicándose un titulo de la CPE, al Medio Ambiente, Recursos Naturales – minerales, hidrocarburos, agua, aire, suelo, subsuelo, bosques, biodiversidad, y otras fuerzas físicas susceptibles de aprovechamiento –, Tierra y Territorio, Art. 342 y siguientes. Estableciéndose en el Art. 124 que comete delito de traición a la patria la boliviana o el boliviano que, entre otros hechos, viole el régimen constitucional de recursos naturales.

Tanto el Codigo Penal, la Ley del Medio Ambiente, la Ley Forestal y la Ley de Vida Silvestre, Parques Nacionales, Caza y Pesca. Establecen delitos con sanciones con privación de libertad, de hasta diez años por delitos contra la salud publica Art. 223, – por envenenar o contaminar aguas, quebrantar normas de sanidad pecuaria o propagar epizootias, incendio Art. 206 (ubicándolo en el titulo cuyo BJP es la seguridad común), usurpación de aguas (BJP La propiedad), Art. 354, caza y pesca prohibida art. 356 (BJP idem), daño calificado, Art. 358 5 del CP; talar bosques (BJP el medio ambiente), cazar o pescar, con o sin autorización, con medios prohibidos causando daño o degradación al medio ambiente, deposito o comercialización de desechos industriales, introducción y transporte de desechos tóxicos; – cazar animales vedados o protegidos, cazar en zonas prohibidas, con fines comerciales; – falsedad material e ideológica que estén referidos a manejos forestales, informes, documentos técnicos y otros, tala y quema de la cobertura arbórea, incumplimiento del plan de manejo, utilizar recursos forestales sin autorización, comercializar recursos forestales ilegales. Delito estos que con excepción de los contenidos en

el CP, no tienen nomen iuris. Ademàs se establecen las contravenciones que le corresponden sanciones de decomiso, multa y clausura, en procedimiento administrativo.

En Bolivia, aunque se cometan delitos contra algunas de estas leyes medioambientales se opta por el procedimiento administrativo, que en el mejor de los casos impondrá decomiso y/o multa y/o clausura, descartándose la posibilidad de hacerse una denuncia o querella ante la Policía o Ministerio Público, salvo en aquellos casos considerados grandes donde la repercusión es viabilizada por los medios de comunicación.

La acción penal puede iniciarse por noticia fehaciente, de oficio, a denuncia, a querella y intervención policial preventiva denominada acción directa. El Código de Pdto. Penal y la Ley del Ministerio Público conceden al Fiscal de Materia facultades de director funcional de la investigación en los delitos de acción pública durante la etapa preparatoria, la que tiene una duración de 6 meses desde la notificación con la imputación formal. Esta investigación está bajo el control jurisdiccional del Juez de Instrucción Penal, quien ejerce control conforme a las facultades y deberes previstos en el CPP., Terminada la etapa preparatoria el Fiscal optarà por sobreseer o acusar, salvo la aplicación de las ya explicadas salidas alternativas si correspondieren.

La Jurisdicción Penal – sin que todavía se implemente la novísima jurisdicción medioambiental – está compuesta por el Juez de Instrucción Penal que controla la investigación, Jueces de Sentencia que conocen los delitos de acciòn privada y los delitos de acción pública cuyo pena no sobrepase cuatro años en su máximo; los Tribunales de Sentencia para los que sobrepasen los cuatro años en su máximo, compuestos por dos jueces técnicos y tres jueces ciudadanos. En la practica estos jueces y tribunales técnicos no tienen especialidad; – es de suponer que los Jueces ciudadanos tampoco ya que son legos –, debiendo conocer delitos comunes en general, substancias controladas, medio ambientales y otros.

En lo formal dentro del Organigrama de la Fiscalía Departamental se tiene una Unidad de "tierra y medio ambiente", inexistente en los hechos; contándose con Instructivas Generales de la Fiscalía General del Estado, entre otras con la 03/95 por la que se instruye *"Asignar en cada distrito un fiscal encargado de detectar e investigar hechos punibles dirigidos a deteriorar, degradar, lesionar o destruir la flora, fauna y en general el medio ambiente a efecto de entregar a los autores y participes de esos hechos ante la autoridad competente"*.

Para el año 2009, la Fiscalía Departamental de Santa Cruz (Departamento con más de dos y medio millones de habitantes y una extensión de 370.621 km^2) tiene un presupuesto anual aproximado de quince millones de bolivianos (15.000.000 Bs.) derivados del Tesoro General de la Nación, más quinientos

cuarenta y nueve mil bolivianos por ingresos propios (549.000 Bs), equivalentes ambos a $us. Dos millones doscientos veintiún mil doscientos ochenta y cinco 00/714 dólares norteamericano, (2.221.285.714 $US). Teniéndose 155 funcionarios, de los cuales 93 son Fiscales de Materia, 30 para las dieciséis provincias y sesenta Fiscales para la ciudad de Santa Cruz de la Sierra, con cerca de dos millones de habitantes.

Se calcula que en Bolivia, por chaqueo, desmonte ilegal, aprovechamiento ilegal, quema, blanqueo de madera con falsificación de documentos y otros, se dañan aproximadamente 300 has diarias; se contaminan ríos, lagos y laguna; se cazan y comercializan aves y animales, lo que por ley constituye delito medioambiental, y las autoridades Nacionales, – Ministerio de Desarrollo Rural, Medio Ambiente y Agricultura –, Gobierno Departamental – Secretaría de Desarrollo Sostenible y Medio Ambiente – Gobiernos Municipales, y el Ministerio Pùblico, no obstante tratan de luchar contra este flagelo, en los hechos se concluye que es absolutamente insuficiente e ineficaz en cuanto a resultados se refiere ya sea en educación, prevención y represión de estos delitos.

Ciertamente ha habido casos emblemáticos con resultados negativos, como la mortandad de peces en la *"negra historia del rio Piray"*, que pasa por las orillas de la ciudad, publicado en el Periódico "La Estrella del Oriente", de la ciudad de Santa Cruz, en fecha 22 de julio de 1998, donde se expresa que desde el año 1973-1998, han habido entre contaminaciones por tóxicos y mortandad de peces, treinta y tres casos, con miles de toneladas de peces muertos. Siendo la ultima vez en el mes de julio de 1998, la supuestamente ocasionada por el Ingenio Azucarero Guabirá, que funciona a 54 km. De la ciudad, al haber vertido al rio líquidos contaminantes, teniéndose como resultado ochenta toneladas de peces muertos, de veinticinco especies. Este caso fue denunciado por el Gobierno Departamental ante el Ministerio Público; procesado en su fase de la instrucción de conformidad al antiguo CPP, y en final fue archivado y no llegó a juicio.

O como cuando se expresó en el Periódico "el Potosí", el 18 de abril del 2005, *que "La Fiscalía General de la República instruyó el inicio de la investigación en el caso de la contaminación del río Pilcomayo a los distritos de Chuquisaca, Potosí y Tarija; además, que en el curso de las próximas horas, designaría una comisión tripartita, con fiscales de cada Departamento, para que se dediquen exclusivamente a esta labor"* y "[...] *ratificaron su exigencia de llegar hasta las últimas consecuencias para cortar, de una vez por todas, la contaminación del río Pilcomayo por parte de los ingenios mineros de Potosí*". Este caso está en proceso.

En el Departamento de Santa Cruz, ha habido casos donde se han encontrado cantidades de animales silvestres vivos; cargamentos de cueros de animales silvestres; y las Autoridades administrativas han hecho decomiso del

vehiculo y contenido, no habiéndose iniciado las acciones penales por falta de coordinación interinstitucional, por inercia funcionaria; no credibilidad en el sistema penal o motivos desconocidos.

Actualmente Santa Cruz, tiene un acelerado crecimiento agro-industrial lo que sin duda conlleva situaciones de riesgo y contaminación medioambiental. Se tiene industrias dentro del radio urbano, entre ellas – varias – un ingenio azucarero a escasa distancia del centro de la ciudad. Al respecto la población se pregunta cuál el motivo; lo cierto es que de forma incomprensible continua con su explotación causando peligro inminente, y lo que es peor sin que las Autoridades Administrativas dispongan su traslado donde corresponde por ley.

Los casos investigados por el Ministerio Público, en Santa Cruz, son pocos ya que la mayoría de los mismos culminan en su procedimiento contravencional, ya sea que se ventile en la Secretaría de Desarrollo Sostenible y Medio Ambiente del Gobierno Departamental o en la Direcciòn Departamental de la Superintendencia Forestal por contravenciones a esta Ley, correspondiéndole multas, decomiso, clausura y otros.

En cuanto se refiere a los tipos penales contra el Medio Ambiente, es criterio de quien escribe que estos deberían integrarse en una reforma al Código Penal en un capitulo medioambiental propio a efecto de que la sociedad y los operadores de justicia lo conozcan, lo interpreten y lo apliquen de manera efectiva, evitándose contradicciones por haber leyes penales en blanco, confusión en su bien jurídico protegido, fallas o diversas interpretaciones que no hacen sino contribuir a la impunidad de los autores, teniéndose claridad bipartita no solamente en el tema medioambiental, sino en todas las áreas con la creación de contravenciones medioambientales así como en otras áreas jurídicas (M. Cristina Guzman, La Protección Penal del Medio Ambiente en Bolivia, p. 62-64, 78).

Bolivia está entre los diez países del planeta con mayor biodiversidad; cuenta con aproximadamente el 28% de su territorio convertido en Parque Nacional, Reserva o Bosque Protegido, contando además con Tierras Comunitarias de Origen, TCOs, en millones de hectáreas en propiedad de Pueblos Originarios, quienes harán explotación sostenible, como también de acuerdo a usos y costumbres. Es necesario diseñar como en otros países una política de Estado. Es imprescindible utilizar la educación formal para educar y prevenir el daño al medioambiente. Así como capacitar y especializar a los funcionarios públicos del área en la administración nacional y departamental. Se debe introducir de forma autónoma la materia medioambiental en la currícula de la carrera de derecho. En el Instituto de Capacitación del Ministerio Público y Escuela de Jueces. Es necesario capacitar y especializar a Jueces y Fiscales. Se debe crear Unidades de Investigación Fiscal Medio ambiental, potenciar el

Instituto de Investigaciones Forense (IDIF) con peritos medio ambientales. Constituir en los hechos una Jurisdicción Medioambiental. En suma generar conciencia y destinar recursos económicos de forma planificada para potenciar el Ministerio Público, a fin de que se inicien y se culminen los procesos con efectividad a fin de dar una respuesta social.

Bibliografía

Constitución Política del Estado.

Código de Procedimiento Penal.

Código Penal.

Ley Orgánica del Ministerio Público.

Ley del Medio Ambiente.

Leyes en general.

Programa de Capacitación del Instituto de la Judicatura.

Información proporcionada por El Gobierno Departamental de Santa Cruz.

Información proporcionada por la Superintendencia Forestal – Santa Cruz.

A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS CORRELATOS NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Consuelo Y. Moromizato Yoshida*

1 O art. 225 da Constituição Brasileira: os direitos e garantias fundamentais assegurados e os respectivos deveres fundados na solidariedade e na eqüidade intergeracionais

A Constituição brasileira ostenta um dos mais completos e avançados sistemas de tutela ambiental composto pelos fundamentais art. 225 e art. 170, inciso VI, as disposições relativas à competência concorrente e comum em matéria ambiental (arts. 24, VI e 23, VI, VII) e demais disposições dispersas pelo texto constitucional.[1]

O elogiado art. 225, inspirado nos princípios da Declaração de Estocolmo e na Constituição Portuguesa de 1976, proclama em seu *caput:*

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

A Constituição Federal, ao mesmo tempo que assegurou o direito fundamental de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impôs, de forma obrigatória, a *co-responsabilidade do Poder Público e da coletividade*

* Mestre e Doutora pela PUC/SP, Professora de D. Ambiental.

1 V. SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 6. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 71-80; BARROSO, Luiz Roberto. A proteção do meio ambiente na Constituição brasileira. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 88, n. 317, p. 161-178, jan./mar. 1992, p. 165-167; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 10 e ss.; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito ambiental e legislação aplicável*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 183-191; PASSOS DE FREITAS, Vladimir. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. 2ª Ed. São Paulo:RT, 2002.

de protegê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, dever este fundado na *solidariedade* e na *eqüidade intergeracionais.*[2]

Estão aí estampados dois importantes princípios ambientais: *o da obrigatoriedade da intervenção estatal* e o da *participação pública*, consagrados nos documentos internacionais sobre o meio ambiente e incorporados pelas Constituições de diversos países.

É sob esta dúplice visão, de previsão simultânea do direito fundamental e respectivo dever de proteção que o art. 225 da Constituição brasileira deve ser analisado. Não pode ser olvidada a parte da co-responsabilidade, mormente diante da necessidade da conscientização pública acerca da relevância da proteção ambiental para a maior efetividade das normas ambientais na realidade brasileira.

1.1 O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: classificação e caracterização.[3] As garantias constitucionais

Estreitamente relacionado à *dignidade da pessoa humana*,[4] fundamento do Estado Democrático de Direito, é o *direito ao meio ambiente ecologica-*

2 Equidade intergeracional significa a exigência de que cada geração legue à seguinte um nível de qualidade ambiental igual ao que recebeu da geração anterior (LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *A transdisciplinaridade do direito ambiental e a sua equidade intergeracional*. Disponível em: <www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/sequencia/article/view/1194/1190>. Acesso em: julho 2009).

3 V., desta autora, *Poluição ambiental em face das cidades no Direito Ambiental brasileiro:* a relação entre degradação social e degradação ambiental. Tese (Doutorado em Direito)– Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2001. (Cap. I: Considerações Propedêuticas, p. 1-45); STEIGLEDER, Annelise Monteiro, *Responsabilidade civil ambiental*: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro.Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004; LOUBET, Luciano Furtado. *Delineamento do dano ambiental*: o mito do dano por ato lícito. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 40, p. 124-147, 2005. p. 124-131.

4 "A dignidade humana não pode ser reduzida à condição de puro conceito" (COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 226). "O respeito à dignidade humana, [...] é patrimônio de suprema valia e faz parte, tanto ou mais que algum outro, do acervo histórico, moral, jurídico e cultural de um povo" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 32, p. 18, nov./dez. 1974. p. 20). "A dignidade pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas" (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*: direitos fundamentais. 2. ed. Lisboa: Coimbra, 1998, v.4, p. 168-169). "A dignidade da pessoa humana é o reconhecimento constitucional dos limites da esfera de intervenção do Estado na vida do cidadão e por esta razão nos direitos fundamentais, no âmbito do poder de punir do Estado" (SILVA, Marco Antonio Marques da. Dignidade da Pessoa e a Declaração Universal dos Direitos Humanos. *Revista da Academia Paulista de Magistrados*, São Paulo, p. 137-141, 01 jan. 2000; *Revista Dignidade do Programa de Pós Graduação em Direito da Unimes*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 147-154, 2002). "É ela, a dignidade, o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da

mente equilibrado, de cuja efetividade dependerá a *sadia qualidade de vida* das presentes e futuras gerações.

Como será examinado, o que é assegurado a todos no direito brasileiro não é simplesmente o direito ao meio ambiente, mas ao meio ambiente *ecologicamente equilibrado*, ou seja, ao *meio ambiente qualificado*.

Trata-se de um *direito fundamental da pessoa humana*, direito este caracterizado como situação jurídica, objetiva e subjetiva, definida no direito positivo, *em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana.*[5]

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um *direito fundamental*, voltado a assegurar *a vida e a dignidade da pessoa humana*, preservando a saúde, a segurança, o sossego, o bem-estar da coletividade, entre outros bens e valores, sem os quais não se pode falar em *vida humana digna*.

Daí identificar-se no reconhecimento desse direito fundamental também um fator de *transformação social*, tendo em vista que na lição de Fábio Konder Comparato[6] a construção de um verdadeiro Estado Democrático de Direito não se pode dar sem o respeito aos atributos essenciais da pessoa humana.

A tendência a uma progressiva constitucionalização do direito ao meio ambiente é uma realidade, não simplesmente por se tratar de um direito ideológico, mas sobretudo por sua elevada transcendência. Como explica Eduardo Javier Ruiz Vieytez,[7] a incorporação deste direito a leis fundamentais tem a preocupação de dotar-lhes de maiores instrumentos de defesa e de maior autoridade e constitui um avanço qualitativo de suma importância que reforça sua consistência como autêntico direito humano.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um *direito fundamental de terceira geração*,[8] incluído entre os chamados *direitos da solidariedade* ou *direito dos povos*. Faz parte da nova geração de *direitos transindividuais* ou *metaindividuais*, inserido na categoria de *direitos difusos*.

guarida dos direitos individuais... Dignidade é um conceito que foi elaborado no decorrer da história e chega ao início do século XXI repleta de si mesma como valor supremo, construído pela razão jurídica... A dignidade nasce com a pessoa. É lhe inata. Inerente à sua essência... Existe vida sem dignidade? (NUNES, Rizzatto. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 49 e 52).

5 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 179.

6 Os problemas fundamentais da sociedade brasileira e os direitos humanos. *Para Viver a Democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989, apud MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Fundamentos do direito ambiental no Brasil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 706, p. 7-29, ago. 1994.

7 *El Derecho al Ambiente como Derecho de Participación*. Bilbao: Arateko, 1992, p. 45-46.

8 COMPARATO, Fábio Konder. *Os problemas fundamentais*, p. 44; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 374; DORNELES, João Ricardo W. *O que são direitos humanos*. São Paulo: Brasiliense, 1989, p. 32-36 (Coleção Primeiros Passos); MIRRA, Álvaro L. V. *Fundamentos*... cit., p. 12, que sintetiza: os direitos fundamentais de "primeira geração" correspondem às liberdades individuais expressas nas Declarações do final do século XVIII, e os de "segunda geração" aos direitos sociais evidenciados pela social-democracia européia em fins do século XIX.

Sendo um direito fundamental, é *inalienável, imprescritível*[9] e *irrenunciável*. Nenhuma lei e muito menos um ato normativo infra legal poderá alterar o perfil que lhe foi talhado pela Lei Maior.

Trata-se de um *direito social*, previsto em capítulo próprio, no título da *Ordem Social* (art. 225). O caráter social do direito se revela *na medida em que sua concreção importa em prestação do Poder Público,*[10] através de medidas e providências mencionadas exemplificativamente no § 1º do citado dispositivo constitucional.

A ordem constitucional brasileira não se limitou a reconhecer os direitos fundamentais de forma ampla, preocupou-se em protegê-los contra alterações e supressões, e em dar-lhes maior garantia e efetividade: elevou-os à condição de *cláusulas pétreas* (art. 60, § 4º), e atribuiu *eficácia imediata às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais* (art. 5º, § 1º), onde quer que topologicamente estejam no texto constitucional.

Esta última garantia tem uma importância ímpar, na medida em que todas as normas constitucionais, quer definam direitos e garantias fundamentais individuais, quer coletivos, deixam de se revestir de caráter meramente programático, e passam a ser consideradas *normas de eficácia imediata, plena ou contida*.[11]

E desde a Emenda Constitucional 45/2004, os *tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos*, entre os quais se incluem os *tratados e convenções em matéria ambiental*, passam a ser incorporados no ordenamento jurídico pátrio com o *status de norma constitucional (emenda constitucional)* se aprovados nas Casas do Congresso Nacional com o *quorum* qualificado das emendas constitucionais (§ 3º acrescentado ao art. 5º pela Emenda Constitucional citada).

E se internalizadas anteriormente à Emenda, tais normas internacionais têm *status supralegal,* situando-se abaixo da Constituição, mas acima da legislação interna, conforme recente posicionamento firmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário 466.343).[12] É a denominada

9 V. a respeito, entre outros, LEITE, José R. M., *Dano ambiental*, p. 210; NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria B. B. de Andrade. Responsabilidade civil, meio ambiente e ação coletiva ambiental. In: BENJAMIN, Antônio Herman V. (Coord.). *Dano ambiental*: prevenção, reparação e repressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 291; PERALES, Carlos de Miguel. *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997, p. 336; STEIGLEDER, Annelise M. *Responsabilidade*... cit., p. 156.

10 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo,* p. 316. V. mais amplamente sobre direitos sociais, p. 285-287.

11 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 81e ss.

12 Desse modo, a Corte Suprema brasileira reconheceu a insubsistência, no plano infraconstitucional da legislação interna, da prisão civil do depositário infiel (parte final do inciso LXVII do art. 5º da Constituição Federal), considerando o que dispõem a Convenção Americana sobre Direitos Hu-

supralegalidade dos tratados e convenções internacionais anteriores, assim reconhecida pela Corte Suprema.

1.2 A visão holística e os aspectos do meio ambiente.[13] O equilíbrio ecológico como valor intrínseco fundamental. O meio ambiente ecologicamente equilibrado como bem jurídico autônomo.

A proteção ambiental no direito brasileiro inicia uma nova trajetória com a Política Nacional do Meio Ambiente no início da década de 1980, e é fundamental neste processo a incorporação da *visão holística e unitária do meio ambiente*, considerado globalmente e não como uma simples soma dos seus componentes (os recursos ambientais), e de sua tutela como *bem jurídico autônomo*, contribuições hauridas das doutrinas italiana e portuguesa.[14]

A Constituição Federal eleva e aperfeiçoa sobremaneira o patamar da tutela ambiental e dos direitos fundamentais decorrentes ao exigir o *equilíbrio ecológico* como qualidade/valor intrínseco do meio ambiente considerado em sua totalidade, resultando dessa exigência a tutela constitucional do *meio ambiente ecologicamente equilibrado* como *bem jurídico autônomo* (art. 225).

No direito brasileiro, portanto, o *meio ambiente ecologicamente equilibrado* é o *bem jurídico autônomo, unitário, indivisível, abstrato, imaterial,* distinto dos elementos que o compõem, os *recursos ambientais,* ou *microbens ambientais*[15] (naturais, culturais e/ou artificiais), geralmente de natureza material.

manos/Pacto de São José da Costa Rica (Art. 7º, § 7º) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 11).

13 V., desta autora, *Poluição ambiental em face das cidades... cit.* (Cap. I: Considerações Propedêuticas, p. 1-45); LOUBET, Luciano Furtado. *Delineamento do dano ambiental... cit.*, p. 124-131.

14 CHIARI, Sergio Matteini. *Danno da lesione ambientale*: technice di tutela. Dogana: Maggioli, 1990; GIAMPIETRO, Franco. *Teoria e pratica del diritto*: la responsabità per danno all'ambiente. Milão: Giuffrè Editore, 1988; MADDALENA, Paolo. *Danno pubblico ambientale*. Dogana: Maggioli Editore, 1990; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Procedimento administrativo e defesa do ambiente. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Coimbra, n. 3802, p. 325-326, 1991.

15 Denominação utilizada por Antonio Herman BENJAMIN no clássico texto *Função ambiental* (In: _____. *Dano ambiental*: prevenção, reparação e repressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 71; BDJur, Brasília, DF. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8754>. Acesso em: jul. 2009). Neste texto o autor trata da *função ambiental propriamente dita*, conceituada como atividade finalisticamente dirigida à tutela do meio ambiente, caracterizando-se pela relevância global, homogeneidade de regime e manifestação através de um dever-poder. No que concerne ao seu objeto, a função ambiental versa ora sobre o meio ambiente entendido na sua acepção de interesse difuso, independente dos elementos que o integram, ora sobre os seus fragmentos (uma montanha, um rio, um ecossistema localizado). O interesse ambiental, objeto da função ambiental, consiste na expectativa do cidadão e da sociedade na manutenção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado através da prevenção, reparação e repressão do dano ecológico. Em outras palavras: o interesse ambiental é um juízo entre uma necessidade (a manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, nos termos da Constituição de 1988) e os meios disponíveis a sua satisfação (prevenção, reparação e repressão). Interesse este que, na medida em que reflete uma necessidade de todos, não se adequa a uma moldura exclusivamente individual. A característica maior do interesse ambiental é exatamente a de não se prender a um único indivíduo. De qualquer modo, será individual quando o juízo for de um só indivíduo e será não-individual (coletivo, difuso, público) quando o juízo ultrapassar as fronteiras do sujeito isolado.

A Política Nacional do Meio Ambiente define o *meio ambiente globalmente considerado,* ou *macrobem ambiental*[16] como o *conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas* (Lei 6.938/1981, art. 3º, I).

Essa definição, com nítida ênfase no aspecto do meio ambiente natural, evoluiu para uma visão holística mais completa trazida a lume pela Política Nacional de Educação Ambiental (Lei 9.795/1999). Figura entre seus princípios básicos *o enfoque humanista, holístico, democrático e participativo* (art. 4º, I) e *a concepção do meio ambiente em sua totalidade, considerando a interdependência entre o meio natural, o sócio-econômico e o cultural, sob o enfoque da sustentabilidade* (art. 4º, II).

Sob esta perspectiva holística, o meio ambiente natural,[17] o meio ambiental cultural,[18] o meio ambiente artificial,[19] o meio ambiente do trabalho,[20] são considerados aspectos do meio ambiente global, e a Constituição Federal contém relevantes disposições a respeito de cada um deles.

Nas palavras de Paulo de Bessa Antunes,[21] *a fruição de um meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado foi erigida em direito fundamental pela ordem jurídica vigente.*

Insuperáveis são as clássicas lições de José Afonso da Silva[22] ao realçar que o direito de todos é à qualidade satisfatória, ao equilíbrio ecológico do meio ambiente. Essa qualidade é que se converteu em um bem jurídico. A isso

16 Cf. denominação utilizada por Antonio Herman BENJAMIN, no texto mencionado na nota anterior. No âmbito da função social da propriedade, o autor dá relevância atualmente à função ecológica, mais precisamente à função ecológico-social.

17 O art. 225 prestigia o equilíbrio ecológico, as funções ecológicas, a biodiversidade, que são qualidades intrínsecas ao meio ambiente natural.

18 Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I – as formas de expressão; II – os modos de criar, fazer e viver; III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

19 Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem– estar de seus habitantes.

20 Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei, colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho (inciso VIII).

21 ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 62.

22 *Direito Ambiental*, cit., p. 83.

é que a Constituição define como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida.

Como expõe o autor, o

> ecologicamente refere-se, sim, também à harmonia das relações e interações dos elementos do habitat, mas deseja especialmente ressaltar as qualidades do meio ambiente mais favoráveis à qualidade da vida. Não ficará o homem privado de explorar os recursos ambientais, na medida em que isto também melhora a qualidade da vida humana; mas não pode ele, mediante tal exploração, desqualificar o meio ambiente de seus elementos essenciais, porque isso importaria desequilibrá-lo e, no futuro, implicaria seu esgotamento [...] o que a Constituição quer evitar, com o emprego da expressão "meio ambiente ecologicamente equilibrado", é a idéia, possível, de um meio ambiente equilibrado sem qualificação ecológica, isto é, sem relações essenciais dos seres vivos entre si e deles com o meio.[23]

A importância de se observar o *patamar ecológico da proteção constitucional ambiental* mais se evidencia à medida que passam a ser prestigiados: a *visão holística mais completa do meio ambiente* preconizado pela Política Nacional de Educação Ambiental (Lei 9.795/99); o redirecionamento do clássico conceito de desenvolvimento sustentável para o conceito mais abrangente de *desenvolvimento humano*, difundido pela ONU, abrangendo a *sustentabilidade econômica, ambiental e social*; a *responsabilidade social corporativa* e a utilização crescente dos *instrumentos econômicos e de mercado* como indutores de práticas ambientais. Nesta seara não pode prevalecer a lógica capitalista e de mercado, ameaça que existe e que deve ser repensada.

Ao valorizar o *equilíbrio ecológico*, a Constituição conseqüentemente valoriza as funções ecológicas dos ecossistemas (os serviços ambientais por eles prestados), a *sustentabilidade ecológica*, a *eficiência ecológica* ou *ecoeficiência* dos instrumentos ambientais.

O *equilíbrio ecológico* é o fiel da balança, regido pelos princípios científicos e pelas inexoráveis leis físicas, químicas e biológicas (mundo do *ser*), que não podem ser ignoradas ou desrespeitadas pelas normas ambientais (mundo do *dever ser*).

1.3 A natureza difusa do bem ambiental no direito constitucional brasileiro

[23] *Direito Ambiental*, cit., p. 87-88.

O bem jurídico sobre o qual recai o direito fundamental ora analisado é o *meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem ambiental*[24] por excelência que se reveste de duas características constitucionais, nos termos do art. 225: é *bem de uso comum do povo* e *essencial à sadia qualidade de vida*.

A primeira característica (*bem de uso comum do* povo) define sua *natureza jurídica,* inserindo-o na categoria de *bens difusos*.

Esta avançada concepção acerca do bem ambiental, alicerçada no art. 225 da Constituição Federal vem a ser a pedra de toque para a revisão de muitas concepções clássicas, pois implica a superação da dicotomia direito/interesse/bem público e direito/interesse/bem privado.

O direito/interesse/bem difuso é *direito/interesse/bem da coletividade* como um todo[25] e é *adéspota, ou seja, não pertencente a nenhum sujeito, público ou privado, com exclusividade*, concepção de vanguarda, oriunda da doutrina italiana,[26] que vê o meio ambiente como *objeto unitário de interesses difusos*.

Se o direito/interesse/bem é da coletividade, tem-se a *indivisibilidade do objeto*, característica muito bem definida por José Carlos Barbosa Moreira[27] como uma *espécie de comunhão tipificada pelo fato de que a satisfação de um só implica, por força, a satisfação de todos, assim como a lesão de um só constitui, ipso facto, a lesão da inteira coletividade*.

Muitos dos dispositivos constitucionais, como os arts. 20 e 26, que tratam, respectivamente, dos bens da União e dos bens dos Estados, devem ser interpretados de forma sistemática e harmônica com aquela prescrição fundamental. A terminologia *direitos e interesses difusos* é encampada pela própria Constituição (art. 129, III) e a respectiva definição legal é introduzida pela Lei nº 8.078/90 (art. 81, parágrafo único, I).

Atualmente está consolidada a terminologia e a categoria *interesse difuso*, que corresponde ao *interesse público primário*, enquanto interesse da coletividade, nem sempre coincidente com o interesse público-estatal, denominado classicamente de *interesse público secundário*.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 300.244-9, deu importante passo no sentido de reconhecer a distinção entre bem público e bem

[24] V. a respeito, Celso Antonio Pacheco FIORILLO, *O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 117; *Curso de Direito Ambiental Brasileiro... cit.*, p. 74.

[25] Cf. CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da Justiça Civil.... *cit.*

[26] Idéias sistematizadas por Carlo MALINCONICO em sua clássica obra *I beni ambientali*. Padova: Cedam, 1991 (*Trattato di diritto amministrativo*, v. 5).

[27] A legitimação para defesa dos interesses difusos no direito brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v.77, n. 276, p.1-6, out./dez. 1981, p. 1. No mesmo sentido, entre outros, GRINOVER, Ada Pellegrini. A problemática dos interesses difusos. In: _____. (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 31; Kazuo WATANABE, nos comentários ao art. 81 da Lei nº 8.078/90, In: GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 5. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 624 e ss.

difuso, ao interpretar o sentido da proteção da Mata Atlântica enquanto *patrimônio nacional*.[28]

2 Princípios ambientais no Direito brasileiro

2.1 Princípio do desenvolvimento sustentável:[29] Sustentabilidade em sentido literal, sustentabilidade ecológica exclusiva, sustentabilidade social limitada e coevolução sociedade-natureza. O desenvolvimento humano

As muitas definições acerca do desenvolvimento sustentável contemplam diferentes acepções e concepções, que são complementares entre si.

A definição consagrada no Relatório Brundtland[30] traduz a acepção literal[31], de *desenvolvimento continuado no tempo*: é o *desenvolvimento que satisfaz as necessidades atuais sem comprometer a capacidade das gerações futuras para satisfazerem as suas próprias necessidades.*

A *sustentabilidade ecológica* preocupa-se com a depredação e contaminação do meio abiótico e do resto dos seres vivos, e é a acepção adotada quando se afirma que *desenvolvimento sustentável significa melhorar a qualidade de vida sem ultrapassar a capacidade de carga dos ecossistemas de suporte.*[32]

A *sustentabilidade social*, ligada ao tema da *pobreza,* comporta a subdivisão em *sustentabilidade social limitada* e na chamada *coevolução sociedade-natureza.*

A *sustentabilidade social limitada* é predominante, e difundida pela ONU, Banco Mundial, WWI. Ela utiliza a sustentabilidade social como ponte para se chegar à sustentabilidade ecológica, e adota soluções técnicas, basicamente, para os problemas ambientais. A pobreza é considerada na medida em que ela causa insustentabilidade ecológica; ela em si mesma não é um problema ambiental, mas pelas conseqüências que ela gera no meio ambiente.[33]

[28] *Pela circunstância de o § 4º desse artigo 225 dispor que a Mata Atlântica – que é a que está em causa – é patrimônio nacional, não quer isso dizer que ela seja bem da União* (STF – Recurso extraordinário nº 300.244/SC, Rel. Min. Moreira Alves, 1ª Turma, j. 20 nov. 2001, DJ 19 dez. 2001, p. 27).

[29] Ver, a respeito, MARQUES, José Roberto (Org.). *Sustentabilidade*: e temas fundamentais de direito ambiental. Campinas: Millennium, 2009.

[30] BRUNTLAND, G. *Our common future*: The World Commission on Environment and Development. Oxford: Oxford University Press, 1987, p. 43.

[31] *Desenvolvimento que pode ser continuado – seja indefinidamente ou pelo período de tempo que se considere* (LÉLÉ, S. M. Sustainable Development: a critical review. *World Development*, v. 19, n. 6, p. 608-609, jun. 1991).

[32] União Mundial da Conservação, do Programa das Nações Unidas para o Ambiente e do Fundo Mundial para a Natureza (1991).

[33] Assim, no caso de agricultores pobres que adotam a prática agrícola da queimada: o problema da insustentabilidade não é que sejam pobres, mas que sua atividade, através da queima, aumenta o aquecimento global e conduz à degradação dos solos quando não há o descanso exigido pelo ecossistema. Também em relação ao fato de que os pobres reproduzem mais, seguindo Malthus. O problema da insustentabilidade não é que haja mais pobres, mas sim o fato que o aumento da população pressiona os recursos e aumenta os desperdícios.

As relações sociais que geram pobreza, desemprego, fome não estão em discussão, mas somente suas conseqüências técnicas na contaminação e na degradação ambiental.

Diversamente, para a concepção *coevolução sociedade-natureza*[34] fazem parte do meio ambiente não só o entorno abiótico e outras espécies vivas, mas também os congêneres. Deste modo, os problemas sociais podem gerar insustentabilidade por si mesmos, além de afetarem a sustentabilidade ecológica. A sustentabilidade social é considerada como questão central, não só quanto aos seus resultados técnicos, como também quanto às causas profundas que geram a pobreza, o desemprego, a fome, a exploração. Os problemas sociais são também parte do desenvolvimento insustentável, e as soluções devem ser consideradas tanto do ponto de vista técnico como social.[35]

Nesta linha evolutiva está consolidada a idéia de que é necessária a reorientação do desenvolvimento a fim de que contemple múltiplos objetivos: *desenvolvimento pró-crescimento, pró-pessoas e pró-ambiente,*[36] voltados todos eles, em última análise, para a promoção do *desenvolvimento humano*, que sintetiza as concepções expostas e a tríplice visão da sustentabilidade (econômica, ambiental e social).[37]

O conceito de *desenvolvimento humano,*[38] adotado pela ONU, é mais amplo que as clássicas concepções e inclui quatro dimensões complementares e integrais: (1) pressupõe que o *crescimento econômico*, por ampliar a oferta de bens e serviços à disposição da população, é uma *condição necessária, mas*

[34] FOLADORI, Guillermo; TOMMASINO, Humberto. El Enfoque Técnico y el Enfoque Social de la Sustentabilidad. *Revista Paranaense de Desenvolvimento*, Paraná, n. 98, p. 67-75, jan./jun. 2000.

[35] Foladori e Tommasino reconhecem que não é simples avaliar se em determinada situação o autor está considerando a pobreza, por si mesma, como o principal problema da sustentabilidade ou por suas implicações na degradação ambiental, citando como exemplo: "O desenvolvimento econômico sustentável está...diretamente ligado ao incremento do nível de vida dos pobres de mais baixo nível, que pode ser quantitativamente medido em termos de aumento de alimentos, serviços de educação, saúde, saneamento, água potável, etc., e só indiretamente relacionado ao crescimento econômico a nível nacional, agregado....o objetivo principal é reduzir a pobreza absoluta, dos pobres do mundo, providenciando habitação duradoura e segura que minimize a depredação dos recursos, a degradação ambiental, o desequilíbrio cultural e a instabilidade social" (BARBIER, Edward. The concept of sustainable economic development. *Environmental Conservation*, Lausanne, v. 14, n. 2, p. 103, 1987).

[36] Cf. KIRDAR, Üner. *Cities fit for people*. New York: United Nations New York, 1997, p. xiii.

[37] V., de nossa autoria, Biodiversidade e sustentabilidade ecológica, econômica e social. *Anais do 10º Congresso Internacional de Direito Ambiental: Direitos Humanos e Meio Ambiente e 11º Congresso Brasileiro de Direito Ambiental: Biodiversidade e Direito*, São Paulo, 06 a 09/06/2006.

[38] HADDAD, Paulo R. O desenvolvimento humano. *Jornal da Tarde*, São Paulo, 31 ago. 1998, p. 2.

não suficiente para o desenvolvimento humano; (2) que este *não* ocorre num contexto de *exclusão social*, pois tem de se processar em benefício das pessoas; (3) que estas têm de ter *acesso a informações, conhecimento e bens culturais* para a sua própria promoção; (4) que a forma de crescimento econômico atual não venha a comprometer a gama das oportunidades das gerações futuras, ou seja, o desenvolvimento humano pressupõe a sua *sustentabilidade*.

São considerados como indicadores de desenvolvimento humano dos países a expectativa de vida, os níveis de educação e a renda. Os Relatórios divulgados anualmente fornecem importantes subsídios para a formulação e a execução das políticas públicas que tenham por escopo o crescimento econômico, com eqüidade social e sustentabilidade ambiental.[39]

2.1.1 *Manifestações no direito brasileiro*

A preocupação com a *sustentabilidade econômica* ganha contornos relevantes na década de 1960 com a edição do Código Florestal (Lei 4771/1965), da Lei de Proteção à Fauna Lei 5197/1967) e do Código de Pesca (Decreto-Lei 221/1967), notadamente, mas sem a nítida visão acerca da importância ecológica dos ecossistemas e da sua biodiversidade.

A Política Nacional do Meio Ambiente,[40] e o art. 225 da Constituição Federal ressaltam grandemente a *sustentabilidade ecológica*; também é nítida a atenção da Constituição Federal e da Política Nacional de Educação Ambiental com a *sustentabilidade social* e o *desenvolvimento humano*, concepções importantes para a realidade brasileira marcada pelas desigualdades regionais e sociais gritantes.

A Política Nacional de Educação Ambiental, sob a visão humanista, holística, democrática e participativa, e integrada de todos os aspectos do meio ambiente (art. 4º, I e II), volta-se para as diversidades regionais, culturais e sociais da realidade nacional (art. 4º, VII e VIII; art. 5º, V), em consonância com os fundamentos e objetivos do Estado brasileiro (CF, art. 1º, III e art. 3º).[41] E

[39] O Brasil, que em 2006 encontrava-se em 69º lugar no ranking do IDH (Índice de Desenvolvimento Humano), em 2007 foi rebaixado para o 70º lugar e manteve-se nesta posição em 2008.

[40] Art 2º – A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios: I – ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo;

[41] São fundamentos do Estado Brasileiro, alinhados com os valores e propósitos estampados no Preâmbulo da mesma Carta, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, sendo-lhe atribuído como objetivos desafiantes construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais, e promover o bem de todos, sem qualquer discriminação (CF, arts. 1º e 3º).

contempla a imprescindível transversalidade da dimensão ambiental ao prever, entre seus objetivos, que incumbe ao poder público *definir políticas públicas que incorporem a dimensão ambiental* (Lei 9.795/1999, art. 3º, I), visando a promoção da *sociedade ambientalmente equilibrada* (art. 5º, V).

Decorre do *princípio do desenvolvimento sustentável*, albergado pela Política Nacional do Meio Ambiente e pela Constituição vigente, a necessária conciliação entre *propriedade* e *cumprimento da função sócio-ambiental*; entre *ordem econômica capitalista/ desenvolvimento nacional* e *defesa do meio ambiente*, visando assegurar a qualidade do meio ambiente, e, conseqüentemente, a qualidade de vida, às presentes e futuras gerações.

A Constituição assegura o *direito de propriedade*, e de outro lado prevê que a propriedade deve *cumprir sua função social* (arts. 5º, XXIII; 170, II e III); aponta no que consiste tal exigência em relação à propriedade urbana[42] e à propriedade rural[43] (arts. 182, § 2º, 186).

O Código Civil de 2002 inovadoramente incorporou a função ecológico-social ao direito de propriedade ao dispor: *O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas* (art. 1228, § 1º).

As áreas de preservação permanente[44] e a reserva legal[45] são exemplos de espaços territoriais especialmente protegidos, que se encaixam, respectivamente, na categoria de bem difuso/adéspota, e na exigência de cumprimento da função social/ambiental da propriedade. A supressão de vegetação nas áreas de preservação permanente mediante autorização administrativa,[46] bem

[42] Art. 182, § 2º – A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

[43] Art. 186 – A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

[44] Lei 4.771/1965, art. 2º, II – área de preservação permanente: área protegida nos termos dos arts. 2º e 3º desta Lei, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas.

[45] Lei 4.771/1965, art. 2º, III – Reserva Legal: área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, excetuada a de preservação permanente, necessária ao uso sustentável dos recursos naturais, à conservação e reabilitação dos processos ecológicos, à conservação da biodiversidade e ao abrigo e proteção de fauna e flora nativas.

[46] Art. 4º do Código Florestal, com as alterações da Medida Provisória nº 2.166-67/2001.

como a regularização da reserva legal por meio de compensação ambiental,[47] ilustram a flexibilização da legislação protetiva da flora.

A alteração legislativa para introduzir a autorização administrativa foi submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal e por maioria de votos decidiu-se que é *lícito ao Poder Público – qualquer que seja a dimensão institucional em que se posicione na estrutura federativa (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) – autorizar, licenciar ou permitir a execução de obras e/ou a realização de serviços no âmbito dos espaços territoriais especialmente protegidos, desde que, além de observadas as restrições, limitações e exigências abstratamente estabelecidas em lei, não resulte comprometida a integridade dos atributos que justificaram, quanto a tais territórios, a instituição de regime jurídico de proteção especial (CF, art. 225, § 1º, III).*[48]

O embate na ordem econômica capitalista em razão da exigência da defesa do meio ambiente é recorrente e deve se pautar pelo *tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação,* nos termos da atual dicção do inciso VI, do art. 170 da Constituição.

Este comando constitucional serve de norte tanto para os Poderes Públicos das diferentes esferas federativas como para os empreendedores e a coletividade em geral, destinatários do art. 225 da mesma Carta Federal.

2.2 Princípio da obrigatoriedade da atuação estatal

A Declaração de Estocolmo estabelece: *Deve ser confiada às instituições nacionais competentes, a tarefa de planificar, administrar e controlar a utilização dos recursos ambientais dos Estados, com o fim de melhorar a qualidade do meio-ambiente* (Princípio 17).

Como salientado, a Constituição brasileira reconhece o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e já impõe a coresponsabilidade ao Poder Público e à coletividade pela proteção e defesa intergeracional desse bem jurídico (art. 225, *caput*), consagrando desse modo os princípios da obrigatoriedade da atuação estatal e da participação pública.

E atribui ao Poder Público o dever de assegurar, através dos instrumentos adequados, a *efetividade* desse direito fundamental. As ações estatais principais são enumeradas, em rol exemplificativo:

> § 1º – Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
> I – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;
> II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;
> III – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;
> IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;
> V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;
> VI – promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;
> VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

É relevante atentar para a abrangência da expressão *Poder Público* na ordem constitucional vigente. Ela deve levar em consideração a clássica tripartição de Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) e os três níveis da Federação brasileira (federal, estadual/distrital e municipal).

Desse modo, a *tutela estatal ambiental* abrange a *tutela legislativa ambiental* (em sentido amplo), abarcando não apenas a legislação ambiental em sentido estrito, mas também as Medidas Provisórias e Resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), editadas freqüentemente como sucedâneas de leis, distorção existente na realidade brasileira; a *tutela administrativa ambiental*, que inclui a formulação e a implementação de políticas, planos, programas ambientais e o exercício do poder de polícia ambiental (preventiva e repressiva); e em *tutela judicial ambiental*, quando não observada espontaneamente a legislação e não for suficiente a atuação do poder de polícia ambiental. Ganham, contudo, cada vez maior relevância as soluções negociadas dos conflitos ambientais, por meio de Termos de Ajustamento de Conduta ou da celebração de acordos judiciais.

Não é suficiente a definição de políticas ambientais, com o estabelecimento de princípios, objetivos e diretrizes. O conteúdo programático há que ser acompanhado e traduzido em ações e atuações por parte dos órgãos competentes surtindo resultados concretos na prevenção, reparação e repressão da degradação ambiental, o que não tem sido observado, notadamente, no Brasil, a despeito da avançada disciplina de proteção ambiental.

[47] Art. 44, III, do Código Florestal.
[48] STF – Medida Cautelar nº 3.540-1/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 01 set. 2005, DJ 03 fev. 2006, p. 14.

Paulo Affonso Leme Machado[49] destaca a relevância da *ação administrativa coordenada e integrada* em matéria ambiental, salientando que *de pouca valia será a ação se compartimentalizada e isolada em suas manifestações. Organismos administrativos, com competências similares ou semelhantes, vão acarretar freqüentes invasões de um órgão no campo do outro, além da não desprezível pulverização de recursos financeiros para os mesmos objetivos.*

Não obstante a Lei 6.938/81 tenha instituído o Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA), o que se observa é uma falta de coordenação e uma superposição de atividades dos órgãos que o integram, com prejuízo para a
atuação e efetivação da estrutura normativa criada pela Constituição de 1988 e pela Lei mencionada.

A necessidade de tratamento globalizado da problemática ambiental conduz a uma das questões nucleares acerca do papel relevante que desempenham, nesse mister, as *normas gerais ambientais* editadas pela União Federal, de aplicação uniforme em todo o território (leis federais de âmbito nacional). São elas o instrumento jurídico adequado à veiculação de políticas e ações globais ambientais, garantindo, ademais, o *patamar mínimo de proteção ambiental* que deve ser respeitado no território nacional.

O *princípio da obrigatoriedade da intervenção estatal* está atrelado à complexa questão da *competência em matéria ambiental* no federalismo cooperativo brasileiro.[50]

2.3 Princípios da participação pública, da publicidade e da informação.[51] A importância da atuação do Ministério Público, das associações e do setor econômico[52]

De relevância expressiva no âmbito do Estado Democrático de Direito é o princípio da *participação pública*, instrumentalizado pelos *princípios da publicidade* e da *informação*. Sem publicidade e informação adequadas, não há como se dar efetividade e operacionalidade ao princípio da participação pública.

[49] MACHADO, Paulo Affonso Leme Machado. *Direito Ambiental Brasileiro*. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 90 e ss.

[50] V. a respeito, de nossa autoria, *Jurisdição e competência em matéria ambiental*. In: MARQUES, José Roberto (Org.). Leituras complementares de direito ambiental. Salvador: JusPODIVM, 2007. p. 29-55; A tutela estatal ambiental e os critérios de definição de competência. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 29, n. 102, p. 29-35, 2009.

[51] V. a respeito, entre outros, MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito à informação e meio ambiente*. São Paulo: Malheiros, 2006.

[52] a) setor primário (atividades extrativas): agronegócio, florestal, minerário, pesca, caça; b) setor secundário (industrial): siderurgia, petroquímica, metalurgia, mecânica, têxtil, alimentos; c) setor terciário (prestação de serviços): comércio, finanças, transporte, saneamento básico, saúde, turismo.

Publicidade, informação, cooperação, participação são princípios que se relacionam e se articulam, reforçando-se reciprocamente. Decorrem todos do Estado Democrático de Direito e do princípio republicano.[53]

Tais princípios aparecem de forma integrada na Declaração do Rio-92, que, de forma analítica, procura englobar as diversas formas de participação, colocando o acesso adequado a informações sobre o meio ambiente como importante pressuposto:

> A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo deve ter acesso adequado a informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações sobre materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar em processos de tomada de decisões. Os Estados devem facilitar e estimular a conscientização e a participação pública, colocando a informação à disposição de todos. Deve ser propiciado acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que diz respeito a compensação e reparação de danos (Princípio 10).

A Convenção de Aarhus 98, artigo 2º, traz o elenco exemplificativo de informações a serem disponibilizadas: "toda a informação disponível sob forma escrita, visual, oral, eletrônica, ou sob qualquer outra forma material, sob o estado do meio ambiente ar, atmosfera, águas, solo, terras, paisagem, sítios, substâncias, energia, ruído, condições climáticas, estado de saúde do homem, etc.".

A *gestão compartilhada* do meio ambiente, entre Poder Público e comunidade, para fins de sua mais eficiente defesa e proteção, é uma importante inovação situada no contexto da evolução da tutela dos direitos difusos em geral.

Como observa Antonio Herman Benjamin,[54] *o rompimento do monopólio funcional do Estado é um desenvolvimento recente da democratização da operação estatal que, ao contrário do que se imagina, não está restrita à área ambiental e tende a ampliar-se a outros interesses difusos.*

Tratando-se de direito ou interesse difuso, como é o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o respectivo dever de tutela do bem jurídico que a todos pertence não fica concentrado nas mãos do Poder Público, mas é distribuído também entre todos os cidadãos, isoladamente considerados ou agrupados em associações. Ou seja, o dever de tutela de bem dessa natureza não fica afeto a ninguém em particular, mas a todos em geral, na medida em que se trata de bem de uso comum de todos. Vê-se assim, que o caráter difuso

[53] TESSLER, Marga Barth. *Meio ambiente, reserva legal e o princípio da publicidade*. Seminário sobre Georreferenciamento e o Registro de Imóveis, Geopoa, promovido pelo Instituto de Registro Imobiliário do Brasil – IRIB. Novembro de 2004. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/conc_juizes/meio_ambiente_-_reseva_legal_e_o_principio_da_publicidade.pdf>. Acesso: jul. 2009.

[54] Função ambiental, *in Dano ambiental... cit.*, p. 52.

do direito e do bem jurídico perpassa para a respectiva tutela, que constitui igualmente um dever de todos.

No caso específico do meio ambiente, a gravidade, a complexidade e a abrangência dos problemas e questões ambientais contribuíram particularmente para a distribuição do *munus* a todos. Face à dimensão do problema ecológico e à pressão social, justifica-se que o Estado tenha sido levado a repartir responsabilidades e a derrubar o seu monopólio no exercício da função ambiental, repensando, ao mesmo tempo, todo o esforço desenvolvimentista.

Como já ressaltado, a participação pública na gestão ambiental pode ser considerada como manifestação particularizada do princípio da soberania popular (princípio democrático) em que se assenta a construção do Estado Democrático de Direito no Brasil, a teor do parágrafo único do art. 1º da Lei Maior.

São atores fundamentais o Ministério Público e a sociedade civil organizada, representada pelas entidades ambientalistas, e, mais recentemente, pelo setor econômico, seguindo a tendência internacional.

A particularidade no direito brasileiro é a importância da atuação do Ministério Público na defesa do meio ambiente, desde a disciplina da ação civil pública em 1985 e notadamente pelo perfil da instituição desenhado pela Constituição Federal, atribuindo-lhe relevantes funções institucionais.[55]

As entidades ambientalistas despontam no cenário internacional na Convenção do Rio de Janeiro, a ECO 92, e têm atuação destacada na proteção da biodiversidade brasileira e do meio ambiente em geral[56].

A preocupação crescente com a questão ambiental, principalmente diante da aceleração do aquecimento global e do agravamento dos fenômenos climáticos, trouxe para o cenário da sustentabilidade mais um importante ator, que é o setor econômico (setor produtivo, empresarial e financeiro). Movido pela lógica de mercado, e atento à tendência de investidores, consumidores e usuários, o setor econômico vê na responsabilidade sócio-ambiental e na sustentabilidade econômica, ambiental e social um grande estímulo para a adoção de práticas de gestão ambiental, e de exigência de cumprimento das normas ambientais por todos os elos da cadeia de fornecedores e prestadores de serviços, minimizando e compartilhando, ademais, com todos, a responsabilidade pós-consumo.[57]

Despontam iniciativas promissoras, de atuação integrada entre várias instituições, órgãos e entes públicos, como é o caso do conhecido Projeto Formoso Vivo, concebido pelo Promotor Público Luciano Furtado Loubet, em Bonito (MS), e que contou com a ajuda da Fundação Neutrópica, uma ONG local, da Fundação Boticário de Proteção à Natureza e da Secretaria do Meio Ambiente de Bonito. O projeto possibilitou a reconstituição dos rios da região, em particular o Rio Bonito, que sofria assoreamento ao longo de seu curso por falta de controle adequado das propriedades localizadas nas suas margens, que precisavam se adequar à legislação ambiental.

Outros exemplos bem sucedidos de integração e parceria de iniciativas públicas e privadas surgem. A capacitação dos agricultores e pecuaristas quanto a técnicas de manejo de pasto e multiculturas no Município de Paragominas, no Pará, recordista em desmatamento no passado, tem sido decisiva para a mudança de padrões de produção na região, e demonstra a possibilidade de aumento da produção sem necessidade de desmatamento.

A experiência pioneira ocorreu em Lucas do Rio Verde (MT), sendo decisiva, em ambos os casos, a atuação da ONG TNC (The Nature Conservance). O Município lançou o projeto Lucas do Rio Verde Legal, na Câmara Municipal da cidade. O projeto é uma aliança para tornar o município o primeiro a ter todas as propriedades rurais regularizadas de conformidade com as exigências do Código Florestal. O trabalho envolveu dez parceiros diretos, desde o governo do Estado, instituição de pesquisa até empresas do agronegócio e Ministério Público Estadual. A previsão foi de mapeamento dos 364.987 hectares do município em um ano, indicando as melhores opções para a regularização de reserva legal e áreas de preservação permanente.

2.4 Princípio da educação ambiental

A Política Nacional de Meio Ambiente já introduziu o princípio da educação ambiental,[58] que foi constitucionalizado como dever do Poder Público de promover a *educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente* (art. 225, § 1º, VI).

Em 1999 é instituída a já mencionada Política Nacional de Educação Ambiental (Lei 9.795/1999), digna de encômios, como ilustra bem a disposição que se segue, que reconhece o direito à educação ambiental a todos e si-

[55] A Constituição de 1988 remodela o perfil do Ministério Público, considerando-o instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, com autonomia e independência em relação aos Poderes Públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário); atribui-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis e lhe confere a função institucional de promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 127 e ss.).

[56] Conservation Internacional (CI), World Wildlife Fund (WWF), Instituto do Homem e Meio Ambiente da Amazônia (IMAZON), The Nature Conservancy (TNC), SOS Mata Atlântica, Instituto "O Direito por Um Planeta Verde", entre outros.

[57] V. a respeito, entre outros, DONNINI, Rogério Ferraz. *Responsabilidade pós-contratual no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004.

[58] Art. 2º, X – educação ambiental a todos os níveis de ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-la para participação ativa na defesa do meio ambiente.

multaneamente atribui a co-responsabilidade de forma bem abrangente ao Poder Público e a todos os setores da sociedade:

> Art. 3º Como parte do processo educativo mais amplo, todos têm direito à educação ambiental, incumbindo:
>
> I – ao Poder Público, nos termos dos arts. 205 e 225 da Constituição Federal, definir políticas públicas que incorporem a dimensão ambiental, promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e o engajamento da sociedade na conservação, recuperação e melhoria do meio ambiente;
>
> II – às instituições educativas, promover a educação ambiental de maneira integrada aos programas educacionais que desenvolvem;
>
> III – aos órgãos integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente – Sisnama, promover ações de educação ambiental integradas aos programas de conservação, recuperação e melhoria do meio ambiente;
>
> IV – aos meios de comunicação de massa, colaborar de maneira ativa e permanente na disseminação de informações e práticas educativas sobre meio ambiente e incorporar a dimensão ambiental em sua programação;
>
> V – às empresas, entidades de classe, instituições públicas e privadas, promover programas destinados à capacitação dos trabalhadores, visando à melhoria e ao controle efetivo sobre o ambiente de trabalho, bem como sobre as repercussões do processo produtivo no meio ambiente;
>
> VI – à sociedade como um todo, manter atenção permanente à formação de valores, atitudes e habilidades que propiciem a atuação individual e coletiva voltada para a prevenção, a identificação e a solução de problemas ambientais.

Abrange não apenas a educação ambiental formal, mas também a informal. A educação ambiental formal é a desenvolvida no âmbito dos currículos das instituições de ensino públicas e privadas, como uma prática educativa integrada, contínua e permanente em todos os níveis e modalidades do ensino formal, sem constituir disciplina específica no currículo de ensino.

A educação ambiental informal é de especial relevância, pois consiste em ações e práticas educativas voltadas à sensibilização da coletividade sobre as questões ambientais e à sua organização e participação na defesa da qualidade do meio ambiente, cabendo ao Poder Público, em níveis federal, estadual e municipal, incentivar:

> I – a difusão, por intermédio dos meios de comunicação de massa, em espaços nobres, de programas e campanhas educativas, e de informações acerca de temas relacionados ao meio ambiente;
>
> II – a ampla participação da escola, da universidade e de organizações não-governamentais na formulação e execução de programas e atividades vinculadas à educação ambiental não-formal;
>
> III – a participação de empresas públicas e privadas no desenvolvimento de programas de educação ambiental em parceria com a escola, a universidade e as organizações não-governamentais;

> IV – a sensibilização da sociedade para a importância das unidades de conservação;
>
> V – a sensibilização ambiental das populações tradicionais ligadas às unidades de conservação;
>
> VI – a sensibilização ambiental dos agricultores;
>
> VII – o ecoturismo.

Inserem-se no âmbito da educação ambiental informal, com resultados pedagógicos positivos, iniciativas e práticas ambientais salutares firmadas em Termos de Ajustamento de Conduta (TAC), em decisões judiciais em ação civil pública e em transação penal envolvendo a prestação de serviços à comunidade.

2.5 Princípios da prevenção e da precaução. A proteção ambiental preventiva e sua importância. A irreparabilidade e irreversibilidade da degradação ambiental

Há nítidas vantagens em se prevenir os danos ao meio ambiente, em regra, irreparáveis ou de difícil reparação, não apenas em relação à integridade dos atributos essenciais à qualidade ambiental, mas também à sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações.

Vem a calhar o sempre lembrado alerta do Forum de Direito Ambiental Internacional realizado em Siena, na Itália, em 1990: O modelo *reaja e corrija* deverá ser complementar de uma abordagem *preveja e previna*, o que reforçará a segurança nas questões globais do meio ambiente.

O fundamental é *a prevenção* e *a precaução*,[59] erigidos em princípios basilares da proteção do meio ambiente.

O *princípio da prevenção* é aplicado quando se está diante de *riscos certos*, conhecidos e identificáveis, que podem, portanto, ser reduzidos ou eliminados; quando o nexo causal é cientificamente comprovado e se sabe quais as conseqüências de se iniciar determinado ato, prosseguir com ele ou suprimi-lo.[60] Aplica-se o *princípio da precaução* quando se está diante de *riscos incertos*, quando não há provas científicas do dano e/ou da necessidade de adoção de medidas de proteção e/ou do nexo de causalidade, mas se trata de atividades potencialmente perigosas.

Leva à reflexão a definição proposta por Jean-Marc Lavieille:[61] *O princípio da precaução consiste em dizer que não somente somos responsáveis*

---

[59] Na Alemanha o princípio aparece na Declaração de Wingspread, de 1970, juntamente com o princípio da cooperação e do poluidor-pagador. Ver, a respeito, Cristiane DERANI, *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 165 e ss.

[60] MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro... cit.*, p. 90 e ss.

[61] *Droit International de l'Environnment.* Paris, Ellipses, 1998, *apud* MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro... cit.*, p. 78.

sobre o que nós sabemos, sobre o que nós deveríamos ter sabido, mas, também, sobre o de que nós deveríamos duvidar.

O princípio da precaução aparece contemplado no Princípio 15 da Declaração do Rio (1992) e segundo sua dicção, *quando houver perigo de dano grave ou irreversível, a falta de certeza cientificamente absoluta não deverá ser utilizada como razão para postergar a adoção de medidas eficazes, em função dos custos, para impedir a degradação do meio ambiente.*

Nesta direção, a Convenção Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima (1992) que adota o princípio, exige, em seu art. 3º, que a ameaça de dano seja séria ou irreversível, além de se manifestar a respeito dos custos das medidas ambientais. Já a Convenção da Diversidade Biológica (1992), que também adota referido princípio, exige apenas ameaça de sensível redução ou perda de diversidade ecológica[62] para a adoção de medidas de precaução.

A ação para eliminar possíveis impactos danosos ao ambiente deve ser tomada antes que um nexo causal seja estabelecido com evidência científica absoluta. O fundamento da precaução é o princípio *in dubio pro ambiente* e assenta-se na idéia de *ponderação ecológica de bens e interesses.*[63] As medidas de precaução consistem basicamente no estabelecimento de regras procedimentais minuciosas e rigorosas ao exercício da atividade, e no dever de informar.[64]

A prevenção fundamenta a exigência de Estudo Prévio de Impacto Ambiental *para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente* (art. 225, § 1º, IV); já a precaução é o fundamento da exigência do controle da produção, comercialização e emprego de *técnicas, métodos e substâncias que comporte risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente* (art. 225, § 1º, V), bem como da tipificação do crime descrito no art. 54, § 3º da Lei 9.605/1998.[65] [66]

Por força do controle exigido pela Constituição em relação à utilização de técnicas, métodos e substâncias perigosas, o princípio da precaução é invocado quando estão em pauta os Organismos Geneticamente Modificados (OGMs).

Diferentemente da União Européia, que adota o princípio da precaução, por influência das entidades ambientalistas e dos consumidores, os Estados

[62] MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro... cit.*, p. 71 e ss.

[63] CANOTILHO, J. Actos jurídicos públicos e responsabilidade por danos ambientais. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 9, 1993, p. 69.

[64] Cf. Maria Alexandra de SOUSA ARAGÃO, O Princípio do Poluidor Pagador – Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente, Stvdia Ivrídica 23, Coimbra, Coimbra Ed., 1997, p. 152-156.

[65] Art. 54, § 3º Incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível.

[66] Neste sentido, Paulo Affonso Leme MACHADO, *Direito Ambiental Brasileiro... cit.*, p. 79; O princípio da precaução e a avaliação de riscos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 96, n. 856, p. 35-50, fev. 2007.

Unidos seguem o *princípio da equivalência substancial,* de acordo com o qual os OGMs são quimicamente equivalentes aos organismos obtidos através de técnicas convencionais de melhoramento genético, não requerendo estudos toxicológicos adicionais. Este entendimento tornou possível, especialmente nos EUA, a rápida difusão dos OGMs, produzidos por empresas transnacionais do ramo agro-químico, que têm apoiado a adoção desse princípio.

Já o *princípio da precaução* considera que a adoção de uma nova tecnologia ou produto deve ser adiada enquanto não houver evidências suficientes de sua inocuidade, com isso tem conseguido retardar o processo de difusão na Europa: viabilizou a moratória de cinco anos seguida de liberação comercial condicionada a rotulagem estrita dos OGMs e seus derivados (em vigor a partir de abril de 2004).

O Brasil não seguiu a orientação européia, coerente com a adoção do princípio da precaução, como será visto adiante na análise do Estudo Prévio de Impacto Ambiental.

Muito embora a Política Nacional do Meio Ambiente contemple instrumentos preventivos, reparatórios e repressivos de proteção ambiental, ninguém nega que os instrumentos preventivos *se mostram como os únicos capazes de garantir, diretamente, a preservação do meio ambiente, já que a reparação e a repressão pressupõem, normalmente, dano manifestado, vale dizer, ataque já consumado ao equilíbrio ecológico e, não raras vezes, de difícil – quando não impossível – reparação.*[67]

A atuação preventiva é fundamental para se evitar o agravamento da poluição ambiental, de complexidade crescente, o que torna seu combate cada vez mais desafiador.

Exemplo contundente é o chamado *efeito estufa,* de proporções alarmantes, sendo altamente questionável o futuro do Protocolo de Kyoto quanto ao cumprimento das metas de estabilização das emissões dos gases do efeito estufa (GEEs) pelas Partes do Anexo I, por importarem restrições às atividades econômicas, além de outros custos. Daí a resistência e as dificuldades a ele opostas.

2.6 Princípios do usuário-pagador e do poluidor-pagador[68]

[67] BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. Os princípios do estudo de impacto ambiental como limites da discricionariedade administrativa. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 317, p. 25-45, jan./mar. 1992, p. 25-26; também MILARÉ, Édis; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *Estudo prévio de impacto ambiental:* teoria, prática e legislação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

[68] Cf., desta autora, A efetividade e a eficiência ambiental dos instrumentos econômico-financeiros e tributários. ênfase na prevenção. A utilização econômica dos bens ambientais e suas implicações. In: _____. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. 1. ed., 2. tiragem, rev. e atual. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006, p. 71 a 105; TORRES, Heleno Taveira (Coord.). *Direito Tributário Ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 527-564.

A degradação ambiental progressiva, desde a industrialização, se deve basicamente à sobrecarga dos ecossistemas naturais sob duas formas: de um lado, a extração dos recursos naturais em larga escala, utilizados principalmente como insumos, inclusive para fins de geração de energia; de outro lado, o lançamento de resíduos em quantidade, durabilidade e periculosidade crescentes, tornando cada vez mais complexos os fenômenos da poluição e da degradação ambientais cujas conseqüências adversas estão mencionadas no art. 3º, III da Lei nº 6.938/81.[69]

Surgem nesse processo as figuras do *usuário* e do *poluidor/degradador*, que têm a responsabilidade ambiental alicerçada, respectivamente, no *princípio usuário-pagador* e no *princípio poluidor-pagador*.

Ambos os princípios são agasalhados pela Lei 6.938/1981, que estabelece como um dos objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente a *imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos* (art. 4º, VII).

O ponto comum entre os dois princípios é a necessidade de internalização das externalidades. A propósito, a Declaração do Rio (1992) elenca entre seus princípios: *As autoridades nacionais devem esforçar-se para promover a internalização dos custos de proteção do meio ambiente e o uso dos instrumentos econômicos, levando-se em conta o conceito de que o poluidor deve, em princípio, assumir o custo da poluição, tendo em vista o interesse do público, sem desvirtuar o comércio e os investimentos internacionais* (Princípio 16).

Enquanto o princípio poluidor-pagador foi concebido para uma atuação *a posteriori (obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados)*, o princípio usuário-pagador o foi para uma atuação *a anteriori (pagamento de contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos)*.

Todavia, ambos têm uma concepção mais alargada, de sorte que o chamado *princípio poluidor-pagador alargado* abrange também a prevenção, e não apenas a reparação e a repressão,[70] o princípio usuário-pagador, por sua vez, contém também o princípio poluidor-pagador.[71] É apropriada por isso mesmo a denominação *princípio usuário-poluidor-pagador*.

Sob a perspectiva do empreendedor, é relevante, notadamente na atuação preventiva, falar-se em *impactos ambientais*, como evitá-los e mitigá-los, e não, desde logo, em danos ambientais. Seguindo esta tendência, o princípio usuário-pagador vem sendo utilizado preferencialmente ao *princípio poluidor-pagador*, e considerado a versão moderna deste clássico princípio.

[69] V. teor deste dispositivo na nota 118, *infra*.

[70] Cf. Antonio Herman BENJAMIN, *Dano ambiental*, p. 226-236.

[71] Cf. Paulo Affonso Leme MACHADO, *Direito Ambiental Brasileiro... cit.*, p. 66, que, em outra passagem de sua obra, utiliza a denominação *princípio usuário-poluidor-pagador*, expressando a fusão dos princípios (p. 487).

Com essa percepção ampliada dos princípios Paulo Affonso Leme Machado[72] identifica a incidência do *princípio poluidor-pagador* em dois momentos: na fixação das tarifas ou preços e/ou exigência de investimento na prevenção do uso do recurso natural; e na responsabilização residual ou integral do poluidor. Como destaca, o *investimento efetuado para prevenir o dano ou o pagamento do tributo, da tarifa ou do preço público não isentam o poluidor ou predador de ter examinada e aferida sua responsabilidade residual para reparar o dano.*

Cristiane Derani,[73] também com visão ampliativa do princípio destaca que o *custo a ser imputado ao poluidor não está exclusivamente vinculado à imediata reparação do dano. O verdadeiro custo está numa atuação preventiva.*

O *princípio usuário-pagador*, segundo Henri Smets,[74] significa que o *utilizador do recurso deve suportar o conjunto dos custos destinados a tornar possível a utilização do recurso e os custos advindos de sua própria utilização.* Seu objetivo é fazer com que os custos não sejam suportados nem pelos Poderes Públicos, nem por terceiros, mas pelo utilizador, não justificando, contudo, imposições que venham a aumentar o preço do recurso a ponto de, levadas em conta as externalidades e a raridade, ultrapassar seu custo real.

Mesmo não existindo qualquer ilicitude no comportamento, o princípio usuário-pagador pode ser implementado para tornar obrigatório o pagamento pelo uso ou pela poluição do recurso; não há necessidade de ser provada a prática de faltas ou infrações, basta ao órgão que pretende exigir o pagamento provar o efetivo uso do recurso ambiental ou a sua poluição.

Deve ser afastada em relação a ambos os princípios a visão puramente economicista, e que deturpa a lógica que os inspira: pago, e, por isso, posso explorar de forma predatória o recurso ambiental; pago, e por isso, posso poluir. O pagamento efetuado pelo poluidor ou pelo predador não lhes confere qualquer direito a poluir.[75]

Baseiam-se no princípio usuário-pagador, entre outras cobranças autorizadas pela Constituição Federal (Art. 20, § 1º e art. 176, caput), a compensação financeira pela exploração de petróleo e gás natural (*royalties do petróleo* – Lei 9.478/1997, art. 45-52); a Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais (CFEM – art. 6º da Lei 7.990/89 e art. 2º da Lei 8.001/90 e Decreto 01/91) e a compensação financeira pelo aproveitamento do potencial de energia hidráulica (art. 17, §1º, I, da Lei nº 9.648/98, com a redação dada pela Lei 9.984/2000).

[72] *Direito Ambiental... cit.*, p. 67-68.

[73] *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 162.

[74] *Le Príncipe Utilisateur/Payeur pour la Gestion Durable des Resources Naturelles*. GEP/UPP. Doc. 1998.

[75] Paulo Affonso Leme MACHADO, *Direito Ambiental Brasileiro... cit.*, p. 66-67.

A cobrança pelo uso dos recursos hídricos sujeitos à outorga foi introduzida como instrumento da Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei 9.433/97, art. 5º, IV), é efetuada nos termos e para os fins previstos nos arts. 20-22 dessa lei, e já vem surtindo os efeitos esperados de racionalização do uso e de tratamento dos resíduos antes do descarte, prática esta estimulada em razão do custo maior do descarte poluidor.

Os pagamentos a título de compensação financeira (*royalties*), a destinação e a utilização adequada dos recursos financeiros arrecadados e partilhados entre seus beneficiários constitui importante instrumento econômico de promoção da sustentabilidade econômica, social e ambiental da região afetada pela exploração econômica desses recursos naturais, como demonstrou a pesquisa que apontou a melhoria do IDH-M do município de Campos de Goytacazes (RJ), no período áureo de exploração do petróleo na região, apesar dos problemas de fiscalização e de desvio de verbas.[76]

Outro importante e controvertido instrumento econômico é a compensação instituída pela Lei do SNUC (Lei 9.985/2000, art. 36; Decreto 4.340/2002 alterado pelo Decreto 6.848/2009). O valor a ser desembolsado a esse título pelo empreendedor é objeto de intensa polêmica, o que ensejou parcial acatamento da ADI pela Corte Suprema, e sofreu recente limitação pelo decreto regulamentador.[77]

2.7 Princípio da reparação integral do dano ambiental

Pelo princípio da *reparação integral do dano ambiental*, o poluidor deve ser responsabilizado, na esfera civil, pela reparação integral dos danos patrimoniais e morais (*extrapatrimoniais*) causados não apenas ao meio ambiente (*dano ambiental difuso*) mas também a terceiros (*dano ambiental individual*).[78]

A finalidade desta ampla responsabilização não é só reparatória, tem importante cunho preventivo e pedagógico, visando evitar novas práticas lesivas ao meio ambiente e a terceiros.

[76] NAVARRO, Carlos Alberto Scherer. *Royalties do petróleo, estudo do caso de Campos dos Goytacazes*. 2003. Dissertação (Mestrado em Economia Empresarial) – Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2003. Disponível em: <www.royaltiesdopetroleo.ucam-campos.br/artigos.php>. Acesso: jul. 2009.

[77] V. a respeito, BECHARA, Erika. Uma contribuição ao aprimoramento do instituto da compensação ambiental previsto na Lei 9.985/2000. Tese de doutorado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2007.

[78] Luciano Furtado Loubet distingue entre dano ambiental em sentido amplo (dano ao meio ambiente), em sentido estrito (dano aos recursos ambientais) e dano ambiental privado (dano pelo meio ambiente). (*Delineamento do dano ambiental... cit.*, p. 124-131).

Os fundamentos são o art. 14, § 1º, da Lei 6.938/1981[79] (responsabilidade objetiva de indenizar ou reparar os danos ao meio ambiente e a terceiros); o art. 1º, *caput*, da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985, na redação dada pela Lei 8.884/1999),[80] que incluiu danos morais e patrimoniais; e o art. 81, do Código de Defesa do Consumidor,[81] no que se refere à defesa dos interesses e direitos das vítimas. Os dois últimos diplomas estão integrados entre si, e formam o subsistema que disciplina o processo coletivo.

Em geral a reparação dos danos ao meio ambiente tem sido objeto de maior preocupação e empenho pelo Ministério Público e associações ambientalistas, sendo relegada a um segundo plano a reparação dos danos às vítimas, muitas vezes atingidas em sua saúde e qualidade de vida. Há maior equilíbrio de atuação do Ministério Público do Trabalho em relação à defesa do meio ambiente do trabalho, da saúde e da qualidade de vida dos trabalhadores.

2.7.1 *Primazia da reparação específica: restauração, recuperação e compensação ecológica*

A Lei 6.938/1981 (art. 14, § 1º) e a Lei 7.347/1985 (art. 3º)[82] mencionam, alternativamente, as obrigações do poluidor de *indenizar ou reparar* os danos causados, e colocam em primeiro lugar a opção indenizatória. Isto levou a equívocos na fase inicial de ajuizamento das ações civis públicas, com a formulação de pedidos e conseqüentes condenações em obrigações alternativas de indenizar ou reparar especificamente os danos ambientais.

A importância da manutenção do equilíbrio ecológico, da integridade e biodiversidade dos ecossistemas, do patrimônio histórico-cultural exige que seja dada primazia à reparação *in natura* em relação à reparação indenizatória. A reparação *in natura* abrange, pela ordem de prioridade, a *restauração*,[83] a *recuperação*[84] e a *compensação ambiental* (ecológica),[85] precisão terminoló-

[79] Art. 14, § 1º Sem obstar a aplicação das penalidades [...], é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.

[80] Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados [...].

[81] Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das *vítimas* poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

[82] Art. 3º A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

[83] Restauração: restituição de um ecossistema ou de uma população silvestre degradada o mais próximo possível da sua condição original (Lei 9985/2000, art. 2º, XIV). Ex: repeixamento e reflorestamento com espécies nativas.

[84] Recuperação: restituição de um ecossistema ou de uma população silvestre degradada a uma condição não degradada, que pode ser diferente de sua condição original (Lei 9985/2000, art. 2º, XIII). É o caso da exploração minerária, em relação à qual a Constituição (art.225, § 2º) exige o plano de recuperação de área degradada (PRAD), estudo que teve sua utilização ampliada para recu-

gica e conceitual que adveio com a Lei 9.985/2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC).

Os pedidos de condenação em obrigações de fazer envolvendo a restauração, a recuperação, a compensação ecológica e reparação indenizatória, devem ser deduzidos em ordem sucessiva ou cumulativa, conforme o caso, e não de forma alternativa. Somente se não for acatado um, é que será apreciado o outro pedido, na ordem sucessiva anunciada; os pedidos podem também ser deduzidos cumulativamente, dependendo do caso.

A *compensação ecológica* somente deve ser admitida subsidiariamente, quando não for possível a restauração e a recuperação, e deve ser adequada do ponto de vista ecológico[86]. Observadas tais condições a *compensação ecológica* é preferível à condenação em indenização pecuniária. A compensação é uma das alternativas que se abre para o proprietário ou possuidor que suprimiu indevidamente a reserva legal anteriormente à vigência da MP 1736-31/1998 (Lei 4.771/1965, art. 44-C).

O Código Florestal incorporou, pela ordem, as seguintes formas de reparação natural da reserva legal degradada: a recomposição com espécies nativas, de acordo com critérios do órgão competente (plantio temporário de espécies exóticas e pioneiras, mínimo de 1/10 da área total a cada três anos); a regeneração natural (viabilidade comprovada por laudo técnico); e a compensação por outra área equivalente em importância ecológica e extensão (pela ordem, mesmo ecossistema e mesma microbacia; ou maior proximidade possível, mesma bacia hidrográfica e mesmo Estado).[87]

peração de áreas degradadas em geral (APP, reserva legal, por exemplo), sem exigir e sem atentar para a prioridade da restauração em relação à recuperação, onde aquela for viável. V., a respeito, OLIVEIRA, Beatriz Lopes de Oliveira; AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. Plano de recuperação de área degradada ou plano de restauração de área degradada? 10° Congresso de Meio Ambiente e 4º Congresso de Habitação e Urbanismo do Ministério Público do Estado de São Paulo – (Campos do Jordão/SP, 19 a 22 de outubro de 2006) (Tese). Disponível em <www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao_urbanismo_e_meio_ambiente/biblioteca_virtual/bv_teses_congressos/Dra%20Beatriz%20Lopes%20de%20Oliveira-Dr%20Fernando%20Reverendo%20Vida.htm>. Acesso: jul. 2009.

85 *Forma de restauração natural do dano ambiental que se volta para uma área distinta da área degradada, tendo por objetivo assegurar a conservação de funções ecológicas equivalentes* (Cf. STEIGLEDER, Annelise Monteiro, *Responsabilidade civil ambiental... cit.*, p. 249). O objetivo da compensação ecológica não é *a restauração ou reabilitação dos bens naturais afetados, mas sim a sua substituição por bens equivalentes, de modo a que o patrimônio natural no seu todo permaneça quantitativa e qualitativamente inalterado* (Cf.. SENDIM, José de Sousa Cunhal. *Responsabilidade civil por danos ecológicos: da reparação do dano através de restauração natural,* Coimbra: Coimbra Ed., 1998, p. 187); V. também, a respeito, DESTEFENNI, Marcos. *A responsabilidade civil ambiental e as formas de reparação do dano ambiental*: aspectos teóricos e práticos. Campinas: Bookseller, 2005, p. 189-193; ANDRADE, Felippe Augusto V. e VILLAR, Maria Aparecida A. G. *A compensação como forma de reparação por danos causados ao meio ambiente. In* CAMARGO PENTEADO, Jacques (Coord.). *Justiça Penal nº 6.* São Paulo: RT, 1999, p. 200; AKAOUI, Fernando Reverendo Vida. *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental.* S. Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 122.

86 V. a respeito, Annelise STEIGLEDER. *Responsabilidade civil ambiental... cit.*, p. 248 e ss. De forma didática, Marcos DESTEFFENI (*A responsabilidade civil ambiental... cit.*, p. 190-1) elenca os seguintes requisitos da compensação ecológica: (a) ser absolutamente necessária; (b) não ser possível a reparação específica; (c) consistir numa medida de equivalente importância ecológica; (d) medida adotada dentro do mesmo ecossistema onde ocorreu o dano ambiental; (e) observados critérios técnicos; (f) ciência das medidas e autorização prévia por parte dos órgãos públicos.

2.7.2 *A reparação indenizatória: abrangência dos danos patrimonial e moral (extrapatrimonial). Avaliação econômica*

Se impossível a reparação *in natura,* ou cumulativamente com ela, deve ser exigida a reparação indenizatória, não apenas de danos ambientais com efeitos patrimoniais (danos materiais), mas também de danos ambientais de efeitos morais (danos morais), acerca do qual há dificuldade em se precisar os parâmetros e a própria valoração econômica, inexistindo estudos mais aprofundados.

A indenização pecuniária abrangendo danos materiais e morais deve ser calculada com base no *valor de uso*, no *valor de opção* e no *valor de existência* dos bens ambientais, alcançando cifras muito elevadas:

> Os elevados valores a que estes estudos sobre o custo social da poluição chegaram, não decorrem, nem poderiam decorrer, das meras utilizações concretas possíveis do ambiente (do seu valor de uso) ou mesmo do interesse em preservá-lo para ter a possibilidade de o vir a utilizar futuramente (o seu valor de opção). Muitas vezes, os relevantes valores monetários em causa refletem o desejo puro e simples de preservar as espécies e os ecossistemas pelo valor intrínseco que representam (o seu valor de existência).[88]

Utilizando-se basicamente de métodos diretos de avaliação, foi realizada a valoração ambiental somente de parâmetros estáticos[89] do ecossistema flo-

87 Art. 44 da Lei nº 4.771/65, na redação da MP 2166-67/2001, que flexibiliza, nos parágrafos, os critérios da compensação ecológica.

88 SOUSA ARAGÃO, Maria Alexandra de. *O Princípio do Poluidor Pagador... cit.*, p. 236-7. Nos Estados Unidos, o Departamento do Interior, através de Regulamentos, havia introduzido o critério do ressarcimento pelo menor valor (custo de restauração ou valor-uso). O valor-uso é muito ("dramaticamente") menor que o custo de restauração. Por exemplo: num derramamento de petróleo com morte de 4 focas, o valor do ressarcimento, baseado no valor-uso, seria calculado pelo valor de mercado para as peles das focas (US$ 15 por foca). Felizmente, a Corte de Apelo para a Comarca do Distrito de Columbia decidiu em 1989 contra a regra do valor menor, ordenando que o Departamento do Interior reformulasse os regulamentos a favor do custo de restauração e medida de aferição de danos, com exceção de casos excepcionais (Cf. BARRY BREEN, "História dos Danos aos Recursos Naturais nos Estados Unidos", *in Dano Ambiental – Prevenção, Reparação e Repressão cit.*, p. 224).

89 *Parâmetros estáticos* – valores quantificáveis de elementos do ecossistemas. Ex: quantidade de madeira existente em uma floresta. *Parâmetros dinâmicos* – tentativa de contabilização dos benefícios diretos ou indiretos, mesmo potenciais, que um ecossistema proporciona à população. Ex: regularização do clima, fixação de encostas, princípios farmacológicos ainda não descobertos pela

restal do Maciço da Tijuca, no Rio de Janeiro, com a finalidade de estabelecer um roteiro metodológico mínimo para formulação de custos ambientais nas ações judiciais que visam à responsabilidade por danos ambientais na região. Os estudos foram motivados pelos obstáculos à execução das sentenças judiciais por inexistência de parâmetros que permitam o cálculo do valor da indenização/multa devida pelo poluidor.

A avaliação considerou valores do volume lenhoso, de nutrientes existentes no solo e na serapilheira, da água liberada pelas fontes produtoras e de plantas ornamentais do Maciço, tendo sido feita a cotação dos preços no mercado convencional. Valor total apurado: US$ 26.880,00 por hectare de mata.[90]

Não apenas os custos diretos da precaução/prevenção e da reparação devem ser contabilizados. Também os custos indiretos, incluindo os custos com a avaliação dos danos ambientais.[91]

Nos Estados Unidos, a reparação por danos aos recursos naturais abrange: a) a compensação pelo custo de recolocar, restaurar ou adquirir o equivalente de um recurso ambiental; o valor da utilização perdida de um recurso ambiental, aguardando sua restauração/troca/aquisição de um equivalente; o valor de um recurso ambiental, caso não possa ser restaurado/trocado/adquirido um equivalente; b) custo das verificações de danos.[92]

Na União Européia, gradativamente foi-se estendendo a reparação devida pelo poluidor aos custos das medidas administrativas; custos dos danos residuais; às poluições acidentais, ilícitas e transfronteiriças; e, finalmente, adotou-se a internalização generalizada dos custos da poluição.[93]

A tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado é meio/instrumento para a tutela da sadia qualidade de vida. A natureza difusa desses bens tutelados, a indivisibilidade do objeto de tutela (qualidade do meio ambiente e da vida) e a indeterminabilidade dos seus titulares (coletividade como um todo), leva, inexoravelmente, ao reconhecimento, em caso de lesão a esses bens, de danos materiais e morais difusos, que não se confundem com os danos materiais e morais individuais sofridos. A destinação do valor da indenização devida, em um e em outro caso, é diversa. Tratando-se de danos difusos (materiais e morais) a indenização é destinada ao Fundo instituído pelo art. 13 da Lei 7.347/1985, no caso de danos individuais (materiais e morais) a indenização é devida aos indivíduos lesados.

De forma muito lúcida e coerente a Lei da ação civil pública contempla ambas as dimensões de danos difusos e coletivos (materiais e morais), estendendo o Código de Defesa do Consumidor a tutela jurisdicional coletiva aos danos individuais (materiais e morais) que tenham origem comum, os denominados *individuais homogêneos*.

O dano moral coletivo atinge, portanto, interesse ambiental difuso, constitui lesão a valor imaterial coletivo, proporciona prejuízo a patrimônio ideal da coletividade, relacionado à manutenção do equilíbrio ambiental e da qualidade de vida,[94] podendo se manifestar sob três diferentes formas: (a) dano moral ambiental coletivo, pela diminuição da qualidade de vida e do bem-estar; (b) dano social, pela privação de gozo e fruição do equilíbrio ambiental; e (c) dano ao valor intrínseco do meio ambiente.[95]

---

ciência. Lacunas deixadas pelo estudo: potencial de medicamentos fitoterápicos, produtos extrativistas, e outros parâmetros que possivelmente ampliariam resultado obtido (OLIVEIRA, R.R. et al. Formulação de custos ambientais no maciço da Tijuca (Rio de Janeiro, Brasil). *Oecologia Brasiliensis*, Rio de Janeiro, Instituto de Biologia – UFRJ, v. 1, n. 1, p. 557-568, 1995).

90 (a) cubagem da madeira existente, agrupada em 3 classes de acordo com a qualidade. Levantamento baseado em levantamento fitossociológico feito em 0,5 ha de mata no Maciço; Valores – classe 1 (madeira de lei); 20,7 m^3/ha = US$ 4372,00; classe 2 (madeira para uso estrutural): 37,6 m^3/ha = US$ 4.894; classe 3 (madeira para fins energéticos) – 314,6 estere/ha = US$ 4.719,00; (b) valor de massa (38.275 kg/ha) e preço de mercado para os nutrientes estocados no solo (N, P, K,Ca e Mg) até a profundidade de 20 cm e na serapilheira; Valor = US$ 9.003,00; (c) número de indivíduos (1583) e valores de mercado de plantas ornamentais de maior valor (orquídeas, bromélias, etc.); Valor = US$ 2.283,00; calculado volume de água produzido pelas fontes do solo (7.660 m^3/ha). Valor = US$ 1608,00); Valor total = US$ 27.000,00 por ha de mata.

91 Custos de minimização, reposição e/ou indenização, sendo que em todos os casos deverão ser estimados os custos de levantamento de dados, de materiais e de pessoal; perdas econômico-financeiras (perdas materiais ou de produção), além de custos sociais. Ex: recuperação de área degradada – projeto de 4 anos: reafeiçoamento do terreno, recomposição vegetal (despesas operacionais de viveiros, tratos culturais, plantios, irrigação, adubação, defensivos). *Custos sociais* – parâmetros complexos, de difícil valoração. Ex. no meio rural – mudança de negócio/atividade; paralisação de negócio/atividade com conseqüente desemprego local/regional; mudança no uso do solo; debilitação da saúde de animais/pessoas; destruição de paisagens; modificação de tipos de recreação). Cf. Jalcione DINIZ, Curso "Perícia Ambiental – Aspectos Agronômicos: 1ª Aproximação" (apostila).

92 BREEN, Barry. História dos danos... *cit.*, p. 224-225.

93 Henri SMETS, *Le Principe Pollueur Payeur... cit., apud* M.A. SOUZA ARAGÃO, *O Princípio do Poluidor Pagador... cit.*, p. 152, nota 364.

94 LEITE, José Rubens Morato. Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; _____. MOREIRA, Danielle de Andrade; ACHKAR, Azor El. Sociedade de risco, danos ambientais extrapatrimoniais e jurisprudência brasileira. Disponível em: <www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/direito_ambiental_jose_r_morato_leite_e_outros.pdf>. Acesso em: jul. 2009. V., também, RODRIGUEIRO, Daniela A. Dano moral ambiental: sua defesa em juízo, em busca de vida digna e saudável. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

95 STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Responsabilidade civil ambiental... cit., p. 174. A lei ambiental argentina 25.675, publicada em 28/11/02, conceitua dano ambiental como *toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilíbrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos*" (art. 27), introduzindo, no final, a vinculação do meio ambiente a valores da coletividade. LORENZETTI, concebe muito apropriadamente o dano moral, quando conclui que *el daño moral está constituido por la lesión al bien en sí mismo, con independencia de las repercusiones patrimoniales o extensión. De modo que el prejuicio inmaterial surge por la lesión al interés sobre el bien de naturaleza extrapatrinomial y colectiva*. (LORENZETTI, Ricardo Luis. La nueva ley ambiental argentina. *Revista de Direito Ambiental*, n. 29: 187 – 306. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 291 e 305).

A jurisprudência brasileira acolhe pedidos de condenação em danos morais ambientais individuais,[96] os Tribunais locais passam também a admitir condenações relativas a danos morais ambientais difusos,[97] sendo que Corte Superior, num primeiro precedente, demonstrou resistência ao reconhecimento desta categoria de danos ambientais.[98]

3 O sistema da tríplice responsabilidade ambiental[99]

3.1 O tripé legislativo do sistema da responsabilidade ambiental no Direito brasileiro

[96] TJPR, 3ª Cam. Civ., Reexame Necessário 120.571-2, Rel. Des. Antonio Prado Filho, j. 25/06/2002. Além dos danos materiais, o tribunal manteve a condenação por danos morais, no valor de 20 mil reais, com fundamento no grande abalo emocional sofrido pelo autor, "em virtude do insucesso nos negócios, tendo que se submeter a tratamento psicológico [...]"; "a testemunha inquirida [...], vem corroborar, asseverando que em razão da morte dos peixes, o autor foi obrigado a encerrar suas atividades e acabou entrando em depressão".

[97] TJRJ, 2ª Cam. Civ., Ap. Civ. 14586/2001, Rel. Des. Maria Raimunda T. De Azevedo, j. 06/08/2002 (decisão emblemática, considerada um marco na evolução jurisprudencial): *a condenação imposta com o objetivo de restituir o meio ambiente ao estado anterior não impede o reconhecimento de reparação do dano moral ambiental. [...] Uma coisa é o dano material consistente na poda de árvores e na retirada de sub-bosque cuja reparação foi determinada com o plantio de 2.800 árvores. Outra é o dano moral consistente na perda de valores ambientais pela coletividade. O dano moral ambiental tem por característica a impossibilidade de mensurar e a impossibilidade de restituição do bem ao estado anterior. Na hipótese, é possível estimar a indenização, pois a reposição das condições ambientais anteriores, ainda que determinado o plantio de árvores, a restauração ecológica só se dará, no mínimo dentro de 10 a 15 anos. Conforme atestam os laudos [...] nesse interregno a degradação ambiental se prolonga com os danos evidentes à coletividade, pela perda de qualidade de vida nesse período.*. (trecho da ementa). O valor da condenação em dano moral foi equivalente a 200 salários mínimos.

[98] STJ – REsp 598281/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/Acórdão Min. Teori Albino Zavascki. No caso, a ação civil pública foi ajuizada com o objetivo de paralisar a implantação de um loteamento e reparar os danos causados ao meio ambiente, afora indenização em dinheiro a título de danos morais. A sentença condenou ao pagamento de indenização por danos morais (R$ 50.000,00 para cada réu). O Tribunal de Justiça excluiu a indenização por danos morais sob fundamento de que o dano moral é todo sofrimento causado ao indivíduo em decorrência de qualquer agressão aos atributos da personalidade ou a seus valores pessoais, portanto de caráter individual, inexistindo qualquer previsão de que a coletividade possa ser sujeito passivo do dano moral. No Recurso Especial o Ministério Público argumenta que o art. 1º da Lei n. 7.347/85 prevê a possibilidade da coletividade ser sujeito passivo de dano moral. O Relator Min. Luiz Fux, vencido, restabelecia a sentença, inclusive quanto ao valor da indenização, entendendo que a nova redação dada à Constituição Federal quanto à proteção ao dano moral possibilitou ultrapassar a barreira do indivíduo para abranger o dano extrapatrimonial à pessoa jurídica e à coletividade. Em voto vencedor, o Min. Teori Albino Zavascki defendeu que o dano ambiental ou ecológico pode, em tese, acarretar também dano moral. Todavia, a vítima do dano moral é, necessariamente, uma pessoa. Não parece ser compatível com o dano moral a idéia da "transindividualidade" da lesão.

[99] V. a respeito, entre outros, STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental...* cit.; DESTEFENNI, Marcos. *A responsabilidade civil ambiental... cit.;* ALMEIDA, Marcos Alberto de. *Reparação do dano em face da tríplice responsabilidade ambiental: administrativa, penal e civil*. Dissertação de Mestrado. PUC/SP 2005.

A Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/1981), conforme salientado, foi pioneira ao consagrar a responsabilidade civil objetiva no que se refere à proteção ambiental, deixando também evidenciada a autonomia da responsabilidade ambiental nas esferas civil, administrativa e penal, autonomia esta que é afirmada, de forma bem evidente, pela Constituição Federal.

É o que se depreende do sempre citado art. 14 § 1º dessa lei: *Sem obstar a aplicação das penalidades [...], é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.*

Esta norma foi recepcionada pela Constituição Federal, que, por sua vez, dá realce à denominada tríplice responsabilidade ambiental, baseada na autonomia da responsabilidade ambiental nas esferas civil, administrativa e penal, e, conseqüentemente à possibilidade de serem cumulativas, sem caracterização de *bis in idem*, além de deixar explícita a viabilidade da responsabilização criminal da pessoa jurídica.

O art. 225, § 3º tem o seguinte teor: *As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.*

A Lei 9.605/1998, conhecida como Lei de Crimes Ambientais, completa o tripé legislativo de suporte material do sistema brasileiro da responsabilidade ambiental ao disciplinar as *infrações e sanções penais e administrativas ambientais* aplicáveis às pessoas físicas e jurídicas, e inova ao integrar e minimizar a separação entre os três campos de responsabilidade (civil, administrativa e penal) em se tratando de crimes ambientais de menor potencial ofensivo, como são a grande maioria deles.[100]

Ela contém disposições relevantes acerca da responsabilidade criminal do diretor, administrador, membro de conselho e de órgão técnico, auditor, preposto, mandatário (art. 2º);[101] da responsabilidade penal das pessoas jurídi-

[100] V. a respeito, PASSOS DE FREITAS, Vladimir e PASSOS DE FREITAS, Gilberto. *Crimes contra a natureza*. 7. ed. São Paulo: RT, 2001; COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro *et al.*, Crimes e Infrações Administrativas Ambientais. Comentários à Lei n. 9.605/98. Brasília: Brasília Jurídica, 2000; LECEY, Eládio. A proteção do meio ambiente e a responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: PASSOS DE FREITAS, Vladimir (Org.). *Direito ambiental em evolução*. Curitiba: Juruá, 1998.

[101] Art. 2º Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.

cas e dos seus administradores (art. 3º);[102] da desconsideração e liquidação forçada da pessoa jurídica (art. 4º e 24).[103]

A Lei em questão cuida muito sucintamente da responsabilidade administrativa ambiental (arts. 70 a 76), define infração administrativa[104] e arrola as sanções cabíveis; é o seu regulamento quem descreve as infrações e respectivas sanções (atual Decreto 6.514/2008, com a redação do Decreto 6.686/2008), com muita simetria com a tipificação das infrações penais.

3.2 A responsabilidade civil ambiental: características, abrangência e finalidades

A responsabilidade civil ambiental no direito brasileiro é informada pelo princípio da reparação integral dos danos ambientais que, por sua vez, decorre do princípio poluidor-pagador, e tem as seguintes características e abrangência: ela é objetiva e solidária; alcança os poluidores direto e indireto, que podem ser pessoas físicas e jurídicas (de direito público e de direito privado); abrange a reparação dos danos patrimoniais e morais (extrapatrimoniais) causados ao meio ambiente (dano ambiental difuso) e também a terceiros (dano ambiental individual).[105]

Este perfil da responsabilidade civil ambiental deflue do art. 14, § 1º, combinado com o art. 3º, IV, da Lei 6.938/1981 (responsabilidade objetiva dos poluidores direto e indireto de reparar os danos ao meio ambiente e a terceiros); do art. 225, § 3º da Constituição Federal (responsabilidade civil, administrativa e penal das pessoas físicas e jurídicas); do art. 1º, *caput*, da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985, na redação dada pela Lei 8.884/1999),[106] que incluiu danos morais e patrimoniais; e do art. 81, do Código de Defesa do Consumidor,[107] no que se refere à defesa dos interesses e direitos das vítimas.

[102] Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.
Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

[103] Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.
Art. 24. A pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime definido nesta Lei terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional.

[104] Art. 70. Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.

[105] V. nota 72 sobre as espécies de dano ambiental propostas por Luciano Furtado Loubet.

[106] Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados [...].

[107] Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das *vítimas* poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo [...].

Os dois últimos diplomas, integrados entre si, formam o subsistema que disciplina o processo coletivo.

A finalidade desta ampla responsabilização não é só reparatória, conforme dito, tem importante cunho preventivo e pedagógico, visando evitar novas práticas lesivas ao meio ambiente e a terceiros.

Em geral a reparação dos danos ao meio ambiente tem sido objeto de maior preocupação e empenho pelo Ministério Público e associações ambientalistas, sendo relegada a um segundo plano a defesa dos interesses e direitos das vítimas, muitas vezes atingidas em sua saúde e qualidade de vida. Há maior equilíbrio de atuação do Ministério Público do Trabalho em relação à defesa da saúde e da qualidade de vida dos trabalhadores.

3.2.1 *Responsabilidade objetiva*

A responsabilidade civil objetiva tem aplicação nas hipóteses em que a clássica teoria da responsabilidade civil subjetiva se revela insatisfatória, inadequada e insuficiente para atender às demandas sociais: o aumento exacerbado do número, oportunidades e causas de acidentes; a incompatibilidade da teoria subjetiva com o impulso desenvolvimentista dos tempos modernos; as dificuldades para a vítima comprovar a culpa do agente, sendo duplamente lesada: pelo dano sofrido e pela necessidade de comprovar a culpa do agente, com as agravantes da desigualdade econômica e capacidade organizacional da empresa.

No campo ambiental a teoria subjetiva não se mostra adequada para alcançar situações como a do poluidor, que causa danos ao meio ambiente e pretende não ser responsabilizado por estar exercendo atividade licenciada pelo Poder Público ou pelas dificuldades técnicas e financeiras para evitar a emissão de poluentes.

A diminuição da importância da culpa é um fenômeno que se verifica em todo o mundo industrializado, como conseqüência da própria industrialização. O estado moderno, diante das repercussões da industrialização, fez algumas opções políticas, visando mitigar-lhe os efeitos sociais.[108]

São elementos integrantes da responsabilidade objetiva: a *atividade* de pessoa física ou jurídica (e não a *conduta do agente*, elemento da responsabilidade subjetiva); o *dano* ou *ameaça de dano*; e o *nexo de causalidade*, relação que se estabelece entre a *atividade* desenvolvida pela pessoa (física/jurídica) e o dano ou sua ameaça.

[108] Paulo de Bessa ANTUNES, *Direito Ambiental*... cit., p. 153.

3.2.1.1 Nexo de causalidade e excludentes: Teoria do risco integral ou do risco da atividade (sem excludentes). Teoria do risco criado (com excludentes). Implicações

A adoção da responsabilidade objetiva no campo civil amplia o âmbito da responsabilização, melhor atendendo à necessidade de reparação integral dos danos causados ao meio ambiente e a terceiros, mediante a dispensa da comprovação de dolo ou culpa do agente (pessoas físicas ou jurídicas), e o aspecto mais complexo e controvertido é o nexo de causalidade.

A modalidade de teoria objetiva que assegura níveis mais elevados de proteção ao meio ambiente e à qualidade de vida é a do *risco integral*[109] ou do *risco da atividade.*[110] Além de prescindir da investigação da culpa, para esta teoria é irrelevante a licitude[111] da atividade, se esta causar danos; e não admite qualquer excludente da responsabilidade civil (nem mesmo caso fortuito e fato de terceiro). Decorre daí a mitigação do nexo de causalidade, com possibilidade de sua presunção (relativa) e de inversão do ônus da prova.

[109] A teoria do risco integral supõe que a mera existência do risco gerado pela atividade,intrínseco ou não a ela, deverá conduzir a responsabilização. [...] Basta que o dano possa estar vinculado à existência do fator risco, o qual será imputado "causa" do dano, pelo qual qualquer evento condicionante é equiparado à causa do prejuízo, sem a exigência de que este seja uma conseqüência necessária, direta e imediata do evento. Fundamenta-se na adoção do mero fator risco (Annelise M. Steigleder, *Responsabilidade civil ambiental... cit.*, p. 197-198).

[110] A indenização é devida *pela simples razão de existir a atividade da qual adveio o prejuízo: o titular da atividade assume todos os riscos dela oriundo* (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria B. B. de Andrade. Responsabilidade civil, meio ambiente e ação coletiva ambiental... cit.).

[111] Registre-se o posicionamento inovador e mais minudente de Luciano Furtado Loubet, que procura desmistificar o mito do dano por ato lícito, analisando a questão em face do dano ambiental em sentido amplo (dano ao meio ambiente), em sentido estrito (dano aos recursos ambientais) e dano ambiental privado (dano pelo meio ambiente). Em sua abalizada opinião, a questão do dano ambiental em sentido amplo por ato lícito é um mito, pois, uma vez ultrapassado o limite da tolerabilidade, não há que se falar em licitude da conduta, esta necessariamente violou a ordem constitucional e merece repreensão. Diferentemente, se a atividade de exploração dos recursos ambientais for lícita e autorizada, e constatado que a mesma não está causando danos ao meio ambiente como bem autônomo, não há que se falar em danos por ato lícito. Se tal atividade romper o equilíbrio ambiental, não se trata mais de dano ambiental em sentido estrito (dano aos recursos ambientais), mas sim de dano ambiental em sentido amplo, o qual não pode ser violado por qualquer ato, lícito ou ilícito. Quando é ilícita a atividade que veio a causar danos a terceiros decorrentes do meio ambiente (danos ambientais privados), não há dúvida sobre a necessidade de reparação. Todavia, se a atividade exercida está dentro dos padrões exigidos e ainda assim causar danos a terceiro, também é necessário averiguar se aquela atividade está causando dano ambiental em sentido amplo ou estrito. Se os danos causados forem em sentido amplo o ato é somente pseudo-lícito, passível de cessação, além de reparação. Se os danos não estão atingindo apenas recursos ambientais mas, indiretamente, também patrimônio de terceiro poderá ser exigida indenização além da adoção de medidas mitigadoras, ainda que o empreendedor esteja agindo dentro dos padrões (*Delineamento do dano ambiental... cit.*, p. 142 e SS.).

Sérgio Ferraz,[112] um dos primeiros a se debruçar sobre o tema, e partidário da teoria objetiva do risco integral, é bastante rigoroso quanto às implicações dessa teoria: a *irrelevância da intenção danosa*, basta que a conduta do agente tenha contribuído para o prejuízo; a *irrelevância da mensuração do subjetivismo*, não há a necessidade de buscar todos os autores do dano, bastando aqueles que foram identificados; a *inversão do ônus da prova*; a *irrelevância da licitude da atividade*; e, por fim, a *atenuação do nexo causal*.

Edis Milaré,[113] que também se filia à mesma teoria, reconhece-lhe três conseqüências principais: a prescindibilidade de investigação da culpa; a irrelevância da licitude da atividade; e a inaplicação das causas excludentes da responsabilidade civil.

Está-se diante de um elevado patamar de objetivação da responsabilidade civil voltada para a realização da justiça ambiental, em que o pressuposto básico é a assunção, pelo poluidor, dos riscos próprios da atividade, e que resultam em dano ou em ameaça de dano ao meio ambiente.

A vinculação da responsabilidade objetiva à teoria do risco integral expressa a grande preocupação dos doutrinadores brasileiros em estabelecer um sistema de responsabilidade por dano ao meio ambiente o mais rigoroso possível, o que se justifica em face do alarmante quadro de degradação existente no Brasil.[114]

Trata-se de *responsabilidade civil objetiva agravada* em face de *dano acontecido* como salienta Annelise M. Steigleder,[115] baseando-se em estudos de Fernando Noronha,[116] e são bem ilustrativas da lógica que permeia a teoria do risco integral as considerações da autora no sentido de que, nesta hipótese, *a obrigação de indenizar persiste perante infortúnios, hipóteses de força maior, fatos de terceiros e fatos do próprio lesado, que possam ser considerados riscos próprios da atividade que estiver em causa. Nestas situações, o agente é obrigado a indenizar, independentemente de haver um nexo de causalidade adequada entre a sua atividade e o dano acontecido. Fala-se em dano acontecido porque, a rigor, nestes casos não se poderá falar em dano causado pela pessoa responsabilizada. São situações em que será necessário, para que o indigitado responsável se liberte da obrigação de indenizar, provar que não existe conexão entre o fato acontecido e a atividade por ele exercida. É nestas*

[112] FERRAZ, Sérgio. Responsabilidade civil pelo dano ecológico. *Revista da Consultoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Instituto de Informática Jurídica, v. 1, n. 1, p. 55-57, dez. 1971.

[113] MILARÉ. Edis. Direito do Ambiente... cit., p. 961 e ss.

[114] BARACHO JÚNIOR, José. *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 322.

[115] Áreas Contaminadas e a obrigação do poluidor de custear um diagnóstico para dimensionar o dano ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 25, p. 59-78, 2002.

[116] Desenvolvimentos Contemporâneos da Responsabilidade Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 761, p. 31-44, mar. 1999. p. 32.

hipóteses que verdadeiramente se pode dizer que o indigitado responsável tem uma obrigação de garantia, ou, ainda melhor, uma obrigação de incolumidade. Esta obrigação de garantia também é fundada no risco, mas prescinde do nexo de causalidade e exige apenas conexão entre a atividade do responsável e o dano acontecido.

Na responsabilidade civil objetiva agravada, os danos ambientais decorrem de riscos próprios das atividades econômicas; os exploradores dessas atividades assumem a posição de garantidor da preservação ambiental, e os danos estarão sempre, necessariamente, vinculados a estas.

Analisando a responsabilidade do empreendedor de atividade econômica que resulta na contaminação de áreas por disposição irregular de resíduos sólidos, conclui a autora que ele é responsável, de forma integral, por todos os riscos de sua atividade, colocando-se na posição de garantidor da preservação ambiental; o dever de responder pelos riscos gera o dever de provar a segurança do empreendimento do ponto de vista ambiental; a inversão do ônus e custos da prova decorre da transferência do risco para o poluidor; transfere-se a ele todo o encargo de provar que sua atividade não enseja riscos para o meio ambiente, bem como a responsabilidade de indenizar os danos causados, bastando-se que haja uma conexão entre a atividade exercida e a degradação.

A *teoria do risco criado* é mais atenuada, admite as excludentes de responsabilidade nos casos em que não há exploração de atividade de risco,[117] em relação às atividades de risco, que efetivamente podem causar lesão ao meio ambiente, aplica-se a responsabilidade objetiva sem excludentes.

3.2.2 *Responsabilidade solidária. Solidariedade passiva em benefício do credor (sociedade). Irrelevância da qualificação das causas. Mitigação do nexo de causalidade. Responsabilidade do proprietário atual da área degradada. Obrigação propter rem*

A responsabilidade civil em matéria ambiental, além de objetiva é solidária. Havendo mais de um causador do dano, todos são co-responsáveis solidariamente pela reparação integral,[118] o que significa dizer que a restituição ao estado anterior, ou o ressarcimento pecuniário pode ser exigido indistintamente de um, de alguns ou de todos.[119]

Serve como referência exemplar a histórica ação civil pública movida pelo Ministério Público e pela ONG Oikos contra as indústrias do pólo petroquímico-siderúrgico de Cubatão (SP), objetivando a recomposição da flora e da fauna da Serra do Mar e indenização pelos danos causados ao meio ambiente. As empresas alegaram que a inicial deveria ter mencionado a conduta de cada uma delas e em que essa atividade teria concorrido para a causação dos danos. A inicial diz claramente que as indústrias realizam, continuamente, emissões de partículas no ar que causam dano e agravam os já causados na região.

São pontos relevantes ressaltados no contundente parecer de Nelson Nery Júnior, transformado em artigo:[120]

- houve sofisma e tentativa de levar a discussão da causa para o âmbito da culpa, fato absolutamente estranho à responsabilidade objetiva do art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81.
- o dano que vem sendo causado ao meio ambiente em Cubatão por todas as indústrias lá localizadas, implica a solidariedade de que fala o então vigente art. 1518, do Código Civil. E é justamente para casos como esse que foi criada a regra.
- em se tratando de dano ambiental, a continuidade delitiva é motivo bastante para a condenação atual da indústria poluente, não obstante tenha o dano sido provocado também por algum antecessor no tempo. É nisso que reside a indenização por responsabilidade objetiva solidária dos danos causados ao meio ambiente.
- o então vigente art. 1.518, CC, faz com que essa obrigação seja solidar de modo que as recorrentes responderão pela totalidade dos danos, ainda que não os tenham causado por inteiro. É a decorrência natural do reconhecimento legal da solidariedade, criada em benefício do credor e não do devedor.

Orienta-se neste mesmo sentido o seguinte julgado:

[117] Hugo Nigro Mazzilli (*A defesa dos interesses difusos em juízo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 503) e José Rubens Morato Leite (*Dano ambiental*... cit., p. 208-209) são defensores de posições intermediárias. O primeiro entende que, em regra, o caso fortuito e a força maior podem excluir a responsabilidade, mas certas atividades de risco supõe responsabilidade de que as explore, mesmo naqueles dois casos. O segundo admite apenas a força maior e o fato de terceiro como causas excludentes, por consistirem em fatos externos, imprevisíveis e irresistíveis, que não têm a ver com os riscos intrínsecos à atividade.

[118] NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria B. B. de Andrade. *Responsabilidade civil*... cit., p. 285 e ss.

[119] MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 224.

[120] NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria B. B. de Andrade. *Responsabilidade civil*... cit., p. 283 e ss.

A indenização por danos causados a imóvel vizinho em decorrência de poluição industrial não é afastada ou diminuída pela existência de outras fontes poluidoras na localidade, pois há solidariedade entre os co-autores do dano, podendo a vítima acionar isoladamente cada um deles, exigindo do escolhido o total da indenização. (1º TACSP – 2ª Câmara – Ap. – Rel. Maurício Vidigal – j. 04.11.1987 – RT 628/138)

A responsabilidade do atual proprietário da área degradada (reserva legal ou área de preservação permanente) ensejou grande controvérsia jurisprudencial, e constitui outro exemplo de mitigação do nexo de causalidade,[121] adequando-se melhor o instituto da obrigação *propter rem*[122] para fundamentar a responsabilidade.[123]

3.2.2.1 A responsabilidade do Estado em face da responsabilidade objetiva e solidária. A solidariedade entre poluidor direto e poluidor indireto. Controvérsias

[121] Impossibilidade de se impor ao adquirente de uma área já degradada, desprovida de reserva legal ou de área de preservação permanente, a obrigação de recuperá-la; mesmo objetiva a responsabilidade civil pelo dano ambiental, não se pode prescindir da prova do nexo causal (REsp 229.302/PR, Rel. Min. Garcia Vieira, j. 18.11.99).

[122] Obrigação de natureza real que recai sobre uma pessoa por força de um determinado direito real, situando-se em uma zona cinzenta entre o direito real e o direito obrigacional: consiste em uma obrigação pessoal de um devedor titular de um direito real; adere à coisa, mais que ao eventual titular, acompanhando-a sempre.

[123] Tanto a faixa ciliar quanto a reserva legal, em qualquer propriedade, incluída a da recorrente, não podem ser objeto de exploração econômica, de maneira que, ainda que se dê o reflorestamento imediato, referidas zonas não podem servir como pastagens. Não há como cogitar, pois, de ausência de nexo causal, visto que aquele que perpetua a lesão ao meio ambiente cometida por outrem está, ele mesmo, praticando o ilícito. A obrigação de conservação é automaticamente transferida do alienante ao adquirente, independentemente deste último ter responsabilidade pelo dano ambiental. Recurso especial não conhecido (Min. Franciulli Netto, STJ – REsp 343.741/PR – j. 04.06.2002). Administrativo. Reserva Florestal. Novo proprietário. Legitimidade passiva. O novo adquirente do imóvel é parte legítima passiva para responder por ação de dano ambiental, pois assume a propriedade do bem rural com a imposição das limitações ditadas pela lei federal (Min. José Delgado, STJ – REsp 222.349/PR – j. 23.03.2000).

A amplitude dos conceitos de poluição ambiental[124] e de poluidor,[125] os deveres fundamentais impostos ao Estado e à coletividade pelo art. 225, *caput*, da Constituição Federal, a correlata competência comum dos três níveis federativos em matéria ambiental, as disposições sobre a responsabilidade ambiental do art. 14, § 1º, da Lei 6.938/1981 e o art. 225, *caput* e § 3º da Constituição Federal, possibilitam abarcar todos os co-responsáveis, quer sejam pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado.

Tecnicamente é possível considerar o Estado[126] como poluidor direto ou poluidor indireto e, pelo princípio da isonomia, considerá-lo co-responsável solidariamente para fins de reparação do dano ambiental para o qual concorreu (direta ou indiretamente).

Sob o ponto de vista técnico, Edis Milaré[127] defende que *o Poder público poderá sempre figurar no pólo passivo de qualquer demanda dirigida à reparação do meio ambiente; se ele não for responsável por ter ocasionado diretamente o dano, por intermédio de um de seus agentes, o será, ao menos solidariamente, por omissão no dever de fiscalizar e impedir que tais danos aconteçam.*

E na seqüência aduz que ao Estado restará *voltar-se regressivamente, no último caso, contra o causador do dano e, naquele outro, contra o agente que, por culpa, deu causa à danosidade ambiental.*

Paulo Affonso Leme Machado[128] manifesta-se também favorável à solidariedade do Estado com o particular com finalidade pedagógica: para compelir *o Poder Público a ser prudente e cuidadoso no vigiar, orientar e ordenar a saúde ambiental nos casos em que haja prejuízo para as pessoas, para a propriedade ou para os recursos naturais, mesmo com a observância dos padrões oficiais, o Poder Público deve responder solidariamente com o particular.*

É dentro desta visão técnica que se coloca o seguinte julgado, reconhecendo a legitimidade passiva e a responsabilidade objetiva e solidária do Poder Público na situação examinada:[129]

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO CAUSADO AO MEIO AMBIENTE. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ENTE ESTATAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. RESPONSÁVEL DIRETO E INDI-

[124] Art. 3º, III – Poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: (a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; (b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; (c) afetem desfavoravelmente a biota; (d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; (e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.

[125] Art. 3º, IV – poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental.

[126] V. ALVES, Sergio Luis Mendonça. Estado Poluidor. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

[127] Direito do ambiente. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 425.

[128] *Direito Ambiental Brasileiro*... cit., p. 356.

[129] STJ – 2ª Turma, REsp 604725 / PR, Rel. Min. CASTRO MEIRA, j. 21/06/2005, DJ 22.08.2005, p. 202.

RETO. SOLIDARIEDADE. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO. ART. 267, IV DO CPC. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282 E 356 DO STF.
[...]
2. O art. 23, inc. VI da Constituição da República fixa a competência comum para a União, Estados, Distrito Federal e Municípios no que se refere à proteção do meio ambiente e combate à poluição em qualquer de suas formas. No mesmo texto, o art. 225, *caput*, prevê o direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
3. O Estado recorrente tem o dever de preservar e fiscalizar a preservação do meio ambiente. Na hipótese, o Estado, no seu dever de fiscalização, deveria ter requerido o Estudo de Impacto Ambiental e seu respectivo relatório, bem como a realização de audiências públicas acerca do tema, ou até mesmo a paralisação da obra que causou o dano ambiental. 4. O repasse das verbas pelo Estado do Paraná ao Município de Foz de Iguaçu (ação), a ausência das cautelas fiscalizatórias no que se refere às licenças concedidas e as que deveriam ter sido confeccionadas pelo ente estatal (omissão), concorreram para a produção do dano ambiental. Tais circunstâncias, pois, são aptas a caracterizar o nexo de causalidade do evento, e assim, legitimar a responsabilização objetiva do recorrente. 5. Assim, independentemente da existência de culpa, o poluidor, ainda que indireto (Estado-recorrente) (art. 3º da Lei 6.938/81), é obrigado a indenizar e reparar o dano causado ao meio ambiente (responsabilidade objetiva). 6. Fixada a legitimidade passiva do ente recorrente, eis que preenchidos os requisitos para a configuração da responsabilidade civil (ação ou omissão, nexo de causalidade e dano), ressalta-se, também, que tal responsabilidade (objetiva) é solidária, o que legitima a inclusão das três esferas de poder no pólo passivo na demanda, conforme realizado pelo Ministério Público (litisconsórcio facultativo). 7. Recurso especial conhecido em parte e improvido.

Todavia, há implicações outras que tornam a questão complexa e de difícil solução sendo mais aconselhável a ponderação concreta dos interesses envolvidos, caso a caso.

Na ação ambiental movida pelo Ministério Público contra as indústrias de Cubatão, já mencionada, foi reconhecida, como visto, a responsabilidade objetiva e solidária de todas as empresas-rés, todavia a União Federal, o Estado de São Paulo e o Município de Cubatão não figuraram no pólo passivo, como litisconsortes facultativas, por força de eventual solidariedade com as empresas-rés. Estas requereram a denunciação da lide dos três entes públicos, que foi rejeitada pela decisão saneadora, e os agravos interpostos dessa decisão foram também improvidos:

> Inadmissível, [...] a denunciação da União Federal, do Estado de São Paulo e do Município de Cubatão, sob o fundamento de que estas pessoas jurídicas de direito público incentivaram e autorizaram a instalação da ora agravante no local, com as conseqüências daí decorrentes, e fiscalizaram as suas atividades.[130]

Também foi argüida e rejeitada a preliminar de perda do objeto da ação, sob a alegação de que o Estado estaria providenciando a recomposição do ambiente com a adoção de programa de replantio de espécies da flora serrana. Em seu parecer único, Nelson Nery Júnior[131] pontuou:

- o responsável pelo dano é que deve arcar com sua reparação, de acordo com os ditames do art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81.
- mesmo que o Estado ou o particular esteja trabalhando nesse sentido, a ação não perdeu o objeto porque quem deverá recompor o ambiente, pagando o custo desses programas de recomposição são as rés.
- soa até imoral argumentação desse jaez, procurando as indústrias subtrair-se à aplicação da lei que lhes impõe o dever de indenizar o dano que causaram e vem causando ao meio ambiente com sua atividade poluidora.

Foram interpostos 23 recursos de agravo de instrumento da decisão de saneamento que, entre outras questões, indeferiu a denunciação da lide da União, do Estado de São Paulo e do Município de Cubatão, sob o fundamento de que estas pessoas jurídicas de direito público incentivaram e autorizaram a instalação da ora agravante no local, com as conseqüências daí decorrentes, e fiscalizaram as suas atividades.

Em parecer único Nelson Nery Júnior sustentou o não cabimento da denunciação, que objetivava assegurar a via do regresso, em caso de condenação das empresas-rés na ação civil pública.

Há, com efeito, tratamento diferenciado acerca da responsabilidade solidária do Estado, considerando-se as diferentes situações: (a) a responsabilidade solidária do Estado por ação ou omissão de agente público que contribui indiretamente para a ocorrência do dano provocado por terceiro; (b) a responsabilidade solidária do Estado decorrente do descumprimento do dever de agir, ainda que não haja concretamente o conhecimento pelo agente estatal da atuação danosa de terceiro, feita na clandestinidade; (c) a responsabilidade solidária no Estado nos casos em que tenha agido estritamente conforme a legislação e, ainda assim, não tenha impedido a ocorrência do dano.

A aplicação indiscriminada da teoria do risco integral como fundamento da responsabilidade solidária estatal implica atribuir ao Estado a obrigação

[130] TJSP, AI 124.287-1, 7ª Câmara, rel. Des. Sousa Lima, v.u., j. 28.3.1990 (RT 655/83).
[131] NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria B. B. de Andrade. Responsabilidade civil... cit., p. 283 e ss.

decorrente de toda e qualquer atividade explorada que enseja, ainda que apenas potencialmente, em risco ambiental.[132]

Pela regra geral do art. 37 da Constituição Federal, as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos respondem objetivamente pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, sendo-lhe assegurado o direito de regresso contra o agente responsável que tenha agido com dolo ou culpa.

4 A repressão: sanções civis, administrativas e penais. Possibilidade de cumulação das sanções entre si e com a reparação civil. Distinções e interdependência. Finalidades preventiva e pedagógica da reparação e das sanções[133]

Afora a reparação dos danos ambientais, que abrange a restauração, a recuperação e/ou a indenização pecuniária na forma acima descrita, podem ser impostas ao poluidor ou ao predador sanções civis, administrativas e penais, como se depreende do art. 225, § 3º da Constituição Federal.

A reparação civil é diversa e independente das sanções, podendo ser cumulativas. Mas é cada vez mais acentuada a interdependência entre as responsabilidades civil e penal, diluindo-se a separação entre elas, como fica bem evidenciado na Lei 9.605/98.

Com efeito, a reparação do dano é exigida pela nova Lei em diversas situações, sendo-lhe atribuídas conseqüências relevantes na esfera processual-penal.

[132] PRADO, Alessandro Martins e BATISTA, Claudia Karina Ladeia. A responsabilidade civil do estado por dano ambiental: uma análise da teoria do risco integral. A pesquisa limita a responsabilidade objetiva do Estado aos danos por ele provocados no desempenho das atividades que lhe são próprias ou ainda por pessoas jurídicas de direito privado que explorem função pública (concessionária de serviço público, permissionário etc). Aplicar ao Estado a teoria do risco integral, responsabilizando-o solidária e irrestritamente por dano ambiental causado por terceiro implica em socializar o dano ambiental, ou seja, transferir à sociedade, mediante a utilização de recursos públicos, a obrigação de reparar dano produzido por terceiro. A responsabilização solidária do Estado por dano ambiental provocado por terceiros melhor se acomoda, a despeito do entendimento contrário, na responsabilidade fundada na culpa do agente. (Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF, novembro de 2008, disponível em: <www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasilia/01_249.pdf>). Acesso em: jul. 2009.

[133] LECEY, Eládio. Direito ambiental penal reparador. Composição e reparação do dano ao ambiente: reflexos no juízo criminal e a jurisprudência. Versão atualizada de texto publicado na Revista de Direito Ambiental, v. 45, Editora RT, 2007, São Paulo (SP). Disponível em: <www.esmarn.org.br/cursos/aperfeicoamentoMagistrados/2008/direitoAmbientalPenalReparador.pdf>. Acesso em: jul. 2009; PASSOS DE FREITAS, Vladimir e PASSOS DE FREITAS, Gilberto. *Crimes contra a natureza*... cit.; PASSOS DE FREITAS, Vladimir. *Direito administrativo e meio ambiente*. 3. ed.. Curitiba: Juruá, 2002.

Assim, autoriza a Lei nº 9.605/98, no caso de prestação pecuniária, uma das modalidades de pena restritiva de direitos, que o valor pago seja deduzido do montante de eventual reparação civil a que for condenado o infrator (art. 12).

Prevê também esta mesma lei a fixação na sentença penal condenatória, sempre que possível, do valor mínimo da reparação dos danos causados pela infração, esclarecendo que aquela abrange *os prejuízos sofridos pelo ofendido ou pelo meio ambiente*. A execução (no Juízo Cível) pode ser feita por esse valor, sem prejuízo de prévia liquidação para apuração do dano efetivamente sofrido (art. 20).

A interação das responsabilidades civil e penal é ainda maior quando se trata de infrações penais de menor potencial ofensivo[134] da competência dos Juizados Especiais, em que é dado especial relevo à reparação civil do dano ao meio ambiente e à vítima.

Por se tratar de ação penal pública incondicionada, a composição do dano ambiental na audiência preliminar não extingue a punibilidade, o que se dá com a homologação do acordo nos casos de ação penal privada ou condicionada à representação (art. 74, parágrafo único da mesma Lei). Mas a prévia composição do dano ambiental é erigida pela Lei nº 9.605/98 como condição para a formulação da proposta de transação penal[135] pelo Ministério Público, salvo comprovada impossibilidade (art. 27).

Na hipótese de suspensão do processo (art. 27 da Lei 9.605/98 e art. 89 da Lei 9.099/98),[136] a declaração de extinção de punibilidade quando expirado o prazo sem revogação (§ 5º do art. 89) dependerá de laudo de constatação da reparação do dano ambiental. Não tendo sido ela completa, poderá ocorrer, por duas vezes, a prorrogação da suspensão até o máximo previsto no art. 89, acrescido de um ano (incisos I, II e IV do art. 27), mediante novo laudo. Esgotado o prazo máximo de prorrogação, a declaração de extinção de punibilidade dependerá de laudo de constatação que comprove "ter o acusado tomado as providências necessárias à reparação integral do dano" (inciso V, destaque nosso).

Afora a possibilidade de cumulação da reparação com as sanções (civis, administrativas e penais), estas podem ser cumuladas entre si, pois a responsabilidade nessas três esferas são independentes entre si.

As sanções penais não são constituídas apenas pelas penas privativas de liberdade (detenção e reclusão) e multa, incluindo também as penas restritivas

[134] Infração cuja pena privativa de liberdade, isolada, cumulativa ou alternativamente cominada, não exceder a 1(um) ano (art. 61 da Lei 9.099/98).

[135] Aplicação de pena restritiva de direito ou multa (art. 76 da Lei 9.099/98).

[136] Discute-se se o art. 28 aplica-se somente às infrações penais ambientais de menor potencial ofensivo ou se deve ser interpretado extensivamente, aplicando-se aos crimes ambientes com observância dos requisitos do art. 89 da Lei nº 9.099/95, inclusive no que se refere ao requisito objetivo da *pena mínima* cominada igual ou inferior a um ano.

de direitos (arts. 8º a 13),[137] que são autônomas e substituem as privativas de liberdade nas hipóteses do art. 7º da Lei 9.605/98, em se tratando de infrações penais ambientais.

Algumas das sanções penais restritivas de direitos coincidem com as sanções cominadas às infrações administrativas, entre as quais figuram as restritivas de direitos (art. 72, XI e § 8º da Lei 9.605/98).[138]

Uma das inovações elogiáveis da Lei nº 9.605/98 consiste em possibilitar à autoridade competente avaliar a situação, segundo os parâmetros do art. 6º, a fim de impor e graduar adequadamente a penalidade.[139]

Cada vez mais as sanções deixam de ter um cunho eminentemente repressivo, punitivo, ganhando outras conotações. Pune-se severamente determinadas condutas socialmente indesejáveis não apenas com a finalidade de se impor um castigo em relação à infração já cometida, mas também para que essa punição tenha efeito pedagógico, servindo para inibir ou desestimular eventuais reincidências e novas práticas futuras.

O valor da multa, por exemplo, há de ser expressivo e graduado de acordo com a situação econômica do infrator. Ambas as exigências foram atendidas pela Lei 9.605/98, como se vê de seu art. 6º, III e do art. 75, que estabeleceu para as multas administrativas o valor mínimo de R$ 50,00 e o máximo de R$ 50.000.000,00.

O valor módico ou mesmo insignificante da indenização ou da multa, em si mesmo ou em relação à situação econômica do infrator, leva a que este prefira continuar a prática lesiva ao meio ambiente, mesmo sob o risco de ser autuado e multado, por ser compensador do ponto de vista econômico.

A reparação integral do dano, na forma abrangente analisada, tem também o mesmo propósito preventivo das sanções exemplares, sob pena de deturpação do princípio do poluidor-pagador.

Em outras situações, a aplicação de penas restritivas de direito soam como mais apropriadas ou suficientes e atendem a finalidades outras, como é o caso da prestação de serviços à comunidade, utilizada com finalidade pedagógica ou de ressocialização do infrator.

5 Os instrumentos de avaliação de risco disponíveis (Eia/Rima, licenciamento)

[137] São previstas como penas restritivas de direito na esfera da responsabilidade penal: a prestação de serviços à comunidade, a interdição temporária de direitos, a suspensão parcial ou total de atividades, a prestação pecuniária, o recolhimento domiciliar (Lei nº 9.605/98, art. 8º).

[138] São sanções restritivas de direito: a suspensão ou cancelamento de registro, licença ou autorização; a perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais; a perda ou suspensão da participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito; a proibição de contratar com a Administração Pública por até três anos (Lei 9.605/98, art. 72, § 8º).

[139] V.art. 72, com relação às infrações administrativas. Para a multa penal, V. art. 18.

5.1 O Estudo de Impacto Ambiental (EIA). A disciplina da Res. CONAMA nº 01/86. A previsão constitucional: Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EPIA)[140]

A Lei nº 6.938/81 prevê a avaliação de impactos ambientais como instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente, sem definir suas hipóteses de cabimento, conteúdo e demais delineamentos técnico-jurídicos.

A denominação EIA se popularizou, e foi aperfeiçoada pela Constituição Federal de 1988 que, com muita propriedade, preferiu a designação *Estudo Prévio de Impacto Ambiental* (EPIA), o que enfatiza o caráter preventivo do instrumento. Como prescreve, cabe ao Poder Público, para assegurar a efetividade do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, exigir *para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade* (CF, art. 225, § 1º, IV). A audiência pública está detalhada pela Resolução CONAMA nº 09/90.

Paulo Affonso Leme Machado,[141] que utiliza a denominação constitucional, inclusive quanto à respectiva sigla (EPIA), destaca como relevantes os seguintes aspectos do EIA: (1) ele deve ser *anterior* à autorização da obra e/ou da atividade; não pode ser concomitante nem posterior; a cada licenciamento pode ser exigido novo estudo;(2) deve ser exigido pelo Poder Público, ficando a disciplina mais detalhada para a legislação ordinária; (3) a norma constitucional diferencia instalação de obra e funcionamento de atividade, podendo ser exigido EPIA para ambas; (4) publicidade como uma das características do EPIA.

A AIA foi regulamentada pela Resolução Conama nº 01/86 atrelada a projetos e ao processo de licenciamento da respectiva obra ou atividade, realizada através do EIA/RIMA. Com esse perfil o EIA/RIMA cumpre dois relevantes papéis no campo político-decisório: serve como instrumento de auxílio à tomada de decisão e de instrumento de negociação no licenciamento ambiental.

Histórico e pedagógico é o exemplo citado por Édis Milaré,[142] da construção da represa de Balbina, a 150 km ao norte de Manaus, representativo da catástrofe ambiental que um projeto pode causar. Com o fechamento das comportas, em 1987, o objetivo era formar um reservatório de 1580 km2, 15º maior la-

[140] V. a respeito, ATTANASIO JÚNIOR, Mario Roberto; ATTANASIO, Gabriela Müller Carioba. Análise do princípio da precaução e suas implicações no estudo de impacto ambiental. Disponível em: <www.anppas.org.br/encontro_anual/encontro2/GT/GT09/grabriela.pdf>. Acesso em: jul. 2009; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. Os princípios do estudo de impacto ambiental... cit.; MILARÉ, Édis; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. Estudo prévio de impacto ambiental... cit.; CAPPELLI, Silvia. O estudo de impacto ambiental na realidade brasileira. Estudos Jurídicos, São Leopoldo, v. 27, n. 70, p. 49-64, maio/ago. 1994.

[141] *Direito Ambiental Brasileiro... cit.*, p. 229.

[142] A importância dos estudos de impacto ambiental. *Justitia*, São Paulo, n. 141, p.16-30, jan./mar. 1988, p. 18-19.

go artificial do mundo, inundando florestas que representam 15% do território da Holanda. Tudo para produção de apenas 225 megawatts, insuficientes para cobrir mais de 60% das necessidades energéticas de Manaus. Se elaborados "sérios estudos de impacto ambiental", boa parte desses recursos poderiam ser aproveitados e realizados estudos para encontrar outras alternativas tecnológicas.

Através do EIA-RIMA, integrado ao licenciamento ambiental é, sim, possível se alcançar concretamente a eficiência de ambos como instrumentos preventivos e de gestão da sustentabilidade, pois é elogiável a metodologia de elaboração do EIA concebida pela Resolução 01/86. A Resolução 237/97 também é satisfatória na disciplina do procedimento do licenciamento e de suas etapas (Licença Prévia,[143] Licença de Instalação[144] e Licença de Operação[145]).

Os problemas surgem na utilização indevida e insuficiente desses instrumentos, com a dispensa ou simplificação inapropriada do EIA[146] e/ou do licenciamento ambiental; com a tendência à minimização dos impactos negativos no meio físico e da valorização dos impactos positivos no meio antrópico; com a previsão de medidas mitigatórias e compensatórias impertinentes e inadequadas.

Muitas deficiências são corrigidas ou minimizadas a partir das audiências públicas, com a incisiva participação do Ministério Público e de associações ambientalistas, principalmente.

A garantia da efetiva publicidade é fundamental para que se assegure a participação da sociedade através das audiências públicas.

Paulo Affonso Leme Machado,[147] um dos autores que mais se empenham pela efetividade do requisito da publicidade, destaca: *dar publicidade* transcende o conceito de torná-lo acessível ao público. *Deixar o estudo à disposição do público não é cumprir o preceito constitucional*. Há o dever de levar o teor do estudo ao conhecimento público. É publicar, ainda que em resumo, o EIA em órgão de comunicação adequado.[148]

[143] Concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação.

[144] Autoriza a instalação do empreendimento ou atividade de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes, da qual constituem motivo determinante.

[145] Autoriza a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinados para a operação.

[146] A Resolução Conama nº 237/97 faz menção a outros estudos ambientais, sem mencionar o EIA (o relatório ambiental, o plano e projeto de controle ambiental, o relatório ambiental preliminar (RAP), o diagnóstico ambiental, o plano de manejo, o plano de recuperação de área degradada (PRAD), a análise preliminar de risco). São estudos relativos aos aspectos ambientais relacionados à localização, instalação, operação e ampliação de uma atividade ou empreendimento, apresentado como subsídio para a análise da licença requerida.

[147] *Direito Ambiental Brasileiro... cit.*, p. 252.

[148] Idem, p. 252.

As deficiências mais recorrentes na elaboração do EIA foram levantadas e analisadas por técnicos do Ministério Público Federal, e servem como importante referencial para o aprimoramento deste estudo. O monitoramento da implementação das condicionantes é outra providência fundamental para a eficiência preventiva do EIA e do respectivo licenciamento ambiental.

São inevitáveis as ingerências políticas e econômicas quando se trata de licenciamento de obras públicas e cresce a responsabilidade dos gestores públicos no chamado autolicenciamento. A necessária conscientização ambiental é fundamental para todos os partícipes, públicos e privados.

O EIA continua sendo utilizado no espaço urbano, quando exigido pela legislação ambiental. Não foi dispensado nem substituído pela introdução do Estudo de Impacto de Vizinhança, como prevê o Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), sendo mais apropriado para a avaliação dos impactos no entorno de um grande empreendimento, ou seja, no bairro/região da cidade onde ele será instalado (vias de acesso, fluxo de veículos, poluição sonora, visual, equilíbrio ambiental e paisagístico).

Este estudo é apropriado para avaliar a potencialidade dos impactos ambientais significativos na área de influência de um projeto isoladamente considerado. Atualmente é cada mais relevante avaliar os impactos cumulativos e sinérgicos do conjunto de obras/atividades na localidade, região, ecossistema onde mais uma obra/atividade será instalada. A proliferação de antenas de transmissão televisiva e de Estações Rádio-Base, para serviços de telefonia móvel, por exemplo, é preocupante e são situações em que mais adequada é a Avaliação Ambiental Integrada (AAI), para aferir a significância do conjunto da poluição eletromagnética e da visual, sem prejuízo do próprio EIA cuidar mais detidamente da avaliação dos impactos cumulativos e sinérgicos.

O gasoduto Brasil-Bolívia e o Rodoanel Mário Covas foram as primeiras obras em que foi utilizada a Avaliação Ambiental Estratégica (AAE), outro estudo ambiental de avaliação sistêmica do conjunto de impactos.

Outros importantes instrumentos aos quais o EIA e o licenciamento ambiental de projetos devem estar integrados são o Zoneamento Ecológico-Econômico da região, o Plano Diretor e leis de uso e ocupação de solo do município, para subsidiar a tomada de decisões, principalmente acerca das alternativas locacionais. A integração de estudos e de instrumentos ambientais complementares são uma tendência salutar.

E nesta fase de revisão e ampliação do papel da AIA/EIA o caráter prévio do instrumento é também ressaltado para mostrar sua adequação para os dois outros relevantes papéis que lhe são atribuídos e que atualmente se busca implementar: servir de subsídio à *concepção de projetos* e como instrumento de gestão ambiental (possibilidade de se verificarem alternativas a serem administradas no processo de gestão).

Os instrumentos da política nacional do meio ambiente, entre os quais o EIA repercutem na esfera privada dos indivíduos e também na esfera de discricionariedade administrativa. Representam *limitação da discricionariedade ambiental do administrador* propiciando transparência administrativa quanto aos efeitos ambientais de um determinado projeto e decisões administrativas informadas e motivadas.

O EIA limita, apenas, não aniquila a discricionariedade. O objetivo do EIA é integrar a preocupação ambiental ao complexo de fatores (econômicos, sociais, etc.) que influenciam a decisão administrativa. *Sopesar o meio ambiente não significa [...] fazê-lo predominante. A decisão administrativa não se submete ao monopólio da preocupação ambiental. Seria sair de um extremo para ir para outro. É [...] um esforço mais de integração do que de dominação.*[149]

5.2 Transgênicos. Incertezas e riscos. O caso da soja *round up ready*. A relevância do Estudo Prévio de Impacto Ambiental, da rotulagem e do plantio segregado

A despeito de estar *sub judice* a discussão em torno da exigência de Estudo Prévio de Impacto Ambiental para a liberação do plantio e comercialização da soja geneticamente modificada *round up ready,*[150] foram editadas Medidas Provisórias estabelecendo normas para a comercialização da produção de soja da safra de 2003 e dos anos sugseqüentes.

Para Rubens Nodari,[151] a questão polêmica e difícil de se visualizar consiste em *preocupar em descobrir as incertezas antes da liberação e não esperar que aconteça algum problema mais sério*. Quando se conhece a probabilidade de ocorrência de um evento e a magnitude desse evento, está-se diante de risco; quando não se conhece essa probabilidade, a idéia do risco, está-se diante de incerteza. Ponto importante consiste em saber *quais as incertezas que devemos torná-la risco. Deve ser feita uma avaliação específica para cada produto ou processo. Sabemos que não tem risco zero, mas temos que fazer esse esforço.*

Quais os principais problemas que se deve conhecer antes de liberar?

a) a presença de genes de resistência a antibióticos (em grande parte dos transgênicos). Entretanto, a comunidade científica já atendeu às preocupações da sociedade e já se tem um sistema alternativo. Os novos transgênicos provavelmente não carregarão mais esses genes;

b) a ausência de controle da expressão gênica – utilização de seqüências regulatórias totalmente independentes, que não nos obedecem, nem à planta, nem ao animal; elas são constitutivamente determinadas. Há necessidade de se evoluir para sistemas regulatórios que possa eventualmente expressar características em certas partes da planta, do animal, com muito mais segurança para o meio ambiente.

c) a ausência de controle do fluxo gênico – é fator de contaminação gênica ambiental: uma variedade transgênica de uma espécie, com o passar do tempo, pode contaminar outras variedades da mesma espécie. Os Estados Unidos acabam de reconhecer que as variedades convencionais estão contaminadas onde variedades transgênicas foram liberadas.

Se foram liberados o plantio e comercialização da soja geneticamente modificada *round up ready* a cada safra, sem o Estudo Prévio de Impacto Ambiental discutido em juízo, sem a preocupação de *se descobrir as incertezas antes da liberação,* e *quais as incertezas que devem ser tornadas risco,* como alertou Rubens Nodari, existindo ainda o *risco virtual* do escape gênico, como identifica Aluízio Borém,[152] a segurança do consumidor se resume na confiabilidade das informações que devem estar consubstanciadas na rotulagem, na forma disciplinada pelo Decreto 4.680/2003, e que lhe permitirão exercer o seu direito de escolha, com base no direito à informação plena, como lhe assegura o Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, II e III). É certo, contudo, que pelo sistema adotado no Brasil, devem ser rotulados apenas os alimentos que possuírem soja ou derivado de soja e em percentual acima de 1% na sua composição total.

A implementação da rotulagem, com a exigência de certificação, conforme o caso, quanto à origem não transgênica da soja, levará à necessidade da segregação do plantio do produto na origem.

6 Considerações finais

A proteção do meio ambiente e dos direitos fundamentais correlatos no direito brasileiro prima pelo vanguardismo das concepções, dos institutos e instrumentos jurídicos de tutela nos campos material e processual. São atores fundamentais nesse processo o Ministério Público e a sociedade civil organizada, representada pelas entidades ambientalistas, e, mais recentemente, pelo setor econômico, sendo bastante fecunda neste particular a década de 1980 e as que se seguiram.

[149] BENJAMIN, Antonio Herman, *Estudo prévio de impacto ambiental.. cit.*, p. 68.

[150] ACP nº 97.34.00.036170-4 e MC nº 1998.34.00.027681-8.

[151] Ciclo de Debates 2004: Temas Atuais de Direito Ambiental, promovido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região e pelo Departamento de Direito Ambiental da Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª Região, sob nossa coordenação, no dia 26/03/2004.

[152] Escape gênico & transgênicos. Universidade Federal de Viçosa, Viçosa, 2001, p. 103-105.

A doutrina e a jurisprudência, aliadas a estudos e perícias técnicas, contribuem para o amadurecimento das questões controversas. E é observada mais recentemente a preocupante tendência à flexibilização de institutos e instrumentos relevantes, tanto nas alterações normativas procedidas pelas casas legislativas e por meio de medidas provisórias editadas pelo Poder Executivo, tão recorrentes na realidade jurídica brasileira, como também na exegese das disposições constitucionais feitas pelo Supremo Tribunal Federal e Tribunais locais.

É a dialética permanente em torno do binômio *desenvolvimento econômico* e *proteção do meio ambiente*, sintetizada mais modernamente no tripé *sustentabilidade econômica, ambiental e social*.

O momento atual é propício a reflexões críticas acerca do desenvolvimento que a sociedade brasileira almeja aos níveis nacional, regional, local e setorial, com os olhos voltados para os elogiáveis paradigmas constitucionais e o que é por eles assegurado em termos de direitos e garantias fundamentais relacionados à qualidade de vida e do meio ambiente em todos os seus aspectos.

Não basta para a efetiva reversão do preocupante quadro de degradação ambiental em escala global, perfilhar a lógica do princípio poluidor-pagador, baseada na imposição de pesados ônus ao poluidor e ao degradador como forma de desestímulo. A experiência demonstra que a exigência de reparação integral com base na responsabilidade objetiva e solidária dos poluidores diretos e indiretos, a imposição de tributos e de sanções administrativas e penais, não têm impedido que a degradação ambiental avance e tampouco têm possibilitado que ela reverta.

O êxito e a efetividade da proteção ambiental dependem da adoção e implementação de políticas e ações que, a par das medidas de desestímulo à poluição e degradação ambientais, prestigiem, ao mesmo tempo, medidas de incentivo à prevenção, calcadas em atrativos econômico-financeiros.

A empreitada não é fácil, à medida que se observa a concorrência de fatores que contribuem para a inversão dessa lógica. Passa-se a ter, como tendências preocupantes, o desestímulo à prevenção, pelos seus custos elevados e que tendem a ser ampliados; e, reversamente, o estímulo à degradação ambiental, pela flexibilização dos custos da reparação e da repressão para o poluidor. São exemplos a adoção indiscriminada de medidas compensatórias, inadequadas do ponto de vista da eficiência ambiental; e a relativização generalizada do efeito intimidatório da repressão penal pela Lei 9.605/98, em prejuízo da efetividade do combate às práticas lesivas mais graves ou recalcitrantes ao meio ambiente.

MINISTÉRIO PÚBLICO E A DEFESA DO MEIO AMBIENTE: ATUAÇÃO EM REDE NO MATO GROSSO DO SUL

Alexandre Lima Raslan*

Sumário: 1. Introdução; 2. Economia e o Direito Ambiental brasileiros: esboço histórico; 3. Ministério Público de Mato Grosso do Sul: deficiências iniciais; 4. Rede de Promotores de Justiça de Meio Ambiente: 4.1. Iniciativa pioneira: a Promotoria de Justiça Ambiental Móvel: 4.1.1. Fiscalização de compensações ambientais; 4.1.2. Avaliação Ambiental Estratégica do Rio Verde: providência inédita; 4.2. Núcleos das Promotorias de Justiça do Meio Ambiente: um modelo de atuação; 4.3. Criação de Grupos: temas específicos; 5. Rede de Promotores de Justiça: recursos: 5.1. Grupo de discussão por e-mail; 5.2. Controle de Inquéritos Civis (CIC); 5.3. Manual ambiental; 5.4. Diagnóstico de áreas críticas; 5.5. Resíduos sólidos: vistorias e mapeamento; 5.6. Núcleo de Georreferenciamento; 5.7. Grupo de discussões Ministério Público e Secretaria de Estado de Meio Ambiente; 6. Perspectivas: 6.1. Rede Latino-Americana de Ministério Público Ambiental; 7. Conclusão.

Resumo: A transformação na paisagem natural desde 1970 vem sendo provocada pela modificação dos fundamentos sócio-econômicos vigentes território de Mato Grosso do Sul, que de uma matriz econômica monótona (pecuária e agricultura) ensaia um processo de industrialização sem precedentes e sem retorno. E o Ministério Público, diante desta evolução social, precisa se modernizar para executar com responsabilidade e eficiência as funções constitucionais outorgadas pela Carta Política de 1988, adotando uma atuação pró-ativa e voltada para a execução de ações que atendam às necessidades reclamadas pela defesa do meio ambiente. A tentativa desta transformação institucional somente é possível com o empenho e envolvimento de Promotores de Justiça e Procuradores de Justiça dedicados.

1 Introdução

O adequado entendimento da realidade brasileira diante do Direito Ambiental exige uma precisa, porém, breve, exposição acerca da evolução do or-

* Mestrando em Direito das Relações Sociais (Direitos Difusos) na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Especialista em Direito Processual Penal pela Universidade Católica Dom Bosco (UCDB). Especialista em Direito Civil: Direitos Difusos pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Promotor de Justiça do Ministério Público de Mato Grosso do Sul, titular da 34ª Promotoria de Justiça de Campo Grande-MS. Núcleos das Promotorias de Justiça do Pantanal e da Bacia do Paraná. Promotor Eleitoral nos anos de 1995/1996, 1998/2001 e 2004/2005.

denamento jurídico nacional acerca deste tema fundamental, que somente veio contemplado na Constituição Federal de 1988.

De igual modo, a realidade ambiental do estado de Mato Grosso do Sul somente pode ser compreendida satisfatoriamente com o alinhamento da história da ocupação do território respectivo, ainda que para os fins deste estudo isto se deva fazer concisamente.

O Ministério Público também experimenta evolução institucional desde a Carta Política de 1988, abandonando o legado do Estado liberal, que o caracterizava como órgão governamental, passando adotar postura em favor dos direitos fundamentais sem se descurar das liberdades individuais, conformando-o ao Estado social e tatuando-o como instituição de Estado.

Dentre os direitos fundamentais da pessoa humana está uma das principais funções institucionais do Ministério Público: a defesa do meio ambiente.

E para a fiel execução desta missão, autêntica promessa constitucional outorgada com proeminência ao Ministério Público, também deveriam ser abandonadas antigas práticas e adotadas normas formas de atuar, tanto buscando otimizar a instauração de lides quando na maximização das soluções consensuais por meio dos instrumentos extraprocessuais de tutela do meio ambiente (inquérito civil, termo de ajustamento de conduta etc.).

Para a concretização da transformação adiante relatada se fez necessária a congregação de idéias e esforços para que se ofertasse ao Ministério Público um novo desenho que culminasse na reestruturação da defesa ambiental. A comprovação da produtividade desta mudança vem adiante demonstrada na exposição sintética a seguir elaborada, a pretexto de gravar na história do Ministério Público de Mato Grosso do Sul eventos que nos direcionam na busca de novos paradigmas.

2 Economia e o Direito Ambiental brasileiros: esboço histórico

A extensão territorial do Brasil, que muitos qualificam como um "país continental", caracteriza-se pela abundância de terras agricultáveis, de excelente qualidade e de relevo predominantemente plano, o que reflete diretamente nas suas relações sociais, econômicas e políticas. Na fase do Brasil colonial[1] estas características acabaram fomentando a modificação e a ocupação

[1] Nas Ordenações Manuelinas de 1514, destaca-se o Livro V e o Título LXXXIII, vedava a caça de perdizes lebres e coelhos com rede, e no Título "C" tipificava o corte de árvores frutíferas como crime. Nas Ordenações Filipinas de 1603, a matéria ambiental estava contida no Livro I, Título LVIII, no Livro II, Título LIX, no Livro IV, Título XXXIII, no Livro V, Títulos LXXV e LXXVII. Regimento do Pau-Brasil de 1605, primeira lei florestal do Brasil e que exigia expressa autorização real para o corte, além de impor limites à exploração. Em 1797 foram editadas cartas régias declarando de propriedade da Coroa Portuguesa todas as matas e arvoredos existentes na borda da Costa e nos rios que desaguavam no mar ou que fossem navegáveis. Em 1799 surgiu o primeiro

da paisagem natural, inicialmente na região nordeste com a cana-de-açúcar, que marcou a primeira fase da devastação das florestas nacionais para atender aos interesses da Coroa portuguesa. Até a fase colonial e durante a fase imperial[2] da história brasileira os recursos naturais eram protegidos por motivos preponderantemente econômicos, exclusivamente para evitar a dilapidação da riqueza pertencente ao Império português. Depois a devastação se estendeu por outras regiões, a exemplo da região sudeste com o café, do centro-oeste com a pecuária e com a agricultura etc.

Já no século XX a região centro-oeste passou a ser ocupada e explorada economicamente, de início com a criação extensiva de gado bovino em áreas de terras que, originalmente, pertenciam a poucos proprietários (latifúndios) e estavam cobertas por vegetação nativa (mata atlântica e cerrado) que foi sendo desmatada indiscriminadamente para dar lugar a novas áreas de pastagens. Na segunda metade do século XX se iniciou a imigração oriunda do sul do Brasil, inserindo intensivamente na economia desta região a atividade da agricultura, o que também provocou o desmatamento de outras áreas florestadas, sem que houvesse consideração adequada para a preservação e a conservação dos recursos naturais (fauna, flora, recursos hídricos, solo etc.).

Mas, na fase republicana do Brasil é que se percebem três períodos bem distintos do Direito Ambiental: o período da evolução,[3] compreendido entre 1889 e 1981; o período da consolidação,[4] de 1981 até 1988; e, o período do aperfeiçoamento,[5] de 1988 em diante. E assim, demonstrando alguma preocupação com as atividades do setor primário da economia, o recém instalado Governo Militar institui o novo Código Florestal, a Lei Federal 4.771, de 15 de setembro de 1965, revogando o Decreto 23.793, de 23 de janeiro de 1934.

Ao mesmo tempo e em atitude paradoxal, o Estado brasileiro, em todos os níveis político-administrativos, passa a incentivar e financiar a expansão o setor primário da economia, sem a devida cautela e fiscalização, servindo de exemplo a atuação do Banco do Brasil, do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) ou do Fundo Constitucional de Desen-

Regimento de Cortes de Madeiras, sendo que em 1802 foram editadas instruções para o reflorestamento da costa brasileira, já bastante devastada. Em 1808 se cria o Jardim Botânico no Rio de Janeiro, a primeira área de proteção ambiental no Brasil.

[2] Em 1829 foram reafirmadas as proibições de roçar e derrubas árvores em terras devolutas. Em 1830, o primeiro Código Criminal impunha penas para o corte ilegal de madeiras (arts. 178 e 257). A Lei 601 de 18 de setembro de 1850 foi a primeira lei de terras e trouxe avanços em matéria ambiental, inclusive a responsabilidade objetiva por danos ambientais (art. 2º).

[3] Código Florestal de 1934, consubstanciado no Decreto 23.793, de 23 de janeiro de 1934; Lei 4.771/65 (Código Florestal).

[4] Lei 6.938/81 (Lei de Política Nacional do Meio Ambiente).

[5] Constituição Federal, art. 225; Lei 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais); Lei 9.985/2000 (Lei do Sistema Nacional das Unidades de Conservação).

volvimento do Centro-Oeste (FCO).[6] E é justamente com a participação efetiva do leniente Estado brasileiro que a devastação da cobertura florestal nativa e das demais formas de vegetação vem sendo realizada pela iniciativa privada, a pretexto do desenvolvimento econômico.

Atualmente, a pressão do agronegócio e do setor industrial sobre os recursos naturais vem mantendo, com cada vez menos raras exceções, o padrão que os notabilizou como protagonistas do milagre econômico dos anos setenta, agora incluídos os biocombustíveis e a siderurgia como as novas vedetes da economia nacional e regional, respectivamente.

No território que atualmente pertence ao estado de Mato Grosso do Sul, tanto a pecuária quanto a agricultura avançaram por sobre as áreas de vegetação nativa sem qualquer planejamento ou fiscalização, ocupando regiões de solo frágil e não vocacionadas para a exploração destas atividades ou mesmo na intensidade com que foram implantadas e vem sendo operadas. No presente, os empreendimentos de biocombustíveis e de siderurgia vem contribuindo para a permanência daquele quadro de devastação, sem se olvidar de que podem estar colaborando para o aumento da pressão sobre os recursos naturais, notadamente os florestais, uma vez que passaram a ocupar áreas já desmatadas e provocam o desmatamento de outras até então preservadas. Isso tudo, em verdade se diga, com o conhecimento, incentivo e mesmo participação direta do Poder Público.

Alterado o conjunto das relações sociais em razão da modificação do cenário econômico, o Ministério Público do estado de Mato Grosso do Sul não poderia deixar de se modernizar para cumprir suas funções institucionais constitucionalmente previstas, notadamente a defesa do meio ambiente inscrita no art. 129, inc. III, da Carta Política.

3 Ministério Público de Mato Grosso do Sul: deficiências iniciais

Criado o estado de Mato Grosso do Sul por meio da Lei Complementar 31, de 11 de outubro de 1977, institui-se o Ministério Público Estadual respectivo, contando com a opção de Promotores de Justiça já em atuação sob a égide do então estado do Mato Grosso uno. Em conseqüência disso, nem todas as Comarcas deste novo Estado contavam com Promotores de Justiça titulares e com atuação plena, havendo um *déficit* que somente foi sendo corrigido ao longo dos anos, com a realização de concursos públicos de freqüência irregular.

Durante longo período, que se estende de 1977 até o ano de 2001, os Promotores de Justiça, em regra, atuavam no regime de substituição perante Promotorias de Justiça de Comarcas vizinhas àquelas em que eram titulares, prejudicando a atuação relativa à tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Somente a partir de 1995 é que os concursos públicos se tornaram regulares, calhando que no limiar de 2005 é que todas as Comarcas do estado de Mato Grosso do Sul tiveram seus Promotores de Justiça, substitutos designados ou titulares.

4 Rede de Promotores de Justiça de Meio Ambiente

4.1 Iniciativa pioneira: a Promotoria de Justiça Ambiental Móvel

Com objetivo de suprir a referida deficiência e para atender às necessidades de atuação do Ministério Público Estadual na defesa do meio ambiente, foi criada a 34ª Promotoria de Justiça de Campo Grande-MS, denominada "Promotoria de Justiça Ambiental Móvel", por iniciativa do então Procurador-Geral de Justiça Sérgio Luiz Morelli. Atualmente a referida Promotoria de Justiça tem atribuições fixadas na Resolução nº 001/2004-PGJ, de 13 de fevereiro de 2004.[7]

No segundo semestre de 2001 houve o primeiro provimento desta 34ª Promotoria de Justiça de Campo Grande-MS, cabendo à Promotora de Justiça Vera Aparecido Bogalho Frost Vieira, para, em seguida a uma remoção por permuta, assumir a titularidade o Promotor de Justiça Alexandre Lima Raslan.

4.1.1 *Fiscalização de compensações ambientais*

Os trabalhos da 34ª Promotoria de Justiça de Campo Grande-MS se iniciaram com atuação na defesa do meio ambiente em razão de empreendimentos rurais e turísticos situados no interior do Estado. No segundo semestre de

[6] Na década de oitenta do século XX esta relação entre o desenvolvimento econômico e a degradação do meio ambiente já era experimentada no Brasil, sendo o desequilíbrio resultante desta equação anômala uma das preocupações da Lei 6.938/81 (Lei de Política Nacional do Meio Ambiente) que, em seu art. 12, impõe obrigações ambientais de prevenção para as entidades e órgãos de financiamento e incentivos governamentais condicionando a aprovação dos projetos ao cumprimento das normas, critérios e padrões expedidos pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, sem prejuízo da realização de obras e equipamentos destinados ao controle da degradação e à melhoria da qualidade do meio ambiente.

[7] Art. 6º [...] VII – à 34ª Promotoria de Justiça, como Promotoria de Justiça Ambiental Móvel, compete: a) auxiliar os Promotores de Justiça do Meio Ambiente das comarcas do Estado na adoção de medidas administrativas, realização de levantamentos, inspeções, instauração e instrução de procedimentos de investigação preliminar, inquéritos civis e propositura de ações civis públicas; b) promover diligências em todas as comarcas do Estado, nos locais dos danos ambientais, podendo adotar medidas administrativas, e firmar termos de compromisso de ajustamento de conduta com os autores de infrações ambientais, termos estes que serão encaminhados ao Promotor de Justiça do Meio Ambiente da respectiva comarca para análise e deliberação.

2002, a referida Promotoria de Justiça foi incumbida da fiscalização do cumprimento de ajustamentos de conduta em que foram pactuadas compensações ambientais devidas pela Companhia Energética de São Paulo (CESP) ao estado de Mato Grosso do Sul e aos municípios de Anaurilância, Bataguaçu, Batayporã, Brasilândia, Campo Grande, Santa Rita do Pardo e Três Lagoas. Na época, apenas Bataguaçu e Três Lagoas contavam com Promotores de Justiça titulares. Foram instaurados pela 34ª Promotoria de Justiça de Campo Grande-MS cinqüenta e três inquéritos civis, abrangendo obras variadas e serviços ambientais orçados em mais de bilhão de reais, segundo estimativas da época.

4.1.2 *Avaliação Ambiental Estratégica do Rio Verde: providência inédita*

A Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) visualizou aproveitamentos de potenciais hidráulicos ao longo de todo o rio Verde, no território do Estado de Mato Grosso do Sul, conforme Despacho ANEEL nº 006/99, de 19.01.1999, que aprovou os Estudos de Inventário do Rio Verde, afluente do rio Paraná, sub-bacia nº 63, apresentados pela Empresa Energética de Mato Grosso do Sul (ENERSUL), indicando os aproveitamentos UHE Baixo Verde (72MW), UHE Água Clara (54MW), UHE São Domingos (48MW), UHE Verde 4 (47MW), UHE Verde 5 (41MW) e UHE Verde 6 (11MW).

Posteriormente e conforme o Despacho ANEEL nº 806/2002, de 11.12.2002, aprovou-se a Revisão dos referidos Estudos de Inventário Hidrelétrico Simplificado de trecho do rio verde, compreendido entre o final do remanso do reservatório da UHE São Domingos e o canal de fuga da UHE Verde 6, apresentado pela DM Construtora de Obras Ltda., com a identificação de um potencial total de 75,9MW, que substitui a UHE Verde 4 e UHE Verde 5, inventariados pela ENERSUL, pelos seguintes aproveitamentos PCH Verde 4 (21,3MW), PCH Verde 4A (30MW), PCH Verde 5 (18,7MW) e PCH Verde 5A (5,9MW), sem prejuízo de quaisquer outros que por ventura venham a ser adicionados ou substituam os acima referidos.

Enfim, os impactos diretos no rio Verde e nos territórios dos municípios de Ribas do Rio Pardo-MS e Água Clara-MS não estavam sendo considerados até o momento do inventário e da respectiva revisão. Esta constatação ensejou a instauração do Inquérito Civil nº 053/2001 na 34ª Promotoria de Justiça de Campo Grande-MS, o que depois de entendimentos com os empreendedores e Poder Público estadual, os Promotores de Justiça Alexandre Lima Raslan, de Campo Grande-MS, Juliana Nonato, de Ribas do Rio Pardo-MS, Rosana Suemi Fuzita, de Água Clara, e o Procurador da República Marcos Salati, de Três Lagoas-MS, firmaram em 2006 termo de ajustamento de conduta em que se pactuou a realização de uma Avaliação Ambiental Estratégica para o rio

Verde, em que não se licenciariam empreendimentos antes da conclusão da avaliação, sem prejuízo do licenciamento de cada uma dos aproveitamentos.

Mas a atuação da 34ª Promotoria de Justiça, enquanto não havia Promotores de Justiça titulares em cada Comarca, ou mesmo em conjunto com os respectivos Promotores de Justiça, demonstrou que aquela iniciativa pioneira reclamava um ajuste para continuar atendendo às necessidades próprias da defesa ambiental. Assim, mesmo se modificando o modo de atuar e havendo evolução nos resultados, o que se deve à união de esforços dos Promotores de Justiça, sempre apoiados pelo Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Meio Ambiente (CAOMA), sentia-se a aproximação do momento da adoção de uma nova estrutura de trabalho para, definitivamente, emprestar eficiência e concretude à atuação na tutela ambiental.

4.2 Núcleos das Promotorias de Justiça do Meio Ambiente: um modelo de atuação

Diante das exigências que se somavam à atuação da 34ª Promotoria de Justiça de Campo Grande-MS e inspirados no modelo do Ministério Público mineiro, com as Promotorias de Justiça do rio São Francisco, reuniram-se os Promotores de Justiça Alexandre Lima Raslan, Fernando Martins Zaupa, Humberto Lapa Ferri, Luciano Furtado Loubet, Luiz Antônio Freitas de Almeida, Paulo César Zeni e Ricardo de Melo Alves para idealizar novas formas e estrutura de atuação na defesa ambiental para o Ministério Público de Mato Grosso do Sul.

Assim, depois de encontros e discussões, decidiu-se expor a idéia ao então Procurador-Geral de Justiça Sérgio Luiz Morelli, enfatizando a necessidade de conferir um nível mais elevado de agilidade, uniformidade e efetividade para a atuação do Ministério Público na defesa do meio ambiente. Ao final das reuniões, o Promotor de Justiça Alexandre Lima Raslan ficou encarregado de elaborar uma proposta de minuta de resolução para encaminhá-la ao Procurador-Geral de Justiça. Finalmente, a idéia foi acatada com adequações pelo Colégio Superior do Ministério Público por meio da Resolução nº 006/2004-PGJ, de 7 de abril de 2004, que criou o Núcleo das Promotorias de Justiça de Defesa do Pantanal, no âmbito do CAOMA.

Contando com apoio da Procuradoria-Geral de Justiça e do CAOMA, na época coordenado pelo Procurador de Justiça Anízio Bispo dos Santos, realizou-se em novembro de 2004 o Planejamento Estratégico para o triênio 2004/2007 e que serviu de parâmetro de atuação para o Núcleo das Promotorias de Justiça de Defesa do Pantanal, providência esta inédita na história do Ministério Público de Mato Grosso do Sul.

Concluído o Planejamento Estratégico e dando continuidade aos trabalhos rumo aos resultados estabelecidos, percebeu-se o êxito do trabalho regionalizado e se comprovou a adequação da atuação em grupos de Promotores de Justiça. Era chegada hora de estender a experiência relativa à bacia do rio Paraguai (região do Pantanal) para o restante do Estado.

Apoiado nestas razões, o Promotor de Justiça Alexandre Lima Raslan promoveu gestão junto à Procuradoria-Geral de Justiça e ao CAOMA. Como anteriormente, a então Procuradora-Geral de Justiça Irma Vieira de Santana e Anzoategui apoiou a ampliação daquela iniciativa, o que resultou na criação do Núcleo das Promotorias de Justiça da Bacia do Paraná, nos termos da Resolução nº 008/2006-PGJ,[8] de 23 de agosto de 2006, que consolidou a regência de ambos os Núcleos.

Com a integração dos Núcleos de Promotorias de Justiça foi realizada em março de 2007 a revisão do Planejamento Estratégico do triênio 2004/2007, resultando no Planejamento Estratégico para o triênio 2007/2009, envolvendo ações para todo o território do estado de Mato Grosso do Sul. Da revisão do Planejamento Estratégico resultou como uma das principais preocupações: a pressão exercida pela atividade econômica sobre os recursos florestais remanescentes, notadamente o avanço irregular e ilegal sobre as áreas de reserva legal e de preservação permanente, contribuindo para a degradação do solo (erosões etc.), da qualidade dos recursos hídricos (assoreamento etc.) e a redução da biodiversidade (alteração de *habitats* etc.). Para este Planejamento Estratégico colaborou de forma decisiva a Fundação Avina, por intermédio do seu representante Miguel Milano (www.avina.net).

Ainda como resultado dos Planejamentos Estratégicos dos triênios 2004/2007 e 2007/2009, a 34ª Promotoria de Justiça de Campo Grande-MS foi encarregada da elaboração de modelos de portaria de inquérito civil e de termo de ajustamento de conduta que cuidassem da regularização e recuperação das áreas de reserva legal, de preservação permanente e de conservação do solo, além dos resíduos sólidos (lixões). A partir destes modelos adequações foram feitas para utilizações nas diversas situações de fato, tornando-os aplicáveis a cada uma das regiões ou situações distintas.

Atualmente, a situação socioambiental exposta está agravada: os projetos no setor sucroalcooleiro, com a instalação e a operação de usinas de açúcar e álcool na bacia do rio Paraná, demandando novas áreas para a lavoura da cana-de-açúcar, além àquelas de pastagens e lavouras de grãos. Há, ainda, projetos de siderurgias que necessitam de carvão vegetal para a produção de ferro gusa etc., o que intensifica o desmatamento e o carvoejamento.

[8] Disponível em: <www.mp.ms.gov.br/portal/procgeral/index.php?pg=5>. Acesso em: 06 ago. 2008.

4.3 Criação de Grupos: temas específicos

Fundados nos Planejamentos Estratégicos foram criados grupos para questões específicas, a saber: a do sucroalcooleiro, a cargo do Promotor de Justiça Paulo César Zeni, e a do carvoejamento, a cargo do Promotor de Justiça Luciano Anechini Lara Leite.

Das reuniões dos dias 17 e 31 de agosto de 2007, ambas coordenadas pelo CAOMA, decidiu-se adorar com relação à atividade sucroalcooleira[9] e à atividade de carvoejamento[10] as respectivas súmulas de entendimento, que servem para nortear a atuação dos Promotores de Justiça.

[9] (1) A atividade sucroalcooleira é importante para o crescimento econômico de Mato Grosso do Sul, e, como toda atividade econômica deve respeitar a legislação ambiental brasileira e seus princípios constitucionais; (2) A autorização da queima da palha da cana-de-açúcar é inconstitucional pois fere os princípios da proteção do meio-ambiente, da função social da propriedade, da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade, bem como fere os direitos humanos fundamentais ao meio ambiente equilibrado, à vida e à saúde; (3) O processo de licenciamento de usina sucroalcooleira deve abranger as áreas a serem plantadas, próprias, arrendadas e de terceiros fornecedores de matéria-prima, sendo tal empreendimento co-responsável pela conservação ou recuperação das áreas de reserva legal e preservação permanente; (4) A dispensa de licenciamento ambiental para o plantio de cana-de-açúcar, prevista na resolução SEMAC nº 011, de 22 de junho de 2007, para ser compatível com o art. 10 da Lei de Política Nacional de Meio Ambiente e Resolução CONAMA nº 237, anexo I, abrange somente o plantio em pequena escala e para consumo da propriedade rural, não alcançando as atividades voltadas ao fornecimento para usinas de álcool e açúcar, as quais deverão ser licenciadas; (5) Todo cultivo de cana-de-açúcar em área superior a 1.000 hectares, não abrangido expressamente pelo licenciamento ambiental da indústria, deve ser obrigatoriamente precedido de EIA-RIMA, conforme determina o art. 2º, inciso XVII, da Resolução CONAMA nº 1/86; (6) Os Municípios têm competência para ampliar e complementar as restrições a que estão submetidas as atividades lesivas ao Meio Ambiente, suplementando as legislações federal e estadual, inclusive no que diz respeito à proibição da queima da palha da cana-de-açúcar; (7) As entidades e os órgãos de financiamento e incentivos governamentais e privados deverão observar a legislação ambiental nos financiamentos e outros fomentos fornecidos à atividade sucroalcooleira, sob pena de co-responsabilização, nos termos do art. 12 da Lei 6.938/1981; (8) O licenciamento e o estudo de impacto ambiental devem englobar não apenas a estrutura física das usinas, mas contemplar de modo global toda a cadeia produtiva, analisando os impactos ambientais gerados na atividade da indústria e na aquisição de sua matéria-prima dentro da área de influência do projeto, com previsão de medidas mitigadoras desses impactos, dentre outras análises cabíveis por disposição expressa da Resolução CONAMA nº 01/86; (9) Os programas previstos no art. 7º da Lei 3.404/07 deverão ser apresentados no licenciamento ambiental.

[10] (1) A atividade de produção de carvão causa impacto ambiental e como tal deve ser previamente licenciada, nos termos do art. 10, da Lei Federal 6.938/81, a Resolução CONAMA nº 237/97, Decreto Estadual 11.204, de 07 de maio de 2003, em seu anexo, inciso XI e Resolução Conjunta SEMA/IMAP nº 009, de 04.07.2005 e Resolução Conjunta SEMA/IMAP nº 10, de 04 de Outubro de 2005; (2) O simples protocolo de pedido de licenciamento junto ao Órgão Ambiental não autoriza o funcionamento do estabelecimento antes de emitida a competente licença ambiental; (3) O exercício de atividade de carvoejamento sem prévia licença ambiental enseja em responsabilidade cível, administrativa e criminal não só do responsável pelo empreendimento, como também do proprietário do imóvel rural ou urbano em que esteja sendo exercida a atividade; (4) Constatado o exercício de atividade de carvoejamento sem prévia licença ambiental serão adotadas as seguintes providências, na área criminal: a) Incursão no tipo penal previsto no artigo 60 da Lei de Crimes Ambientais em relação ao proprietário da carvoaria. Caso haja descumprimento das obrigações

Recentemente, em reunião realizada no dia 19 de junho de 2009, reuniram-se os Promotores de Justiça do Ministério Público de Mato Grosso do Sul com atuação na defesa do meio ambiente para, em conjunto, discutir e deliberar acerca de posicionamento a ser adotado para o enfrentamento das questões relativas à ocupação das áreas de preservação permanente, igualmente elaborando súmulas de entendimento.[11]

previstas na Resolução Conjunta SEMA/IMAP n 009, de 04.07.2005 e Resolução Conjunta SEMA/IMAP nº 10, de 04 de Outubro de 2005, incorre também nas penas do artigo 68 da Lei de Crimes Ambientais em concurso material (art. 69, CP); b) Incursão do proprietário rural onde é exercida a atividade, no tipo penal previsto no artigo 60 da Lei de Crimes Ambientais, com base na teoria do domínio do fato. Caso haja descumprimento das obrigações previstas na Resolução Conjunta SEMA/IMAP nº 009, de 04.07.2005 e Resolução Conjunta SEMA/IMAP nº 10, de 04 de Outubro de 2005, incorre também nas penas do artigo 68 da Lei de Crimes Ambientais em concurso material (art. 69, CP); c) Inclusão de cláusula obrigatória e inegociável nos benefícios penais eventualmente cabíveis, dentre eles na transação penal e suspensão condicional do processo, da reparação do dano e perdimento do produto apreendido, conforme determinam os artigos 25, parágrafo segundo e 27, da Lei de Crimes Ambientais; d) Ajuizamento de pedido de perdimento de carvão, nos termos do art. 25, parágrafo segundo da Lei de Crimes Ambientais, quando do recebimento da atuação do órgão ambiental; (5) Constatado o exercício de atividade de carvoejamento sem prévia licença ambiental serão adotadas as seguintes providências, na esfera cível: a) Instauração de procedimento administrativo cabível para interdição da atividade até que haja obtenção de licença ambiental como condição imprescindível do Termo de Ajustamento de Conduta, além da indiscutível reparação do dano ambiental; b) Caso não haja concordância em assinatura de Termo de Ajustamento de Conduta para suspensão da atividade, ajuizamento de ação civil pública com pedido de liminar para tal finalidade; c) Instauração de procedimento apartado para averiguação da legalidade da matéria prima utilizada (averiguação de a área desmatada ter sido licenciada legalmente), bem como de cumprimento da função ambiental da propriedade, especialmente no que diz respeito à Reserva Legal e áreas de preservação permanente; (6) No caso de transporte de carvão sem cobertura de DOF (Documento de Origem Florestal) ou com qualquer irregularidade, serão adotadas as seguintes providências: a) apreensão imediata da carga de carvão pelo órgão ambiental com encaminhamento à Polícia Civil para a tomada das providências cabíveis, dentre elas o depósito em mãos de autoridade pública local; b) liberação do caminhão somente após o descarregamento da carga apreendida – às custas do proprietário – devendo, durante o processo criminal, ser observado se o mesmo é instrumento do crime, impondo-se o seu perdimento após o trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 25, parágrafo quarto da Lei do Crime Ambiental; (7) Exigir que todas as empresas siderúrgicas cumpram o artigo 21 do Código Florestal, independentemente de estarem ou não instaladas no Estado, sendo que, aquelas que possuem mais de dez anos de existência, não poderão consumir matéria prima vegetal nativa de origem não sustentável (não oriunda de florestas próprias para exploração racional ou plantada); (8) Cruzamento de informações de transações penais para verificação de antecedentes específicos; (9) O DETRAN, para cumprir o disposto nos arts. 124, VIII, 128 e 131, par. segundo, do Código de Trânsito, deve inscrever a multa expedida pelo órgão ambiental por transporte de carvão ilegal ou madeira no registro do veículo, exigindo a comprovação do pagamento da mesma quando do licenciamento anual; (10) Ser ilegal a emissão de DOF às carvoarias que não estejam devidamente licenciadas.

[11] (1) As construções que tenham sido edificadas em áreas de preservação permanente devem ser removidas em prazo razoável, sempre que for tecnicamente possível sua retirada ou demolição. (2) A comprovação da data de instalação de obra em APP, para fins de avaliação do regime jurídico aplicável à edificação, é de responsabilidade do proprietário, que poderá se valer de qualquer meio de prova hábil à formação do convencimento do promotor de justiça responsável pelo feito; (3) A concessão de licença, autorização, alvará ou permissão para a construção de obra, imóvel,

A referida reunião somente foi possível com o apoio institucional da Procuradoria-Geral de Justiça por meio do Procurador-Geral de Justiça Miguel Vieira da Silva e do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional coordenado pela Procuradora de Justiça Nilza Gomes da Silva.

Destaque especial, por questão de justiça, faz-se ressaltar a colaboração da Promotora de Justiça Cristina Godoy de Araújo Freitas, Coordenadora da Área de Meio Ambiente do Ministério Público de São Paulo, que, além de ministrar palestra sobre o tema, participou das discussões posteriores.

5 Rede de Promotores de Justiça: recursos

Uma das principais preocupações durante as discussões para a criação e desenvolvimento dos Núcleos de Promotorias de Justiça ambientais e, por conseguinte, de uma "rede" de Promotores de Justiça para a defesa do meio ambiente, foi a de harmonizar incremento quantitativo e qualitativo de atuação com eficiência e economia. Para tanto, diversas soluções foram adotadas.

5.1 Grupo de discussão por e-mail

A primeira solução adotada foi a criação um espaço de discussão que possibilitasse aos Promotores de Justiça uma comunicação ágil, precisa e barata.

Assim, foi criado um grupo de discussão via *e-mail* que permite a troca de informações e arquivos entre os Promotores de Justiça cadastrados previamente, bastando que qualquer deles remeta uma mensagem eletrônica para o endereço <34pjam@grupos.com.br> (www.grupos.com.br) para que todos recebam a mensagem e os anexos. A adoção deste meio de comunicação reduziu a utilização da telefonia convencional e a expedição de ofícios e correspondências.

Atualmente, encontram-se cadastrados todos os Promotores de Justiça do Ministério Público do estado de Mato Grosso do Sul que atuem na defesa do meio ambiente, cabendo à administração deste grupo de *e-mail* ao Promotor de Justiça Alexandre Lima Raslan.

atividade ou empreendimento em APP, em desacordo com a lei, poderá ensejar a responsabilização solidária do ente público, sem prejuízo da apuração de crime e ato de improbidade administrativa do agente público responsável. (4) Impedir ou dificultar a regeneração de APP mediante a manutenção de obra, edificação ou atividade na área, constitui, em tese, crime ambiental de natureza permanente (STF, RHC 83437-SP); (5) Para a aplicabilidade dos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, o réu deverá assumir compromisso de remoção da edificação em APP, bem como de recuperação da área degradada.

5.2 Controle de Inquéritos Civis (CIC)

Como um dos resultados dos citados Planejamentos Estratégicos há a criação de um banco de dados com informações sobre a atuação dos Promotores de Justiça na defesa ambiental.

Com apoio dos Procuradores-Gerais de Justiça Sérgio Luiz Morelli e Irma Vieira de Santana e Anzoategui e do Procurador de Justiça Anízio Bispo dos Santos, no CAOMA, o Ministério Público Estadual e a Universidade Católica Dom Bosco (UCDB) desenvolveram em parceria um *software* denominado Controle de Inquéritos Civis (CIC), que possibilita a manutenção em um banco de dados de todas as informações sobre a atuação de defesa ambiental das Promotorias de Justiça.

Inicialmente, este *software* atenderia as Promotorias de Justiça com atuação na defesa ambiental da região do Parque Estadual das Várzeas do Rio Ivinhema, mas, em um segundo momento, todas as Promotorias de Justiça vêm atendidas. Além de controlar os inquéritos civis e tornar possível a pesquisa e a troca de informações entre todos os Promotores de Justiça, esse programa permitirá a criação de outro banco de dados com peças, jurisprudências etc. disponíveis aos membros Instituição.

Os recursos para a construção deste *software* vieram da compensação ambiental devida pela Companhia Energética de São Paulo (CESP) e da Procuradoria-Geral de Justiça, que continua a investindo na instalação em todas as Promotorias de Justiça. Este apoio vem sendo renovado pelo Procurador-Geral de Justiça Miguel Vieira da Silva e pela Procuradora de Justiça Marigô Regina Bittar, atualmente na coordenação do CAOMA.

O *software* de Controle de Inquérito Civil (CIC) já está instalado e sendo utilizado nas seguintes Promotorias de Justiça: Campo Grande, Dourados, Corumbá, Ponta Porã, Três Lagoas, Amambai, Aquidauana, Nova Andradina, Naviraí, Paranaíba, Sidrolândia, Coxim, Jardim, Miranda, Maracaju, Fátima do Sul, Caarapó, Rio Brilhante, Ivinhema, Itaporã, Anastácio, Costa Rica, São Gabriel do Oeste, Cassilândia, Aparecida do Taboado, Brasilândia, Ribas do Rio Pardo, Bataguassu, Rio Verde de MT, Bonito, Chapadão do Sul, Nioaque, Terenos, Batayporã, Rio Negro, Camapuã, Água Clara, Sonora, Nova Alvorada do Sul, Bandeirantes, Deodápolis, Glória de Dourados, Dois Irmãos do Buriti, Anaurilândia, Pedro Gomes, Inocência e Angélica. A instalação do citado programa exige a disponibilidade de uma conexão segura conhecida pela sigla VPN e que é de responsabilidade das operadoras de telefonia. Assim, na medida da disponibilização as instalações são realizadas.

5.3 Manual ambiental

A divulgação do Manual Ambiental[12] ocorreu em novembro de 2007 e é resultado concreto de um dos muitos anseios dos Promotores de Justiça do Ministério Público do Mato Grosso do Sul que atuam na defesa do meio ambiente. Desde a criação da 34ª Promotoria de Justiça de Campo Grande-MS, em 2000, a nomeada "Promotoria de Justiça Ambiental Móvel", idealizada para prestar auxílio a todas as Promotorias de Justiça sul-mato-grossenses no trato das questões ambientais, busca-se incessantemente emprestar progressiva efetividade à atuação na defesa do Pantanal e do Cerrado.

A agregação e o compromisso com os objetivos e os princípios que inspiram o trabalho nessa "rede" de Promotores de Justiça resultam no planejamento e na execução de trabalhos como o "Manual Ambiental", produto da atividade de pesquisa e de intensa discussão dos Promotores de Justiça. Inicialmente traz os temas relativos às áreas de reserva legal e de preservação permanente, sob a responsabilidade dos Promotores de Justiça Alexandre Lima Raslan e Luciano Furtado Loubet, ao setor sucroalcooleiro, sob a responsabilidade do Promotor de Justiça Paulo César Zeni, e o carvoejamento, sob a responsabilidade do Promotor de Justiça Luciano Anechini Lara Leite.

O desejo é que o "Manual Ambiental" subsidie a atuação dos Promotores de Justiça no cotidiano da defesa do meio ambiente e, sobretudo, alimentem os espíritos para a permanente vigilância e ação na preservação e conservação desse bem de uso comum e essencial à sadia qualidade de vida. Imperioso registrar o apoio e incentivo que os Promotores de Justiça integrantes dos referidos Núcleos de Promotorias vêm recebendo, desde sua idealização e criação, da Procuradoria-Geral de Justiça, da Corregedoria-Geral de Justiça e do CAOMA, dos Procuradores de Justiça e de todo Quadro Auxiliar do Ministério Público do estado de Mato Grosso do Sul.

5.4 Diagnóstico de áreas críticas

Durante as discussões sobre as metas para atuação integrada ficou patente que não seria possível atuar simultaneamente em todas as áreas do território estadual, havendo a necessidade de priorizar recursos para as situações de maior necessidade. Nos Planejamentos Estratégicos citados foram eleitas áreas críticas que deveriam ser priorizadas para a atuação dos Promotores de Justiça, todas adjacentes aos principais rios e cursos d'água das bacias hidrográficas dos rios Paraguai e Paraná, a saber: rios Aquidauana e Miranda (no planalto), Cabeceiras dos rios Taquari, Correntes e Negro, rios Apa (no lado do Brasil) e Paraguai-Mirim, e rio Amambai.

[12] Disponível em: <www.mp.ms.gov.br/portal/manual_formosovivo.php>. Acesso em: 06 ago. 2008.

Em Bonito-MS, já estava em andamento o projeto Formoso Vivo,[13] idealizado e sob a fiscalização do Promotor de Justiça Luciano Furtado Loubet, em que a Promotoria de Justiça mantendo parceria com órgãos não-governamentais realiza levantamento da situação sócio-ambiental das propriedades que impactam direta ou indiretamente o rio Formoso. Neste trabalho, os recursos foram conseguidos com parceiros do projeto, tendo o Ministério Público empregado como contrapartida a atuação e os respectivos recursos necessários. Este projeto está em sua fase final, é trabalho de referência e de sucesso.

Em Miranda-MS, em razão de um termo de ajustamento de conduta firmado em conjunto pelos Promotores de Justiça Alexandre Lima Raslan, da 34ª Promotoria de Justiça de Campo Grande-MS, e Fernando Jorge M. Esgaib, da Promotoria de Justiça de Miranda-MS, foi direcionado recurso para o Fundo Especial de Apoio e Desenvolvimento do Ministério Público (FEADMP), que deveriam ser aplicados em projetos ambientais no município de Miranda-MS.

Em seguida, os Promotores de Justiça Alexandre Lima Raslan e Tiago Di Giulio Freire idealizaram o projeto de diagnóstico das propriedades que impactam direta ou indiretamente o rio Miranda, cabendo ao Departamento Especial de Apoio às Atividades de Execução da Procuradoria-Geral de Justiça (DAEX) a elaboração técnica, para instruir e referenciar o procedimento licitatório que a Procuradoria-Geral de Justiça lançou para a realização do citado diagnóstico. Assim, pela primeira vez na história do *parquet* estadual um trabalho nestes moldes é realizado sob o integral controle do Ministério Público.

O projeto do rio Miranda se encontra concluído quanto à fase do diagnóstico das propriedades e elaboração do material, sendo iminente a remessa para os Promotores de Justiça das comarcas pelas quais passa o rio Miranda, da nascente até a foz, para o início das investigações visando o ajustamento de conduta ou a propositura de ações judiciais.

No projeto do rio Miranda se investiu aproximadamente R$350.000,00 (trezentos e cinqüenta mil reais) para contratação de empresa por meio de licitação, percorrendo-se mais de 400 km (quatrocentos quilômetros) de rio e analisando aproximadamente 600 (seiscentas) propriedades rurais, com indicação de existência ou não de áreas de reserva legal e de preservação permanente, além de indicação individualizada dos proprietários das áreas.

Também estão previstos na conta do Fundo Especial de Apoio e Desenvolvimento do Ministério Público (FEADMP), devidamente apropriados contabilmente, recursos na ordem de aproximadamente R$780.000,00 (setecentos e oitenta mil reais), conseguidos por força de termos de ajustamento de conduta firmados pelo Promotor de Justiça Alexandre Lima Raslan, da 34ª Promotoria de Justiça de Campo Grande-MS, e pelos Promotores de Justiça Luiz Gustavo Camacho Terçaciol e Amilcar Araújo Carneiro Júnior, de Naviraí, destinados aos diagnósticos do rio Amambai e demais microbacias da região.

[13] Disponível em: <www.mp.ms.gov.br/portal/manual_formosovivo.php>. Acesso em: 06 ago. 2008.

Projetos nos moldes análogos aos projetos Formoso Vivo e do rio Miranda incentivaram o planejamento e a execução de outros diagnósticos, a saber: a) Córregos Touro e Tarumã, idealizado pelos Promotores de Justiça Alexandre Lima Raslan, da 34ª Promotoria de Justiça de Campo Grande-MS, e Luiz Gustavo Camacho Terçariol, de Naviraí-MS; b) Rio Amambai, da nascente à foz, idealizado pelos Promotores de Justiça Alexandre Lima Raslan, da 34ª Promotoria de Justiça de Campo Grande-MS, e Luiz Gustavo Camacho Terçariol, de Naviraí-MS; c) Rio Ivinhema, idealizado pelo Procurador de Justiça Anízio Bispo dos Santos na coordenação do CAOMA; d) Córregos da região urbana de Ponta Porã-MS, idealizado pelo Promotor de Justiça Paulo César Zeni; e) Rio Piquiri, idealizado pelo Promotor de Justiça Adriano Lobo de Resende, de Pedro Gomes-MS; f) Rio Figueirão, idealizado pelos Promotores de Justiça Alexandre Lima Raslan, da 34ª Promotoria de Justiça de Campo Grande-MS, e Fernando Martins Zaupa, Fabrício Proença de Azambuja e Marjorie de Oliveira Zanchetta; g) Rio da Prata, idealizado pelo Promotor de Justiça Humberto Lapa Ferri;

5.5 Resíduos sólidos: vistorias e mapeamento

A coleta e a destinação do lixo urbano sempre foi uma preocupação dos Promotores de Justiça tanto no aspecto ambiental quanto no social, tendo em vista envolver situações de fato que contribuem para expor a riscos a pessoa humana, especialmente as crianças. Assim, em trabalho inédito, o Ministério Público e a Secretaria de Estado de Saúde, em cooperação técnico-científica, realizaram mapeamento de todos os "lixões" dos Municípios de Mato Grosso do Sul, sendo que no ano de 2005 os situados na bacia do rio Paraguai e em 2006 os localizados na bacia do rio Paraná.

Deste trabalho conjunto resultou a elaboração de laudos de vistoria instruídos com fotografias e informações técnicas que apontam soluções, sendo remetidos para as respectivas Promotorias de Justiça visando providências no âmbito de inquéritos civis, ações civis públicas etc.

5.6 Núcleo de Georreferenciamento

A necessidade de prover a atuação dos Promotores de Justiça com subsídios técnico-científicos que facilitem a atuação, instruindo os inquéritos civis e as ações judiciais, sempre é uma unanimidade durante as discussões que envolvem os Núcleos das Promotorias de Justiça do Pantanal e da Bacia do Paraná.

Pensando nisto, os Promotores de Justiça Alexandre Lima Raslan e Luciano Furtado Loubet idealizaram, em conjunto com Miguel Milano, representante da Fundação Avina, a estrutura do laboratório de georreferenciamento para o Ministério Público do estado de Mato Grosso do Sul. Concluído o esboço do projeto, expuseram-no para a Procuradora-Geral de Justiça Irma Vieira de Santana e Anzoategui e para o Procurador de Justiça Anízio Bispo dos Santos, coordenador do CAOMA, que apoiaram a idéia.

Hoje, o laboratório de georreferenciamento é uma realidade. Os recursos foram conseguidos mediante a assinatura de um contrato entre o Promotor de Justiça Alexandre Lima Raslan, a Fundação Neotrópica e a Fundação Avina. A Fundação Neotrópica e o Ministério Público firmaram também um convênio para a aquisição e doação de bens relativos ao projeto.

Por estas razões, foi criado no âmbito do Ministério Público de Mato Grosso do Sul o laboratório de georreferenciamento, que tem como responsável técnico um profissional do Quadro Auxiliar da Instituição com formação em ciências da terra, contratada depois de análise de currículo, além de estagiários.

Este laboratório foi criado no ano de 2007, mediante apoio financeiro da Fundação Avina, que repassa recursos por meio da Fundação Neotrópica do Brasil, com sede em Bonito-MS, a qual efetiva a compra de materiais, programas, imagens, computadores, etc. Esses recursos foram conseguidos em razão de Contrato de Doação para o Desenvolvimento e Execução de Projeto firmado entre a Fundação Avina e o Promotor de Justiça Alexandre Lima Raslan, da 34ª Promotoria de Justiça de Campo Grande-MS (Líder/Parceiro). Resumindo-se: o Ministério Público fornece o pessoal e a Fundação Avina custeia os equipamentos, *softwares*, imagens, etc., conforme cláusulas do Contrato de Doação.[14]

O investimento total da Fundação Avina será de R$189.000,00 (cento e oitenta e nove mil reais), sendo que até o momento já foram repassados R$157.500,00 (cento e cinqüenta e sete mil e quinhentos reais), para compra

[14] Cláusula 7 – Em cumprimento à legislação brasileira vigente e relativa às vedações impostas aos membros do Ministério Público, a AVINA, a pedido do LIDER/PARCEIRO(A), compromete-se em não repassar neste ato ou no futuro, com relação a este PROJETO, qualquer quantia ou bem para o LIDER/PARCEIRO(A) Membro do Ministério Público.
Cláusula 8 – Todos os recursos financeiros, bens ou serviços oriundos da AVINA e que tenham relação com o PROJETO serão repassados diretamente para a FUNDAÇÃO NEOTRÓPICA, que será responsável pelos gastos e respectiva prestação de contas diretamente para a AVINA, remetendo cópia para o LIDER/PARCEIRO(A) para ciência.
Cláusula 9 – A FUNDAÇÃO NEOTRÓPICA se obriga a receber os valores repassados pela AVINA e realizar a aquisição de bens ou serviços relativos ao PROJETO, doando-os ao Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, representado pela Procuradoria-Geral de Justiça, no prazo de 15 dias a contar da aquisição.

de equipamentos, imagens, programas etc. Resta, ainda, para parcelas futuras, a soma de R$31.500,00 (trinta e um mil e quinhentos reais).

O principal objetivo do laboratório de georreferenciamento é, inicialmente, auxiliar os Promotores de Justiça na questão das reservas legais e dos desmatamentos, iniciando-se por áreas críticas, usando-se imagens de satélite para fazer um trabalho básico e essencial, mas, que até o momento não foi executado em Mato Grosso do Sul: o levantamento da cobertura vegetal nativa do Estado e a fiscalização, via imagens de satélite, dos desmatamentos ilegais ocorridos e da ausência ou existência de reservas legais nas propriedades.

5.7 Grupo de discussões Ministério Público e Secretaria de Estado de Meio Ambiente

A criação deste grupo de discussões visa articular determinados assuntos sensíveis e encontrar soluções que atendam ao desenvolvimento e à defesa ambiental. A criação se deu informalmente pela Procuradoria de Justiça e pelo Poder Executivo estadual. Fazem parte deste grupo, pelo Ministério Público: os Promotores de Justiça Christiane de Alencar, Helen Neves Dutra da Silva, Luciano Furtado Loubet, Luciano Anechini Lara Leite, Paulo César Zeni e Ricardo de Melo Alves.

As reuniões ocorreram mensalmente e tem pauta pré-definida, discutindo-se no momento: a) licenciamento ambiental das carvoarias; b) licenciamento ambiental do setor sucroalcooleiro; c) as reservas legais; d) além de outras questões específicas sobre ações judiciais e execuções de termos de ajustamento de conduta que tramitam em Comarcas de todo o Estado, sempre com a consideração do princípio do promotor natural.

6 Perspectivas

Ainda que tenha sido experimentado avanço na atuação do Ministério Público de Mato Grosso do Sul na defesa ambiental há necessidade de uma contínua busca pela qualidade e eficiência, especialmente na estruturação do Núcleo de Georreferenciamento, no aumento da capacidade humana e técnica do Departamento de Apoio para Atividades de Execução (DAEX) da Procuradoria-Geral de Justiça, eventualmente regionalizando-o.

Sem prejuízo destas providências, é necessário que se incentive e amplie a permanente capacitação técnica e jurídica de todos os envolvidos na defesa ambiental, promovendo-se encontros dos Promotores de Justiça, técnicos e funcionários, conservando-se as reuniões quadrimestrais previstas para os Núcleos das Promotorias de Justiça do Pantanal e da Bacia do Paraná.

6.1 Rede Latino-Americana de Ministério Público Ambiental

Durante a visita do Fiscal General da República Argentina ante La Câmara Federal de Tucumán, Antonio Gustavo Gomez, em uma das reuniões dos Núcleos das Promotorias de Justiça do Pantanal e da Bacia do Paraná, em 2006, surgiu a idéia da extensão da "rede" de Promotores de Justiça de defesa ambiental para o âmbito da América Latina.

Na reunião ocorrida em Bonito-MS, em 2007, que contou com presença de Promotores de Justiça de Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Paraná e do Paraguai, a "rede" de Promotores de Justiça de Defesa do Meio Ambiente da América Latina tornou-se realidade, já havendo um grupo de discussão via mensagem eletrônica cujo endereço é mpambiental@grupos.com.br, sob a administração virtual do Promotor de Justiça Alexandre Lima Raslan (alraslan@terra.com.br).

A Rede Latino-Americana de Ministério Público Ambiental foi criada em 26 de novembro de 2008, na Cidade de Bonito – MS, e teve participação de membros dos Ministérios Públicos do Brasil (Federal e Estadual), Argentina, Chile, Paraguai, Uruguai e Peru, em reunião na qual se traçaram os princípios e objetivos da rede, além das estratégias de atuação, o que pode ser conferido no site www.mpambiental.org.

Destaque relevante merece a concretização da idéia de ampliar a atuação em rede para a América Latina, ocasião em que se criou a Rede Latino-Americana de Ministério Público Ambiental, cujo site pode ser acessado no endereço *www.mpambiental.org*, cuja administração virtual está a cargo do Promotor de Justiça Luciano Furtado Loubet (lucianoloubet@bol.com.br).

Em breve, precisamente entre os dias 07 e 10 de outubro de 2009, em Bonito-MS, no Brasil, está prevista a realização do 1º Congresso Latino-Americano de Ministério Público Ambiental, que contará com a presença de representantes de Ministério Público de toda a América Latina.

7 Conclusão

É importante manter o Ministério Público atualizado para acompanhar a evolução social, o que somente pode ocorrer com a junção de idéias e esforços rumo à concretização das funções institucionais constitucionalmente outorgadas.

Como condição para que esta atualização ocorra no plano racional é indispensável que os Membros do Ministério Público tenham consciência dos deveres que estão reservados a cada um, o que torna importante a revelação nominal dos que contribuíram e ainda contribuem para a nova configuração do Ministério Público de Mato Grosso do Sul na defesa do meio ambiente. O trabalho desenvolvido em grupos, redes, bacias hidrográficas etc., a exemplo do que anima os Núcleos das Promotorias de Justiça do Pantanal e da Bacia do Paraná,[15] apresenta-se como um novo modelo de atuação, que merece incentivo e evolução.

Concluindo, impende considerar que muito embora estes avanços mereçam destaque por transformar a atuação na defesa do meio ambiente, há muito a ser feito para aprimorar as conquistas auferidas e para que outras se agreguem a este trabalho, que não é de um nem de poucos, mas, de todo o Ministério Público, com especial deferência aos colegas que, iniciaram dignamente a defesa do Pantanal e do Cerrado na alvorada do Ministério Público de Mato Grosso do Sul.

[15] Art. 7º Os Núcleos das Promotorias de Justiça do Pantanal e da Bacia do Paraná e os respectivos Núcleos Regionais têm por princípios e objetivos: I – auxiliar e dar suporte técnico, administrativo e jurídico às Promotorias de Justiça existentes nas bacias dos rios Paraguai e Paraná; II – contribuir de forma decisiva para que as normas ambientais sejam respeitadas e, se necessário, promover ações judiciais e extrajudiciais preventivas, reparadoras e ressarcitórias em defesa do meio ambiente; III – integração, cooperação e coordenação dos trabalhos das Promotorias de Justiça em bacias hidrográficas, para maior efetividade na defesa do meio ambiente; IV – atuação integrada da Direção-Geral dos Núcleos e dos respectivos Diretores dos Núcleos Regionais em inquéritos civis, procedimentos administrativos, ações civis públicas, ações criminais, dentre outras, que visem à tutela do meio ambiente; V – atuação nas respectivas sub-bacias, conforme prioridades a serem discutidas e estabelecidas no âmbito do CAOMA, da Direção-Geral dos Núcleos e de todos os integrantes dos Núcleos Regionais, visando à racionalização e eficiência; VI – respeito à independência funcional dos Promotores de Justiça das respectivas Comarcas, tendo em vista o princípio do Promotor Natural, não existindo qualquer hierarquia entre o Diretor-Geral e os Diretores de Núcleos e os Promotores de Justiça.

LAS FISCALÍAS AMBIÉNTALES EN BRASIL[1]

Sílvia Cappelli*

Sumario: 1. El Ministerio Público Brasileño. 1.1. Conceptuación y atribuciones. 1.2. Estructura. 1.3. Órganos. 1.4. Principios. 1.5. Garantías constitucionales. 1.6. El perfil de actuación del Fiscal post Constitución Federal de 1988. 2. Principales instrumentos utilizados pelo Ministerio Público en la defensa del medioambiente. 2.1 El *inquérito civil* 2.2. *Recomendação.* 2.3. Acción Civil Pública. 2.3.1 Orígenes. 2.3.2 Legitimación activa. 2.3.3. Los otros legitimados. 2.3.4 Objeto. 2.3.5 Competencia. 2.3.6 Medidas de Urgencia. 2.3.7. Prueba. 2.3.7.1 La inversión de la carga de la prueba. 2.3.7.2 La judicialización de la prueba producida en el ámbito del *inquérito civil*. 2.3.8 Costas. 2.3.9 Alcance de la sentencia. 2.4. *Termo de Compromisso de ajustamento – TAC.* 2.4.1. Naturaleza. 2.4.2. Objeto. 2.4.3. Aspectos formales. 2.4.3.1 Calificación de las partes investigadas. 2.4.3.2. Descripción de la situación lesiva. 2.4.3.3. Las condiciones de tiempo, modo y lugar del cumplimiento de la obligación. 2.4.3.4. Criterio para la fijación de la conminación. 2.4.3.5 Compromiso de ajuste parcial: ventajas y desventajas. 4. Actuación penal 4.1. La Ley 9605/98. 4.2. Los crímenes ambientales en especie. 4.3. El rol del Fiscal Ambiental en la Ley 9605/98. 5. Otras actividades del Ministerio Público en la tutela ambiental. 5.1. Participación en consejos y comisiones parlamentarias de investigación. 5.2. Participación y acompañamiento en la elaboración de la legislación ambiental. 5.3. Participación en la ejecución de políticas públicas ambientales. 6. Nuevas experiencias con Fiscalías Ambientales. 6.1. Fiscalías regionales, por cuencas, temáticas y volantes. 6.2. Consejo del Medioambiente del Ministerio Público. Conclusión.

1 Ese texto fue producido por primero para el Taller Nacional de Capacitación para Jueces y Fiscales en Materia Ambiental, organizado por SPDA y PNUMA. Lima, 30 y 31 de enero de 2006 y publicado en la Revista de Derecho Ambiental, n. 7, p. 61-120, Buenos Aires, Lexis Nexis, Argentina, 2006, con el título Experiéncia del Sistema de fiscalías ambientales en Brasil. Es ahora actualizado y ampliado para la Red de Fiscales de Latinoamericana, en julio de 2009. Traducción libre por la autora.

* Fiscal en la Corte Suprema de la Província del Rio Grande do Sul-Brasil; Directora de Asuntos Internacionales del Instituto "O Direito por um Planeta Verde-Brasil" y de la Asociación Brasileña del Ministerio Público del Medioambiente – ABRAMPA, Coordinadora de la Revista de Derecho Ambiental de la Editora Revista de los Tribunales, Coordinadora Académica del curso de posgrado en Derecho Ambiental de la Universidad Federal del Rio Grande do Sul, Miembro de la Academia de Derecho Ambiental de la UICN y profesora de Derecho Ambiental.

1 El Ministerio Público Brasileño

El Ministerio Público ocupa el papel de mayor destaque en el escenario jurídico brasileño en la defensa de los intereses supla-individuales, siendo responsable por el enjuiciamiento del 97,6%[2] de las acciones civiles públicas en la defensa del medioambiente.

La Institución, especialmente a partir de la expresa atribución constitucional para la defensa del medio ambiente, en las esferas civil y penal, desarrolló considerable estructura y capacitación para hacer frente a la tutela de intereses supla-individuales. Esa atribución, de autor de la investigación y de la acción civil pública, a par de la tradicional atribución penal, cambió el perfil del Ministerio Público que, de coadyuvante del proceso civil, en la posición de fiscal de la ley o *custos legis*, recibió la incumbencia legal[3] e, después, constitucional,[4] de realizar la tutela colectiva de la sociedad en su derecho constitucional por el medio ambiente saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado.

Al contrario de lo que ocurrió con otras instituciones legitimadas, el Ministerio Público creó Fiscalías Especializadas,[5] Centros de Apoyo Operacional,[6] 4º Cámara de Coordinación y Revisión[7] y asesorías ambientales,[8] entre

2 Documento *O Ministério Público e a Defesa do Meio Ambiente,* Confederación Nacional del Ministerio Público – CONAMP, evento paralelo a RIO-92, 1992, p. 9.

3 Ley 7.347/85, art. 5º.

4 Art. 129, III, de la Constitución Federal – "Son funciones institucionales del Ministerio Público: [...] III – promover el inquérito civil y la acción civil pública, para la protección del patrimonio público y social, del medioambiente y de otros intereses difusos y colectivos".

5 Solo en Rio Grande do Sul, uma de las 27 províncias brasileñas, el Ministerio Público posée 45 *Promotorias Especializadas*. Las atribuciones son divididas por *entrância,* dese modo: 119 *Promotorias de Jutiça de entrância inicial,* donde el Fiscal trabaja con toda la materia, sin especialización; *44 Promotorias de Justiça de entrância intermediária,* donde el Fiscal cumula la atribucción ambiental con otras relativas, por ejemplo, a la infancia y juventud, consumidor, probidad administrativa, etc; 1 *Promotoria de Justiça de entrância final,* donde trabajan 4 Fiscales solamente con la materia ambiental. Así, hay en la Província 4 Fiscales solamente dedicados a cuestiones ambientales (civil y penal) y 44 Fiscalías especializadas en intereses supla individuales,, en las ciudades de mediano porte (entre ellos, los ambientales). Por último, en las ciudades con menor población, hay un Fiscal que trabaja con toda la materia de intervención de la Fiscalía, incluso la ambiental. Datos del Centro de Apoyo Operacional de Defensa del Medio Ambiente del Estado del Rio Grande do Sul, actualizados en 13 de julio de 2009.

6 Los Centros de Apoyo Operacional son órganos que prestan asesoría jurídica y técnica a los Fiscales, con investigaciones, cambiando modelos de piezas jurídicas, así como definiendo las estrategias y prioridades de actuación, el plano institucional en la área especializada y la capacitación, a través de talleres de trabajo, seminarios, congresos, etc. Conferir la página do Centro de Apoyo Operacional de Defensa del Medio Ambiente do RS en el sitio www.mp.rs.gov.br.

7 Trata-se de la 4º Cámara de Coordinación y Revisión del Ministerio Público Federal. Creada por el art. 58 de la Ley Complementar 75/93, es formada por tres miembros titulares y tres suplentes, con sede en Brasília. Esa Cámara, tiene atribución para el medio ambiente e patrimonio cultural, competiendo a ella auxiliar en el trabajo de los Procuradores de la República, especialmente revisando los compromisos de ajustamiento y confiriendo a ellos apoyo técnico pericial. Mas detalles pueden ser obtenidos en el *site* www.pgr.mpf.gov.br.

otros órganos[9] para atender la creciente demanda. Para además de las instituciones, surgió la Asociación Brasileña del Ministerio Público de Medio Ambiente – ABRAMPA,[10] que reúne miembros del Ministerio Público de la Unión y Provincial brasileño, ya tiendo realizado varios congresos nacionales y eventos regionales. Hoy los miembros del Ministerio Público se encuentran a menudo para cambio de informaciones y perfeccionamiento del trabajo.

1.1 Conceptuación y atribuciones

El Ministerio Público es definido por la Constitución Federal como institución permanente, esencial a la función jurisdiccional del Estado, incumbiendo a él la defensa de la orden jurídica, del régimen democrático y de los intereses sociales e individuales indisponibles.[11]

Cabe al Ministerio Público la defensa del interés público, en el sentido de interés del bien general.[12] Se identifican, aquí, el interés público con el interés social, el interés de la colectividad y los intereses difusos. Incluso el interés individual, si indisponible, será considerado como interés público, como en el caso de la obtención de medicación de uso continuo.[13]

La defensa del régimen democrático representa otra función desempeñada por el Ministerio Público. De modo a concretizar el mandamiento constitucional, cabe a él la iniciativa para proponer *mandado de injunção* cuando la falta de norma reglamentaria haga inviable el ejercicio de derechos y libertades constitucionales, y la fiscalización del proceso electoral.

El Ministerio Público ejerce función ecléctica, actuando como autor de acciones, proponente del *termo de compromisso de ajustamento de conduta – TAC* y como fiscal de la ley (*custos legis*), en defensa de la sociedad.

La Constitución Federal enumera sus funciones,[14] cuáles sean: titularidad exclusiva de la acción penal pública; titularidad del *inquérito civil*; titularidad de la acción civil pública; titularidad de la representación necesaria para intervenciones en Estado o de Estado en Municipio; defensa de las poblaciones indígenas; notificaciones y requisitos administrativos para el ejercicio de sus funciones y control externo de la policía criminal, incluyendo requisito de

[8] Encargadas de auxiliar los miembros del Ministerio Público en la realización de informes de inspecciones y pericias.

[9] Para una enumeración más completa consulte nuestro texto *Atuação Extrajudicial do Ministério Público na Tutela do Meio Ambiente*, *in* Direito Ambiental na Visão da Magistratura e do Ministério Público, Belo Horizonte, Del Rey, 2003.

[10] ABRAMPA, que tuve honor de presidir entre 2000 e 2003, fue creada en 1997. Sobre ella consultar *site* www.abrampa.org.br.

[11] Constitución Federal, art. 127.

[12] Interés público primario, en el entender de Renato Alesi.

[13] Un ejemplo de actuación de la Fiscalía de Derechos Humanos.

[14] Constitución Federal, art. 129.

investigaciones e interrogatorios. Además de esas funciones, otras pueden ser atribuidas al Ministerio Público, la no ser cuando incompatibles con su calificación, que es defender la orden jurídica, el régimen democrático y los intereses sociales e individuales indisponibles.

Al Ministerio Público cabe, además, oficiar en acciones como órgano fiscal de la ley en los procesos en que, delante de la calidad de una parte, deba celar por la indisponibilidad de sus intereses o suplir alguna forma de inferioridad (como en el caso de incapaces, indígenas, fundación, masa fallida, víctima de accidente de trabajo, etc.), o cuando, debido a la naturaleza de la demanda exista un interés público a celar (cuestiones atinentes la familia, estado, testamento, mandado de seguridad o acción popular).

Mientras la Constitución de 1967 y la Enmienda Constitucional de 1969, respectivamente, insertaban el Ministerio Público en el capítulo destinado al Poder Judicial y Ejecutivo, la Carta Magna de 1988 lo incluye en el Capítulo de las Funciones Esenciales a la Justicia, sin ligazón a cualquiera de los Poderes. A buen seguro, la Constitución Federal de 1988 elevó sobremanera la Institución, garantizándole independencia y atribuyéndole la defensa de preciosos valores sociales, como el medio ambiente, patrimonio cultural, consumidor, niño y adolescente, persona portadora de deficiencia, comunidades indígenas y minorías étnico-sociales.

1.2 Estructura

Por ser, Brasil, una República Federativa, el Ministerio Público se divide en Ministerio Público de la Unión y los Ministerios Públicos de los Estados.[15] El primero se subdivide en Ministerio Público Federal, Ministerio Público del Trabajo, Ministerio Público Militar y Ministerio Público de Distrito Federal y Territorios. El proveer de las funciones es a través de riguroso concurso público.

El Ministerio Federal tiene por jefe el *Procurador-Geral da República*, nombrado por el Presidente de la República, después de la aprobación por el Senado. Los miembros del Ministerio Público Federal, de primero y según grados se denominan *Procuradores da República*. Ejercen sus funciones en las causas competencial del *Supremo Tribunal Federal*, del *Superior Tribunal de Justiça*, de los Tribunales Regionales Federales, de los Jueces Federales y de los Tribunales y Jueces Electorales.

El Ministerio Público Militar actúa junto a los órganos de la Justicia Militar. La carrera de ese ramo del Ministerio Público de la Unión es constituida por los cargos de fiscal de la Justicia Militar, procurador de la Justicia Militar y Subprocurador-General de la Justicia Militar, cuyos oficios son las

[15] Lo mismo que Províncias o Departamentos.

Procuradorias da Justiça Militar, en los Estados y en Distrito Federal y la *Procuradoria-Geral da Justiça Militar,* en Brasilia.

El Ministerio Público del Trabajo actúa junto a la Justicia del Trabajo. Sus integrantes intervienen en las demandas laborales, fiscalizando la relación capital-trabajo y actúan para regularizar situaciones ilegales que envuelven intereses colectivos y difusos (trabajo infantil, trabajo esclavo, trabajo de incapaces, trabajo de indios).

Los Ministerios Públicos Provinciales existen en los veintisiete Estados-Miembros y tienen atribución similar[16] al Ministerio Público Federal, excepto laboral. El Jefe de la Institución se denomina *Procurador-Geral de Justiça.* Los miembros del Ministerio Público que actúan en primer grado son denominados *Promotores de Justiça*, mientras los que ejercen sus actividades ante los Tribunales se denominan *Procuradores de Justiça*. Sus integrantes gozan de los mismos derechos y garantías atribuidos en la Constitución Federal a los jueces.

La Ley Orgánica Nacional del Ministerio Público dispone sobre normas generales para la organización en los Estados, adoptando como principios institucionales la unidad, la indivisibilidad y la independencia funcional. El Ministerio Público, siendo órgano político del Estado, no dependiente de cualesquier Poderes, tiene dotación y gestión presupuestaria propias. Cabe solamente al Poder Legislativo, mediante control externo y por el sistema de control interno, la fiscalización de la contabilidad, financiera, presupuestaria, operacional y patrimonial del Ministerio Público, cuanto a la legalidad, legitimidad, economicidad, aplicación de dotaciones y recursos propios y renuncia de recetas.

1.3 Órganos

Los Ministerios Públicos de los Estados son integrados por los siguientes órganos:[17] administración superior, administración, ejecución y auxiliares. Son órganos de administración superior de los Ministerios Públicos Provinciales la *Procuradoria-Geral de Justiça,* el Colegio de Procuradores, el Consejo Superior del Ministerio Público y la Corregidoria-General del Ministerio Público. Sus órganos de administración son las *Procuradorias de Justiça* y las *Promotorias de Justiça.*[18] Son considerados órganos de ejecución del Ministerio Público el Procurador-Geral de Justiça, el Consejo Superior del Ministerio Público, los *Procuradores de Justiça* y los *Promotores de Justiça*. Por fin, son órganos auxiliares del Ministerio Público los Centros de Apoyo Operacional, la Comisión de Concurso, el Centro de Estudios y Perfeccionamiento Funcional, los órganos de apoyo administrativo y los alumnos en prácticas.

La nomenclatura de los miembros del Ministerio Público de las Provincias/Departamentos que actúan en primer grado es de *Promotor de Justiça*, mientras los que actúan ante los Tribunales, se denominan *Procuradores de Justiça*.

En el Ministerio Público Federal esa denominación es de *Procurador da República, de Procurador Regional da República* y de *Subprocurador da República*, conforme la función sea ejercida en primero y según grados de jurisdicción o Tribunales Superiores, respectivamente.

1.4 Principios

Los principios que rigen el Ministerio Público brasileño son los de la unidad, indivisibilidad e independencia funcional.

Como unidad se entiende la Institución como una, con una sólo autoridad, un organismo. Pero es una en cada área, respetándose la división entre Ministerio Público de la Unión y de los Estados, como antes mencionado, lo que transcurre de la forma federativa del Estado Brasileño.

La indivisibilidad significa que un miembro del Ministerio Público podrá sustituir al otro cuando eso se hacer necesario, lo que no comprometerá la actuación ministerial.

Por fin, con relación a la independencia y autonomía funcionales, se debe considerar que el Fiscal es un agente político. Posee libertad y conciencia política. Los miembros del Ministerio Público, de esa forma, actúan con absoluta libertad funcional, estando solamente sumisos a su conciencia y a los deberes profesionales, siendo pautados por la Constitución y por las leyes.

1.5 Garantías constitucionales

Los integrantes del Ministerio Público, en virtud del principio de la independencia funcional, son dotados de garantías de cargo vitalicio, inamovibilidad y irreductibilidad de vencimientos. Debido al mismo motivo, les son vedados el recibimiento de valores y el ejercicio de la abogacía, además de que existan restricciones cuanto al ejercicio de la actividad comercial, partidaria y de otra función pública.

[16] Lo que distingue las atribuciones entre los Fiscales Federales y Provinciales es El interés de la Unión definido de acuerdo con el artículo 109 de la Constitución Federal. Asimismo este es un tema muy complejo porque parte de la jurisprudencia utiliza criterios como la propiedad del bien para fijar la competencia de la Justicia Federal, mientras la legislación adopta, en mayoría, el criterio de la magnitud de los impactos para definir el órgano competente para los permisos ambientales que pueden ser federal, estaduales o municipales y tal fijación refiete en la competencia jurisdiccional. Sobre ese tema consultar artículo de mi autoría Ação Civil Pública Ambiental: a experiência brasileira, análise de jurisprudência. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, n. 52, p. 279-310, jan./abr. 2004.

[17] Arts. 5º a 37 de la Ley Federal 8.625/1993 – Ley Orgánica Nacional del Ministerio Publico.

[18] Fiscalías.

Además, detienen los miembros del Ministerio Público foro por prerrogativa de función. De esta forma, el Procurador-General de la República responde por los crímenes comunes ante el Supremo Tribunal Federal y por los crímenes de responsabilidad, ante el Senado. Ya los Fiscales son juzgados por el Tribunal de Justicia.

1.6 El perfil de actuación del Fiscal post Constitución Federal de 1988

La fisonomía del Ministerio Público post Constitución Federal de 1988 cambió de manera muy significativa, con una nítida preocupación de la Institución con la necesaria adaptación de sus tareas a las exigencias de la sociedad.

Una cuestión muy importante que debe ser destacada respecto al Ministerio Público brasileño y que lo distingue de sus hermanos en Latinoamérica es la atribución constitucional e infra constitucional para la defensa, en calidad de autor, para acciones y actuaciones extrajudiciales civiles supla individuales para la tutela ambiental.

Los Fiscales brasileños siempre tuvieron atribución exclusiva para la acción penal ambiental Ocurre que la legislación sobre los delitos ambientales en Brasil, antes de 1998, cuando fue publicada la Ley 9605, era muy débil. De esa manera las fiscalías ambientales especializadas empezaron a organizarse en la década de ochenta, para la tutela civil del medio ambiente. Es que la Ley de la Política Nacional del Medio Ambiente, Ley 6938/81, previó la legitimación del Ministerio Público como autor para la acción de responsabilidad por daño civil al medio ambiente. Antes de la década de ochenta esa atribución era solo penal y como interviniente en el proceso civil en la condición de *custos legis*.

En ese sentido, todavía, el Código Procesal Civil trae dos líneas distinguidas de actuación al Ministerio Público: como autor, "cuando ejercerá los mismos poderes y cargas que a las partes",[19] y como fiscalizador de la ley o *custos legis*, interviniendo a partir de la detección de algún interés justificante de su intervención.[20]

La realidad social ha exigido una nueva fisonomía de actuación al Ministerio Público. A partir de la Constitución de 1988, él recibió tareas mucho más amplias que aquellas definidas en los estrictos límites del Código Procesal Civil.

[19] Código Procesal Civil, Ley 5.869, de 11 de enero de 1973, art. 81. El Código Procesal Civil fue modificado por varias leyes, siendo la última, de diciembre de 2006.
[20] Código Procesal Civil, arts, 82, 83, 84 y 85.

A partir del recibimiento de las nuevas funciones institucionales para la tutela de intereses supla-individuales, como se dijo antes, la Institución se estructuró para atender a las nuevas demandas sociales.

La alteración más importante ocurrió, justamente, en el cambio de la actividad Ministerial en el proceso civil que, además agente fiscal de la ley, recibió la incumbencia de autor de la acción en la defensa del medio ambiente. Aunque ya detuviera legitimidad para el enjuiciamiento de acción de reparación del daño ambiental desde 1981,[21] la legitimidad del Ministerio Público ganó fuerza impar a partir de la Ley de la Acción Civil Pública,[22] en 1985, culminando con la consagración de la función institucional de defender el medio ambiente en la propia Constitución Federal.[23] A partir de ahí, en el ámbito del Ministerio Público de las Provincias o Departamentos,[24] se crearon Fiscalías Especializadas, Centros de Apoyo Operacionales y Divisiones de Asesoramiento Técnico para el área ambiental. El Ministerio Público Federal, por su parte, creó la *Procuradoria de Interesses Difusos* y la Cuarta Cámara de Coordinación y Revisión.

Sólo como ejemplo de esa estructuración, en la Província del Rio Grande do Sul existen, en el total, 164 Fiscalías[25] con atribución para la tutela del ambiente, siendo 45 de ellas especializadas. Dependiendo de la *entrância*, la atribución del Fiscal que actúa en medio ambiente es acumulada con otras materias atinentes a intereses difusos, colectivos, individuales homogéneos o individuales indisponibles, como por ejemplo, infancia y juventud, consumidor y derechos humanos. En otras ciudades, de mayor porte, la atribución es exclusiva para el medio ambiente.

Esos Fiscales, diariamente, se dedican a la investigación de denuncias de actos atentatorios al el medio ambiente, traídas por cualquier persona natural o jurídica y por ONGS, además de poder iniciar la investigación de oficio.

A partir del conocimiento de hecho potencialmente lesivo al ambiente, el Ministerio Público instaura *inquéritos civis* o piezas de información para recolectar y producir, directamente, las pruebas necesarias a la formación de su convicción por la necesidad de enjuiciamiento de acción judicial, normalmente una acción civil pública, o celebración de un acuerdo con el investigado, denominado de *termo de compromisso de ajustamento* – TAC, instrumentos que serán examinados en la secuencia de este texto.

*

[21] A través del art. 14, párrafo único, de la Ley de la Política Nacional del Medioambiente.
[22] Ley 7347/85.
[23] Art. 129, III.
[24] Estados-Miembros en Brasil.
[25] Entrância inicial 119, intermediaria 44 y final 1. Fonte: Centro de Apoyo Operacional de Defensa del Medio Ambiente, por e-mail, en 13 de julio de 2009.

No hay aún en Brasil, como de resto en todo el mundo, –salvo algunas excepciones más vueltas a la aferición del desempeño de órganos administrativos que actúan con medio ambiente –, la utilización de un sistema de indicadores de aplicación y cumplimiento de la norma ambiental. La aferición de desempeño ocurre cuantitativamente, a través de mapas estadísticos de producción de piezas procesales o extrajudiciales, que no demuestran, en verdad, se hubo una alteración de facto benéfica, o por lo menos mantenedora del *statu quo* ante ambiental a partir de la iniciativa del Ministerio Público o de la Judicatura. Sin embargo, actualmente, el número de *inquéritos civis*, de acciones civiles públicas, de *compromissos de ajustamento* y de acciones penales para la protección del medio ambiente pueden ser consultados en las respectivas Corregidorias-Generales de los Ministerios Públicos.

Sin embargo, a pesar de toda la inversión institucional para la estructuración de Fiscalías especializadas en primer grado de jurisdicción, aún hay mucho lo que hacer.

En Brasil son pocos los Tribunales con Cámaras especializadas en materia ambiental y todos los miembros del Ministerio Público que actúan en el segundo grado lo hacen en la condición de *custos legis*. Eso, en la práctica, significa que el Fiscal enjuicia la acción civil pública, pero como la actuación del Ministerio Público en segundo grado se da en la condición de fiscal de la ley y, no de autor, en razón del principio de la independencia funcional, el miembro del Ministerio Público que actúa en segundo grado puede no concordar con la posición del compañero de primer grado, ofreciendo parecer en sentido diverso. Con eso, muchas discusiones importantes en los procesos terminan al nivel de los Tribunales Provinciales o Tribunales Regionales Federales, no siendo examinadas, por falta de recurso, a los Tribunales Superiores. En otras palabras, la discusión puede terminar en la segunda instancia en razón de la discordancia del *Procurador de Justiça*[26] con la tesis sostenida por el Fiscal,[27] sin posibilidad de recurso para los Tribunales Superiores. Esa situación, al contrario, no ocurre con la parte *ex adversa* que es presentada por el mismo abogado, o mejor, por la tesis compartida con el cliente, al largo de todo el proceso, hasta el transito en juzgado de la acción.

[26] Nomenclatura para el miembro del Ministerio Público de los Departamentos en segundo grado.
[27] Nomenclatura para el miembro del Ministerio Público en primero grado.

2 Principales instrumentos utilizados por el Ministerio Público en la defensa del ambiente

2.1 Inquérito civil

El *inquérito civil* puede ser definido como un procedimiento administrativo, de carácter pre-procesal y inquisitorial, de ámbito interno del Ministerio Público que, presidido directamente por el Fiscal o Procurador de la República, permite la colecta de pruebas para embasar el enjuiciamiento de las acciones pertinentes a la tutela de los bienes para los cuales la legislación lo legitime, especialmente, para la acción civil pública.[28]

Está previsto, en nivel nacional, en el art. 8º, párrafo 1º, de la Ley 7.347/85, en los siguientes términos: "el Ministerio Público podrá instaurar, bajo su presidencia, *inquérito civil*, o requisar, de cualquier organismo público o particular, certificados, informaciones, exámenes o pericias, en el plazo que suscribir, lo cual no podrá ser inferior la 10 (diez) días útiles".

El *inquérito civil* está disciplinado, pormenorizadamente, en el ámbito del Ministerio Público del Estado de Rio Grande do Sul, por el *Provimento* 26/2008,[29] teniendo como objeto la investigación de hecho que pueda autorizar la tutela de los intereses o derechos encargados al Ministerio Público, en los términos de la legislación aplicable, sirviendo como preparación para el ejercicio de las atribuciones inherentes a sus funciones institucionales.[30]

Hoy está consagrada la utilización del *inquérito civil* por el Ministerio Público. Presidiendo las investigaciones, sin intermediarios, el Fiscal se libra de las amarras de la prueba ante-constituida por otros órganos, que muchas veces contribuye para el fracaso de las acciones, a ejemplo de lo que ocurre en el área penal, con relación al interrogatorio policial. Sirviendo para la colecta de las pruebas necesarias al enjuiciamiento seguro, y no temerario, de la acción civil pública o de otras, el *inquérito civil* también podrá subsidiar el compromiso de ajuste, como adelante se verá, o redundar en su archivamiento.

El miembro del Ministerio Público puede instaurar la investigación a partir de la comparecencia de cualquier reclamante en la Fiscalía, reduciendo la reclamación a término; mediante representación, o aún, de oficio, a partir de noticias vehiculadas por la prensa escrita, hablada o televisada, en estas últimas hipótesis requisando el material. Podrá también instaurarlo por determinación del Procurador-General de Justicia, en la solución de conflicto de atri-

[28] Antonio Augusto de Camargo Ferraz, en el artículo Inquérito Civil: dez anos de um instrumento de cidadania, *in* Ação Civil Pública, Reminiscências e Reflexões após dez anos de aplicação, coord. Édis Milaré, São Paulo, 1995, ed. Revista dos Tribunais, 1995, reporta la origen del inquérito civil en palestra proferida por el Fiscal José Fernando da Silva Lopes, en la Reunión del Grupo de Estudios Média Sorocaba, en 1980.
[29] Disponible en www.mp.rs.gov.br/legislacao/id3880.htm, aceso en 10 de julio de 2009.
[30] Art. 1º del Provimento PGJ 26/2008.

bución o delegación de su atribución originaria, o por determinación del Consejo Superior del Ministerio Público, cuando proveer recurso contra la no-instauración de *inquérito civil* o no homologar la promoción de archivamiento de piezas de información.

La falta de formalidad no implica denegación del pedido de instauración del *inquérito civil*, salvo si, desde inmediatamente, mostrarse improcedente la noticia, caso en que el miembro del Ministerio Público, a través de decisión fundamentada, podrá denegar la instauración del *inquérito civil*.

Otra hipótesis de denegación ocurre frente la manifiesta evidencia de que los hechos narrados en la representación no configuren lesión a los intereses o derechos supla-individuales, individuales homogéneos o individuales indisponibles, dándose ciencia personal al representante. El reclamante tendrá el plazo de 10 (diez) días, a contar de la respectiva ciencia, para manifestar su disconformidad y presentar razones de recurso. El recurso será protocolizado en la propia Fiscalía y enviado, caso no haya reconsideración, juntamente con la representación, al Consejo Superior del Ministerio Público para apreciación. Si proveer el recurso, el Consejo Superior del Ministerio Público designará otro Fiscal para la titularidad de las investigaciones. En la hipótesis de no acogerlo, los autos serán archivados en el propio origen.

El Ministerio Público no tiene atribución para la tutela de interés individual disponible. La Constitución Federal le alcanza atribución para la investigación y el enjuiciamiento de acciones sobre intereses difusos, colectivos, individuales *homogéneos*[31] e individuales indisponibles. Actúa, en resumen, frente a casos de interés social, público e indisponible. Así siendo, presentes las presuposiciónones legales para la actuación del Ministerio Público, ella es obligatoria y, no discrecional.

Sin embargo, la instauración del *inquérito civil* es facultativa, en el sentido de que, habiendo elementos suficientes con la representación o con las piezas de información traídas por el reclamante, podrá el Ministerio Público, desde ya, enjuiciar la acción. ¿Y de que acción se habla? Toda y cualquier acción posible en la defensa del ambiente, quiere civil, quiere penal. Las investigaciones procedidas en ámbito de *inquérito civil,* si suficientes, pueden dispensar el previo interrogatorio criminal.

Los *inquéritos civis* tienen naturaleza inquisitiva, no se aplicándoles el dispuesto en el art. 5º, inciso LV, de la Constitución Federal, que prevé la obligatoriedad de observación del principio del contradictorio en el proceso administrativo.

[31] En ese caso, desde que tengan relevancia social.

Conforme BURLE Fº,[32] comentando la referida norma constitucional, "obviamente, en el texto, 'proceso' no fue empleado con el mismo significado de procedimiento''. No lo fue porque la propia Constitución, que debe ser interpretada por el método sistemático, emplea terminología 'proceso' para indicar el medio para la aplicación de pena o sanción, en la esfera administrativa o judicial, como ocurre en los arts. 41, párrafo 1º; 86, párrafo 1º, II; y en el propio art. 5º, LV; y procedimiento "cuando la finalidad no es la aplicación de pena o sanciones, pero sólo el recolección de los hechos, como ocurre, por ejemplo, en el art. 129, VI".

Eso porque el *inquérito civil*, como antes mencionado, es procedimiento administrativo y, no, proceso. A su cabo, ninguna sanción es aplicable al investigado, de ahí que no hay hablarse en la necesidad de contradictorio o de amplia defensa. Al contrario, tal situación podrá perjudicar la conducción del *inquérito civil*, retardando el real conocimiento de los hechos.

Diferentemente de los demás legitimados al enjuiciamiento de la acción civil pública, el Ministerio Público tiene el poder de requisar la presentación de documentos, exámenes, certificados y pericias. A rechaza, la omisión o el retardo doloso de las informaciones indispensables al enjuiciamiento de la acción civil pública tipifica el delito previsto en el art. 10, de la Ley 7.347/85.

Al final de las investigaciones, el miembro del Ministerio Público poseerá tres alternativas: archivar el *inquérito civil*, enjuiciar acción civil pública o celebrar *compromisso de ajustamento*.

El archivamiento del *inquérito civil* en materia ambiental se dará cuando no ocurrir daño o riesgo al ambiente, cuando no hubiere nexo causal entre la acción u omisión investigada y el evento lesivo o cuando la recuperación del eventual daño ocurra por otros medios, como, por ejemplo, actuación suficiente de la administración ambiental.[33]

Como el Ministerio Público no es titular del interés/derecho cuya lesión investiga, no le sería lícito, caso no encontrara elementos suficientes al enjuiciamiento de la demanda, simplemente archivar el interrogatorio civil, sin dar ciencia a los interesados.

Sabiamente, la Ley de la Acción Civil Pública creó un sistema de frenos y contrapesos que garantiza la revisión de la promoción del archivamiento por el Consejo Superior del Ministerio Público.

[32] José Emmanuel Burle Filho, Principais aspectos do Inquérito Civil, *in* Ação Civil Pública, dez anos, *op. cit.*, p. 323.

[33] Esa hipótesis ocurrirá delante de situación de mera ilegalidad, sin comprobación de daño o riesgo, como en el caso de actividad estar siendo investigada por no poseer licencia ambiental y las pruebas producidas en el interrogatorio civil que demuestren la inexistencia de daño o riesgo o, aún, cuando el término de compromiso ambiental firmado por el órgano de la administración de medio que ambiente pueda recomponer el daño y esa recomposición fuere considerada suficiente por el miembro del Ministerio Público.

De esa forma, el *inquérito civil* o las piezas de información, en caso de archivamiento, deberán ser sometidos, en tres días, bajo pena de falta grave, a la apreciación del Consejo Superior del Ministerio Público que podrá homologar la promoción de archivamiento, bajar los autos para la realización de diligencias o no homologarla, hipótesis en que designará otro Fiscal para el enjuiciamiento de la acción.

De otra banda, se debe dar conocimiento a los reclamantes, de la promoción de archivamiento, antes aún de la publicación del edicto en el Diario Oficial, pues tienen ellos el derecho de presentar razones escritas ante el Consejo Superior contra la promoción de archivamiento.

La segunda alternativa será la celebración del *compromisso de ajustamento*, solución extrajudicial del conflicto, en que el investigado, reconociendo que contamino o generó daño, se compromete, en los plazos y condiciones fijados por el Fiscal a adecuarse a la legislación y a recuperar el daño ambiental, lo que será explicitado adelante.

La última alternativa, en la hipótesis de no ocurrir solución consensual, será el enjuiciamiento de la acción, normalmente, una acción civil pública.

2.2 Recomendación

La *recomendação* es prevista en el artículo 6º, inciso XX, de la Ley Orgánica del Ministerio Público de la *União*[34] para la mejoría de los servicios públicos y de relevancia pública, y asimismo, para hacer respetar los intereses, derechos y bienes cuya defensa le cabe promover, fijando un plazo razonable para la adopción de las providencias adecuadas.

La *recomendação* se hace en los *inquéritos civis*, con la finalidad de alertar, al poder público, o a las personas jurídicas de derecho privado, sobre la necesidad de abstención de práctica lesiva o sobre la necesidad de adopción de conducta preventiva o reparadora. La principal función de la *recomendação* es evitar el enjuiciamiento de una acción civil, buscando el cumplimento voluntario de la obligación para prevenir o reparar un daño.

Todavía no hay reglamento procedimental sobre la *recomendação*. Sin embargo, ella no puede sustituir el *compromisso de ajustamento* o la acción civil pública.[35]

[34] Ley Complementar 75, de 20 de mayo de 1993.

[35] Así es la dicción del párrafo único del artículo 29 del Provimento 26/08 del Ministerio Público del Estado del Rio Grande do Sul. Disponible en www.mp.rs.gov.br/legislacao/id3880.htm, aceso en 10.7.2009.

2.3 Acción Civil Pública

La Ley de la Acción Civil Pública ingresó en el escenario legislativo brasileño en la década de ochenta, periodo marcado por la introducción de instrumentos procesales norteados a la facilitación del acceso a la justicia.[36]

En ese sentido, el legislador ofreció, por primera vez, un instrumento procesal apto a la defensa de los intereses supla-individuales capaz de recomponer el medio ambiente – la acción civil pública,[37] como, también, facilito el acceso a la justicia, sin exigir la presencia de abogado para demandas de pequeño valor – del Juzgado Especial Civil.[38]

Antes de la publicación de la Ley de la Acción Civil Pública, la defensa del medio ambiente estaba restricta a las acciones individuales (normalmente embasadas en el derecho de vecindad) y a la actividad administrativa del Poder Público en el ejercicio del poder de policía administrativa. El trato de los intereses difusos era circunscrito a los límites establecidos por la Ley de la Acción Popular[39] que visa exclusivamente a anular acto del poder público lesivo, entre otros, al medioambiente (art. 5º, inciso LXXIII, de la CF). La Ley de la Acción Popular, delante de la limitación de su objeto, es poco utilizada para proteger el medioambiente. Hoy la Ley de Improbidad Administrativa[40] permite responsabilizar directamente el administrador público que dio causa al daño ambiental.

2.3.1 *Orígenes*

La primera mención a la acción civil pública ocurrió en la Ley Orgánica del Ministerio Público – la Ley Complementaria 40/81, cuyo art. 3º, utilizaba el término para diferenciarlo de la acción penal pública,[41] pero aún sin cualquier disciplina cuanto al procedimiento, legitimación, objeto, etc. La omisión permaneció con La Ley de la Política Nacional del Medio Ambiente,[42] que se limitó a prever la legitimación del Ministerio Público, Federal y Estadual, para actuar, así como la responsabilidad civil independiente de culpa.[43]

El origen de la Acción Civil Pública fue el proyecto 3.034/84, posteriormente alterado por el Ejecutivo Federal, para incluir la acción cautelar, la

[36] En ese sentido Geisa de Assis Rodrigues, *Ação civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta*, Forense, 2002. p. 2.

[37] Ley 7.347, de 24.7.85.

[38] Ley 7.244/84.

[39] Ley 4.717, de 29.6.65.

[40] Ley 8.429/92.

[41] Sílvia Cappelli, *Novos Rumos do Direito Ambiental*, *in* Temas de Direito Ambiental, org. Orci Teixeira, Porto Alegre, AEBA, 2000, p. 54.

[42] Ley 6.938/81.

[43] Art. 14, párrafo 1º, de la Ley 6.938/81.

tutela de los consumidores, el *inquérito civil* y el control de su archivamiento, además de un crimen de desobediencia a los requisitos del Ministerio Público de documentos esenciales al enjuiciamiento de la acción.

2.3.2 *Legitimación activa*

La legitimación activa para la acción civil pública está prevista en su art. 5º. Se verifica la intención del legislador de ampliar la legitimidad para defensa del medio ambiente, antes restricta al Ministerio Público.

Se trata de una legitimidad concurrente y disyuntiva, significando decir que Unión, Provincias, Municipios, *Defensoria Pública*, autarquías, empresas públicas, fundaciones, sociedades de economía mixta y asociaciones,[44] además del Ministerio Público,[45] pueden ingresar en conjunto o separadamente con las acciones. Actualmente, por fuerza de la interacción del Código de Defensa del Consumidor y de la Acción Civil Pública, hasta los entes despersonalizados de la administración pública tienen legitimidad para proponerla[46] en las acciones de protección al consumidor.[47]

2.3.3 *Los otros legitimados*

Lamentablemente, y por diversas razones, entre las cuales se destaca la ausencia de recursos materiales para el enjuiciamiento de demandas, las asociaciones de defensa ambiental han tenido tímida actuación judicial en la tutela del medio ambiente, situación que no se repite en relación a la defensa colectiva de los consumidores.

No es otra la realidad del Poder Público.[48] Aunque legitimado al enjuiciamiento de las acciones civiles públicas, vive la dificultad propia de presupuestos pequeños para el área ambiental, nunca prioritaria en países periféricos, siempre a las vueltas con el hambre, el desempleo, la violencia y otras tantas heridas la que estamos acostumbrados. El presupuesto estatal para medio ambiente limita las inversiones en personal y equipamientos. Además, incontables otras dificultades son enfrentadas por el Poder Público, como la necesaria priorización de la actuación administrativa ante la judicial, la superposición de actuaciones entre los órganos de la federación de un lado y la omisión general de otro, especialmente después de los permisos ambientales.

Esa situación contribuye para la agrandamiento del Ministerio Público, haciéndolo el mayor autor de demandas ambientales en Brasil desde que recibió tales atribuciones, en el inicio de los años ochenta. Esta actuación contundente y estructurada del Ministerio Público brasileño se revela como un modelo exitoso para la defensa del medio ambiente. De otro lado, nos trae la reflexión de que no hay ciudadanía llena en Estados desorganizados y que no invierten en la estructuración de sus obligaciones legales en preservar el medio ambiente. En ese sentido, el modelo del Ministerio Público en el área ambiental puede servir a otros países de América Latina, en razón de las simetrías económicas y sociales de los pueblos.

2.3.4 *Objeto*

La acción civil pública podrá tener por objeto la condena en dinero o el cumplimiento de obligación de hacer o no hacer. La responsabilidad civil por el daño ambiental en Brasil es objetiva,[49] o sea, independiente de la existencia de culpa, no admitiéndose las causas tradicionales de exclusión de la responsabilidad civil.[50]

El Superior Tribunal de Justicia, históricamente, se manifestó por la imposibilidad de acumulación de las obligaciones de hacer o no-hacer con la condena en dinero en las acciones civiles públicas.[51] Sin embargo, cambió esa comprensión, permitiendo la acumulación.[52]

---

44 Las asociaciones deben existir hace por lo menos un año, en los términos de la ley civil y que tengan como finalidad institucional la defensa del medio ambiente, de acuerdo con el art. 5º, V, letras a y b.

45 Admite-se, también, el litisconsorcio entre el Ministerio Público Federal y los Departamentos en el párrafo 5º del art. 5º.

46 Art. 82, inciso III, del Código de Defensa del Consumidor. Es que, por fuerza del art. 117 de la Ley 8078/90, todo el título III do CDC pasa a integrar la Ley de la Acción Civil Pública, acrecentando a ella el art. 21.

47 Eses entes despersonalizados son los PROCONs, órganos ligados a la administración directa de los departamentos, que atienden los consumidores, resolviendo los conflictos extrajudicialmente o encaminando ellos al Judiciario.

48 Expresión genérica aquí utilizada para significar Unión, Estados y Municipios. La misma crítica aplica-se a las fundaciones y empresas públicas.

49 Art. 14, párrafo primero, de la Ley 6938/81.

50 Caso fortuito, fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima y dolo de tercero. Cuanto a las teorías que informan la responsabilidad civil, prevalece, modernamente, en la doctrina la teoría del riesgo integral aún no asimilada por la jurisprudencia, cuyos juzgados, mayoritariamente se filian a la teoría del riesgo criado.

51 En ese sentido los fallos a seguir colacionados:
"Acción Civil Pública – Condenación Cumulativa – Imposibilidad. La acción civil pública no puede tener por objeto la condenación cumulativa en dinero y cumplimiento de obligación de hacer o no hacer. Se o legislador ordinario dice o, estableció él la alternativa. Recurso de fls. 415/425 improvido" (Recurso Especial nº 94.298, juzgado en 6.5.99, Relator Ministro Garcia Vieira).
"Acción civil pública de responsabilidad por daños causados al ambiente. Quemada. Caña-de-sucre. Cesación de la actividad. Pena de multa. Imposición de indemnización. Ley 7.347/85. Imposibilidad.
– Conforme el art. 3º da Ley 7.347/85, no puede la acción civil pública tener por objeto la condenación cumulativa de cumplimiento de obligación de hacer o no hacer y dinero. Agravo regimental improvido". Agravo regimental en recurso especial 180620/SP (1998/0048769-7) Relator Min. Francisco Falcão, DJ 26/03/2001, T1 – Primera Turma.

La mejor exégesis de la Ley de la Acción Civil Pública, arts. 3º y 14, párrafo 1º, de la Ley 6.938/81 es a de la posibilidad jurídica de acumular la imposición de obligaciones de hacer y/o no hacer con indemnización por los daños ambientales. La condición para que ocurra la acumulación es a de que la causa de pedir sea distinguida para la condena en dinero y para la obligación de hacer – hechos-fundamentos diversos –, o cuando el daño no pudiere ser totalmente recuperado a través de las obligaciones de hacer y/o no hacer, por haber parte irreparable o por la acumulación con el daño moral ambiental.

La primera vista, delante de la conjunción "o", la indemnización parece ser subsidiaria de la condena a la reparación *in natura*. Sin embargo, considerándose los principios rectores del Derecho Ambiental de la prevención, del contaminador-pagador y la reparación integral del daño ambiental, así como por ser fundamental el derecho al ambiente ecológicamente equilibrado, no permitiendo transacción sobre su contenido, se concluye que la acumulación de los pedidos se impone cuando hubiera daño irreversible o extra-patrimonial o, aún, cuando los pedidos se funden en causas distinguidas.

Los Tribunales de las Provincias de Rio Grande do Sul Paraná y São Paulo también ya reconocieron la posibilidad de acumulación.[53]

"Acción Civil Pública de Responsabilidad por daños causados al ambiente. Violación al art. 11. Cesación de la actividad. Conminación de multa. Imposición legal. 1. La determinación legal contenida en el art. 11, da Ley 7.347/85, tiene objetivo *imanente* de hacer valer la obligación, una vez que retirada de la mensaje legal a imposición de pena, é consectario lógico a mitigación de la orden, a la *míngua* de punición ante su incumplimiento. 2. Conforme el art. 3º de la Ley 7347/85, no puede la acción civil pública tener por objeto la condenación cumulativa de cumplimiento de obligación de hacer o no hacer y dinero. 3. Recurso parcialmente provido". RESP 205153/GO (1999/0017102-0), 20/6/2000, Min. Francisco Falcão. T1 Primera Turma.

[52] Proceso Civil. Derecho Ambiental. Acción Civil Pública para la tutela del medio ambiente. Obligaciones de hacer, de no hacer y de pagar cuantía. Posibilidad de acumulación de pedidos. Art. 3º de la Ley 7347/85. Interpretación sistemática. Art. 225, § 3º, de la CF. Arts. 2º y 4º de la Ley 6938/81. Art. 25, IV, da la Ley 8625/93 y art. 83 del CDC. Principios de la prevención, del contaminador-pagador y de la reparación integral (RESP 605.323MG – 2003/0195051-9). Superior Tribunal de Justiça. Relator José Delgado. Recorrente: Metalsilder Ltda. Recorrido: Ministério Público de Minas Gerais. Fecha del juzgamiento: 17 de octubre de 2005.

[53] "Acción civil pública. Uso de plaza. Pedidos cumulados. Art. 3º, de la Ley 7347/85. Pagar o hacer. La conjunción 'o' no es simplemente exclusiva, pues hay de se ver en la norma posibilidad de cumulação objetiva de acciones, por hechos-fundamentos diversos, como inclusive pedido eventual en orden sucesiva" (AI 592088082), 1º Câmara Cível, Rel. Des. Milton dos Santos Martins, j. 22.09.92);[53]

"Apelação Cível. Re-examen necesario. Acción civil pública. Daño ambiental. Sitio arqueológico. Retirada de arena. Demostrados en los autos los daños causados en decurencia del proceder de la demandada y de la falta de fiscalización del Municipio, se imponía la procedencia de la acción. La pericia atesta daños irreversibles, de modo que es posible la restauración do que sea posible, pero la indemnización de los daños. Apelación improvida. Sentencia confirmada en re-examen" (Ap. 70000687921, Capão da Canoa, 1º Câmara Especial Cível, Rel. Des. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, j. 20.06.01);

"Agravo de instrumento. Acción civil pública. Cumulação de pedidos. obligación de hacer o no hacer y indemnización. Posibilidad. Recurso desprovido. El art. 3º de la Ley 7.347/85, antes de

Cuando parte de que el daño sea irreparable es preciso que la pericia destinada a demostrarlo y mensurarlo apunte los daños reparables y los irreparables, para que esta parte pueda ser cuantificada pecuniariamente. En la hipótesis de deforestación en área al margen de un río. Es posible, mediante obligaciones de hacer, el replanteo de los árboles en el local. ¿Pero lo que hacer con relación a la pérdida del suelo, de la fauna y de la biodiversidad? Existe una parte irrecuperable, por lo menos a corto y medio plazo, que deberá ser resarcida en virtud del carácter de derecho fundamental de la persona humana atribuido por el art. 225, *caput*, de la Constitución Federal y en razón del principio de la reparación integral de los daños ambientales.

2.3.5 *Competencia*

La acción civil pública deberá ser propuesta en el foro del local donde ocurrir el daño, cuyo juicio tendrá calificación funcional para procesar y juzgar la causa.[54] La misma regla se aplica al daño inminente.

Se trata de competencia absoluta, improrrogable, que no admite elección de foro. La justificación para la previsión de competencia absoluta es a de la facilitación del acceso a la justicia por las víctimas de la contaminación/degradación y para la colecta de prueba pericial y testimonial y para posibilitar al juicio mejor conocimiento del hecho.

En la hipótesis del daño alcanzar más de una comarca, la acción podrá ser propuesta en cualquiera de ellas, aplicándose el principio de la prevención. Por ese principio procesal, el juez que despachó en primer lugar[55] cuando las acciones tramitan en la misma comarca. En la hipótesis de comarcas distinguidas, el criterio es lo de la cita válida. Hará prevención en el juicio en lo cual ocurrir en primer lugar a la citación válida del reo.[56]

determinar que o pedido sea alternativo, prevé la posibilidad de ambos. O sea, permite la cumulatividad del pedido de hacer o no hacer con el de indemnización, sendo posible conocer-se la Acción Civil Pública que a esto intenta. Pela relevancia del bien que se pretende defender – el medio ambiente – urge que se permita la incidencia de los dos tipos de tutela previstos en la ley: represiva y preventiva" (Agravo de Instrumento nº 124.187-6 de Curitiba, juzgado en 21/10/02, Rel. Des. Celso Rotoli de Macedo);

"Indemnización. Responsabilidad civil – Ato ilícito – Daño causado por deforestación de mata natural Atlantica en propriedad particular – Comprobación efectiva del daño ecológico – Art. 186, II, de la Constitución de la República – Verba a ser fijada en la fase de liquidación, por arbitramento – Sentencia confirmada – Recurso no provido. La obligación de recomponer en parte área desmatada no excluye la obligación de indemnizar los irreversibles daños ambientales. Agredindo-a, mismo en su propio dominio rural, el reo se queda sujeto a la intervención del Estado para la debida recomposición del daño que causó" (TJSP – 3ª Câm. Cível – Ap. Cível nº 200.388-1 – j. en 7.12.1993 – JTJ – LEX 153/123).

[54] Esta es la dicción del art. 2º, de la Ley 7.347/85.

[55] Art. 106, del Código de Proceso Civil.

[56] Art. 219, del CPC.

Cuando el daño tuviera alcance regional como, por ejemplo, una hidroeléctrica construida entre dos estados-miembros o la contaminación hídrica o atmosférica que alcance varias ciudades, la acción deberá ser propuesta en el foro de la capital del Estado porque, de acuerdo con el art. 93,[57] inciso II, del Código de Defensa del Consumidor, resaltada la calificación de la justicia federal, es competente para la causa la justicia local:

> II – del foro de la Capital del Estado o de Distrito Federal, para los daños de ámbito nacional o regional, aplicándose las reglas del Código de Proceso Civil a los casos competencial concurrente.

Interpretando el art. 93, el *Superior Tribunal de Justiça* ya manifestó la posición de que el foro de la capital de los Estados es competente para las acciones cuyos daños sean de ámbito nacional.[58]

Así, se concluye que la competencia para el enjuiciamiento de la acción civil pública es del local donde ocurrió o deba ocurrir el daño, que tendrá competencia para las acciones posteriores. Para los daños de ámbito regional o nacional, deberá ser propuesta la acción en la Capital del Estado o en Distrito Federal.

Cuanto a la competencia de la Justicia Federal, hasta noviembre de 2000, vigila la súmula 183 del Superior Tribunal de Justicia que posibilitaba el enjuiciamiento y procesamiento de acción civil pública en la justicia provincial, aún cuando hubiera interés de la Unión[59] en la condición de autora re, asistente o oponente, o de cualquiera otra persona entidad de la administración indirecta o paraestatal federal. Esa súmula fue revocada, de modo que, actualmente, las acciones deberán ser propuestas en la Justicia Federal más próxima al local del daño.

La definición de la competencia jurisdiccional entre la justicia provincial y federal, así como la competencia administrativa es uno de los temas más ar-

[57] El art. 93 del CDC, así como todo el capítulo de la defensa del consumidor en juicio de la Ley 8078/90 aplica-se a la Ley de la Acción Civil Pública de acuerdo con su art. 21: "se aplican a la defensa de los derechos y intereses difusos, colectivos y individuales, en lo que sea posible, los dispositivos del Titulo III de la Ley 8078, de 11 de septiembre de 1990, que instituyó el Código de Defensa del Consumidor".

[58] "Competencia Acción Civil Pública. Defensa de los Consumidores. Interpretación del art. 93, II, del CDC. Daño de ámbito nacional. En se tratando de acción civil colectiva para el control de ámbito nacional, la competencia no es exclusiva del foro del Distrito Federal. Competencia del juicio de Derecho de la Vara Especializada en la Defensa del Consumidor de Vitória/ES". Conflicto de Competencia 26842-DF, DJ 5.8.02, Rel. Min. Waldemar Zveiter.

[59] El art. 109, I, de la CF determina la competencia de la Justicia Federal para as acciones en que haya interés de la Unión, mas el párrafo 4º del mismo artículo permite que las acciones pudieran ser propuestas en el no foro del domicilio del asegurado, en la justicia departamental, cuando en la ciudad que no hubiera justicia federal. Esta regla venia siendo ampliada a la acción civil pública por fuerza de la jurisprudencia, redundando en la sumula 83 do STJ, cancelada en noviembre de 2000.

duos del federalismo brasileño. La Constitución Federal previó una competencia concurrente para legislar sobre medio ambiente y común para preservarlo. Sin embargo, los conflictos se agrandan en esta área. En la esfera jurisdiccional el problema no es menor.

El Superior Tribunal de Justicia definió como competente la Justicia Federal en el caso de transporte de madera, entendiendo estar presente posible lesión a bienes, servicios o intereses de la Unión, en conflicto competencial publicado en el DJU de 11.10.99, CC 24214/MA, 3ª Sección, Min. Felix Fischer. También reconoció la competencia de la Justicia Federal en el caso de pesca expoliadora en río inter-departamental[60] en el conflicto competencial 38.036-SP, Min. Gilson Dipp, DJU 22.4.03.

Sin embargo, el mismo Tribunal ya se manifestó en el sentido de no reconocer como competente la Justicia Federal en las hipótesis de daños que alcancen ecosistemas considerados por la Constitución Federal como patrimonio nacional. Entendió aquella Corte que no se debe confundir la expresión patrimonio nacional con patrimonio de la Unión. En este sentido, el fallo abajo:

> Procesal Penal. Conflicto competencial. Crimen contra la flora. Artículo 50 de la Ley 9.605/98. Mata Atlántica. No-demostración de lesión al bien, interés o servicio de la Unión. Competencia de la Justicia Provincial. (CC[61] 38.386-BA, Ministro Felix Fischer, DJ 16.6.03).

No es otra la posición del Supremo Tribunal Federal:[62]

> Penal. Fallo que concluyó por la calificación de la justicia común para juzgar el crimen previsto en el art. 46, párrafo único, de la Ley 9605/98. Alegada violación a los arts. 109, IV; y 225, párrafo 4º, de la CF. Inexistencia de las inconstitucionalidades apuntadas, haya vista no encuadrarse Mata Atlántica en la definición de bien de la Unión y no estarse delante de interés directo y específico de esta a determinar la competencia de la Justicia Federal. Precedente. Recurso extraordinario no conocido. (RE 299.856/SC, 1º Turma, Min. Ilmar Galvão, DJU 1.3.02).
>
> Recurso Extraordinario. Crimen previsto en el artículo 38 de la Ley 9605/98. Competencia de la Justicia Provincial común. Esta Primera Turma, en 20.11.2001, al juzgar el RE[63] 300.244, en caso semejante al presente, decidió que, no habiendo en causa bien de la Unión (la hipótesis entonces en juicio decía respeto a deforestación y depósito de madera proveniente de la Mata Atlántica que se entendió no ser bien de la Unión), ni interés directo y específico de la Unión (el interés de esta en la protección del ambiente sólo es genérico), ni

[60] Río interestadual es bien de la Unión, em los terminos del art. 20, III, de la CF.

[61] Conflicto de Competencia.

[62] STF, la Corte Constitucional brasileña.

[63] Recurso Extraordinario.

transcurrir la calificación de la Justicia Federal de la circunstancia de caber al IBAMA, que es órgano federal, la fiscalización de la preservación del medio ambiente, la competencia para juzgar el crimen que estaba en causa (artículo 46, párrafo único, de la Ley 9605/98, en la modalidad de mantener en depósito productos de origen vegetal integrantes de la flora nativa, sin licencia para almacenamiento) era de la Justicia provincial común". En ese mismo sentido y, posteriormente, en 18.12.2001, volvió a manifestarse, en el RE 299.856, esta Primera Turma, en lo que fue seguida, en el RE 335.929, por decisión del eminente Ministro Carlos Velloso da 2ª Turma, e no HC 81916, 2ª Turma. (RE 349.184/TO, 1ª Turma, Min. Moreira Alves, DJU 7.3.03).

Por fin, asentó que de regla la competencia para los crímenes ambientales es de la Justicia Provincial, cancelada la súmula 91/STJ que decía competir a la Justicia Federal los crímenes contra la fauna.

> "Crimen contra el medio ambiente. Competencia. Conflicto negativo. Caso en que no se presenta circunstancia convocadora de la competencia de la Justicia Federal. Reconocimiento de la competencia de la Justicia Provincial." La hipótesis era a de pesca con pertrechos prohibidos en río perteneciente al Estado de São Paulo. CC 29.508/SP, Min. Fontes de Alencar, j. 11.10.00.
>
> Procesal Penal. Conflicto negativo competencial. Crímenes contra la flora. Inaplicabilidad de la súmula 91/STJ a la Ley 9605/98. Inexistencia de interés, en principio de la Unión. Calificación de la justicia común provincial". CC 34366/SP, 3ª sección, DJU 17.6.02.
>
> "Criminal – Conflicto competencial – Crimen contra el medio ambiente[64] – tierras particulares no-encarecidas – inexistencia de lesión a bienes, servicios o intereses de la Unión – calificación de la justicia provincial. CC 30284/MG, Min. Jorge Scartezzini, DJU 5.3.01."

De otro lado, igual orientación aún no se firmó en las materias que dicen respeto a los bienes de la Unión, definidos en el art. 20 de la Constitución Federal como, por ejemplo, las playas, el mar territorial, los ríos transfronterizos o regionales, el subsuelo, etc.

También decidió el Superior Tribunal de Justicia que la flora no es un bien de titularidad exclusiva de la Unión. "Por su naturaleza difusa, pertenencia a un número indeterminado de personas" (conflicto competencial 30.110, Min. José Arnaldo de la Fonseca) o aún, en otro juzgado, "se hubo la repartición del deber entre los entes federativos es porque a ninguno de ellos cabe la propiedad exclusiva de este bien" (conflicto competencial 29.745, Min. Edson Vidigal).[65]

[64] La hipótesis era de crimen contra la flora.
[65] Citaciones de Abelha, Marcelo, *op. cit.*, pp. 123/124.

Resumidamente, y sin compromiso mayor en este contexto, con las incontables particularidades, poderse-iba competencia que habrá calificación de la Justicia Federal en las acciones en que comprobarse lesión a bienes, servicios o interés de la Unión,[66] bien así en las causas fundadas en tratados internacionales. Pero, repisa-se, la materia no está pacificada, excepto en algunas excepciones.

2.3.6 *Medidas de Urgencia*

El art. 12 de la Ley permite la anticipación de tutela al afirmar: "podrá el juez conceder mandado liminar, con o sin justificación previa, en decisión sujeta a agravo".

La liminar es una providencia con cuño de urgencia, que tiene como finalidad salvaguardar la eficacia de la futura decisión definitiva.

Al contrario de lo que ocurre en otros remedios jurídicos que también prevén la anticipación de tutela, como es el caso del mandado de seguridad, en la acción civil pública el requerimiento de anticipación de tutela es la regla porque difícilmente el medio ambiente, delante de lesión o amenazada de lesión, puede aguardar el debido proceso legal hasta la sentencia. De hecho, la experiencia ha demostrado que el juez concede y mantiene a liminar o el *statu quo ante* no podrá ser restablecido después del periodo de instrucción y recursos. Así, la liminar en la acción civil pública, como advierte FERRAZ[67] "no es un proveer excepcional, a ser restrictivamente examinado y concedido. O sea, la liminar no es una excepción a la idea del *due process of law*, Por el contrario, ella constituye una etapa naturalmente integrante del debido proceso legal de la acción civil pública".

Como ya dicto, el capítulo de la defensa del consumidor en juicio del Código de Defensa del Consumidor, aplicado íntegramente a la acción civil pública, le trajo incontables innovaciones. Entre ellas, a del art. 84, párrafo 5º, que dispone:

> Para la tutela específica o para la obtención del resultado práctico equivalente, podrá el juez determinar las medidas necesarias, tales como búsqueda e incautación, remoción de cosas y personas, deshacer obra, impedimento de actividad nociva, además de requisito de fuerza policial.

Ocurre que el régimen de la ejecución de las obligaciones de hacer o no hacer previstas por el Código de Proceso Civil se mostró insuficiente para obtención de la tutela específica. Incumplida la medida liminar, se imponía al

[66] Art. 109, I, II y IV, de la CF.
[67] Sergio Ferraz, Provimentos Antecipatórios na Ação Civil Pública, *in* Ação Civil Pública, 15 anos, coord. Édis Milaré, 2ª edição, São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 833.

autor de la acción dos vías: la ejecución por tercero, a la cuesta del deudor – y no hay tercero que implante una estación de tratamiento de efluentes industriales o haga la reposición forestal de mata derrumbada –, y la ejecución de la *astreinte* fijada por el juez para la hipótesis de incumplimiento de la decisión liminar. Sin embargo, esta multa diaria sólo es asequible después del transito en juzgado de la sentencia,[68] demostrando la insuficiencia de medidas procesales para la efectividad de la liminar.

A partir de la tutela específica permitida por el Código de Defensa del Consumidor es posible al juez determinar la prohibición de establecimiento al reo condenado a abstenerse de producir ruidos en casa de espectáculos hasta que implemente las obras de contención acústica que permanezca inerte delante del comando de la sentencia o de la liminar.

Por fin, con la reciente reforma del Código de Proceso Civil,[69] art. 273, párrafo 6º, se permite concesión de tutela anticipada cuando restaran no controvertidos uno o más de los pedidos formulados. Esa tutela utilizase de técnicas mandamentales y ejecutivas *lato sensu*.

El legislador brasileño intentó, en dos oportunidades, limitar la concesión de liminares en acción civil pública contra la Hacienda Pública, a través de las Leyes 8.437/92 y 9.494/97. Esas leyes, en lo que se refiere a la limitación a la concesión de liminares, han sido consideradas inconstitucionales por la doctrina,[70] eso porque la tutela liminar es establecida en la Constitución Federal, art. 5º, XXXV. Tanto la lesión, como la amenaza a derecho, merecen guardia del Poder Judicial, siendo garantía individual básica ese acceso. Además, prohibir la concesión de liminar contra el Poder Público viola el principio de la igualdad.[71]

Por fin, también pecó el legislador al prever en el párrafo 1º del art. 12 la suspensión de la ejecución de la liminar, por el Presidente del Tribunal, para evitar "grave lesión a la orden, a la salud, a la seguridad y a la economía públicas". La suspensión de la liminar por autoridad diversa de la que a concedió es constitucionalmente inadmisible, segundo FERRAZ,[72] por herir a los principios del debido proceso legal, del contradictorio y de la amplia defensa. Resáltese que tal decisión independe de audiencia, y dispensa el colegiado para lo cual deberá subir el recurso propio, que es el agravio de instrumento. En la práctica, sin embargo, difícilmente el expediente es utilizado.

[68] Art. 12, párrafo 2º, de la LACP.
[69] Lei 10.444/2002.
[70] Luiz Guilherme Marinoni, A Antecipação de Tutela, Malheiros, 6º edição, 2000, pp. 217/223.
[71] Conferir los siguientes fallos sobre el asunto: Resp. 171.258-SP, 6º Turma, Min. Anselmo Santiago, j. 10.11.98, DJU 18.12.98 e Resp 447.335-RS, Min. Luiz Fux, j. 11.2.03, DJU 24.3.03.
[72] Sergio Ferraz, *op. cit.*, p. 835.

2.3.7 *Prueba*

De acuerdo con el art. 333, I e II, del Código de Proceso Civil, incumbe al autor probar el derecho que alega y, al reo el hecho impeditivo, modificativo o extintivo del derecho de aquel. No hay en la Ley de la Acción Civil Pública ninguna excepción la esa regla.

2.3.7.1 La inversión de la carga de la prueba

Sin embargo, uno de los puntos neurálgicos de la tutela jurídico-ambiental es lo que se relaciona con la prueba del daño, por varios motivos: pericias complejas, envolviendo muchas veces la necesidad de actuación conjunta de expertos; inexistencia de patrones uniformes para el cálculo del perjuicio ambiental; dificultad de probar el nexo causal cuando varios contaminadores contribuyen para el daño o cuando, técnicamente, la prueba haya alto coste, no exista técnica o parámetros de aferición del daño. La mayor dificultad, sin embargo resulta de la carencia de recursos materiales a los legitimados activos.

La constatación de tal estado de cosas, antes de en los llevar a la dificultad, demanda el análisis crítico de esa circunstancia, en la búsqueda de soluciones que posibiliten la continuidad y el perfeccionamiento del Derecho, proporcionando la realización del dictamen constitucional garantizador de un medio ambiente ecológicamente equilibrado a las presentes y futuras generaciones.

De entre las características de los intereses difusos encontramos la desigualdad entre las partes.[73]

Del reconocimiento de dicta desigualdad resultó el concepto de hipo-suficiencia que, inscrito en el art. 6º, inciso VIII, del Código de Defensa del Consumidor, permite, aliado a la verosimilitud de las alegaciones del consumidor, la inversión de la carga de la prueba a su favor.

El concepto de hipo-suficiencia, segundo NERY JR.,[74] envuelve aspectos económicos y técnico-científicos: el primero, relacionado a la carencia económica del consumidor faz al proveedor de productos y servicios y, el segundo, pertinente al desconocimiento técnico-científico que el adquirente final, vía de regla, enfrenta en la adquisición del producto o servicio.

*

Hipo-suficiencia es uno de los requisitos que, reconocido, permite al juez invertir la carga de la prueba en favor del consumidor. La inversión de la

[73] Consulte-se a respeto de las características de los intereses difusos la excelente síntesis doctrinaria presentada en el artículo de autoría de Álvaro Valery Mirra, A Coisa Julgada nas ações para a tutela de interesses difusos, en la Revista de los Tribunales 631, p. 71.
[74] Nelson Nery Jr., Revista Direito do Consumidor, vol. 1, ed. Revista dos Tribunais, 1992, São Paulo, p. 205.

carga de la prueba resultó del reconocimiento de la desigualdad de los litigantes, circunstancia típica de los intereses difusos.

De acuerdo con la Constitución Federal brasileña, todos tienen derecho al ambiente ecológicamente equilibrado. Se trata de derecho difuso por excelencia. Esa titularidad difusa es, normalmente, desaparejada económicamente y, principalmente, desconocedora de los procesos productivos que acarrean daños ecológicos, a ella aplicándose el concepto de hipo-suficiencia.

De otro lado, aunque el permisivo legal de la inversión *ope judicis* de la carga de la prueba conste en el Código de Defensa del Consumidor fuera del título III,[75] no hay duda de que el concepto de hipo-suficiencia, que embasa aquella inversión, es un concepto de naturaleza procesal. Por eso es posible invertir la carga de la prueba también en la acción civil pública que verse sobre materia ambiental.

Modernamente, otro fuerte argumento vino a sumarse con el anterior: se trata de la obligación del reo o investigado de demostrar que su actividad, potencialmente contaminadora no degrada el medio ambiente, por fuerza de los principios de Derecho Ambiental de la prevención, precaución y contaminador-pagador.

Véase interesante fallo del Tribunal de Justicia de Rio Grande do Sul que acogió la inversión de la carga de la prueba en acción civil pública propuesta por el Ministerio Público contra el Departamento de Limpieza Urbana del Municipio de Porto Alegre:

> Procesal Civil. Embargos de Declaración. (Administrativo y Procesal Civil). Daño ambiental. Terraplén sanitario de Extrema. Barrio Lami, Municipio de Porto Alegre. Inquérito civil. Acción cautelar de inspecciona *'ad perpetuam rei memoriam'*... Acción juzgada procedente. Prueba pericial deferida. Inversión de la carga de la prueba para imponer a los requeridos los costes de la pericia. Pedido constante de la inicial. Previsión legal (art. 6º, VIII, de la Ley 8078/90 y art. 18 de la Ley 7347/85). Omisión del juzgado. Acogida. (Embargos de Declaración, 4º Cámara Civil, Des. Wellington Pacheco de Barros, proceso 70002338473, j. 4.4.2001).

En otro juzgado, el mismo Tribunal entendió que incumbía al reo probar los hechos impeditivos o modificativos del derecho del autor, en los términos del art. 333, II, del Código Procesal Civil. Como la actividad nociva había cesado tan solamente por fuerza de la liminar, la sentencia la hizo definitiva. Así, incumbía al reo demostrar la inexistencia de daño. Se trataba de una creación irregular de cerdos. El demandado fue condenado a los gravámenes procesales (Apelación Civil 70004581781, 1º Cámara Especial Civil, Dr. Eduardo Uhlein, j. 29.4.2003).

Se percibe, entonces, que aunque no exista previsión legal expresa en la Ley de la Acción Civil Pública para la inversión de la carga de la prueba es posible adoptar la providencia utilizándose de una interpretación sistemática del Código de Defensa del Consumidor, así como, apoyándose en los principios de la precaución, prevención y contaminador-pagador.

[75] Como se vio anteriormente, todo el título III del Código de Defensa del Consumidor (ley 8078/90) que trata de la Defensa del Consumidor en Juicio (parte procesal do Código) ingreso en la Ley de la Acción Civil Pública, pela combinación del art. 117 do CDC con el art. 21 de la LACP.

2.3.7.2 Judicialización de la prueba producida en el ámbito del *inquérito civil*

Otra cuestión, muy próxima, pero no idéntica, es la posibilidad de judicialización de la prueba producida en el *inquérito civil*.

En el más de las veces el Ministerio Público, en el *inquérito civil,* se vale de pruebas requisadas a órganos públicos que ejercen el poder de policía administrativa ambiental.

Esos documentos, pericias y certificados son, pues, actos administrativos que gozan de la presunción de veracidad y legitimidad, ocasionando, en consecuencia, la inversión de la carga de la prueba de tales circunstancias. Así, incumbe al investigado infirmar y demostrar que tales actos administrativos no cumplen aquellos atributos.

Esa prueba ante-constituida, elaborada en el ámbito de la administración, judicializase en la medida en que es sometida a lo cribo del contradictorio, como acontece también en el ámbito criminal, cuando las pericias realizadas en la fase de la investigación, sin el contradictorio y sin la participación de la defensa, sirven de fundamento de la parte, con la posibilidad de producir contraprueba.

Sería prácticamente volver inviable la eficacia de la protección de los derechos de los ciudadanos, en el área de los derechos civiles, exigirse que el Ministerio Público, además de obtener esos levantamientos previos, aún tuviera que repetir la misma prueba en juicio, lo que significaría carga excesiva y repetición innecesaria de lo que ya está probado en los autos.

Esa hipótesis, por lo tanto, difiere de la anterior. Allá se trató de inversión de la carga de la prueba, aquí, de judicialización de la prueba anteproducida. Las tesis son convergentes y no se perjudican.

2.3.8 *Costas*

Dice el art. 18 de la Ley de la Acción Civil Pública: "en las acciones de que trata esta Ley, no habrá adelantamiento de cuestas, emolumentos, honora-

rios periciales y cualesquier otros gastos, ni condena de la asociación autora, salvo comprobada mala fe, en honorarios de abogado, costas y gastos procesales."

En el Tribunal de Justicia de Rio Grande do Sul hay harta jurisprudencia sobre el asunto, redimiendo la parte autora del pago de costas y honorarios periciales y de abogados, aunque haya sucumbido en la acción.[76]

El Superior Tribunal de Justicia, por su parte, entiende haber ofensa a la Ley de la Acción Civil Pública cuando las cargas para aquel que sucumbe sean aplicadas al Ministerio Público, pero admite pueda la Institución ser en él condenado si hubiera actuado temerariamente, con mala fe.[77]

Ya decidió el mismo Tribunal, sin embargo, que la exención de cuestas y honorarios no se extiende al proceso de ejecución.[78]

A pesar de la claridad de la Ley sobre el no adelantamiento de cuestas y honorarios, se sabe que, en la práctica, reside ahí el mayor problema de aplicación práctica de la acción civil pública. Es que el Poder Judicial no cuenta con un cuadro oficial de peritos para el área de medio ambiente, valiéndose, los jueces, de profesionales de su confianza. Entonces la incompatibilidad del sistema con la realidad. Aunque no exista adelantamiento de honorarios, en la realidad, muchos de los expertos nombrados por el Juez acaban declinando del gravamen delante de una parte autora que no adelanta honorarios periciales. Esa situación, además de tornar inviable el enjuiciamiento de acciones por las asociaciones civiles, perjudica la buena formación de la prueba, evaluada por los pocos profesionales que aceptan el gravamen sin recibir adelantamiento por el trabajo. Se trata de una verdadera descalificación de la prestación jurisdiccional y compromiso del acceso a la justicia.

2.3.9 *Alcance de la sentencia*

[76] Apelación 70002595775, 2a Cam Civ, Desª Maria Isabel Azevedo Souza, j. 15.8.2002; Agravo de Instrumento 70004729471, 1a Cam Civ, Dr. Eduardo Uhlein, j. 3.4.2003; Agravo de instrumento 70004111712, 4a CamCiv, Des. Vasco Della Giustina, j. 5.6.2002; La elación 70005419585, 3º Cam Civ, Des. Nelson Monteiro Pacheco, j. 13.3.2003.

[77] "Procesal Civil. Honorarios. Ministerio Público. Ação Civil Pública. O Ministerio Público no responde por honorarios de abogado, en caso de improcedencia del pedido en acción civil pública, a no ser en caso de comprobada mala-fe. Precedentes."(Resp 422.801, Min. Garcia Vieira, j. 27.8.2002).

[78] No extendiendo el dispuesto en el art. 18 a la ejecución se encuentra el Resp 358.884-RS, Min, Fernando Gonçalves, que entendió inaplicable la isención de costas al proceso de ejecución de la acción civil pública, delante de su autonomía y porque los exeqüentes eran personas físicas y, no el autor de la ACP, el Ministerio Público (j. 23.4.2002, DJU 13.5.2002).

Tal vez la gran contribución que Brasil pueda dar al derecho es la tutela a los derechos supla-individuales, especialmente bajo el prisma del derecho procesal.

Realmente, el derecho brasileño fue muy feliz en los instrumentos jurídicos de tutela del medio ambiente, especialmente en la previsión de la responsabilidad civil objetiva, de la responsabilidad penal de la persona jurídica, del compromiso de ajuste y de la acción civil pública.

Son consagrados en la legislación brasileña tres especies de derechos supla-individuales: los difusos, los colectivos y los individuales homogéneos.[79]

En este contexto es imposible desarrollar la doctrina sobre los intereses difusos. Sin embargo, se puede decir que la casi totalidad de las acciones civiles públicas ambientales versan sobre intereses difusos, la alguna pequeña parte, sobre difusos acumulados con individuales homogéneos.

Como los intereses difusos pertenecen la una pluralidad de titulares, indeterminados y indeterminables, conectados por circunstancias accidentales y mutables, la sentencia de procedencia a todos ellos aprovecha.

Es correcto, también, que la acción civil pública no puede perjudicar las acciones de las personas que fueron lesionadas por la misma actividad u obra contaminadora de la acción colectiva.

¿Entonces, como se quedan los efectos de la acción civil pública con relación a terceros? ¿Pueden ellos aprovechar la sentencia de procedencia? ¿Y, en caso de improcedencia, su acción individual me quedaría perjudicada?

La Ley de la Acción Civil Pública resolvió esta situación disponiendo que: "la sentencia civil hará cosa juzgada *erga omnes*, en los límites de la calificación territorial del órgano prolator, excepto si el pedido que sea juzgado improcedente por insuficiencia de pruebas, hipótesis en que cualquier legitimado podrá intentar otra acción con idéntico fundamento, valiéndose de nueva prueba."[80]

La solución, entonces, es la siguiente para las acciones que versen sobre interés difuso:

a) juzgada procedente – hará cosa juzgada *erga omnes* y cualquier persona podrá aprovechar la sentencia para, demostrando el nexo de causalidad de su derecho individual con el daño reconocido en la decisión judicial, hacer su liquidación por artículos. Si no quiera beneficiarse de la sentencia, podrá simplemente optar por la acción individual;
b) juzgada improcedente por falta de pruebas – el ente colectivo que ingresó con la acción puede renovarla, así como los otros entes colectivos,

[79] Conceptuados en el art. 81, I, II y III, del Codigo de Defensa del Consumidor, Ley 8078/90.

[80] Art. 16.

que no enjuiciaron la acción, pueden proponerla. Es el llamado *non liquet* – no hace cosa juzgada *erga omnes*;

c) juzgada improcedente con apreciación de la prueba – hace cosa juzgada *erga omnes* solamente para los entes colectivos (para preservar la seguridad jurídica). No hace cosa juzgada para los individuos, es lo que se denomina de cosa juzgada *secundum eventum litis, in utilibus* – esta expresión se aplica a los individuos.

2.4 Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta – TAC

Aunque no explique el pequeño número de demandas ambientales en los Tribunales Superiores, se comparable a otras demandas, es seguro que hay una nítida preferencia por la solución extrajudicial de los conflictos, en la actualidad.

Mientras más tiempo se pasa desde que el Ministerio Público fue autorizado a instaurar *inquéritos civis*[81] y celebrar *compromissos de ajustamento*,[82] la experiencia refuerza la convicción ministerial por la solución extrajudicial de los problemas ambientales.

Varias son las razones, aunque silenciosamente compartidas por los *Promotores de Justiça y Procuradores da República*[83] de todo Brasil, que legitiman la opción por la solución extrajudicial:

a) morosidad en el juicio de las demandas – aún reconociéndose la natural complejidad de las acciones civiles públicas por que envuelvan la formación de una prueba altamente técnica, la calidad de título ejecutivo extrajudicial del compromiso de ajuste, expresamente prevista en ley y confirmada en la jurisprudencia,[84] confiere innegable ventaja a la utilización del segundo, comparativamente a la primera;

b) es aún preponderante la visión privativa de la propiedad, la opción por los valores de la libre iniciativa y del crecimiento económico en detrimento de las cuestiones ambientales en los juzgados que aprecian la materia;

[81] Artículo 8º, § 1º, de la Ley 7347/85.
[82] Artículo 5º, § 6º, de la Ley 7347/85.
[83] Nombre de los cargos de los Fiscales Provinciales y Federales.
[84] Así SP 213.947, Minas Gerais (1999/0041500-0), Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., en la siguiente ementa: Ação Civil Pública. Compromisso de ajustamento.. Ejecución. Título ejecutivo. El compromiso de ajuste subscrito delante del Instituto Brasileño del Medioambiente– IBAMA y del Ministerio Público constituye título ejecutivo, en los términos del artículo 5º, párrafo 6º, de la Ley 7.347/85 que está en vigencia. Recurso conocido y provisto. Fecha del juzgado 6 de Diciembre de 1999.

c) mayor amplitud del compromiso de ajuste que de la decisión judicial en faz de los reflejos administrativos y criminales;[85]

d) menor coste, ya que el acceso a la Justicia es caro (*ej.* coste pericial, honorarios de abogado);[86]

e) mayor reflejo social de la solución extrajudicial, al permitir el trato de problemas bajo diversas ópticas: por ecosistemas y cuencas hidrográficas (fiscalías regionales, temáticas y volantes), por asuntos (permitiendo establecer prioridades, así como la realización de audiencias públicas y la intervención de la comunidad, lo que resulta en la obtención de decisión consensual y, consecuentemente, mayor efectividad al trabajo).

Por fin, no es posible olvidar que el Ministerio Público sólo tendrá interés procesal al enjuiciamiento de la acción, después de agotados los medios suasorios para la solución del conflicto.

Tal solución extrajudicial, además de más célere y, por lo tanto, más eficaz, pone a lumbre la importancia político-institucional del Ministerio Público y propicia, directamente, el conocimiento de los problemas, su investigación y solución. La prueba es colectada sin intermediarios y la solución sólo es adoptada, en el más de las veces, después de varias reuniones con órganos públicos, oída de expertos y de la comunidad, propiciando la adopción de decisión consensual y, por eso, también, legitimada.

El *termo de compromisso de ajustamento de conduta – TAC* es el instrumento, por excelencia, de que detiene el Ministerio Público para la referida solución extrajudicial de los conflictos ambientales. A continuación serán seleccionados algunos aspectos, con finalidad estrictamente práctica.

2.4.1 *Objeto*

El objeto del compromiso de ajustamiento es la adecuación de la conducta a las exigencias legales:[87] no se puede olvidar que el compromiso de ajuste corresponde a la solución extrajudicial del conflicto y, por lo tanto, no puede desbordar de la finalidad de componer el daño ambiental en su totalidad, por tratarse de derechos indisponibles. Así, si el compromiso de ajuste sustituye la acción que sería aforada, debe él contemplar la totalidad de la recomposición, utilizándose del sistema de obligaciones de no-hacer, hacer y condena en dinero, como prevé el artículo 3º de la Ley 7.347/85. El compromiso no debe desbordar de su finalidad. Mucho aunque se admita la subroga-

[85] Así, Daniel Fink, Alternativa à Ação Civil Pública Ambiental (Reflexiones sobre las ventajas del termo de ajustamiento de conducta), *in* Ação Civil Pública, 15 años, Coord. Édis Milaré, 2001, São Paulo, Informativo Periódico de los Tribunais, pp. 113/139.
[86] *Idem, ibidem.*
[87] Artículo 5º, párrafo 6º, de la Ley 7347/85 y artículo 211 del Estatuto de la Crianza y Adolescente.

ción de la obligación (compensación en otro bien ambiental, caso no sea posible reparar el daño investigado) no se admiten desvíos de finalidad, como donación la entidades que nada tienen a ver con la tutela ambiental, como que consejos tutelares,[88] guarderías, asilos, etc.

Cuestión que merece discusión es la posibilidad de componer el daño mediante la donación de equipamientos a órganos con atribución para el ejercicio del poder de policía administrativa en cuestión de medio ambiente, como, por ejemplo, donación de máquinas fotográficas, coches de policía, ordenadores, lanchas, motores, combustible, etc., en sede de *inquérito civil*.[89] Sería la hipótesis de indemnización del daño ambiental, aumentada a la obligación de hacer, en la parte en que el medio ambiente no pudiera ser recompuesto.

Por ejemplo, deforestación en área de preservación permanente.[90] Plan de reposición forestal e indemnización por la pérdida de la biodiversidad. Evaluación por la asesoría ambiental,[91] estimativa y propuesta de subrogación de la obligación en donación de equipamientos.

La cuestión reside en discutirse la posibilidad de esta subrogación habiendo fondos provinciales o municipales de medioambiente, para donde deberían ser destinados los valores de la indemnización.

2.4.2 **Aspectos Formales**

Releva notar que el título ejecutivo es el compromiso de ajuste y no el *inquérito civil*. Por eso, es fundamental para garantizar la certeza y liquidez del título, necesaria a la ejecución judicial en caso de incumplimiento, que el compromiso de ajuste contenga:

[88] Órganos relacionados a la tutela de la crianza y adolescente.

[89] No se trata aquí, de la transacción penal, donde la prestación de servicio a la comunidad por el infractor ambiental o la obligación de señalar recursos para la actuación eficiente de quien detén el poder de policía administrativo (policía militar, departamento áreas protegidas, comités de cuencas, etc.) debe ser impuesta como sanción penal. Así, la propuesta de racionalización de servicios – sesión temática del Ministerio Público, 2º Congreso Nacional do Ministerio Público, Agosto de 2001, Canela/RS, ítens VI y VII.

[90] Tratase de una área protegida por el Código Forestal brasileño donde no se puede hacer manejo o deforestación, excepto en los casos de utilidad pública o interés social, definidos en ley o por el Consejo Nacional del Medioambiente – CONAMA. Actualmente se discute una propuesta de resolución que definirá algunas actividades consideradas de utilidad pública, interés social y bajo impacto, capaces de ser ejercidas en áreas de preservación permanente.

[91] En el Ministerio Público del Rio Grande do Sul hay una división de asesoramiento técnico con 37 miembros, parte de ellos, con atribución para asesoría ambiental de los Fiscales. http://intra.mp.rs.gov.br/dat/ctype/pgn/id102.htm. Aceso en 15 de julio de 2009.

2.4.2.1 Calificación de las partes investigadas y correcta representación

Con relación a la persona natural, el compromiso deberá contener el número de la identidad, mientras que, para la persona jurídica, deberá haber mención al número del registro de la empresa en el fisco federal[92] o al documento de micro empresa, además del domicilio, dirección profesional, etc.

Quien presenta la persona jurídica, en los términos del artículo 12, inciso VI, del Código Procesal Civil, es aquella designada por sus estatutos o, en la ausencia, por el Director. Es importante, pues, antes de la audiencia de tentativa de celebración del compromiso, haber juntado a los autos del *inquérito civil* el contrato social de la empresa y su última alteración, lo que podrá ser requisado a la Junta Comercial.

Si la persona que comparezca a la audiencia en nombre de la empresa no a represente, en los términos de su Estatuto Social, será necesario mandato con poderes específicos para firmar el compromiso.

2.4.2.2 Descripción de la situación lesiva

Se debe describir el más precisamente posible la situación lesiva, el reconocimiento del deber de recomponer y el contenido de la obligación.

Se debe evitar hacer referencia al contenido del *inquérito*, prefiriendo su reproducción en el texto del compromiso.

2.4.2.3 Las condiciones de tiempo, modo y lugar del cumplimiento de las obligaciones

Para garantizar la liquidez y certeza del título, es fundamental situar las condiciones de tiempo, modo y lugar del cumplimiento de las obligaciones asumidas. En el caso de acumulación de las obligaciones de hacer, no hacer e indemnización en dinero,[93] es preciso tener un parecer suscrito por persona habilitada, calculando el valor del daño no sensible de recomposición por la obligación de hacer. Se entiende que ese informe o parecer, sin embargo, no vincula la decisión del Fiscal por ocasión del acuerdo, pudiendo haber acuerdo sobre el pago de valor superior o inferior, a la similitud de lo que ocurre con el Juez en relación al informe pericial.[94]

[92] Tratase del documento conocido por la sigla CGC – cadastro geral de contribuintes.

[93] En los términos comentados en los ítens 2.3 de ese texto.

[94] Artículos 130 y 436 del Código Procesal Civil y art. 19 de la Ley de la Acción Civil Pública.

2.4.2.4 ¿Criterio para la fijación de la conminación: multa diaria o por evento?

El criterio variará de acuerdo con la naturaleza de la obligación. Por ejemplo, obligación de hacer una obra, presentar un proyecto. Es posible, en esos casos, cotejar el incumplimiento diario. Otra, como obligación de no hacer, podrá exigir que el criterio de incidencia de la conminación sea el evento realizado en disonancia con el estipulado (por ejemplo, venta de lotes en loteo irregular), lo que puede generar dificultades en la fiscalización (dejar claro el criterio de constatación del incumplimiento de la obligación – policía ambiental, servidores del Ministerio Público, pericia, *notitia criminis*, etc.).

2.4.2.5 Compromiso de Ajuste parcial: ventajas y desventajas:

Materia sumariada por el Consejo Superior del Ministerio Público de São Paulo,[95] el compromiso de ajuste parcial debe ser utilizado cuando el cumplimiento de la obligación dependa de condición sobre la cual el estipulante (Ministerio Público) no tenga el dominio del resultado y, por lo tanto, no pueda estimar las circunstancias exactas para el cumplimiento de la totalidad de la obligación. Por ejemplo, residuos sólidos industriales – necesidad de previo diagnóstico del área degradada como requisito para fijación de las obligaciones futuras de recomposición – verificación de la extensión del daño y definición de las medidas mitigadoras.[96]

La desventaja del compromiso parcial es el hecho de la obligación quedarse diferida en el tiempo, retirando el efecto práctico de la ejecución en caso de incumplimiento y retardando la recomposición del ambiente, ya que la discusión judicial va a se limitar a la inejecución de un proyecto.

4 Actuación penal

Se trata de la función tradicional del Ministerio Público.

La Constitución Federal prevé como función institucional del Ministerio Público promover, de modo exclusivo, la acción penal, en los términos de la ley.[97]

[95] Súmula 20.

[96] La experiencia del compromiso de ajuste parcial ha sido utilizada en el Rio Grande do Sul para los casos de recuperación de basureros porque el órgano ambiental del Departamento entiende necesario un previo diagnóstico ambiental de la área para definir las medidas mitigadoras, urgentes y tradicionales que serán exigidas del degradador, así también como los plazos en que las obligaciones serán ejecutadas.

[97] Art. 129, I, de la Constitución Federal.

Además, la Constitución Federal establece tres esferas de responsabilidad distintas y autónomas: administrativa, civil y penal,[98] de modo que sobre un mismo hecho puede incidir más de una modalidad de responsabilidad. Así, como observa Cruz,[99] la nota que distingue la responsabilidad penal de las otras formas de responsabilidad por hechos ilícitos es la culpabilidad, ésta comprendida como reprobación de la conducta y no solo como sinónimo de la responsabilidad subjetiva.

Los hermanos Freitas[100] comentan que hasta la edición de la Ley de los Crímenes e Infracciones Administrativas Ambientales (Ley 9605/98), la legislación ambiental penal brasileña era muy dispersa y poco técnica, con poca o casi ninguna efectividad. Tal vez sea este el motivo porque el Ministerio Público brasileño se haya destacado por la implementación de la legislación ambiental en la esfera civil. Es que mientras que la legislación penal era muy débil, la civil, desde la década de los ochenta, contaba con muy buenos mecanismos procesales y civiles para la tutela ambiental.

4.1 La Ley 9605/98

Esa situación se modificó con la publicación de la Ley 9.605/98 que dispone sobre los delitos[101] e infracciones administrativas ambientales.

Entre las particularidades de la Ley 9.605/98 se puede destacar su carácter preventivo, ya que contiene varios delitos de peligro, la dependencia de normas penales en blanco, dada a la necesidad de apoyarse en dados técnicos, la introducción de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el ordenamiento penal brasileño, bien como de la concurrencia por omisión de lo dirigente y el carácter reparador del Derecho Penal. Esta última característica, por involucrar una distinta forma de proceder en el rol del fiscal será tratada en apartado específico.

La responsabilidad penal de la persona jurídica está prevista en el artículo 3º de la Ley.

> Art. 3º – Las personas jurídicas serán responsabilizadas administrativa, civil y penalmente, de acuerdo con lo previsto 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.

[98] Art. 225, párrafo 3º, de La Constitución Federal.

[99] Ana Paula Fernandes Nogueira da Cruz. *A Culpabilidade nos Crimes Ambientais*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2008, p. 202.

[100] FREITAS, Vladimir Passos de, FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a Natureza*. 8º. Edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, pp. 23-25.

[101] Sobre los crímenes ambientales en especie, ver, por lo todos, LECEY, Eladio en muchos trabajos que ha escribido, referidos en la bibliografía, al final de ese texto.

§ único – La responsabilidad de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas, autoras, coautoras o partícipes del mismo hecho.

Según Marchesan,[102] se puede nombrar los siguientes requisitos para la configuración de la responsabilidad penal de la persona jurídica: (a) es necesario que el hecho practicado u omitido resulte en un beneficio para la empresa y no que sea cometido en provecho exclusivo del autor de la acción; (b) debe haber una vinculación entre el hecho y la actividad de la empresa; (c) debe haber una vinculación jerárquica, de subordinación entre la empresa y el autor material del delito; (d) debe ser utilizada la estructura de la empresa para la práctica del delito, de modo que el delito no habría ocurrido si no fuera para la obtención de sus objetivos; (e) debe haber una deliberación de la dirección o quien por ella responda, o de su órgano colegiado, en beneficio de la entidad.

Por otro lado, se introdujo una nueva modalidad de delito comisivo por omisión al preverse, para los dirigentes, en el artículo 2º, el deber de evitar el resultado dañino, asumiendo ellos, la posición de garantes de que el daño no ocurra.

4.293, Los delitos en especie

La parte penal de la Ley 9605/98 está divida en cinco capítulos: disposiciones generales, aplicación de la pena, aprehensión del producto y del instrumento de la infracción administrativa o del crimen, de la acción y del proceso penal y de los delitos contra el medio ambiente.

A su vez, ese último capítulo, está dividido en cinco secciones: delitos contra la fauna, delitos contra la flora, contaminación y otros crímenes ambientales, delitos contra el ordenamiento urbano y patrimonio cultural y delitos contra la administración ambiental.

Al total, son treinta y nueve delitos, siendo siete contra la fauna, como caza y pesca prohibidas en las circunstancias especificadas; quince delitos contra la flora, entre ellos el de destruición o daños a los bosques o espacios protegidos y adquisición de madera ilegal; ocho delitos de contaminación, como contaminación del agua, de la atmósfera o a través de desechos, de modo que pueda causar daño a la salud humana o que dañe, de modo significativo, la flora o la fauna, de minería sin permiso; seis delitos contra el ordenamiento urbano y patrimonio cultural, como la destrucción o deterioro de bien sometido a la protección por ley, decisión judicial o acto administrativo, grafitar o ensuciar edificación o mobiliario urbano y, por último, los seis delitos contra la administración ambiental, donde se encuentran, entre otros, afirmaciones

[102] MARCHESAN, Ana, CAPPELI, Sílvia, STEIGLEDER, Annelise. Direito Ambiental. 5ª edição, Porto Alegre, Verbo Jurídico, 2008, p. 183.

falsas o engañosas y omisiones por parte del funcionario público en los permisos ambientales, concesión de permiso en desacuerdo con la ley, dificultar o obstaculizar la acción fiscalizadora del poder público o inserir estudio, informe u otro documento falso o engañoso, incluso por omisión.

Como se puede verificar, la Ley 9605/98 es bastante completa, ya que prevé una amplia gama de delitos ambientales y utiliza el concepto amplio de medio ambiente, que abarca el ambiente natural, cultural y artificial.

Marchesan[103] advierte que la Ley 9605/98 *no trabaja con sanciones muy elevadas. La privación de libertad es una pena casi inaplicable.* Es que por fuerza de la Ley 9.099/95, alterada por la Ley 10.259/01, es posible la transacción (art. 27 de la Ley 9605/98, c/c art. 76 de la Ley 9099/95) para los cuya pena máxima pena no sea superior a dos años y la suspensión condicional del proceso (art. 28 de la Ley 9605/98 c/c art. 89 de la Ley 9.099/95), cuando la pena mínima no sea superior a un año.

4.3 El rol del Fiscal Ambiental en la Ley 9605/98

La investigación realizada a través del *inquérito civil* o de las "piezas de información" tiene hoy significativo reflejo en el ámbito criminal y viceversa. Así, lo ideal es que las atribuciones civiles y criminales estén acumuladas en un sólo órgano del Ministerio Público, para que no haya decisiones y adopción de medidas incompatibles entre las esferas de responsabilidad. En Rio Grande do Sul, la atribución cumulativa de las esferas civil y criminal en la persona del Fiscal Especializado en Medioambiente fue conferida a través del Acto Administrativo de la *Procuradoria-Geral de Justiça* nº 12, de 15 de junio de 2000.[104]

Como pone de manifesto Lecey,[105] la Ley de los Crímenes Ambientales ha valorado las penas alternativas y la reparación del daño al ambiente.

El mayor reflejo de la actuación civil en el proceso-crimen está en la condición prevista en el artículo 27 de la Ley 9.605/98, es decir, en los crímenes en que sea posible hacer la transacción penal, la composición civil es condición para aquella, excepto que haya imposibilidad de recomposición.

Así, el *compromisso de ajustamento,* composición civil utilizada por el Ministerio Público, será la condición para la transacción penal.

Una vez comparados los antecedentes del investigado y haciéndose él acompañado por abogado, nada impide que el compromiso de ajuste sea ela-

[103] Obra citada, p. 176.

[104] El referido Acto Administrativo prevé varias otras modificaciones en las atribuciones de los Fiscales. También hay noticia de acumulación de atribuciones en los Departamentos de Paraná, Rio de Janeiro, Bahia y Distrito Federal.

[105] Eladio Lecey. *Direito ambiental penal reparador.* Revista de Direito Ambiental n. 45, jan./mar. 2007, pp. 92-106.

borado en dos copias, de forma que una se remite a la Jurisdicción Especial, haciendo las veces del acuerdo que vehicula la composición civil.[106]

Tras la composición civil, se sigue la transacción penal, o sea, los institutos no se confunden.

Además de las obligaciones asumidas en el *compromisso de ajustamento*, y que forman parte de la composición civil, deberá ser impuesto al infractor una sanción de naturaleza penal (multa o restrictiva de derechos). Dichas penas, además, deben guardar relación con la cuestión ambiental,[107] como, por ejemplo, prestación de servicios en la recuperación de una plaza, parque, o trabajo junto las entidades ambientales. SÍCOLI[108] destaca la conveniencia de obtenerse junto a los órganos ambientales, como la Policía Ambiental, Jardines Botánicos, Zoológicos, Secretarías de Medioambiente, Departamento de Forestas y Áreas Protegidas, Administración de Unidades de Conservación, "la especificación de las actividades que podrían ser atribuidas a los infractores, así como una relación de los equipos y bienes necesarios a la mejor estructuración de los servicios."

De otro lado, es aconsejable que el Fiscal haga constar del acta de la audiencia preliminar que la extinción de la punibilidad será oportunamente decretada, tras el decurso del plazo para el cumplimiento de la pena, o sea, condicionar la homologación de la transacción al cumplimiento de las condiciones establecidas.

En relación con los delitos de potencial ofensivo mediano, como ya mencionado, se hace posible la suspensión condicional del proceso. La Ley 9605/98, en el art. 28, exige un laudo que verifique la efectiva reparación del daño para la declaración de extinción de punibilidad, a menos que haya la imposibilidad de reparación, ésta entendida como la imposibilidad económica del autor del daño de recomponerlo. LECEY[109] resalta que la ausencia de reparación del daño constituye causa de revocación del beneficio, de acuerdo con el art. 89, párrafo 3º, de la Ley. Caso haya reparación incompleta, el plazo de suspensión del proceso será prorrogado. Así, en la sistemática de la Ley 9605/98, la reparación del daño no es solamente una condición para la suspensión del proceso, sino que también para la declaración de extinción de la punibilidad, la cual solamente podrá ser efectuada mediante de laudo técnico que compruebe la reparación del daño ambiental.

[106] Así decidió el Consejo del Ministerio Público de Medioambiente del Rio Grande do Sul – CONMAM, creado en marzo de 2000 por acto del Procurador-General de Justicia. Al CONMAM incumbe elaborar enunciados sin carácter vinculativo, con el objetivo de sugerir la harmonización y directrices para la actuación y fomentar reuniones de los Fiscales.

[107] Así, José Carlos Meloni Sícoli, Propuesta de Racionalización de los Servicios, obra citada, ítem VI.

[108] Idem, ibidem.

[109] Obra citada, pp. 102-103.

Por último, enseña LECEY[110] que las medidas impuestas por el juez, tanto en la transacción, cuanto en la suspensión condicional del proceso, deben representar un beneficio ambiental. Asimismo, critica la fijación de donaciones en equipos para órganos ambientales o para los discapacitados. Sugiere las penas previstas para las personas jurídicas como sanciones restrictivas de derecho a las personas físicas, como el pago de programas ambientales o mantenimiento de espacios públicos. Para la persona natural, todavía, puede ser imposta la condición de ejecutar tareas gratuitas junto a espacios protegidos.

5 Otras actividades del Ministerio Público en la tutela ambiental

Además de las actividades típicamente relacionadas a la investigación del daño ambiental y su composición,[111] el Ministerio Público tiene cada vez más destacada su función de tutela ambiental extrajudicial *lato sensu*. Aquí se incluyen otras las tareas del Ministerio Público, como a de representación – como órgano de Estado que es-, participación en Consejos, acompañamiento de la formulación de la legislación ambiental, etc.

5.1 Participación en consejos y comisiones parlamentarias de investigación

Por fuerza de la edición del Decreto Federal 3.942, de 27 de septiembre de 2001, fue alterada la composición del Consejo Nacional del Medioambiente – CONAMA, dando asiento al Ministerio Público Federal y Departamental en el plenario, con voz, pero sin derecho a voto.[112]

Importantísima la posibilidad del Ministerio Público participar del CONAMA, foro donde, en la práctica, se "legisla" en materia ambiental y donde todos los segmentos organizados se hacen presentes.

Otra participación importante es en los Consejos Departamentales de Medioambiente – CONSEMAS, donde se traza la política de actuación en nivel Departamental o Provincial, así como se editan las normas aplicables al Departamento.[113]

5.2 Participación y acompañamiento en la elaboración de la legislación ambiental

[110] Obra citada, p. 105-106.

[111] Que se traducen en el *inquérito civil* y en el *compromisso de ajustamento*.

[112] Art. 4º, párrafo 1º, incisos I e II.

[113] En Brasil los Departamentos o Provincias se llaman Estados-Membros En el Rio Grande do Sul el Ministerio Público tiene asiento en el CONSEMA, con voz, pero sin derecho a voto.

También significativa es la participación en el acompañamiento de proyectos de ley junto a la Cámara de Diputados y Senado, como también en las Asambleas Legislativas. Los ejemplos son varios y fructíferos.[114]

5.3 Participación en la ejecución de políticas públicas ambientales

Ejemplos de actuación extrajudicial del Ministerio Público son las actividades que contribuyen para la adopción o implementación de políticas públicas ambientales departamentales o municipales.

Así, por ejemplo, programas de separación y reciclaje de basura urbana, aplicación de la legislación sobre embalajes de herbicida (centrales) y recogimiento de pilas y de baterías. Inserción en el proyecto de gestión ambiental compartida, haciendo con que haya una mejor distribución de las cargas públicas ambientales y que los municipios asuman su poder-deber en la materia, no haciendo sobrecarga al Departamento o Provincia.

5.4 Nuevas experiencias con Fiscalías Ambientales: Fiscalías regionales, temáticas y volantes

Algunas Provincias de la Federación implementaron Fiscalías Temáticas, en razón de determinado ecosistema o unidad de conservación, alcanzando a una Fiscalía atribución para actuar en el área correspondiente al bien protegido. Otros, aún, crearon Fiscalías Regionales, donde el Fiscal especializado amplía su atribución para atender las ciudades de determinada región que, por sus peculiaridades, indican la necesidad de concentración de la atribución en una Fiscalía, trayendo mayor efectividad en razón de la especialización del órgano ministerial. Por fin, las Fiscalías Volantes se desplazan para determinada región considerada prioritaria, por determinada época del año o con algún ecosistema importante para atender la demanda específica. Normalmente son hechas inspecciones, audiencias y compromisos de ajuste, en un esfuerzo de actuación periódico y determinado en el tiempo.

5.5 Consejo del Medioambiente del Ministerio Público

Creado a través del Acto Administrativo nº 09, de 11 de abril de 2000, el Consejo de Defensa del Medioambiente – CONMAM tiene por objetivos: elaborar enunciados, sin carácter vinculativo, con la finalidad de sugerir la armonización y directrices de actuación y fomentar reuniones de los Fiscales con actuación o interés en el área ambiental, en el Estado de Rio Grande do Sul.

El Consejo es presidido por el *Subprocurador-Geral* para Asuntos Institucionales, quedándose la 1º Vice-presidencia a cargo del Coordinador del Centro de Apoyo Operacional de Defensa del Medioambiente. Aún hay la participación de un representante de la Corregidoria-General del Ministerio Público.[115]

Las reuniones ordinarias ocurren los primeros viernes del mes, pudiendo ser convocadas reuniones extraordinarias, por convocatoria de la presidencia. La edición de enunciados dependerá de la comparecencia de 2/3 de los presentes, con *quórum* mínimo previsto en el regimiento interno.

Conclusión

La gran transformación legislativa que permitió un cambio en el perfil institucional del Ministerio Público ocurrió en la década de 1980, cuando la legislación, especialmente las Leyes de la Política Nacional del Medio Ambiente y de la Acción Civil Pública, atribuyeron al Ministerio Público la legitimidad para, en la calidad de autor, promover el *inquérito civil* y la acción civil pública para defender el ambiente. Esta legitimación civil fue reconocida como función institucional del Ministerio Público por la Constitución Federal de 1988, haciendo con que la Institución, tanto en el plan del Ministerio Público de la Unión, como de los Estados, si estructurara para la atención de esa nueva función, creando Fiscalías especializadas en la defensa del ambiente y otros órganos de apoyo. Innovó, también, el Ministerio Público, conduciendo su actuación como inductor de políticas públicas, participando de Consejos de Medio Ambiente y acompañando proyectos de ley, de forma organizada. Como ejemplo de esta actuación articulada se puede citar la creación de la Asociación Brasileña del Ministerio Público de Medio Ambiente, del foro de Coordinadores de Centros de Apoyo y de la Cuarta Cámara de Coordinación y Revisión.

Antes de esta alteración legislativa, la legitimidad del Ministerio Público para cuestiones ambientales se circunscribía a la actuación penal, muy tímida, en razón de las limitaciones legislativas entonces vigentes.

La consolidación de la actuación del Ministerio Público ocurrió, así, de entrada por la legislación civil y procesal civil, haciendo con que se hiciera el mayor autor de acciones en defensa del ambiente, mucho aunque haya otros legitimados.

[114] Algunos ejemplos importantes son la alteración del Código Forestal, del Proyecto de Ley de Concesión de Florestas Públicas y del Proyecto de la Ley del Parcelamento del Suelo Urbano.

[115] Conforme su Regimento Interno. Ver en www.mp.rs.gov.br, Centros de Apoyo, centro de apoio de meio ambiente, CONMAM.

En la evolución de esa experiencia de autor de la investigación y de la acción ambiental, el Ministerio Público he se inclinado por la resolución extrajudicial de los conflictos ambiental, a través del compromiso de ajuste.

Con la publicación de la Ley de los Crímenes e Infracciones Administrativas Ambientales,[116] se completaron los instrumentos disponibles al Ministerio Público, que ahora actúa en las esferas civil y penal con instrumentos legislativos aptos a la tutela ambiental.

Sin embargo, muy aún hay lo que hacer para mejorar la aplicación de esos instrumentos. Se identifican algunos problemas con relación a la acción civil pública, como los concernientes a la producción de la prueba, a las cuestas procesales y a la condición de actuación del Ministerio Público ante los Tribunales.[117] Una alternativa, aún poco utilizada para superar esas dificultades sería el litisconsórcio entre el Ministerio Público y las ONGS, especialmente en lo que concierne a la producción de las pruebas y al recurso a los Tribunales Superiores.

Además de la expresa previsión legislativa de la atribución de los miembros del Ministerio Público para la defensa del medio ambiente en la condición de investigadores y autores de acciones y de la necesaria estructuración de la Institución, para que se mantenga la efectividad de este ya histórico y consagrado trabajo es fundamental el intercambio de ideas entre sus miembros y continua capacitación.

Notas bibliográficas

ABELHA, Marcelo. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2003.

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental*. 2ª edição. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, 284p.

ALVES, José Lourenço. *Buscando Adequar a Intervenção do Ministério Público no Processo Civil*. Revista da Associação do Ministério Público do Estado de São Paulo, ago-set 2000, p. 36.

ARAÚJO, Lílian Alves de. *Ação Civil Pública Ambiental*. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2001.

AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. *Aspectos processuais da Lei 9605/98*. In Direito Ambiental na visão da magistratura e do Ministério Público. Coord. Jarbas Soares Júnior, Belo Horizonte, Del Rey, 2003, pp. 361-408.

BURLE FILHO, JOSÉ EMMANUEL e GAMA, ANTÔNIO CARLOS AUGUSTO. *Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público e Ônus da Sucumbência*. Revista de Direito Ambiental, n. 1, São Paulo, RT, jan.-mar. 1996 p.67.

CAPPELLI, Sílvia, MARCHESAN, Ana e STEIGLEDER, Annelise. *Direito Ambiental*, 5ª edição, Porto Alegre, Editora Verbo Jurídico, 2008, 288p.

[116] Lei 9605/98.

[117] Condição de *custos legis* ou fiscal da lei – e não de autor da demanda.

CAPPELLI, Sílvia. *Ação Civil Pública Ambiental: a experiência brasileira, análise de jurisprudência*. São Paulo, Revista de Direito Ambiental n. 33, jan./mar. 2004, pp. 173-198.

_____ . *Atuação Extrajudicial do Ministério Público na Tutela do Meio Ambiente*. Direito Ambiental na Visão da Magistratura e do Ministério Público, coord. Jarbas Soares Júnior, Belo Horizonte, ed. Del Rey, 2003.

CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. *Culpabilidade nos Crimes Ambientais*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2008, 287p.

FERRAZ, Sergio. *Provimentos Antecipatórios na Ação Civil Público*. Ação Civil Pública, 15 anos, coord. Édis Milaré, 2º edição, São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Ximena Cardozo. *A atuação do Ministério Público na implementação de políticas públicas da área ambiental*. Revista de Direito Ambiental n. 51, jul-set 2008, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, pp. 249-268.

FINK, Daniel Roberto. *Alternativa à Ação Civil Pública Ambiental (Reflexões sobre as vantagens do termo de ajustamento de conduta*. Ação Civil Pública-15 anos, Coord. Édis Milaré, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001.

FREITAS, Vladimir Passos de, FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a Natureza*. 8º Edição. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, pp. 23-25.

JELINEK, Rochelle. *Efetividade do TAC Ambiental: diagnóstico e perspectivas*. Direito Ambiental, Mudanças Climáticas e Desastres, coord. Antonio Herman Benjamin, Eladio Lecey e Sílvia Cappelli, São Paulo, Imprensa Oficial, 2009, v. 1, pp. 257-268.

_____ . *Compromisso de ajustamento de conduta e sua execução: técnicas para efetivação dos direitos transindividuais*. 2007. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007.

LANFREDI, Geraldo Ferreira e outros. *Direito Penal na área ambiental: os aspectos inovadores do estatuto dos crimes ambientais e a importância da ação preventiva em face desses delitos*. São Paulo, Ed. Juarez de Oliveira, 2004, 360p.

LECEY, Eladio. *Crimes contra a fauna na Lei 9.605/98*. Revista de Direito Ambiental n. 48, out-dez 2007, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, pp. 88-101.

_____ . *Crimes contra o patrimônio cultural e o ordenamento territorial e urbano na Lei 9605/98*. Direito Ambiental, Mudanças Climáticas e Desastres, 2009, São Paulo, Imprensa Oficial, coord. Antonio Herman Benjamin, Eladio Lecey e Sílvia Cappelli, v. 1, pp. 107-122.

_____ . *Crimes de poluição e outros – Lei 9605/98*. Mudanças Climáticas, Biodiversidade e uso sustentável de energia, 2008, São Paulo, Imprensa Oficial, coord. Antonio Herman Benjamin, Eladio Lecey e Sílvia Cappelli, p. 175-192.

_____ . *Direito ambiental penal reparador: composição e reparação do dano ao ambiente: reflexos no juízo criminal e a jurisprudência*. Revista de Direito Ambiental 45, jan-mar 2007, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, pp. 92-106.

_____ . *Proteção Penal da flora em unidade de conservação, área de preservação permanente e de reserva legal*. Meio Ambiente e acesso à justiça: flora, reserva legal e APP, São Paulo, 2007, Imprensa Oficial, coord. Antonio Herman Benjamin, Eladio Lecey e Sílvia Cappelli, p. 83-110.

_____ . *Responsabilidade Penal da pessoa jurídica: efetividade, questões processuais e jurisprudência*. Paisagem, Natureza e Direito, 2005, São Paulo, Imprensa Oficial, coord. Antonio Herman Benjamin, v. 1, pp. 251-272.

_____ . *Tutela penal das águas e das áreas de preservação permanente.* Direito, Água e Vida, coord. Antonio Herman Benjamin; 2003, São Paulo, Imprensa Oficial, v. 1, pp. 487-512.

_____ . *Recursos Minerais: utilização, degradação e proteção penal do ambiente.* O Futuro do controle da Poluição e da Implementação Ambiental, coord. Antonio Herman Benjamin, São Paulo, 2001, Imprensa Oficial, pp. 99-112.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Proposta de Racionalização da Intervenção do Ministério Público no Cível a Partir do Conceito de Interesse Social.* Revista do Ministério Público do Estado de São Paulo, dez-jan-fev 2001, p. 70.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública*, São Paulo, 2a edição, Revista dos Tribunais, 1992.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação de Tutela*, São Paulo, Malheiros, 6a edição, 2000.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo.* São Paulo, Saraiva, 13a edição, 2001.

_____ . *Ministério Público e Cidadania.* Revista da Associação do Ministério Público do Estado de São Paulo, abr-mai 2000, p. 47.

_____ . *O Inquérito Civil.* Ed. Saraiva, São Paulo, 1999.

_____ . *Compromisso de Ajustamento de Conduta: evolução, fragilidades e atuação do Ministério Público.* Revista de Direito Ambiental n. 41, jan-mar 2006, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, pp. 93-110.

MILARÉ, Édis. *Ação Civil Pública, 10 anos.* São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.

_____ . *Ação Civil Pública, 15 anos.* São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação Civil Pública e Reparação do Dano ao Meio Ambiente.* São Paulo, Juarez de Oliveira, 2002.

MORAES, Alceu Schoeller de. *O Novo Ministério Público no velho Processo Civil.* Réplica, Informativo da Associação de Ministério Público do Rio Grande do Sul, 67, setembro de 2001, p. 7.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *A coisa julgada erga omnes nas ações coletivas (Código do Consumidor) e a Lei 9.494/97.* Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 44, jan/mar/2001.

PRADO, Luiz Regis. *Apontamentos sobre o ambiente como bem jurídico-penal.* Revista de Direito Ambiental n. 50, abr-jun 2008, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, pp.133-158.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta.* Rio de Janeiro, Forense, 2002.

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS E A ATUAÇÃO POR BACIA HIDROGRÁFICA

Alex Fernandes Santiago*

Sumário: 1. Introdução. 2. Questionamento do modelo tradicional de atuação. 3. O Ministério Público mineiro e a atuação por bacia hidrográfica. Histórico. 4. Dinâmica da atuação. 5. A superação do modelo tradicional. 6. Resultados. 7. Conclusão.

> *"Esforçar-me-ei por descobrir a interação das forças da natureza e as influências que exerce o ambiente geográfico sobre a vida vegetal e animal. Por outras palavras, terei de explorar a unidade da natureza."* (Humboldt, o naturalista, 1799, rumo às suas expedições austrais)

1 Introdução

Os romanos, que sempre se caracterizaram pela extrema praticidade, ainda que conscientes dos riscos que toda definição encerra (*omnia definitio periculosa est*), não se permitiam paralisar pelo medo de enfrentar as questões e salientavam que, para iniciar uma discussão, necessário era definir o que estava em jogo: *definitio est initium omni disputationi.*

Assim é que a própria Lei da Política Nacional do Meio Ambiente – Lei 6938/81, em seu artigo 3º, inciso I, preocupada com as inúmeras perspectivas que se podem conferir ao termo meio ambiente, cuidou de apresentar seu conceito, em locução que revela a maior amplitude possível: "conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem química, física e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas".

Chama a atenção nessa definição a incorporeidade, pois nela prevalece o conjunto de relações: inseridas no conceito espacial, relações físicas, químicas e biológicas, entre fatores vivos e não vivos (fatores abióticos) estão abrangidas, pa-

* Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Coordenador das Promotorias de Defesa do Meio Ambiente da Bacia do São Francisco em Minas Gerais de 2005 a 2009. Coordenador das Promotorias de Defesa do Meio Ambiente do Alto São Francisco de 2003 a 2005. Membro do Conselho Estadual de Política Ambiental do Estado de Minas Gerais de 2003 a 2009.

ra permitir, abrigar e reger a vida, em todas as suas formas. Abrigou o conceito legislativo, assim, o paradigma ecológico da globalidade e da processualidade.[1]

Nesse prisma, pode-se afirmar que a característica que mais salta aos olhos do meio ambiente é a sua onipresença. O meio ambiente está em todos os lugares. Os recursos ambientais possuem índole planetária (água, ar, solo). Os bens ambientais colocam-se, assim, em posição soberana a qualquer limitação espacial ou geográfica, pois não há fronteiras para o meio ambiente. Daí a necessidade de que haja cooperação internacional, uma política mundial de proteção e preservação.

E o conjunto de interações previstos na definição legislativa brasileira de meio ambiente deve-se verificar de forma tal que traduza o meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito de todos, bem de uso comum do povo, e, sobretudo, essencial à sadia qualidade de vida, na dicção do artigo 225 da Constituição Federal.

A própria legislação brasileira ambiental, atenta a tais questões, já cuida de trazer novas unidades territoriais, como no caso do artigo 1º, inciso V, da Lei 9.433/97, que estabelece a bacia hidrográfica como "unidade territorial para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos."

Diante de tais postulados, facilmente dedutível é a fragilidade da atuação tradicional do Ministério Público, seguindo a vetusta divisão da organização judiciária, em Comarcas, para enfrentar as exigências ambientais. E, ainda, a figura do membro do Ministério Público que atua em diversas áreas (criminal, cível, infância e juventude, consumidor, idoso, direitos humanos, controle externo da atividade policial, patrimônio público e também meio ambiente), desdobrando-se em atividade multifacetária que muitas vezes não permite o necessário e adequado aprofundamento nas questões ambientais.

Daí porque a criação, no Estado de Minas Gerais, da Promotoria de Justiça por Bacia Hidrográfica do Rio São Francisco, representou inovação aplaudida por todos aqueles que se dedicam à defesa do meio ambiente, saboreando reconhecimento em nível nacional e internacional, merecendo detalhamento de sua criação, estrutura e funcionamento, conforme se verifica a seguir.

[1] "Duas idéias, absolutamente essenciais, destacam-se assim do que se poderia chamar de paradigma ecológico: a idéia de globalidade e a idéia de processualidade. A primeira ensina que tudo constitui sistema na natureza; para esta nova ciência do *habitat* (o neologismo ecologia articula os termos gregos *oikós*, casa e *logos*, ciência), há uma interdependência de todos os elementos naturais, uma interação de todos os elos da cadeia, segundo uma lógica de causalidades múltiplas e circulares, refletindo-se os efeitos nas causas. Quanto à idéia de processualidade, ela privilegia, pela inteligência do natural, os processos em relação aos elementos e as funções em relação às substâncias, demonstrando que a integralidade dos meios de vida se baseia em equilíbrios complexos" OST, François. *A natureza à margem da lei: a ecologia á prova do Direito.* Lisboa, Instituto Piaget, 1995, p. 105.

2 Questionamento do modelo tradicional de atuação

Muito embora o Ministério Público brasileiro represente experiência única no mundo – e isso dito por Mauro Cappelletti, encarregado com outros estudiosos do Direito do "Projeto Florença", em que realizado levantamento mundial sobre o acesso à justiça[2] – com atuação extrajudicial e judicial inovatória na área de interesses difusos, sendo muito avançado em questões como a solução extrajudicial, por meio do compromisso de ajustamento de conduta, recomendações e outros instrumentos, e proponente, no âmbito judicial, da quase totalidade das ações civis públicas propostas, não significa que sua atuação na área ambiental esteja em perfeita sintonia com as necessidades dos interesses que defende. Muito ainda se pode avançar. Olhar para trás é ter consciência do caminho trilhado, dos progressos conquistados, e poder meditar sobre o que ainda pode e deve ser construído.

Preocupado com as questões de seu tempo, demonstrando uma vez mais seu descortino e liderança na área ambiental, o hoje Ministro do Superior Tribunal de Justiça Antônio Herman Vasconcelos e Benjamin, à época Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, publicou artigo questionando a atuação ambiental ministerial, buscando exatamente já no seu título "*Um novo modelo para o Ministério Público na proteção do meio ambiente.*"[3]

Nesse, o doutrinador retrata o modelo tradicional de atuação e elenca criticamente suas características, apontando-lhe as deficiências, a seguir listadas:

1) Centralismo executório. As atividades desenvolviam-se em uma coordenação, de âmbito estadual, que instaurava e presidia ela própria os inquéritos civis, propondo as ações em conjunto com o membro do Ministério Público da Comarca de origem, mas culminava tendo poderes que se sobrepunham aos deste membro, com atuação direta e supervisão que não estimulavam o estudo e progresso deste, por retirar-lhe parcela das atribuições. Além disso, trazia conflitos com a questão do Promotor natural e arriscava-se, pela proximidade com a cúpula da organização institucional, à captura, ou cooptação. Nesse ponto, cita o Ministro que também não é desejável o outro extremo, a transformação das Coordenadorias em "Centros de Apoio Operacionais", sendo a estes "vedado o exercício de qualquer atividade de órgão de execução, bem

[2] Cappelletti, em diversas passagens, salienta seu otimismo com as soluções legislativas encontradas para a atuação do Ministério Público brasileiro e o acesso à justiça, como, por exemplo, ao afirmar quanto à atuação na área de interesses difusos: "Muito me alegra saber que tais razões do escasso êxito dessa solução na Europa não se aplicam ao Ministério Público brasileiro, sobretudo depois que sua independência foi assegurada pela Constituição, e em conseqüência também do fato de que em algumas cidades do Brasil se criaram seções especializadas em matéria de interesses difusos, nos quadros do Ministério Público". (CAPPELLETTI, Mauro. O acesso dos consumidores à justiça. *Revista de processo*, São Paulo, n. 62, p. 205-220, abr./jun. 1991, p. 218).

[3] Revista de Direito Ambiental. São Paulo, ano 3, n. 10, p. 7-13, abr./jun. 1998, largamente utilizado a seguir.

como a expedição de atos normativos a estes dirigidos, conforme preconizado pelo artigo 33, inciso V, da Lei 8625/93".[4]

2) Cumulatividade. O membro do Ministério Público exerce a função de defesa do meio ambiente ao lado de inúmeras outras tarefas que lhe são atribuídas, terminando por não possuir a necessária especialização na questão ambiental, contrariando a própria nomenclatura de Promotoria "especializada".[5]

3) Dualismo cível-criminal. Avançando na atuação cível, o Ministério Público relegou a atuação criminal a segundo plano, sendo que a atuação na área penal, em vez de ser cumulada pelo Promotor ambiental, muitas vezes quedou atribuída a um Promotor criminal, em dicotomia indesejável. Assim, para um mesmo fato, atuaria um Promotor ambiental, na área cível, e outro, não especializado, na área criminal. E poderia surgir ainda indesejáveis interpretações contraditórias de um mesmo acontecimento.

4) Fragmentação recursal. Ainda que houvesse atuação especializada em primeiro grau, no segundo esta desaparecia, confiando-se a atuação ministerial a Procuradores de Justiça sem a necessária especialização nas questões ambientais.

5) Generalismo. Tendo o membro do Ministério Público que atuar nas mais variadas áreas – cível, criminal, infância e juventude, consumidor, patrimônio público, idosos, controle externo da atividade policial, direitos humanos, defesa da ordem econômica e tributária – culmina impedido de adequadamente conhecer a matéria posta em exame, colocando-se em desvantagem diante de seus adversários e prejudicando, ao final, o próprio interesse público.

6) Isolacionismo, traduzido no exercício das atribuições no âmbito restrito da Promotoria ou Comarca, inexistindo cooperação entre membros de um mesmo Ministério Público e originando tratamento pontual, isolado e casuístico dos conflitos ambientais, com dispêndio de esforços que poderiam ser concentrados e multiplicados.

7) Espontaneísmo, ou seja, atuação reativa, com ausência de planejamento, levantamento das principais questões a serem enfrentadas.

8) Atecnicismo, diante da inexistência de infra-estrutura técnica adequada frente ao necessário diálogo do conhecimento jurídico com as diversas áreas do conhecimento humano que exige o meio ambiente, culminando com atuação insegura e imprecisa do Ministério Público.

9) Judicialismo. Vários conflitos ambientais desaguavam no Poder Judiciário, sem a resolução extrajudicial do conflito, prolongando o dano, postergando sua reparação e trazendo à tona as mazelas do Judiciário, também não especializado.

10) Comarquismo. O Ministério Público segue a divisão tradicional do Judiciário em Comarcas para as Promotorias, o que não permite o adequado enfrentamento das exigências ambientais, que não conhecem limites territoriais de tal natureza.

11) Estadualismo. Ausência de atuação integrada entre os vários Ministérios Públicos dos Estados, gerando até mesmo posturas antagônicas.

Culmina o eminente jus-ambientalista brasileiro por propor novo modelo de atuação, que contemple: (1) a criação de Centros de Apoio Operacional nos Estados ainda não possuidores, (2) a criação de cargos verdadeiramente especializados, com Promotorias de Justiça regionais por Ecossistemas ou por Bacias Hidrográficas, atuando o membro do Ministério Público somente na área ambiental, vedada a acumulação de funções e mantidas as Promotorias ambientais de cada Comarca; (3) criação de grupos especiais para atuação em temas ambientais específicos; (4) cumulação das atribuições civis e criminais nas Promotorias de Defesa do Meio Ambiente; (5) realização de inquéritos civis regionais ("guarda-chuva"), coligindo prova técnica a ser utilizada nas Promotorias das diversas comarcas abrangidas; (6) criação de corpo técnico mínimo próprio; (7) capacitação permanente dos membros por meio de cursos; (8) uniformização da atuação, por meio do Conselho Nacional de Procuradores Gerais de Justiça, e, mesmo, por alteração legislativa.

Estava, assim, delineado o estado da arte da atuação ambiental ministerial brasileira, e posto por notável porta-voz o objetivo a alcançar. Cuidou este, mesmo, de implantar suas idéias enquanto Coordenador do Centro de Apoio Operacional paulista, instalando grupos especiais, visando à uniformização e otimização das Promotorias ambientais, mesmo conseguindo a designação pela Procuradoria-Geral de membro para atuação exclusiva por bacia hidrográfica, no Vale da Ribeira.

[4] Assevera Benjamin (op. cit., p. 7): "Os riscos de uma tal Coordenadoria – centralizadora e com atribuições de execução próprias de Promotoria de Justiça, sem, contudo, dispor das garantias decorrentes do cargo-fixo, conquanto constituída sob bases administrativas da confiança – não passaram despercebidos a Mazzilli, o melhor e mais atento doutrinador do Ministério Público. À época, antes da Lei 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, que modificou o sistema centralizador), criticava ele a 'criação dessas coordenadorias sem cargos, com designação de promotores para funções de confiança, que exercem atividade-fim da instituição, sem condições de independência funcional, porque podem ser tanto designados como afastados das funções ad *nutum*, o que não se compadece com as garantias constitucionais da instituição e dos seus membros. Se tais coordenadorias são úteis, que sejam criadas na lei, com cargos, que devem ser preenchidos regularmente por seus titulares" (MAZZILI, Hugo Nigro. *Manual do Promotor de Justiça* São Paulo, Saraiva, 1991, p. 230).

[5] Exige-se do membro do Ministério Público muitas vezes carga irreal, que traz à memória as críticas que já se faziam no âmbito da doutrina do Direito à pretensa disciplina Enciclopédia Jurídica: "hoje pesa sobre o vocábulo suspeição nada lisonjeira: *enciclopedismo* é sinônimo de superficialismo pretensioso e pedante, e 'enciclopédico' é o indivíduo que nada sabe, precisamente porque pretende saber tudo." (FONSECA, Roberto Piragibe da. *Introdução ao estudo do direito.* 2ª ed., Livraria Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1964, p. 36)

3 O Ministério Público mineiro e a atuação por bacia hidrográfica. Histórico

Contudo, as idéias de Herman Benjamin alcançariam seu mais forte eco no Ministério Público do Estado de Minas Gerais, não por acaso na defesa do rio símbolo da integração nacional, o Rio São Francisco.

Necessário, nesse ponto, trazer alguns dados sobre o expressivo rio, genuína e totalmente brasileiro.

A bacia do rio São Francisco tem uma área aproximada de 640.000 km^2, conforme limites geográficos instituídos por meio da Resolução 32 do Conselho Nacional de Recursos Hídricos, que define a divisão hidrográfica do Brasil.

Na bacia existem 420 municípios, sendo 240 em Minas Gerais, e 97 estão em suas margens. A população da bacia é de aproximadamente 14 milhões de pessoas. O rio percorre cerca de 2.700 km de sua nascente na Serra da Canastra, em São Roque de Minas, no Estado de Minas Gerais, até a foz no pontal do Peba, em Piaçabuçu, Alagoas. Corta cinco estados da Federação (Minas Gerais, Bahia, Pernambuco, Alagoas e Sergipe), sendo que sua bacia abrange ainda o Estado de Goiás e o Distrito Federal. Liga o Sudeste ao Nordeste, o cerrado à caatinga, e abrange cerca de 7% da área do país. Possui 36 afluentes, dos quais 19 são perenes e, desses, 12 correm em território mineiro, sendo o maior afluente o rio Paracatu.

Como recorda Jarbas Soares Júnior,[6] idealizador da atuação por Bacia Hidrográfica em Minas Gerais, a discussão ganha força em 1997, quando realizado o "Encontro do São Francisco, o rio da unidade nacional", na cidade norte-mineira de São Francisco, congregando membros dos Ministérios Públicos de vários Estados integrantes da bacia.

Posto o foco no Rio São Francisco quando iniciados os debates sobre sua transposição, sendo em um primeiro momento rejeitado tal projeto, o próprio Ministério do Meio Ambiente se voltou para investir na defesa daquela bacia hidrográfica, buscando potencializar a atuação de instituições que pudessem contribuir ainda mais naquele âmbito.

Assim é que a Secretaria Executiva do Ministério, capitaneada pelo posteriormente Ministro do Meio Ambiente, José Carlos Carvalho, buscou a interlocução com o Ministério Público mineiro no sentido de estabelecer-se convênio com previsão de recursos para melhor atuação dessa instituição na defesa do Rio São Francisco.

Tão inovadora era a iniciativa que se traduziu no primeiro convênio, com injeção de recursos e prestação de contas, celebrado pelo Ministério Público mineiro. A elaboração do projeto a ser apresentado exigiu reflexão e discussão sobre que modelo adotar: grupos especiais, atuação regional, atuação por ecossistema, ou, por fim, atuação por bacia hidrográfica?

Foi eleito esse último formato, consentâneo com a legislação ambiental brasileira, pois, como visto, a própria Lei Nacional de Recursos Hídricos estabelece como unidade territorial a bacia hidrográfica – artigo 1º, V, critério de elaboração dos Planos de Recursos Hídricos – artigo 8º.

Não haveria sentido a atuação ministerial na defesa do meio ambiente da bacia do São Francisco que não adotasse como critério tal unidade territorial. Apenas seguia o Ministério Público a mesma divisão que seu patrono, o Rio São Francisco, estabelecera. Ou seja: na defesa da questão ambiental, seguiu critério ambiental, existente pela própria interação dos recursos naturais.

Assim surge o convênio SECEX/MMA 01, entre o Ministério do Meio Ambiente e o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, com importantes investimentos de parte a parte.

Da parte do Ministério do Meio Ambiente, recursos financeiros, em montante de R$ 1,5 milhão (um milhão e quinhentos mil) reais.

Tal soma permitiu efetivar o projeto de reestruturação do Ministério Público do Estado de Minas Gerais para atuar em defesa do Rio São Francisco, com o adequado aparelhamento das Promotorias de Justiça e Coordenadorias, dotando-as de estrutura própria e necessária para alcançar o desiderato proposto em convênio.

Assim, após seguidos processos licitatórios instaurados, adquiriu-se uma frota de hoje dez automóveis; cinco sedes equipadas nos municípios pólo da bacia hidrográfica em Minas Gerais, completamente mobiliadas, com os necessários equipamentos de informática, e biblioteca ambiental em todas elas.

Da parte do Ministério Público mineiro, a edição, pela Resolução nº 95/2001-PGJ, que cria a Coordenadoria das Promotorias de Justiça do Meio Ambiente das comarcas integrantes da Bacia do Rio São Francisco e as subcoordenadorias das Promotorias de Justiça do Meio Ambiente das comarcas integrantes das sub-bacias do Rio São Francisco na estrutura do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Histórico e Cultural e da Habitação e Urbanismo.

Teve o então Procurador-Geral de Justiça Nedes Ulisses Freire Vieira a sensibilidade e arrojo de disponibilizar cinco Promotores de Justiça para atuação exclusiva na bacia hidrográfica do Rio São Francisco em Minas Gerais.

[6] *A atuação do Ministério Público por bacia hidrográfica e a experiência mineira. In:* Congresso Internacional de Direito Ambiental, 7., 2003, São Paulo, SP). *Direito, água e vida.* Organizado por Antônio Herman Benjamin, São Paulo, Imprensa Oficial, 2003, p. 577-584, onde se encontram com riqueza de detalhes a idealização e criação da atuação por bacia hidrográfica.

4 Dinâmica da atuação

Cinco membros do Ministério Público com atuação exclusiva por bacia hidrográfica. Experiência inédita entre todos os Ministérios Públicos do Brasil e do mundo. E como funciona?

Apesar de ser mais conhecida como "Promotoria de Justiça de Defesa do Rio São Francisco (PJSF)", conforme visto na resolução, há em verdade Coordenadorias do Rio São Francisco, cuidando-se pois de função de confiança, escolhidos seus membros pela Administração Superior, conforme artigo 3º da Resolução, sendo da experiência a designação dentre os membros que se destacam na atuação na defesa do meio ambiente em suas Promotorias de origem. Destinam-se esses a exercer a função de Coordenadores da atuação dos 82 membros titulares das Promotorias de Defesa do Meio Ambiente das Comarcas que integram a bacia do Rio São Francisco em Minas Gerais.

São quatro as Coordenadorias regionais, abrangendo as sub-bacias do Rio das Velhas e Paraopeba, com sede inicial em Sete Lagoas, hoje em Belo Horizonte; Alto São Francisco, com sede em Divinópolis, abrangendo a região da nascente, em São Roque de Minas, e o Centro-Oeste mineiro; sub-bacia dos Rios Paracatu,e Urucuia, com sede na cidade de Paracatu; e um Coordenador-Geral dessas atividades, em Belo Horizonte.[7]

Além disso, os Coordenadores do Rio São Francisco possuem designação, por portaria, para atuar em conjunto com os Promotores de todas as oitenta e duas Promotorias ambientais situadas na Bacia do Rio São Francisco. São assim, todos órgãos de execução, indo além da função orientadora. Podem, assim, cooperar em todas as Promotorias ambientais da Bacia.

O respeito ao princípio do Promotor natural é pedra fundamental da atuação dos Coordenadores. Esses somente atuam se em consonância com o entendimento do Promotor da Comarca de origem, a quem prestam auxílio, suporte, e ao final, atuam conjuntamente. Prevalecerá sempre a posição do membro da Promotoria de Defesa do Meio Ambiente titular que solicitou a cooperação. A experiência demonstra alto nível de entendimento entre os Promotores titulares e os Coordenadores, que, especializados, demonstram profundidade de conhecimentos, hauridos com a experiência e os estudos, assim conquistando a adesão participativa dos outros membros de Ministério Público.

Para cada caso de atuação ministerial, está potencializada a atuação para 6 Promotores de Justiça. Explica-se. Além do Promotor da Comarca, há o Coordenador de sua sub-bacia. Contudo, como já salientado, os outros quatro coordenadores – três regionais e o geral – também podem atuar, como já se

[7] Hoje não mais existe a função do Coordenador-Geral das Promotorias de Defesa do Meio Ambiente do Rio São Francisco, estando todas as Coordenadorias por Bacia Hidrográfica ligadas diretamente ao Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Defesa do Meio Ambiente – CAOMA, a que, como visto, pela Lei 8.625/93, é vedada a função de órgão de execução.

verificou em mais de uma oportunidade, pelo que em mais de um caso podem atuar até 6 membros do Ministério Público, sem necessidade de portaria específica, pois os 5 Coordenadores já possuem designação para cooperar nas 82 Promotorias de Defesa do Meio Ambiente que integram a bacia hidrográfica.

O critério de atuação, estabelecido mediante consenso, evitando que os Coordenadores diluam sua atuação em todas as questões ambientais e se tornem cooperadores em todas as Promotorias, sem um norte, envolve a) as ações uniformes, em caráter de cooperação com o Promotor de Justiça da Comarca; b) casos urgentes e c) situações caracterizadoras de relevante interesse ambiental.[8]

Muito do diferencial de atuação e nível de excelência das Coordenadorias do Rio São Francisco se deve à possibilidade de celebração de convênios com renomadas instituições, como Universidades e Fundações em Minas Gerais, no sentido de permitir suporte técnico.

Poucas áreas da atuação ministerial demandam tanto o contato com outras áreas do conhecimento humano quanto a defesa do meio ambiente. Há necessidade de conhecimentos de geologia, biologia, engenharia florestal, agronomia, metalurgia, siderurgia, saneamento, apenas para exemplificar alguns.

Garantido o custeio com os recursos do Ministério do Meio Ambiente, foi possível remunerar as instituições conveniadas pela produção de laudos de vistoria de empreendimentos, participação técnica na redação de compromissos de ajustamento de conduta e presença nas reuniões em que apresentada e debatida proposta de ajustamento de conduta com os empreendedores. Isso permitiu a adequada interlocução e fortalecimento do Ministério Público no diálogo com as empresas e seu corpo técnico, sendo mesmo que os Coordenadores visitam com os seus peritos as empresas vistoriadas, compreendendo assim melhor a dinâmica do processo produtivo e as medidas técnicas que propõe em eventual ajuste.

Anualmente são estabelecidas metas de atuação pertinentes com a realidade hidrográfica e de destacado interesse. Assim é que são metas constantes a adequação dos depósitos de resíduos sólidos; o tratamento dos esgotos; a recuperação das matas ciliares, dentre outras.

[8] Hoje traduzida essa questão na Resolução PGJ 17, de 29 de abril de 2009, que prevê em seu artigo 4º competir às Coordenadorias "adotar, em cooperação com os órgãos de execução, medidas judiciais e extrajudiciais que garantam a proteção dos recursos ambientais das bacias hidrográficas nos casos de alta complexidade e ações definidas como prioritárias no Plano Geral de Atuação (PGA) e no planejamento institucional elaborado pelo Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa do Meio Ambiente, Patrimônio Cultural, Urbanismo e Habitação (CAOMA)."

5 A superação do modelo tradicional

Deflui da breve narrativa que o modelo de atuação por bacia hidrográfica, apesar de, como qualquer experiência humana, ser passível de melhoramentos e avanços, supera em muito o modelo tradicional de atuação, e para ele caminham os diversos Ministérios Públicos dos Estados, o que traz ainda maior responsabilidade à atuação mineira, pois modelo que vem sendo seguido em diversos Estados da Federação – para citar alguns, Acre, Alagoas, Bahia, Mato Grosso do Sul, Paraná, Pernambuco e Sergipe. Nesse raciocínio, interessante, tal como em um rondó, fazer o contraponto às mazelas apontadas pelo Ministro Benjamin:

1) *Centralismo executório*. As metas de atuação são traçadas em comum, após reuniões, com todos os Promotores das Comarcas envolvidas, que participam da elaboração do plano geral de atuação do Ministério Público. Além disso, a atuação somente se verifica com o *placet* do Promotor natural, que atuará conjuntamente com o coordenador.

2) *Cumulatividade*. Os Coordenadores possuem atribuição exclusiva na defesa do meio ambiente, atingindo o necessário nível de especialização que se espera, até mesmo pela intensa prática a que submetidos na questão ambiental.

3) Dualismo cível-criminal. Todos os membros do Ministério Público mineiro, por definição das atribuições de uma Promotoria Especializada, possuem atribuição plena, civil e criminal.

4) *Fragmentação recursal*. Também avançou nesse ponto o Ministério Público das Alterosas. Importante inovação foi a Resolução 04/2001, que criou a Procuradoria de Justiça de Direitos Difusos e Coletivos como órgão especializado das Procuradorias de Justiça Cíveis, com atribuição exclusiva nos recursos interpostos em ações civis públicas e populares, havendo assim Procuradores de Justiça que dão seguimento em segundo grau à atuação especializada de primeiro grau.

5) *Generalismo*. Se realmente o titular da Promotoria de origem está assoberbado com a atuação nas mais diversas áreas, encontra no Coordenador por Bacia Hidrográfica o companheiro especializado, que lhe permitirá o aprofundamento na discussão, o debate em pé de igualdade com o empreendedor e a busca de soluções conjuntas.

6) *Isolacionismo*. A repetição de experiências exitosas nas diversas Promotorias; os planos de atuação conjunta, regional; a interlocução com os órgãos de fiscalização, que reconhecem no Coordenador figura a quem se reportar na busca de soluções, tudo isso demonstra a superação da mazela apontada.

7) *Espontaneísmo*. O estabelecimento de metas de atuação, discutidas na elaboração dos planos gerais, a visão centrada na unidade territorial eleita, a bacia hidrográfica, permite atuação melhor planejada.

8) *Atecnicismo*. Os convênios com universidades de renome, Fundações com corpo técnico, permitiu, como assinalado acima, um salto de qualidade na atuação ministerial. Além disso, o próprio Ministério Público mineiro se estruturou, pela criação da Central de Apoio Técnico – CEAT, com corpo técnico subsidiador da atuação ministerial, na elaboração de laudos, interpretação de documentos, formulação de quesitos, dentre outros. Campanhas deflagradas para a regularização de mineradoras, siderúrgicas, demonstram atuação antes impensável, melhor explicitada nos resultados adiante discriminados.

9) *Judicialismo*. Esse é o melhor resultado que podem apresentar as Coordenadorias. O seu índice de solução dos casos é massivamente extrajudicial. Conforme levantamento realizado, nos seus primeiros seis anos de atuação as Coordenadorias do Rio São Francisco solucionaram extrajudicialmente noventa por cento dos casos em que atuaram. Verificou-se, até então, a celebração pessoal por parte dos Coordenadores de 1021 compromissos de ajustamento de conduta, sendo necessária a propositura de ações civis públicas em apenas em noventa e sete casos. Além disso, também se verificou o alto grau de eficácia dos compromissos de ajustamento de conduta, sendo necessária a execução judicial destes em apenas 22 oportunidades. São números que impressionam. Apenas 5 Promotores celebrando 1021 compromissos de ajustamento de conduta, junto dos 82 Promotores de todas as Comarcas integradas, razão de ser das Coordenadorias e do sucesso destas, pois somente a atuação conjunta permitiu tais realizações, no que se chega a outra mazela, também superada, que é o

10) *Comarquismo*. Abandonando, no âmbito das coordenadorias, a divisão tradicional, com atuação integrada e uniforme, potencializaram-se os resultados da atuação do Ministério Público no meio ambiente. Conforme expressado em reiteradas oportunidades, o melhor elogio que pode receber um Coordenador do Rio São Francisco é a solicitação de auxílio na atuação do Promotor da Comarca de origem, o que traduz reconhecimento, respeito e espírito fraterno de atuação.

11) *Estadualismo*. Também nesse ponto foi além a atuação. Diante da inovação do Ministério Público mineiro, os Ministérios Públicos dos Estados da Federação também criaram suas coordenadorias regionais do Rio São Francisco, originando a CIP São Francisco – Coordenadoria Interestadual das Promotorias de Justiça de Defesa do Rio São Francisco, fórum permanente de interlocução entre os Ministérios Públicos da Bacia, envolvendo os Estados da Bahia, Pernambuco, Alagoas, Sergipe, Goiás e Distrito Federal. A Coordenadoria Interestadual tem permitido a integração dos Ministérios Públicos dos Estados banhados pelo Rio São Francisco, viabilizando a adoção de alternativas uniformes para demandas comuns (e.g., com elaboração de peças de apoio padronizadas), permitindo a troca de experiências e o estabelecimento de me-

tas e objetivos a serem alcançados na forma e prazo previamente fixados. O próprio Ministério Público mineiro reconheceu o êxito da experiência e estendeu a figura dos Coordenadores regionais a outras bacias, conforme Resolução PGJ 17/2009.

Importante participação ministerial é a experiência nas regionais do Conselho Estadual de Política Ambiental – o COPAM, em que o Ministério Público possui assento e voto. Naquele são debatidos e votados os licenciamentos ambientais de porte estadual, o que evidencia importante atividade de prevenção ao dano ambiental, fixando, já no licenciamento, o entendimento e postura ministerial do que se espera de um empreendimento. A experiência nesses conselhos é enriquecedora, pela interlocução com os mais diversos setores e inequívoca visualização da indispensabilidade da presença do Ministério Público naquele fórum.

Evitando o discurso ufanista, decerto as Coordenadorias por Bacia Hidrográfica não são a panacéia para todos os males da atuação ambiental ministerial. Podem, e devem, em muito ser melhoradas.

Deve-se, por exemplo, evitar que se transformem em mera cooperação ambiental, substituindo o coordenador o assoberbado promotor natural, que, submetido a carga excessiva, transfere ao Coordenador especializado seus procedimentos de apuração ambientais, em inversão da idéia de atuação conjunta e atividade coordenada, em casos de especial interesse, afogando-se todos no excesso de casos. Esse é um risco sempre presente, diante da insuficiência de membros e demanda crescente endereçada ao Ministério Público. Aqui está um exemplo dos riscos, internos, que enfrenta a atuação por bacia hidrográfica.

Ao mesmo tempo, a dedicação exclusiva é mister. Não pode o coordenador ter que preocupar-se com sua Promotoria de origem, enquanto exerce a função de confiança. Nesse prisma, redobrado trabalho tem sido ofertado à Administração Superior do Ministério Público mineiro, diante da contínua escassez de quadros de Promotores substitutos, entretanto continua o inquebrantável compromisso e apoio da instituição à experiência inovadora.

6 Resultados

Vale a pena, alerta contra o cabotinismo, apenas para que se consiga dimensionar o êxito alcançado por tal atuação, relatar alguns resultados obtidos.

Nos mapas estatísticos da PJSF (Promotoria de Justiça do Rio São Francisco) constata-se o alto índice de solução extrajudicial dos conflitos ambientais, mediante celebração de compromisso de ajustamento de conduta ou expedição de recomendação, sobretudo se confrontado com o pequeno número de propositura de ações civis públicas, conforme já salientado, o que demonstra a presença de um Ministério Público propositivo, especializado, e com suporte técnico adequado, vez que a sistemática comum é a celebração de ajustes com grandes empreendimentos, ênfase da atuação por bacia.

Várias foram as medidas adotadas, dentre as quais podem ser salientadas as seguintes, sendo em verdade impossível listar todos os casos de atuação da PJSF, pois alcançaram-se até dezembro de 2008, números da grandeza de 1021 compromissos de ajustamento de conduta celebrados pessoalmente pelos seus Coordenadores em 6 anos de existência, além de quase 100 (cem) ações civis públicas, por eles propostas, seja em conjunto com outros Promotores, seja individualmente, bem como palestras, reuniões, recomendações, e outros. Assim sendo, correndo grande risco de cometer injustiças pelo olvido de atuação relevantes, listam-se as seguintes:

1) "Projeto SOS São Francisco", inserido no PAC – Plano de Aceleração do Crescimento e já disponibilizados pela CODEVASF R$6.700.000,00 (seis milhões e setecentos mil reais), para recuperação das áreas legalmente protegidas inseridas nas propriedades rurais margeadas pelo Rio São Francisco, em aproximadamente 450 km, entre a nascente histórica em São Roque de Minas e o marco zero da Represa de Três Marias, entre os municípios de Abaeté e Pompéu, totalizando uma área de preservação permanente da calha do rio estimada em 7.278 ha, cujo uso indevido, principalmente com atividade agropecuária, atinge 78,1% deste total, ou 5.683 ha, abrangendo 17 municípios do Alto São Francisco mineiro. O projeto é a evolução de operação de fiscalização por intervenções ilegais que já conta com a celebração de aproximadamente 300 compromissos de ajustamento de conduta para recuperação de áreas de preservação permanente. A Secretaria Estadual de Meio Ambiente disponibilizou, ainda, R$ 700.000,00 (setecentos mil reais) para identificação de todas as propriedades, catalogação e realização de estudo, pelo que os recursos destinados geram o total, para melhor entendimento dos demais membros do Ministério Público da América Latina, a quem se destina essa exposição, de três milhões oitocentos e cinqüenta mil dólares estadunidenses, em câmbio de hoje.

2) Projeto Nova Margem. Prevê tal projeto dois objetivos: a) demarcação e recuperação da mata ciliar em trecho de aproximadamente vinte quilômetros com plantio e manutenção de mudas, abrangendo todo o perímetro urbano de Divinópolis, município situado no Centro-Oeste de Minas Gerais e b) educação ambiental junto às escolas e comunidade ribeirinha. Cuida-se de uma das raras experiências nacionais de reflorestamento de áreas de preservação permanente urbanas. Já foram plantadas mais de vinte mil mudas, apropriadas para a mata ciliar. Foi ministrado curso de educação ambiental pela Fundação Educacional de Divinópolis, a aproximadamente duzentos professores da rede de ensino público municipal e estadual de Divinópolis e a cada

bimestre são editados dois mil exemplares de caderno informativo do projeto, distribuídos gratuitamente junto ao maior jornal local.

3) Aquisição de propriedades em unidade de conservação – regularização fundiária. A PJSF já disponibilizou verbas em compromisso de ajustamento de conduta que garantiram a aquisição de 150 hectares, doados para o Estado de Minas Gerais, da Estação Ecológica da Mata do Cedro, importante e único remanescente florestal preservado na região do Alto Rio Pará, situada no Município de Carmópolis de Minas.

4) Fiscalização de todas as siderúrgicas do Centro-Oeste mineiro e do pólo de Sete Lagoas, que, em medidas compensatórias, já atingiu aproximadamente R$ 5.000.000 (cinco milhões de reais – dois milhões e meio de dólares americanos), aplicados em projetos ambientais, e representou em investimentos nas indústrias aproximadamente R$ 50.000.000 (cinquenta milhões de reais – vinte e cinco milhões de dólares), sendo que foram fiscalizadas 75 siderúrgicas, com destinação das compensatórias a importantes projetos ambientais da região, como a recuperação do Córrego Picão, em Bom Despacho, a recuperação do Lago Telmo e Lagoa Três Marias, em Itaúna, o Projeto Nova Margem e a aquisição de área verde em Divinópolis.

5) Fiscalização de todos os depósitos de resíduos sólidos da Bacia do Rio São Francisco. Resultados. Uma das metas da PJSF é a adequada disposição dos resíduos sólidos. Todos os depósitos dos 240 Municípios que compõem a Bacia foram vistoriados nos anos anteriores, e chamado cada município para a celebração de TAC, sendo proposta ação civil pública onde houve recusa. Aproximadamente 70% dos resíduos sólidos têm adequada destinação na Bacia do Rio São Francisco em Minas Gerais, o dobro da média nacional e do próprio Estado mineiro.

6) Enfrentamento da denominada "máfia do carvão". A partir de ações desenvolvidas pela PJSF e do apoio alcançado junto aos colegas das comarcas às ações dos órgãos responsáveis pela fiscalização, sobretudo através do trabalho constante de orientação, foi possível reduzir sensivelmente a impunidade antes reinante nessa área. Na atuação conjunta com o CAOET, do Ministério Público mineiro, já se conseguiu que fossem devolvidos aos cofres públicos aproximadamente R$ 70.000.000 (setenta milhões de reais – trinta e cinco milhões de dólares americanos) em tributos sonegados pelas empresas siderúrgicas, quanto ao carvão. Recentemente, a operação SOS Cerrado desmantelou quadrilha que atuava em diversos municípios da bacia.

7) Celebração de compromisso de ajustamento de conduta com a empresa Votorantim Metais Zinco S.A., com investimento de R$ 815.000 na Unidade de Conservação Federal Estação Ecológica de Pirapetinga, em área de 1388 hectares, com desenvolvimento de ações de proteção, educação ambiental e pesquisas, em projeto coordenado pela gerência executiva do IBAMA e R$ 340.000 na criação do aterro sanitário de Três Marias, com construção de usina de compostagem. Outros compromissos com a mesma empresa já representaram compensações ambientais de mais de R$ 3 milhões, e esta investirá na construção de nova barragem, a fim de sanear vícios no empreendimento, aproximadamente 211 milhões de dólares.

8) Revitalização do Córrego Rico. A Promotoria de Defesa do Rio São Francisco e a Rio Paracatu Mineração (RPM) assinaram Termo de Compromisso Preliminar por meio do qual a RPM se comprometeu a apresentar e executar projeto de Revitalização do Córrego Rico no trecho urbano de Paracatu, entre as rodovias BR-040 e MG-188, e a pagar R$ 1,2 milhão para custear a desapropriação de 38 imóveis para viabilizar a execução do projeto.

9) Agrotóxicos. A PJSF, em parceria com o InPEV (Instituto Nacional de Processamento de Embalagens Vazias) e o IMA (Instituto Mineiro de Agropecuária) convoca todos os revendedores das regiões com deficit de recolhimento de embalagens vazias de agrotóxicos para eventos em que, após realização de palestras pelos representantes destas instituições, é celebrado compromisso de ajustamento de conduta para criação de posto de recolhimento. Até o momento já foram celebrados compromissos de ajustamento de conduta com mais de cem revendedores de agrotóxicos, permitindo a criação de postos de recolhimento em Pirapora, Curvelo, Pará de Minas e Contagem (CEASA), e, ainda, Coimbra, Ubá e Viçosa. Com a atuação da PJSF, Minas Gerais cresceu em apenas um ano 10% o recolhimento de embalagens.

10) Pneus inservíveis. A criação de ecopontos, para recolhimento de pneus inservíveis em Minas Gerais, na Bacia do Rio São Francisco, foi estabelecida como meta pela PJSF. Minas Gerais é, após a atuação da PJSF, o Estado com maior número de recolhimento de ecopontos do Brasil e passou de 4º para 2º lugar nacional em recolhimento.

11) Projeto Plantando Água. Construção de bacias de captação de água de chuva, mini-açudes ou "barraginhas", contribuindo para a recuperação de nascentes no Norte do estado. As obras são executadas por máquinas viabilizadas pelas empresas em compensação por danos causados ao meio ambiente, sendo até agora foram implantadas cerca de 6 mil barraginhas em 25 municípios do Norte de Minas, a maioria delas em pequenas propriedades e às margens de estradas vicinais.

12) Museu virtual – Na área de educação ambiental e mobilização social, outra ação do Ministério Público Estadual foi o lançamento do Museu Virtual do Rio São Francisco. O CD-ROM que, produzido em parceria com o Instituto Terrazul, em atenção a convênio firmado com o Ministério do Meio Ambiente, doado a escolas, universidades, câmaras e prefeituras dos municípios banhados pelo Velho Chico. O Museu Virtual do Rio São Francisco traz dados coletados durante a expedição engenheiro Halfeld, que entre 2001 e

2002 percorreu o Rio São Francisco de sua nascente à foz, fazendo levantamento do Patrimônio Cultural, Histórico, Arqueológico e Natural das comunidades ribeirinhas. Foram produzidos 2 mil CD-ROMs.

Muito mais importante, todavia, é o trabalho que não se vê, e esse não pode ser medido em números. A atividade preventiva, em que evitada a consumação do dano ambiental, seja por meio de recomendações, ações civis públicas, participação nos processos de licenciamento ou mesmo o mero esclarecimento pela atuação, presença dos Coordenadores, essa sim é a atividade de que se devem regozijar as Coordenadorias do Rio São Francisco.

A atuação especializada e coordenada permite a interlocução mais qualificada do Ministério Público com os diversos envolvidos na questão ambiental (órgãos de fiscalização, setor produtivo, sociedade civil organizada) sendo a PJSF verdadeira referência para estes, no âmbito estadual, e referência nacional para os Ministérios Públicos de todo o Brasil.

Internamente, a atuação no apoio aos colegas, com orientações, seja pessoalmente ou à distância, com fornecimento de peças práticas, modelos de atuação, material doutrinário, além do auxilio direto na proposição de medidas, judiciais ou não, tem levado ao aumento sensível da atuação na área ambiental, sendo certo que em toda Comarca, com maior ou menor destaque, até em razão das peculiaridades locais, é visível a presença do Ministério Público na proteção do meio ambiente.

Ao mesmo tempo, a participação em palestras, eventos de interesse ambiental e atividades em conjunto com a sociedade civil organizada tem possibilitado ao Ministério Público contribuir na formação de uma política ambiental regional, mobilizando sociedade e instituições públicas a buscar o aperfeiçoamento da sua atuação na proteção do meio ambiente.

7 Conclusão

De todo o exposto tem-se que, atendendo aos reclamos da comunidade jurídica ambientalista, a atuação por bacia hidrográfica representa o que de mais avançado está disponível em relação e reação ao modelo tradicional de atuação na área ambiental. O esforço contínuo e aprimoramento, tanto desse modelo, quanto dos próprios membros do Ministério Público, somado a maior infra-estrutura e investimento nesse modo de atuação tende a render frutos ainda mais encorajadores.

Espera-se, assim, haver apresentado, ainda que em visão panorâmica, parte da atuação da Promotoria de Justiça do Rio São Francisco em Minas Gerais, cuja experiência de sucesso se engrandece pela dedicação de todos aqueles que, dentro e fora da instituição Ministério Público, ajudaram nessa caminhada.

C H I L E

EL MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE

Mario Maturana Claro*

1 Introducción

El Ministerio Público de Chile es de reciente creación, puesto que sólo se instituye con ocasión de la reforma procesal penal de fines del siglo pasado, como uno de los órganos integrantes del nuevo sistema procesal penal, que viene a reemplazar al sistema inquisitivo establecido en Chile por el Código de Procedimiento Penal, de 1907.

Durante todo el siglo XIX rigieron en Chile las leyes españolas, con algunas modificaciones introducidas por la legislación republicana, las que no afectaron sustancialmente su naturaleza de carácter inquisitivo.

El sistema procesal penal que rigió durante casi todo el siglo XX y que fue reemplazado por la actual reforma, se caracterizó por su naturaleza inquisitiva, en la que la investigación, la persecución penal y el juzgamiento están entregados a un solo órgano de carácter jurisdiccional, el juez del crimen. En dicho contexto, la investigación criminal era un procedimiento judicial, ritualizado, escrito y burocratizado. Una vez que el juez estimada que *"estaba justificada la existencia del delito y que había presunciones fundadas para estimar que el inculpado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor, el juez procesará al inculpado por cada uno de los hechos punibles que se le imputen, cuando concurran las circunstancias señalada"*.[1] La etapa de investigación – denominada sumario – era por regla general secreta, y una vez terminada, el juez acusaba al procesado dando inicio al juicio penal propiamente tal. El sistema inquisitivo que rigió hasta la reforma de fines de los noventa del siglo pasado, estuvo atenuado, en su potencialidad para trasgredir los derechos de los intervinientes, por la intervención de la segunda instancia, ya que por regla general procedía el recurso de apelación en contra de toda clase de resoluciones.

* Abogado, Profesor Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad de Atacama – Chile, Ex Fiscal Regional de Atacama – Chile.

1 Código de Procedimiento Penal. Art. 274.

El nuevo proceso penal, que sustituyó totalmente el antiguo sistema inquisitivo, se inicia con la reforma constitucional publicada el 16 de septiembre de 1997, que estableció el Ministerio Público, entre otras innovaciones, previendo una ley orgánica constitucional para este órgano, que se materializa con la publicación de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, el 15 de octubre de 1999. El 9 de marzo de 2000 se publica la ley 19.665, que reforma el Código Orgánico de Tribunales, estableciendo los nuevos tribunales penales. En fin, mediante la Ley 19.718, publicada el 10 de marzo del 2000, se crea la Defensoría Penal Pública. El Código Procesal Penal, que establece el nuevo proceso mediante la ley 19.696, se publica el 12 de octubre de 2000, con lo cual se viene a cerrar el ciclo de reformas que permiten dar inició al nuevo proceso penal chileno, abandonándose de esta manera el antiguo procedimiento inquisitivo, por uno público y contradictorio, en el cual se asigna al Ministerio Público la investigación y la persecución penal, como la protección y atención de víctimas y testigos.

2 Definición del Ministerio Público y naturaleza de sus atribuciones

De los artículos 83 de la Constitución Política y los artículos 1º y 3º de la Ley Orgánica Constitucional Ministerio Público (LOCMP) se desprende que éste es un organismo autónomo, jerarquizado, que dirige en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, debiendo investigar con igual celo no sólo los hechos que funden o agraven la responsabilidad del imputado, sino también los que le eximan de ella, la extingan o la atenúen y, en su caso, ejerce la acción penal pública en la forma prevista por la ley. Le corresponde, además, la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos.

Las funciones del Ministerio Público de Chile son de naturaleza exclusivamente penal, careciendo de atribuciones en materias civiles u otros ámbitos del derecho nacional.

Sin embargo, las salidas alternativas que establece el nuevo proceso penal, a saber, la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios, permiten a la víctima acceder a diversas clases de indemnizaciones, por los daños causados por el delito.

3 Ubicación orgánica y autonomía externa del Ministerio Público

El Ministerio Público está establecido en la Constitución Política de la República como un órgano autónomo o extra poder, de manera que no integra ni es dependiente del Poder Ejecutivo ni del Poder Judicial, ubicación que tiene por finalidad evitar su judicialización, esto es, su adhesión corporativa al Poder Judicial, o su politización.

Aparte de la declaración de autonomía de la Constitución Política, ésta misma establece sistemas de nombramiento del Fiscal Nacional y de los Fiscales Regionales que están destinados a asegurar esa autonomía. Con este fin, se prescribe por la Constitución que el Fiscal Nacional será designado por el Presidente de la República, a propuesta en quina por la Corte Suprema y con acuerdo del Senado, adoptado en sesión especialmente convocada al efecto. Para el nombramiento de los Fiscales Regionales, la misma carta establece que serán nombrados por el Fiscal Nacional, a propuesta en terna de la Corte de Apelaciones de la respectiva región.

En el orden de la autonomía del Ministerio Público, la misma Carta Constitucional establece que el Ministerio Público podrá impartir órdenes directas a las Fuerzas de Orden y Seguridad durante la investigación, y la autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite dichas órdenes y no podrá calificar el fundamento, oportunidad, justicia o legalidad, salvo requerir la exhibición de la autorización judicial previa, cuando las actuaciones priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos asegurados por la Constitución, o lo restrinjan o perturben.

El sistema de remoción del Fiscal Nacional y de los fiscales regionales constituye, también, un elemento que contribuye a su autonomía, estabilidad e independencia, puesto que por disposición constitucional sólo pueden ser removidos por la Corte Suprema, a requerimiento del Presidente de la República, de la Cámara de Diputados o de diez de sus miembros, por incapacidad, mal comportamiento o negligencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones. La remoción de los fiscales regionales está sometida a la misma normativa, pero la remoción podrá, además, ser solicitada por el Fiscal Nacional.

4 Autonomía interna del Ministerio Público

La declaración constitucional prescribe que el Ministerio Público es un órgano jerarquizado, lo que viene a indicar que está fundado en un principio de obediencia a que estarían sometidos los fiscales adjuntos respecto de las autoridades del órgano, el que se organiza en forma piramidal.

Sin embargo, variadas normas que dan forma a la organización y funcionamiento del Ministerio Público, nos permiten señalar que esta jerarquización, en cuanto significa obediencia en una estructura piramidal, no es absoluta.

Por regla general, la dirección de toda investigación criminal le corresponde a un fiscal adjunto, integrante de una determinada fiscalía local.

En ese contexto, hay que señalar, en primer lugar, que al Fiscal Nacional le está vedado dar instrucciones particulares, es decir, dar instrucciones u ordenar realizar u omitir la realización de actuaciones, respecto de un caso determinado.

El Fiscal Nacional tiene la facultad de dar instrucciones generales que estime necesarias para el adecuado cumplimiento de las tareas de dirección de la investigación de los hechos punibles, ejercicio de la acción penal y protección de víctimas y testigos. Pueden, sin embargo, los Fiscales Regionales objetar por razones fundadas dichas instrucciones generales, cuando incidieren en el ejercicio de su facultad de dirigir la investigación o en el ejercicio de la acción penal pública.

La investigación propiamente tal, como se dijo, corresponde a los fiscales adjuntos, pero éstos están obligados a obedecer las instrucciones particulares que respecto de un caso, que les hubiese sido asignado por el Fiscal Jefe de la respectiva Fiscalía Local, les de el respectivo Fiscal Regional. Pueden, sin embargo, estos fiscales adjuntos representar las instrucciones, cuando estimen que son manifiestamente arbitrarias o que atentan contra la ley o la ética profesional. Si el Fiscal Regional rechaza la representación y ordena cumplir la instrucción, asume personalmente plena responsabilidad por las actuaciones objeto de la instrucción particular.

La facultad de dar instrucciones particulares se ha dado exclusivamente a los Fiscales Regionales, impidiendo que se concentre un poder tan grande en el Fiscal Nacional, y porque los sistemas de nombramiento y remoción del Fiscal Regional le confieren una estabilidad e independencia en el ejercicio de su cargo.

5 Recursos del Ministerio Público

Los recursos del Ministerio Público son fijados anualmente en la Ley de Presupuesto de la Nación, en cuya formulación tiene iniciativa exclusiva el Presidente de la República y debe ser aprobada por el Congreso Nacional. Una vez fijado el presupuesto del Ministerio Público en la referida ley, éste tiene autonomía para ejecutarlo. Esta es la manera común de fijar anualmente el presupuesto de todos los órganos del Estado en Chile, incluido el Poder Judicial y el Poder Legislativo.

6 Ejercicio de las funciones y atribuciones del Ministerio Público

De acuerdo a la Ley Orgánica del Ministerio Público, al Fiscal Regional corresponde el ejercicio de las funciones y atribuciones del órgano, en la región o extensión geográfica de la región que corresponda a la fiscalía regional a su cargo, quien las ejercerá por sí o por medio de los fiscales adjuntos que se encuentren bajo su dependencia.

Como señalamos, por regla general las funciones del Ministerio Público se ejercen por los fiscales adjuntos, agrupados en alrededor de 140 fiscalías locales, las que depende de 18 fiscalía regionales, y la participación de los fiscales regionales en el ejercicio de las funciones del ente se ejerce mediante la facultad de dar instrucciones particulares, en un caso determinado. Por excepción, un fiscal regional puede ser designado para dirigir un caso por el Fiscal Nacional, y éste, el Fiscal Nacional, puede asumir de oficio la investigación, el ejercicio de la acción penal y la protección de víctimas y testigos, cuando la investidura de las personas involucradas como imputados o víctimas lo hiciere necesario, para garantizar que dichas funciones se cumplirán con absoluta independencia y autonomía.

7 Ingreso y estabilidad de los fiscales adjuntos

Los fiscales adjuntos son nombrados mediante concursos públicos, por el Fiscal Nacional, a propuesta en terna por el respectivo Fiscal Regional. Al nombrárseles se indica el nivel remuneración en la escala de sueldos, fijado por el grado de esa escala que se le asigna en el nombramiento, y la fiscalía local en la que se desempeñarán.

Durante el concurso público los postulantes a fiscal adjunto deben rendir exámenes escritos, orales, someterse a entrevistas antes comisiones del propio Ministerio Público y a una evaluación de los antecedentes académicos y laborales.

El sistema de ascensos de los fiscales adjuntos no está normado en la ley, de manera que en esta materia se ha seguido la estructura del Poder Judicial, en el que no hay tampoco un sistema de ascensos propiamente tal. Esta situación, determina que cada vez que un fiscal adjunto desea ascender de grado y, por consiguiente, en el nivel de remuneraciones, debe postular en el concurso público abierto para llenar un cargo vacante de fiscal adjunto de mayor grado. Al postular en un concurso público lo hace en igualdad de condiciones con abogados que no pertenecen al Ministerio. Se ha querido con esto mantener siempre abierta la posibilidad de postular a los abogados externos, como una manera de escoger a los mejores de los postulantes, sean o no fiscales adjuntos. La diferencia con el Poder Judicial es que, en éste, salvo los cargos iniciales de ingreso al escalafón de jueces, en la vacancia de un grado determinado sólo pueden postular interesados que pertenezcan al grado inferior.

Los fiscales adjuntos cesarán en sus cargos por: (a) cumplir 75 años de edad; (b) renuncia; (c) muerte; (d) salud incompatible con el cargo o salud

irrecuperable, de acuerdo a lo establecido en un reglamento; (e) evaluación deficiente de su desempeño, de conformidad con un reglamento y (f) incapacidad o incompatibilidad sobreviniente, cuando corresponda.

Los fiscales no pueden ser trasladados del lugar en que han sido nombrados, salvo que se proceda con su consentimiento.

8 Responsabilidad de los fiscales del Ministerio Público

Los fiscales del Ministerio Público están sometidos a responsabilidad civil, disciplinaria y penal, por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, de conformidad a la ley.

La responsabilidad disciplinaria de los fiscales por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones podrá hacerse efectiva por la autoridad superior respectiva, de acuerdo con el procedimiento regulado en la propia Ley Orgánica del Ministerio Público y puede acarrear sanciones consistentes en amonestación privada, censura por escrito, multa equivalente hasta media remuneración mensual, por el lapso de un mes, suspensión de funciones hasta por dos meses, con goce de media remuneración y remoción del cargo.

La responsabilidad penal de un fiscal será investigada por los fiscales que establece la ley orgánica y si resulta necesario hacerla efectiva, el fiscal a cargo de la investigación debe deducir una querella de capítulos, ante la Corte de Apelaciones competente, a fin de que declare si hay o no lugar a la persecución penal.

Los fiscales regionales y el fiscal nacional están sometidos, además, a responsabilidad política, en tanto sólo pueden ser removidos por la Corte Suprema, por incapacidad, mal comportamiento o negligencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones, a requerimiento del Presidente de la República, de la Cámara de diputados o de diez de sus miembros. La remoción de los fiscales regionales también podrá ser solicitada por el Fiscal Nacional.

9 Tareas de futuro

Como señalamos en la introducción el Ministerio Público es una institución de reciente creación en la institucionalidad chilena. Su instalación, desarrollo y cumplimiento de sus tareas ha constituido un pilar sólido en el establecimiento del nuevo sistema procesal penal en Chile, el que en poco tiempo ha logrado alcanzar sus finalidades con eficacia, actuando conjuntamente y coordinadamente con los otros órganos, los tribunales, las defensorías y los organismos auxiliares con funciones en el proceso penal. Además, el nuevo proceso penal en Chile ha contado con los recursos y el apoyo institucional necesarios.

A casi diez años desde su instalación, el Ministerio Público requiere revisar algunos aspectos de su organización, de sus recursos y sus relaciones con otras organizaciones. En este sentido, resulta necesario incrementar el número de fiscales adjuntos para enfrentar el mayor número de casos, debido al incremento de la criminalidad o al establecimiento de nuevos delitos en áreas de violencia intrafamiliar, o nuevos sistemas procesales penales aplicables a adolescente. En necesario revisar la relación fiscales regionales – fiscales adjuntos, en cuanto al número de fiscales adjuntos que dependen de un fiscal regional, estableciendo un número tal que permita una relación más directa entre éstos y los primeros, en tanto los fiscales regionales son los últimos responsables de las tareas del Ministerio Público en la respectiva Región o porción de ella. También, en mi opinión, es necesario evaluar la participación del Poder Judicial en los procedimientos para nombrar al Fiscal Nacional y a los Fiscales Regionales, con el fin de incorporar criterios técnicos en la selección de estas autoridades del Ministerio Público.

C H I L E

SITUACION PENAL DE LOS ATENTADOS AL MEDIO AMBIENTE EN CHILE

Mario Maturana Claro*

Introducción

En Chile, el medio ambiente ha sido objeto un gran desarrollo del derecho administrativo, contenido en un derecho administrativo especial, cuyo marco lógico es la *gestión ambiental*, entendida ésta como la incorporación de esta variable a la toma de decisiones, tanto en el ámbito público como privado.[1]

En derecho penal ambiental, por el contrario no ha tenido desarrollo, en el sentido de penar atentados al medio ambiente, entendido como un concepto integral.

En el orden civil, la ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, introduce un nuevo tipo de responsabilidad extra contractual, la responsabilidad por el daño ambiental. Si bien esta ley no introduce tipo penales ambientales, establece en su artículo 2º un conjunto de conceptos definidos "para todos los efectos legales", que han servido de bases para el establecimiento de tipos penales, en los diversos proyectos de ley que se encuentran en trámite en el Congreso Nacional. Estos conceptos son, entre otros: *Biodiversidad y Diversidad Biológica, Conservación del Patrimonio Ambiental, Contaminación, Contaminante, Daño Ambiental, Declaración de Impacto Ambiental, Desarrollo Sustentable, Estudio de Impacto Ambiental, Evaluación de Impacto Ambiental, Impacto Ambiental, Línea de Base, Medio Ambiente, Medio Ambiente Libre de Contaminación. Normas de Emisión, Preservación de la Naturaleza, Protección del Medio Ambiente, Zona Latente, Zona Saturada.* Los diversos proyectos de ley para establecer delitos ambientales, se han atenido en general a estas definiciones, encontrando en ellas clara orientaciones para las normas penales propuestas.

* Abogado, Profesor Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad de Atacama – Chile, Ex Fiscal Regional de Atacama – Chile.

[1] Eduardo Astorga Jorquera. *Derecho ambiental Chileno.* Lexis Nexis. Santiago de Chile – 2007. pp. 1.

Por último, a modo de introducción, hay que señalar que la constitución Política de la República de Chile, asegura a todas las personas el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, agregando que es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. La vigencia de este derecho se asegura mediante el establecimiento de un recurso constitucional de protección, instituido en el artículo 20 de la Carta Magna.

Responsabilidad penal ambiental

Sin embargo, en Chile aún no se encuentra establecido un delito consistente en una conducta que atente al bien jurídico medio ambiente, entendido éste en un sentido integral, que comprenda agua, aire, tierra y sistemas biológicos.

Existen distintas tipificaciones penales que sancionan atentados a diversos componentes del medio ambiente, como la salud animal y vegetal. Así, el párrafo 9 del Título VI del Libro II del Código Penal, denominado *Delitos relativos a la salud animal y vegetal,* sanciona a los que sin permiso de la autoridad competente propagaren una enfermedad animal o una plaga; la propagación de enfermedades que afecten la salud animal o vegetal con motivo de la introducción ilícita a país de animales o especies vegetales, etc.

Diversas otras normas dispersas, referidas a la salud pública, como la 11.741 sobre Tabacos, 11.564 sobre Mataderos Clandestinos, 16.464 sobre Venta de Productos Adulterados, la 18.455 que fija Normas sobre Producción, Elaboración y Comercialización de Alcoholes Etílicos, la ley 20.000 sobre Tráfico de Drogas y Estupefacientes. Otro tipo de leyes contienen normas que están destinadas efectivamente a proteger aspectos determinados del medio ambiente, como la 18.302, referida a la Seguridad Nuclear, la leyes del Tránsito, General de Ferrocarriles, de Navegación y el Código Aeronáutico; la ley 19.437 sobre Pesca y Caza, la 18.892 sobre Pesca y Acuicultura, que establece atentados a los recursos hidrobiológicos, la Ley de Bosques, La Ley General de Urbanismo y Construcciones, la ley 17.288 sobre Monumentos Nacionales, etc.

Salidas alternativas en el proceso penal como instrumentos de reparación del daño ambiental

A pesar de la situación descrita, creemos que las salidas alternativas que contempla el nuevo proceso penal, consistentes en suspensión condicional del procedimiento y acuerdo reparatorio, pueden constituirse en instrumentos más o menos eficaces para reparar el daño causado al medio ambiente.

En la suspensión condicional del procedimiento el juez podrá fijar como una condición el pago de una determinada suma de dinero a favor de la víctima, a título de indemnización de perjuicios.

En el acuerdo reparatorio, que sólo procede en caso de que los hechos investigados afectaren bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, consistieren en lesiones menos graves, o en delitos culposos, el imputado y la víctima podrán convenir indemnizaciones de perjuicios causados por el delito, los que el juez aprobará.

Si bien estos instrumentos pueden ser útiles para reparar el daño causado a elementos del medio ambiente, sólo serán procedentes si no encontramos en presencia de un ilícito, caso que no ocurrirá cuando el atentado es al medio ambiente propiamente tal, es decir, considerado en su integridad natural.

Proyectos de ley en trámite en el Congreso Nacional en Chile

El primer proyecto de ley para el establecimiento de delitos medioambientales fue presentado el año 1998, por moción de los Diputados Juan Bustos, Elgueta, Sánchez, Encina, Ojeda, José Pérez, Lukcic, Mora y Rincón.[2]

El proyecto tiene cuatro artículo y es el primero de ellos es el que establece un tipo penal único, para sancionar al que contraviniendo gravemente las normas primarias de calidad ambiental que establecen los valores de las concentraciones y períodos máximos o mínimos permisibles de elementos, compuestos sustancias, derivados químicos o biológicos, energías, radiaciones, vibraciones, ruidos o combinaciones de ellos, cuya presencia o carencia en el ambiente pueda constituir un riego para la vida o la salud de la población, con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo. Como se advierte, en una norma penal en blanco, puesto que los parámetros como valores de concentración, períodos máximos y mínimos permisibles serán fijados por normas reglamentarias.

Las normas siguientes de este proyecto se limitan a disminuir la pena aumentar si en vez de dolo hay negligencia grave, o a aumentarla si se produce la muerte o afección irreversible de la salud de las personas.

Un segundo proyecto de ley se presentó en el año 2006, para sancionar los delitos contra el medio ambiente cometidos por personas naturales o jurídicas, por la Diputadas Denise Pascal Allende y Clemira Pacheco Rivas.[3] Este proyecto considera el anterior y el proyecto de la Comisión Foro Penal, encargadas de redactar un nuevo Código Penal, patrocinada por el Ministerio de Justicia.

Este proyecto se fundamenta en la convicción del derecho comparado, en cuanto la legislación penal es un instrumento necesario para preservar el medio ambiente, revisa alguna legislación comparada y la doctrina nacional en la materia, no sólo en materia de penalización de los atentados al medio ambientes, sino que también respecto de posibilidad de sancionar a personas jurídicas como a personas naturales por dichos ilícitos.

En los fundamentos de este proyecto se señala que, para evitar confusiones normativas, las expresiones utilizadas en el texto corresponden lo más fielmente posible con los conceptos definidos en la Ley 19.300 sobre Bases del Medio Ambiente "para todos los efectos legales" que reseñamos con anterioridad.

En lo relativo al medio ambiente, este proyecto agrega seis artículos al Código Penal, mediante los cuales se sanciona a las personas naturales y a las personas jurídicas responsables de una actividad que en su operación produzcan un grave daño ambiental. Sanciona también, al máximun de las penas, si el grave daño ambiental pone en serio peligro la vida o la salud de personas determinadas. Como en el proyecto anterior, si el grave daño ambiental produce lesiones o la muerte de una o más personas. Sanciona en forma separada el delito culposo de grave daño ambiental, a las personas naturales o jurídicas responsables.

Este proyecto también sanciona a las personas naturales o jurídicas responsables de una actividad que contando con una autorización o certificación ambiental para su operación, produzca un grave daño ambiental por el incumplimiento de las condiciones o exigencias bajo las cuales se le otorgó la certificación y los permisos correspondientes o que ponga en serio peligro la vida o la salud de una o más personas determinadas o les provoque lesiones o muerte.

La última norma de este proyecto define, para los efectos de la tipificación de los delitos y aplicación de las penas contempladas en el mismo, el medio ambiente como un sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, en permanente modificación química o biológica, socio culturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones. A su vez, define como grave daño ambiental toda pérdida, disminución, detrimento y menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes.

[2] Boletín 2177-12. Servicio de Información Legislativa H. Congreso Nacional. El proyecto se encuentra en su primer trámite constitucional desde su ingreso a tramitación, el 3 de junio de 1998.

[3] Boletín 456-12. Servicio de Información Legislativa H. Congreso Nacional. El proyecto se encuentra para informe de la Comisión de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medioambiente, desde la fecha de su presentación.

Un tercer proyecto legislativo para instaurar los delitos ambientales, es el presentado por el Senador Guido Girardi, el 19 de diciembre de 2007.[4] Este proyecto tuvo como base el trabajo investigativo de un equipo de juristas encabezados por el profesor Jean Pierre Matus, e integrado por los abogados María Cecilia Ramírez Guzmán, Marcos Orellana Cruz y Marcela Castillo Sánchez, que fuera publicado por la Editorial Jurídica de Chile en el año 2004, bajo el título *"Derecho Penal del Medio Ambiente. Estudios y propuesta para un nuevo derecho penal ambiental chileno."*

El bien jurídico protegido es el medio ambiente, entendido en términos similares al proyecto anterior, concepto que corresponde al artículo 2º letra II de la Ley 19.300 sobre Bases del Medio Ambiente. La técnica legislativa es la de leyes penales en blanco, en el sentido que los tipos penales refieren a las normas de un reglamente específico determinará las sustancias y cantidades o proporciones de contaminantes provenientes de una misma fuente emisora cuya emisión al medio ambiente se a capaz de producir un grave daño ambiental y, en su cao, poner en serio peligro la vida y la salud de las personas.

El proyecto tiene cuatro títulos. El primero trata de los delitos de grave contaminación ambiental; el segundo de los delitos contra los recursos naturales, el patrimonio ambiental y cultural; el tercero, de los delitos que afectan el correcto funcionamiento del Sistema de Evaluación del Impacto Ambiental; y el cuarto, contiene disposiciones varias, entre las que se cuentan las referencia a los reglamentos, antes indicados, normas probatorias y otras.

En fin, hay un cuarto proyecto en trámite en el Congreso Nacional, correspondiente a una moción en la Cámara de Diputados de 2 de septiembre de 2008.[5] Luego de una breve fundamentación, el proyecto pretende hacerse parcialmente cargo del problema de la contaminación ambiental en situaciones de emergencia ambiental. Con ese fin, propone incorporar al Código Penal el siguiente artículo: *"El que en situaciones de pre emergencia, o emergencia ambiental decretada por la autoridad competente, provocare un grave daño ambiental o para la salud de las personas, producto de emisiones de gases de calderas, chimeneas u otros medios similares, de utilización industrial, o que efectuare emisiones de gases mediante vehículos motorizaos infringiendo las limitaciones de circulación, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de 50 a 500 UTM. Si el responsable fuere una persona jurídica será sancionado con multa de 50 a 5000 UTM y la clausura del Establecimiento."*

[4] Boletin 5654-12 Servicio de Información Legislativa H. Congreso Nacional. El proyecto se encuentra en la Comisión de Medio Ambiente y Bienes Nacionales del Senado, para informe, desde el 2 de enero de 2008.

[5] Boletín 6048-07. Servicio de Información Legislativa H. Congreso Nacional. El proyecto se encuentra para informe en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, desde la misma fecha de su presentación, en primer trámite legislativo.

Esta es la situación de los proyectos de ley que actualmente se tramitan en el Congreso Nacional de Chile, respecto de los cuales se advierte muy poco avance en el camino para transformarse en leyes de la República. De allí que sea necesario avanzar en hacer conciencia en la ciudadanía la importancia de contar con una legislación penal que haga eficaz la protección del medio ambiente. La voluntad política alcanzar este objetivo sólo se logrará mediante la organización de la civilidad y la acción de grupos de estudios, universidades y organizaciones sociales.

DERECHO AMBIENTAL COLOMBIANO

Luís Fernando Macías Gómez*

En Colombia el derecho ambiental ha venido tomando fuerza a partir de la expedición de la Constitución de 1991 y la implementación que de ella se ha hecho principalmente a partir de las acciones populares y de tutela.

La proliferación de normas existentes en el país desde 1959 o antes, no habían sido desarrolladas jurídicamente, sino más bien con un marcado sesgo técnico. Actualmente, aun cuando controvertibles algunas posiciones de las altas cortes, es indudable la necesidad de reconocer el avance en materia de desarrollo de un marco jurídico de la implementación e interpretación de las normas ambientales.

En ese sentido se han desarrollado algunos principios como es el principio de precaución, el principio in dubio pro natura, principio del desarrollo sostenible. El primero ha sido objeto de pronunciamiento jurisprudencial, dentro de las cuales vale la pena citar el fallo C – 293 de 2002:

> *"[...] cuando la autoridad ambiental debe tomar decisiones específicas, encaminadas a evitar un peligro de daño grave, sin contar con la certeza científica absoluta, lo debe hacer de acuerdo con las políticas ambientales trazadas por la ley, en desarrollo de la Constitución, en forma motivada y alejada de toda posibilidad de arbitrariedad o capricho.*
>
> *Para tal efecto, debe constatar que se cumplan los siguientes elementos:*
>
> *1. Que exista peligro de daño;*
>
> *2. Que éste sea grave e irreversible;*
>
> *3. Que exista un principio de certeza científica, así no sea ésta absoluta;*
>
> *4. Que la decisión que la autoridad adopte esté encaminada a impedir la degradación del medio ambiente.*
>
> *5. Que el acto en que se adopte la decisión sea motivado.*
>
> *Es decir, el acto administrativo por el cual la autoridad ambiental adopta decisiones, sin la certeza científica absoluta, en uso del principio de precaución, debe ser excepcional y motivado. Y, como cualquier acto administrativo, puede ser demandado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Esto hace que la decisión de la autoridad se enmarque dentro del Estado de Derecho, en el que no puede haber decisiones arbitrarias o caprichosas, y que, en el evento de que esto ocurra, el ciudadano tiene a su disposición todas las herramientas que el propio Estado le otorga. En este sentido no hay violación del debido proceso, garantizado en el artículo 29 de la Constitución.*
>
> *"[...]*
>
> *"En cuanto hace a la aplicación del principio de precaución para la preservación del medio ambiente por los particulares, ha de entenderse que el deber de protección a que se hace alusión no recae sólo en cabeza del Estado, dado que lo que está en juego es la protección ambiental de las generaciones presentes y la propia supervivencia de las futuras. Por ello, el compromiso de proteger el medio ambiente es responsabilidad de todas las personas y ciudadanos e involucra a los Estados, trasciende los intereses nacionales, y tiene importancia universal.*
>
> *En el ámbito nacional, se trata de una responsabilidad enmarcada expresamente por la Constitución como uno de los deberes de la persona y del ciudadano, al que se refiere el artículo 95, así:*
>
> *"**Artículo 95.***
>
> *"[...]*
>
> *"Son deberes de la persona y del ciudadano:*
>
> *"8. Proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano;"*
>
> *Por ello, la mención que el artículo acusado hace de los particulares, debe considerarse como la obligación que ellos tienen de tomar las medidas de precaución, cuando exista peligro de daño grave e irreversible al medio ambiente, aún en el caso de que el particular no tenga la certeza científica absoluta de que tal daño se produzca".*

De este principio se desprende el de in dubio pro natura, según el cual la ley debe interpretarse en beneficio de la protección de la naturaleza, haciendo la interpretación de la legislación ambiental restrictiva.

El derecho ambiental colombiano se ha venido desarrollando sobre todo desde el año 1991 luego de la aprobación de una nueva constitución política. Esto se produce como consecuencia de la incorporación de una serie de derechos ambientales que permite a los ciudadanos reclamar soluciones a problemas relacionados con los recursos naturales renovables y el medio ambiente.

Luego con la expedición de la ley 99 de 1993 mediante la cual se crea una nueva institucionalidad ambiental, se establece un nuevo régimen de evaluación de impacto ambiental y se consagran diversos mecanismos de participación ciudadana hay un nuevo impulso al desarrollo del derecho ambiental.

Sin embargo, la legislación ambiental no es nueva pues existe desde mediados del siglo pasado y se cuenta con código de recursos naturales renovables que data de 1974.

* Abogado.

1 El Medio Ambiente en la Constitución

En la Constitución de 1991 el medio ambiente aparece como un valor supremo, formando parte de ese nuevo pacto que pretende ser la nueva Constitución. Así lo demuestran los numerosos artículos que hacen referencia al asunto.[1]

La inclusión del medio ambiente se encuentra dentro de la misma lógica seguida en el mundo de un nuevo contrato no sólo social sino con la naturaleza. Es así como en la *Gaceta Constitucional* del 24 de abril de 1991, se lee lo siguiente:

"*La nueva Constitución debe sentar las bases jurídicas para que sea posible un desarrollo basado en un nuevo pacto con la naturaleza*".

Dos puntos resaltan esta afirmación. El primero muestra que el problema ambiental se toma como un factor de desarrollo y no puramente conservacionista. El segundo, apunta a reivindicar la corriente de pensamiento del contrato natural. Es decir, que aquel no es posible si no se logra antes un acuerdo con la naturaleza. Así las cosas, la constitución aparece no exclusivamente como un nuevo pacto social, sino que por primera vez en la historia constitucional colombiana se hace un pacto con la naturaleza.

Más allá de una concepción filosófica lo que se busca es señalar que la constitucionalización del medio ambiente se enmarca dentro de una moderna concepción. El derecho a un ambiente sano se reconoce como un derecho fundamental, pero simultáneamente se señala la necesidad de un cambio en el modelo de desarrollo.

Ahora bien, cuando se lee la Constitución y se encuentran una serie de artículos referentes al tema, surge la pregunta: *¿todos esos artículos tiene un mismo significado o, por el contrario, representan diferentes esferas dentro del Estado*?

La respuesta se intenta a partir de la clasificación de esos artículos en diferentes campos de acción que comprende la estructura de la Constitución. En efecto, se tiene que los artículos analizados se pueden agrupar en seis campos. El primero se refiere al medio ambiente como derecho colectivo, fundamental y principio rector del Estado; el segundo, a los artículos que hacen relación a un nuevo modelo de desarrollo; el tercero tipifica el medio ambiente como paradigma; el cuarto caracteriza una nueva concepción de la economía, la propiedad y la empresa; el quinto hace referencia al medio ambiente como componente de la política internacional, y el último se relaciona directamente con la estructura organizativa y funcional del Estado.

[1] Este aparte se encuentra desarrollado más ampliamente en nuestro texto, *introducción al derecho ambiental colombiano,* Editorial LEGIS, Bogota, 1998.

Se verán ahora cada uno de estos grupos con una breve explicación de los artículos que lo conforman.

1. El medio ambiente como fundamento y principio rector del Estado

Este grupo está conformado por los siguientes artículos:

- *Artículo 7º:* Se refiere a la obligación de proteger la diversidad étnica, que tiene una estrecha y tradicional dependencia con los recursos biológicos.
- *Artículo 8º:* Hace referencia a la obligación que tiene el Estado de proteger las riquezas naturales de la Nación; es entonces un principio rector de aquél.
- *Artículo 49:* Establece la obligación del Estado de garantizar el saneamiento ambiental y la salud de la población. En este caso se refiere a un principio rector o parte programática de la Constitución.
- *Artículo 67:* La educación debe formar a los colombianos para que protejan el medio ambiente. Es decir que el tema se convierte en fundamento de la formación de los ciudadanos.
- *Artículo 80:* Es obligación del Estado planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para lograr su conservación, restauración o sustitución. Además debe prevenir los factores de deterioro ambiental. En este artículo se establece una obligación que intenta ser no sólo fundamento del Estado sino principio de un nuevo modelo de desarrollo. Es decir, el desarrollo sostenible, al cual apunta la obligación, se convierte en fundamento y principio rector del Estado colombiano.
- *Artículo 81:* La prohibición de fabricar, importar, poseer o utilizar armas químicas, biológicas y nucleares, así como prohibir el ingreso de desechos tóxicos al territorio nacional, inscriben el medio ambiente como parte de la soberanía del Estado y como un interés de éste; es decir, hace parte de la seguridad nacional del país. Es interesante observar que este artículo impide que Colombia se vincule a cualquier carrera armamentista que conlleve la destrucción del planeta. Con este artículo se cumple, parcialmente, uno de los principios de Río de Janeiro, según el cual la paz no es un problema desligado del medio ambiente.
- *Artículo 82:* Se eleva a rango constitucional la protección del espacio público, haciendo parte del medio donde se desarrolla la vida urbana. Este principio es tal vez el menos respetado, dado el carácter de privado que tiene en nuestro país el espacio público.
- *Artículo 95, numeral 8º:* El ciudadano tiene como deber proteger los recursos naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano. Es la contrapartida del medio ambiente como derecho. Este artículo debe analizarse en concordancia con aquellos que hacen referencia a la propiedad y a

la economía, por cuanto es partir del deber ciudadano de proteger el medio ambiente que se pueden restringir ciertas libertades económicas.

• *Artículo 215:* Otorga la posibilidad de decretar un estado de excepción en virtud de situaciones que afecten el orden ecológico. Eleva el medio ambiente a rango de razón de Estado. Debe tenerse en cuenta que este artículo hace referencia igualmente a factores económicos y sociales, con lo cual se quiere indicar que esos aspectos no pueden verse desligados. Tal vez se podría llegar a afirmar que este estado de excepción hace referencia a situaciones de orden ecológico que puedan afectar el orden económico. De ser así se estaría ante una típica concepción economicista del medio ambiente. Empero, será la práctica de estas medidas las que indicarán el rumbo que seguirá el estado de excepción.

2. El medio ambiente como derecho colectivo, social o fundamental

Vale la pena aclarar que el artículo 67, que hace referencia al derecho a la educación podría hacer pensar que ésta otorga el derecho para exigir una educación con un objetivo claro de protección al medio ambiente. Sin embargo, consideramos que este artículo sólo debe incluirse en el punto anterior.

Entre los artículos que se refieren al medio ambiente como derecho tenemos:

• *Artículo 79:* Otorga a todas las personas el derecho a gozar de un ambiente sano y a participar en las decisiones que puedan afectarlo. Es este artículo al cual se refieren todos los ciudadanos cada vez que existe un conflicto en torno a una problemática ambiental. A partir de él la Corte Constitucional ha creado una verdadera doctrina tendiente a proteger el medio ambiente.

• *Artículo 88:* Establece las acciones populares como derecho para proteger el medio ambiente. Se reafirma entonces el carácter colectivo del derecho a un medio ambiente sano.

• *Artículo 330, parágrafo:* Otorga a las comunidades indígenas el derecho a que se respete su integridad cultural, social y económica, cuando quiera que se exploten recursos naturales en los territorios indígenas.

3. El medio ambiente como paradigma de un nuevo modelo de desarrollo

En este grupo de artículos se establece el vínculo entre medio ambiente y desarrollo, así como la existencia de una tensión entre uno y otro. Estos artículos son:

• *Artículo 80:* Establece la obligación del Estado de proteger los recursos naturales para alcanzar el desarrollo sostenible. Este tema podría ser el objeto de un trabajo independiente, motivo por el cual se afirmará solamente que en Colombia, por mandato constitucional, el desarrollo debe ser sostenible. Se

eleva a rango constitucional un modelo de desarrollo que actualmente es el paradigma de las economías de prácticamente todos los países.

• *Artículo 333:* La libertad económica se podrá restringir por razones ambientales. Además, establece que las empresas tienen obligaciones, entre ellas, la protección al medio ambiente, como lo ha señalado en algunas ocasiones la Corte Constitucional.

• *Artículo 334:* El Estado podrá intervenir en la economía con el fin de preservar el medio ambiente. Ésta es tal vez una de las últimas excusas que tiene el Estado para intervenir en el proceso económico. Empero, esta facultad coloca al medio ambiente, conjuntamente con el concepto de desarrollo sostenible, como centro del debate en torno a la naturaleza y a las características del Estado actual.

• *Artículo 339:* El Plan Nacional de Desarrollo debe ser parte de los objetivos nacionales que en él se establezcan. Debe entenderse que es a partir de este plan que se puede hacer efectivo el desarrollo sostenible.

• *Artículo 340:* Organiza el Consejo Nacional de Planeación, integrado, entre otros, por sectores ecológicos. Es desarrollo del derecho que tiene la comunidad de participar en las decisiones que afecten el medio ambiente. También establece un nuevo esquema de elaboración del plan de desarrollo.

• *Artículo 361:* Las entidades territoriales deben destinar el porcentaje que reciben por concepto de regalías a la protección ambiental. Debe analizarse en concordancia con el artículo 360 que establece las condiciones para explotar los recursos naturales no renovables.

4. El medio ambiente como condicionante de la propiedad privada, la economía y las empresas

Es en estos artículos donde se manifiesta con mayor fuerza el tremendo conflicto, y en ocasiones contradicción, entre medio ambiente y sistema de propiedad privada y libre empresa. Estos últimos principios son el fundamento y razón de ser de la democracia occidental la cual, sin embargo, puede verse limitada por razones y exigencias ambientales. Será la interpretación jurisprudencial la que dé el alcance que pueda adquirir dicha limitación y los criterios prioritarios de aplicación. Los artículos son:

• *Artículo 58:* Establece que a la propiedad le es inherente una función ecológica..

• *Artículo 63:* Señala el carácter de inembargables, imprescriptibles e inalienables los bienes de uso público y los parques naturales.

• *Artículo 66:* Establece la posibilidad de regular el crédito agropecuario, teniendo en cuenta las calamidades ambientales. Norma que busca resaltar la importancia del campo y la fragilidad de éste ante la imprevisibilidad de la naturaleza y el ambiente.

Por último, puede hacer parte también de este grupo el artículo 333 anteriormente explicado.

5. El medio ambiente como componente de la política internacional

La política internacional del país no podía ser ajena a la importancia del tema, tanto más cuanto que, como se dijo, fueron las exigencias internacionales las que condujeron a elevar el medio ambiente a rango constitucional.

Artículo 226: Señala que el Estado promoverá la internacionalización de las relaciones ecológicas. El medio ambiente hace parte de la agenda internacional, en la medida que se promueva su posicionamiento a nivel internacional. Las relaciones entre los países no se circunscriben solamente a aspectos económicos, políticos o sociales sino también a los aspectos ambientales, que son motivo para que los Estados discutan sus relaciones.

6. El medio ambiente con relación a la estructura organizativa y funcional del Estado

Todos los aspectos declarativos sobre el tema ambiental requieren instrumentos para ser operativos dentro del funcionamiento y estructura del Estado. En tal sentido un número importante de artículos se refieren al tema. Unos para hacer racional la función de los diferentes organismos que conforman el Estado, otros como parte del control de los diferentes organismos y en general el medio ambiente formando parte de la acción del Estado. Entre estos artículos tenemos:

- *Artículo 267:* El control fiscal debe incluir una valoración de los costos ambientales.
- *Artículo 268, numeral 7º:* Es función del Contralor General de la República presentar al Congreso un informe anual sobre el estado de los recursos naturales y del ambiente.
- *Artículo 277, numeral 4º:* Es función del Procurador General de la Nación defender los intereses colectivos y en especial el ambiente.
- *Artículo 282, numerales 1º y 5º:* Es función del Defensor del Pueblo orientar a los ciudadanos para proteger sus derechos, entre ellos el del medio ambiente. Además, puede interponer las acciones populares.
- *Artículo 289:* Faculta a los departamentos y municipios fronterizos para adelantar programas de preservación ambiental en forma directa y conjunta con la entidad territorial limítrofe.
- *Artículo 300, numeral 2º:* Corresponde a las asambleas departamentales expedir las disposiciones relacionadas con el medio ambiente.
- *Artículo 302:* La ley puede indicar a los departamentos diversas capacidades y competencias de gestión administrativa y fiscal, diferentes de las señaladas en la Constitución, teniendo en cuenta, entre otros factores, el ecológico.

- *Artículo 310:* Se señala la protección especial del medio ambiente y los recursos naturales del archipiélago de San Andrés y Providencia.
- *Artículo 313, numeral 9º:* Es función de los concejos municipales dictar las normas necesarias para el control, preservación y defensa del patrimonio ecológico del municipio.
- *Artículo 317:* Se establece que un porcentaje del gravamen sobre la propiedad inmueble se podrá destinar, por mandato de ley, al manejo y conservación del medio ambiente.
- *Artículo 330, numeral 5º:* Establece la función a las autoridades de los territorios indígenas de velar por la preservación de los recursos naturales.
- *Artículo 331:* Se crea la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena, encargada de recuperar, entre otros puntos, el aprovechamiento y preservación del ambiente y los recursos naturales renovables.

Son pues muchos los artículos que en la Constitución Política de Colombia hacen referencia de manera directa al medio ambiente

2 El Régimen de Responsabilidad Ambiental en Colombia

El tema de la responsabilidad ambiental en Colombia tiene tres tipos claramente identificables. El primero hace referencia a la responsabilidad administrativa; el segundo la responsabilidad civil y el tercero la responsabilidad penal. En el presente escrito se realizará un breve análisis sobre cada uno de ellos, resaltando los aspectos que considerados importantes, sin profundizar en ninguno de ellos dado el límite de espacio exigido en el presente caso.

Para efectos de este documento se entenderá la responsabilidad como la obligación de una persona natural o jurídica, pública o privada de reparar un daño ambiental, cumplir con la sanción que se le imponga como consecuencia de la violación de una norma jurídica de carácter ambiental, o cumplir con la sanción penal que se le imponga como consecuencia de un delito calificado como ambiental por la legislación nacional.

2.1 Responsabilidad Administrativa

Se entiende como aquella derivada del incumplimiento de obligaciones impuestas por la ley, tal y como lo establece el artículo 85 de la ley 99 de 1993 que consagra el régimen sancionatorio ambiental, al señalar que las autoridades ambientales impondrán al infractor de las *normas sobre protección ambiental o sobre manejo y aprovechamiento de recursos naturales renovables*, las medidas preventivas o sanciones señaladas en el mismo artículo.

Por otra parte las sanciones administrativas son concurrentes con las demás acciones civiles o penales que se deriven de las infracciones cometidas, y así lo establece el parágrafo 2 del mismo artículo al señalar lo siguiente:

> *Las sanciones establecidas por el presente artículo se aplicarán sin perjuicio del ejercicio de las acciones civiles y penales a que haya lugar.*

Por su parte la norma establece que la sanción de multa no exonera al infractor de la obligación de adelantar las obras que exija la autoridad ambiental competente para restaurar el medio ambiente o los recursos renovables afectados como consecuencia de la infracción. Así lo establece el parágrafo 2 del mismo artículo 85 de la ley 99 de 1993:

> *El pago de las multas no exime al infractor de la ejecución de las obras o medidas que hayan sido ordenadas por la entidad responsable del control, ni de la obligación de restaurar el medio ambiente y los recursos naturales renovables afectados.*

Las autoridades ambientales competentes para imponer las sanciones son el Ministerio del Medio Ambiente, las Corporaciones Autónomas Regionales (CAR'S)[2] y los denominados grandes centros urbanos.[3]

Es de señalar que en la responsabilidad por procesos administrativos sancionatorios se aplican los principios del debido proceso y presunción de inocencia consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política colombiana, además de algunos principios del derecho penal.

2.2 Responsabilidad Civil

Este tema se encuentra poco desarrollado a nivel doctrinal y jurisprudencial, determinado por las características propias que le infunde el derecho ambiental al tema de la responsabilidad civil. Podría señalarse que en este tipo de responsabilidad existe la responsabilidad del particular pero también la del Estado, en ambos casos por acción u omisión.

La regulación normativa es antigua, aunque poco desarrollada debido a que son declaraciones de principios tanto en la ley como en la Constitución. La primera norma que en Colombia trata el tema es la ley 23 de 1973, mediante la cual se conceden facultades extraordinarias al presidente de la república para expedir el Código de Recursos Naturales Renovables y de Protección al

[2] Estas son entidades creadas por la ley 99 de 1993 y que conforme a la jurisdicción territorial señalada en la norma, son las encargadas de la administración y control de los recursos naturales renovables y el medio ambiente.

[3] La ley 99 de 1993 establece que los municipios o distritos con más de 1 millón de habitantes dentro del perímetro urbano, cumplen las mismas funciones de las Corporaciones Autónomas Regionales. Esta característica se amplio, mediante ley 768 de 2002, a los Distritos de Cartagena y Santa Marta, ubicados en el Caribe colombiano.

Medio Ambiente y se dictan otras disposiciones, al señalar en su artículo 16 lo siguiente:

> *"El Estado será civilmente responsable por los daños ocasionados al hombre o a los recursos naturales de propiedad privada como consecuencia de acciones que generen contaminación en detrimento del medio ambiente. Los particulares lo serán por las mismas razones y por el daño o uso inadecuado de los recursos naturales de propiedad del Estado".*

Este artículo establecería el caso de la responsabilidad Extracontractual del Estado como de los particulares. En el primer caso, la Constitución de 1991 en su artículo 90 establece:

> *"El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas".*

Es decir que en lo que se refiere al medio ambiente, si se produce un daño a este bien jurídico, como consecuencia de una acción u omisión de un agente del Estado, éste podría ser condenado a reparar el daño causado. Esta eventualidad se puede analizar bien sea que el Estado actúe directamente como una agente que realiza una actividad que produce un daño, o bien por que no actúo debiéndolo hacer.

En ese orden de ideas podría plantearse el evento de si el Estado sería igualmente responsable por no ejercer su deber de vigilancia, cada vez que un particular es declarado responsable de un daño ambiental. A nuestro juicio no creemos que sea evidente está conclusión por cuanto ello derivaría en una exagerada concepción en torno a la capacidad y deber del Estado en cumplir con la protección del medio ambiente.

En relación con la responsabilidad de los particulares existe el desarrollo del código civil que regula la materia en sus artículos 2341 y siguientes, siendo el primero de ellos el que se cita con más frecuencia:

> *"El que ha cometido un delito o culpa que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido".*

Sin embargo, este artículo daría a entender que se requiere de la culpa, y en materia ambiental la tendencia es el de la responsabilidad objetiva, es decir que basta probar el daño y el nexo causal para determinar la responsabilidad, sin que medie ningún elemento subjetivo del sujeto causante del daño. En todo caso, es necesario probar el daño.

Otra teoría, diferente a la anterior, que permite analizar la responsabilidad ambiental es la relacionado con la responsabilidad por actividades peligrosas, en la cual se presume la culpa, siendo necesario entonces desvirtuarla.

Esta teoría parte del desarrollo de diversas actividades que por sus características y riesgos inherentes, producidos por el adelanto tecnológico, exige del agente un mayor cuidado en la actividad.

Al respecto es importante citar como primer antecedente al respecto el fallo de la Corte Suprema de Justicia en fallo del 30 de abril de 1976, respecto al caso de contaminación ambiental de una empresa a otra, hace referencia a la teoría del riesgo creado y de la responsabilidad por actividades peligrosas, adoptando este criterio, bajo el cual como se dijo antes, se presume la culpa.

Ahora bien, es mediante el desarrollo de la ley 472 de 1998, mediante la cual se regulan las acciones populares y de grupo, que se empieza a plantear y elaborar jurisprudencialmente el tema de la responsabilidad ambiental. Empero, es de tener en cuenta que las acciones populares están establecidas para proteger derechos colectivos, siendo el medio ambiente reconocido por el artículo 79 de la Constitución Política de Colombia como un derecho colectivo.

La ley mencionada señala en su artículo 2 el objeto de las acciones populares, en el siguiente sentido:

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

Como se observa en el artículo citado el objetivo primordial es evitar el daño contingente, que para el caso del derecho colectivo al medio ambiente sería el daño ambiental, o bien restituir las cosas a su estado anterior, que es el típico caso de una reparación de un daño, esto es una responsabilidad para el agente causante del mismo.

Esto nos lleva a plantear la necesidad de definir el daño ambiental, el cual puede clasificarse de puro o derivado. El primero sería aquel que se produce al medio ambiente o a la biodiversidad. El segundo es el causado al patrimonio de terceros como consecuencia de un daño ambiental puro.

Para los efectos del presente trabajo entenderemos daño ambiental como el deterioro del medio ambiente y de los recursos naturales renovables que afecta el normal funcionamiento de los ecosistemas o la renovabilidad de los mismos y que es causado por uno cualquiera de los factores de deterioro ambiental que defina la ley, siempre y cuando se produzcan como consecuencia del incumplimiento de la ley, por acción u omisión que dé lugar a tal afectación, o que a pesar de una diligencia suficiente la capacidad de absorción del deterioro ambiental se ve superada por la acción que genera dicho deterioro. Es decir que el daño debe ser antijurídico

Es de señalar que otro aspecto relevante es el de la imputación del daño ambiental, dado que en ocasiones éste se observa mucho después de ocurrido el hecho que da lugar a él, y cuando pueden ser varios los que intervienen en la realización del daño. Situación que se busca resolver, permitiendo, en el caso de las acciones populares, que el juez vincule a las demás personas que puedan haber incurrido en los actos que dieron lugar a la acción popular respectiva. Es decir se configura en cierta forma una responsabilidad solidaria entre todos los vinculados como posibles sujetos a quienes se les imputa el daño.

Ahora bien, en materia contractual también se pueden presentar casos de responsabilidad ambiental, sobre todo cuando uno de los contratantes es afectado en su patrimonio como consecuencia de un daño ambiental causado por la otra parte. Existe en el país la ley 1252 de 2008 que establece una responsabilidad integral y solidaria en materia de manejo de residuos peligrosos. Señala la ley que el generado responde hasta la disposición final adecuada de dichos residuos, con lo cual en esa cadena que se genera como consecuencia de la gestión de residuos una de las partes puede verse afectada como consecuencia del incumplimiento de un contrato de uno de las partes, y dar lugar por lo tanto a una responsabilidad contractual ambiental.

En materia de lo relacionado con las acciones populares hay que resaltar el hecho de que la responsabilidad no surge como consecuencia de un daño individual, por cuanto ellas *"no pueden ejercerse como ya se indicó, con el objeto de perseguir la reparación subjetiva o plural de los eventuales daños que pueda causar la acción o la omisión de la autoridad pública o del particular sobre ellos"* (Corte Constitucional, Fallo C 215 del 14 de abril de 1999). Esto significa que las acciones populares solo hacen referencia a la responsabilidad derivada de la producción de una daño al medio ambiente, o de la simple puesta en peligro del mismo, o incluso para recuperar impactos ambientales producidos, aun cuando no se haya generado el daño, o por la simple vulneración o agravio al derecho colectivo al medio ambiente y a la protección de los recursos naturales renovables. Interpretación, que a nuestro juicio puede dar lugar a abusos en la aplicación de dicho instrumento judicial, sobre todo por la sensibilidad que despierta el tema.

2.3 Responsabilidad Penal

Otro tipo de responsabilidad existente en Colombia es la penal, la cual se encuentra regulada en los artículos 328 a 329 del Código Penal colombiano, Ley 599 de 2000, la cual entró a regir a partir del 24 de julio de 2001.

Uno de los principales problemas que se derivan de esta responsabilidad es la discrecionalidad en determinar la conducta punible, por cuanto o bien se

puede ser demasiado laxo, o bien caer en un sistema realmente peligrosista en el tratamiento de estos delitos. Este planteamiento se sustenta en dos aspectos principales. El primero hace referencia a la complejidad del conocimiento de temas ambientales lo que hace difícil encontrar claras y precisas definiciones, conceptos o conclusiones sobre los diversos tópicos ambientales. El segundo se refiere a la dispersión normativa que genera confusión y sobre todo incertidumbre jurídica en el alcance de la misma. De este punto se deriva un aspecto relevante y es el hecho de la supremacía que en ocasiones tiende a darse a lo técnico sobre lo jurídico en materia ambiental, generando una discrecionalidad absoluta en el operador jurídico.

Adicional a lo anterior, se agrega el hecho de una adaptabilidad del tema penal al tema ambiental dadas las características de esta normativa, y que como en otras áreas del derecho, siempre existe un periodo de armonización entre las tradiciones jurídicas frente a nuevos retos que impone el derecho ambiental.

Los principales tipos penales establecidos en el código son:

- Ilícito aprovechamiento de recursos naturales renovables
- Violación de fronteras para la explotación de recursos naturales
- Manejo ilícito de microorganismos nocivos
- Daño a los recursos naturales
- Contaminación ambiental
- Experimentación ilegal en especies animales o vegetales
- Pesca ilegal
- Caza ilegal
- Invasión de áreas de especial importancia ecológica
- Explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales

La responsabilidad penal tiene su propio cuerpo normativo, habiéndose impuestos varias condenas por estos delitos. Sin embargo los condenados son personas de sectores de la pequeña industria o incluso sectores populares, no ha habido un fallo penal por una contaminación considerable producida por una gran empresa.

3 Régimen del Daño Ambiental en Colombia

El tema del daño ambiental se ha venido desarrollando en el país en forma tímida pero constante, sobre todo a partir de algunos fallos jurisprudenciales. Por otra parte, ha existido la tendencia a asimilar impacto o deterioro ambiental con daño ambiental.

Sin embargo, cuando se permite por parte del Estado el uso de los recursos naturales y cierta afectación al medio ambiente no podría hablarse de daño, pues estaríamos ante un daño consentido o legal. Esto supone que el titular

de la autorización debe comprometerse a cumplir con unos parámetros mínimos de afectación al recurso, cuente con un plan de manejo para la utilización del mismo y se comprometa a compensar el uso o aprovechamiento que se esta haciendo.

Por otra parte, existe una diferenciación entre el daño a los recursos naturales o al medio ambiente, que se denomina daño ambiental puro, con el daño ambiental que genera la afectación a un persona determinada en cuyo caso se denomina daño ambiental consecutivo.

El concepto de daño ambiental puro podría definirse como aquella alteración y afectación irreversible o mitigable a largo plazo que rompe las estructuras ecológicas y afecta su normal funcionamiento. La reparación de este daño viene haciéndose por el artículo 12 de la Ley 472 de 1.998, que regula las acciones populares, y según el cual toda persona está legitimada para ejercer una acción popular para evitar el daño contingente, hacer cesar un peligro, la amenaza, vulneración o agravio al derecho colectivo al medio ambiente o a la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, la conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente.

El daño ambiental ocasionado por el uso de la máquina y de las fuerzas motrices escapa al dominio del derecho civil mientras no trate de agente y víctima determinados. Así lo señala nuestra Corte Suprema de Justicia argumentando: "*la contaminación ambiental es por lo común un fenómeno de etiología colectiva, y consiguientemente, anónima, incapaz de generar un vínculo jurídico entre sujetos concretos.*"[4]

El Daño Ambiental Consecutivo surge cuando en virtud del daño ambiental puro se produce un perjuicio en el patrimonio individual del ser humano,[5] estando legitimado para exigir la reparación del daño ambiental consecutivo la víctima que ha sufrido el daño.

Tratadistas colombianos han abordado el tema de la indemnización por el daño ambiental y han señalado: "el impacto ambiental que ocasiona la contaminación, altera la armonía del medio ambiente, en tres formas: *el daño social* que conforman los efectos que tienen que ver con la salud humana, el paisaje, la tranquilidad pública, los bienes públicos o privados, y todo aquello que tenga un valor económico. *El daño ambiental* que afecta el desarrollo y

[4] Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sent. 30 de abril de 1.976. M. P. Dr. Humberto Murcia Ballén.

[5] Juzgado Civil del Circuito de Santa Marta, del 22 de mayo de 2002, Radicación 200 – 0158-00)

funcionamiento del ecosistema o la renovación de sus recursos naturales o componentes, y el *daño individual o colectivo* que se presenta cuando el elemento contaminador destruye, lesiona o daña derechos individuales o colectivos, debidamente identificados y especificados."[6]

En Colombia se tiene el antecedente en la acción popular de Wilfredo Urieles López contra la Drummond Ltda., en el cual se esbozó la tesis que:

> *"La reparación del daño ambiental puro debe ser in natura, es decir que se disponga realizar actividades o resarciendo pecuniariamente para que se cumpla el fin último, que no es otro que la reparación del bien lesionado y de esa forma ponerlo en condiciones similares a las que tenía con antelación al siniestro pero en el evento que ello no sea posible, el actuar se dirigirá a otros bienes ambientales pues el ecosistema actúa conjuntamente y al proteger otros de sus integrantes el beneficio redundará en el conjunto".*

Ahora bien, en Colombia se expidió la ley 491 de 1999 que pretendió establecer el seguro ecológico para daños ambientales puros, sin embargo su implementación no ha sido posible por cuanto no es claro el monto que se indemnizaría ni la forma de su determinación. En virtud de una acción de cumplimiento interpuesta por un ciudadano para su implementación se dijo:[7]

> *1. El seguro ecológico obligatorio es un seguro de responsabilidad civil extracontractual, que tiene por objeto amparar los perjuicios económicos cuantificables producidos a una persona determinada como parte o consecuencia de daños al ambiente y a los recursos naturales renovables.*
>
> *2. Existen algunos eventos que no serían asegurables, como los daños ambientales o ecológicos puros y los daños ambientales paulatinos.*
>
> *3. Se hace necesario establecer en forma precisa los riesgos amparados por las aseguradoras.*
>
> *4. Se resaltó la importancia de contar con un adecuado reaseguro, y fijar un nivel o valor de coberturas o asegurable mínimo.*
>
> *5. El seguro resultaría viable si se limita a la responsabilidad civil extracontractual por perjuicios por contaminación súbita o imprevista.*
>
> *6. Debe existir una legislación precisa sobre las actividades que potencialmente pueden causar daños ambientales, con el fin de que las compañías decidan si asumen o no determinado riesgo.*

El Ministerio del Medio Ambiente en esa oportunidad manifestó: *"Así las cosas, contrario a lo que aparenta la Ley 491 de 1.999 no creó un seguro ecológico, es decir un seguro que cubra daños al medio ambiente. Lo que ampara según la ley, son los daños a los bienes de propiedad de terceros, afectados como consecuencia de un problema de contaminación o deterioro ambiental."*

Sin embargo, la tendencia es presumir el daño ambiental puro por el solo hecho de causar un deterioro al medio ambiente, generando situaciones complejas ante la realidad económica del país.[8]

3 Licencia Ambiental y Evaluación de Impacto Ambiental

La evaluación de impacto ambiental es el verdadero proceso de planificación que permite introducir la variable ambiental dentro de la toma de decisiones para llevar a cabo una obra o actividad. Busca un equilibrio entre el deber de protección del medio ambiente, que exige la Constitución, y la necesidad de llevar a cabo obras que beneficien el desarrollo del país.

Mediante ese proceso se intenta resolver una tensión constante entre el desarrollo y la necesidad de protección al medio ambiente. El desarrollo sostenible no es más que una forma de plantear dicha tensión para tratar de generar un marco de referencia que permita diversas soluciones, sin privilegiar el desarrollo o la preservación. La licencia ambiental es entonces el instrumento que busca resolver, desde el plano jurídico, dicha tensión.

La licencia ambiental en realidad no es sino la materialización en un acto administrativo de un proceso de evaluación de impacto ambiental. Este a su vez corresponde a lo que la doctrina denomina instrumentos técnicos – jurídicos de protección o gestión ambiental.[9]

En Colombia la licencia ambiental ha sido tomada, últimamente, como un simple permiso más para desarrollar una actividad, desconociendo su trascendencia constitucional y su importancia para alcanzar el desarrollo sostenible.

Si bien se denomina licencia ambiental, ella en realidad es un proceso de evaluación de impacto ambiental como el que existe en Estado Unidos, Europa y algunos otros países. La licencia ambiental no es un simple requisito de verificación de una lista de chequeo sino un proceso mediante el cual la autoridad ambiental competente decide sobre la viabilidad de ejecutar una obra o llevar a cabo una actividad, estableciendo el límite máximo permitido de afectación al medio ambiente y las obligaciones requeridas para tal propósito. En el plano jurídico entonces la licencia ambiental y la evaluación de impacto ambiental se confunden y son de una misma naturaleza.

---

6 MARTINEZ Rave, Gilberto. "Responsabilidad civil extracontractual." Décima edición. Ed. TEMIS S.A. Bogotá, 1998. Pag. 544.

7 TRIBUNAL CONTENCIOSO DE CUNDINAMARCA, Sección Primera, Subsección A, 14 de noviembre de 2.002. Magistrado Ponente Dr. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Exp. 02-2373.

8 MACIAS GOMEZ Luis Fernando, *El daño ambiental: hacia una reflexión conceptual desde la filosofía y el derecho*, EN El Daño Ambiental, Universidad Externado de Colombia, 2008.

9 JORDANO FRAGA Jesús, *la protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, J.M Bosch Editor, Barcelona, 1995.

Dicho entonces que licencia ambiental y evaluación de impacto ambiental son en nuestro país una sola institución se procede ahora a señalar algunos de los temas jurídicos que se derivan de ella.

Antecedentes de la Licencia Ambiental y su Evolución Reglamentaria

El código de recursos naturales (Decreto Ley 2811 de 1974) estableció en sus artículos 27 y 28 dos requisitos diferentes que en realidad buscaban ser una forma de regular la evaluación de impacto ambiental.

Vale la pena citar parte de las reflexiones ya planteadas en nuestro libro publicado hace unos años, y que consideramos aún vigentes, sobre el alcance y naturaleza de estos artículos. Tan solo basta agregar que dichos artículos hacen que Colombia haya sido tal vez, el segundo país en el mundo, luego de Estados Unidos, de introducir la evaluación de impacto ambiental.

Los artículos en comento señalaban lo siguiente

Artículo 27:

"Toda persona natural o jurídica, pública o privada, que proyecte realizar o realice cualquier obra o actividad susceptible de producir deterioro ambiental, está obligada a declarar el peligro presumible que sea consecuencia de la obra o actividad."

El artículo 28 señalaba lo siguiente:

"Para la ejecución de obras, el establecimiento de industrias o el desarrollo de cualquier otra actividad que, por sus características, pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje, será necesario el estudio ecológico y ambiental previo y, además, obtener licencia.

En dicho estudio se tendrán en cuenta, aparte de los factores físicos, los de orden económico y social, para determinar la incidencia que la ejecución de las obras mencionadas pueda tener sobre la región.

Sobre la interpretación y aplicación de estos artículos se ha dicho por nuestra parte en otras oportunidades, lo siguiente:

"Cada uno de estos artículos establecían situaciones y obligaciones diferentes. El primero de ellos tenía como supuesto de hecho la existencia de obras o actividades susceptibles de producir deterioro al medio ambiente, teniendo como consecuencia jurídica la obligación de declarar el peligro presumible que se derivaba de la ejecución de la obra o actividad.

En el artículo 28 el supuesto de hecho era diferente; se refería a la existencia de obras o actividades que por sus características podían producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje. La consecuencia jurídica de estos supuestos era la obligación de presentar el estudio ecológico y ambiental previo, y además obtener licencia.

Se puede observar entonces que cada uno de estos artículos regulaba situaciones diferentes. El primero de ellos dejaba al particular la obligación de declarar o no el peligro presumible que la obra podría tener para el medio ambiente, pero sin que se tuviera claridad sobre cuáles obras tenían esas características. Es decir, el mismo particular calificaba su obra de riesgosa o no para el medio ambiente. Era, pues, la presunción de la existencia de una condición de peligro lo que daba lugar a la obligación de declararlo, sin ningún otro requisito adicional.

La declaración del peligro presumible se conoció como Declaración de Efecto Ambiental (DEA), a partir de la cual el Estado se pronunciaba, siendo siempre el particular quien fijaba los parámetros, puesto que la declaración surgía de su voluntad.

La dificultad en aplicar esta norma se presentaba por la inexistencia de una reglamentación que señalara las obras susceptibles de producir deterioro ambiental y, en consecuencia, que obligara a declararlo así ante la autoridad competente.

El artículo 28 regulaba una situación diferente, que no era ya la de un peligro presumible sino la existencia de una serie de característica de la obra que permitieran prever que produciría un deterioro grave al medio ambiente, en cuyo caso era obligatorio presentar un Estudio Ecológico y Ambiental, EEA. Complementariamente se debía obtener licencia.

La falta de reglamentación dificultaba también la aplicación de este artículo, puesto que no se determinaban las características de las obras que producían un deterioro grave a los recursos naturales o, en su defecto, una lista de obras que estuvieran obligadas a presentar el EEA.

Ante esta situación eran varias las interpretaciones que podrían darse a cada uno de los artículos, dejando entonces al arbitrio del funcionario la aplicación de ellos.

La ausencia de reglamentación condujo a que se interpretara que toda obra estaba obligada a presentar un DEA y si la autoridad ambiental lo consideraba necesario se debía presentar un EEA. Esto explica la razón por la cual los DEA o EEA se aprobaban, lo que era suficiente para dar por autorizada la ejecución de una obra.

Es tan claro que no existía definición sobre las actividades sometidas a uno u otro artículo que mediante Decreto 1415 de 1978 se creó una comisión conjunta para asuntos ambientales, integrada por el Ministerio de Salud y el Inderena. La función principal de esta comisión, de acuerdo con el artículo 2º del decreto era, entre otras: «Definir, cuando se trata de actividades susceptibles de producir efectos deteriorantes tanto para la salud humana como para los recursos naturales renovables, requisitos, parámetros generales, relacionados con la presentación de las declaraciones de efecto ambiental y los estudios ecológicos y ambientales previos a que se refieren los artículos 27 y 28 del Decreto-Ley 2811 de 1974, en cuanto a exigibilidad, contenido y evaluación». Se puede concluir, sin discusión alguna, que la aplicación de los artículos 27 y 28 dependía de la reglamentación que de ellos se hicieran, y que ella recaía sobre

actividades diferentes. Infortunadamente, a pesar de indagaciones realizadas, no se tiene a primera mano antecedentes del funcionamiento de la comisión, e incluso se llega a pensar que nunca operó, como se desprende de información verbal de funcionarios del Inderena de la época.

Por otra parte, ningún artículo hacia referencia a una licencia ambiental; sólo el artículo 28 señalaba la necesidad de obtener licencia, sin llegar a calificarla como ambiental. Tampoco se establecía que fuese previa. En efecto, este artículo únicamente exigía como requisito preliminar la presentación del EEA, pero no obtener licencia. No obstante, en una sana lógica debía entenderse que la licencia era consecuencia de la presentación del EEA. Esto generaba confusión, y la ausencia de reglamentación daba lugar necesariamente a una aplicación subjetiva, por cuanto la misma interpretación jurídica no era fácil de realizar.

La calificación de licencia ambiental surgió por vía de la práctica y de la interpretación, así como por la aplicación que se dio a los artículos 27 y 28. Es posible afirmar que la licencia ambiental a la cual hace referencia la Ley 99 de 1993 no puede asimilarse a lo que anteriormente se denominaba de igual forma. Se podría señalar que si bien existía el concepto, el contenido y naturaleza de lo que la Ley 99 denomina licencia ambiental, es totalmente diferente de lo que antes recibía la misma denominación. Es decir que lo establecido por la Ley 99 es absolutamente nuevo y en ningún momento se puede pretender identificar los dos conceptos".[10]

Es entonces la ley 99 de 1993 la que introduce por primera vez en la legislación colombiana una regulación expresa sobre el tema de la licencia ambiental. Señala su naturaleza, requisitos y actividades sometidas a la misma y establece el marco legal para su regulación por parte del Gobierno.

Una vez expedida la ley surge una fuerte discusión para su reglamentación, el cual se pudo llevar a cabo sin mayores sobresaltos a través del Consejo Técnico Asesor de Política y Normatividad Ambiental, creado también por la ley 99 de 1993. En este consejo hacían parte sectores productivos, académicos y públicos quienes finalmente lograron establecer unos criterios que permitieron expedir el decreto 1753 de 1994. Vale la pena resaltar que el Viceministro de entonces, Dr. Eduardo Uribe, directamente asumió el proceso de concertación, sentando siempre una posición firme en cuanto a la razón de ser de la reglamentación y del gobierno en el tema. Esa discusión fue en ocasiones algo fuerte, pero no por ello los diversos actores dejaron de señalar sus opiniones y asumir cada uno la defensa de sus intereses.

De esta primera experiencia surge el decreto 1753 de 1994, mediante el cual se reglamentó el procedimiento para el otorgamiento de las licencias ambientales y se establecieron las actividades sometidas a licencia ambiental de

[10] MACIAS GOMEZ Luis Fernando, *Introducción al derecho ambiental*, LEGIS, Bogotá, 1998, pag. 92 y ss.

competencia de las Corporaciones Autónomas Regionales y los Grandes Centros Urbanos, a que hacía referencia el artículo 66 de la ley 99 de 1993.

Este primer decreto se podría caracterizar como un decreto de reglamentación extensa y excesiva en materia de actividades sometidas a licencia ambiental. Se incluyeron todas las actividades industriales y muchas otras obras urbanas, como centros de acopio, cementerios, parcelaciones, complejos deportivos, entre otros. Algunas obras, como las parcelaciones, cementerios, centros de acopio para almacenamiento y distribución de alimentos, sistemas de transporte masivo y construcción, ampliación, modificación, adecuación y operación de terminales de transporte terrestre de pasajero y carga, requerían licencia ambiental hasta tanto se expidiera el respectivo plan de ordenamiento de uso del suelo.

Posteriormente se expidió el Decreto Ley 2150 de 1995, en cuyo artículo 132 se estableció que las licencias ambientales llevarían implícitos los permisos, concesiones y autorizaciones para el uso y aprovechamiento de recursos naturales renovables. El objetivo era derogar la existencia de la llamada licencia ambiental ordinaria y buscar una simplificación de trámites exigiendo que en un solo acto administrativo se expidiera la licencia ambiental con todos los permisos requeridos para el uso y aprovechamiento de recursos naturales renovables. Como reglamentación de dicho artículo se expidió, por el entonces Ministerio del Medio Ambiente, la resolución 655 de 1996.

En el año 2002 se materializa un proceso de desregulación de actividades sometidas a licencia ambiental, mediante la expedición del decreto 1728 de ese año. Luego se expide el decreto 1180 de 2003. En el año 2005 se expide un nuevo decreto de licencias ambientales y en el año 2006 se modifica este último, sobre todo en el tema relacionado con el denominado régimen de transición.

Es de señalar que entre 1996 y 2002 se expidieron modificaciones al régimen de licencias ambientales pero sobre todo para el sector de hidrocarburos. También en el intento de desregulación, se expidieron normas como el decreto 1421 e de 1996, reglamentario del artículo 133 del decreto ley 2150 de 1995. Este artículo fue declarado inconstitucional y por ende desapareció del mundo jurídico el 1421. Posteriormente se expide el decreto 883 de 1997, el cual es declarado nulo por Consejo de Estado.

Se podría concluir que desde un comienzo el régimen de licencias ambientales ha estado marcado por un intento de reducir al mínimo las actividades sometidas a tal requisito y la duración del trámite para su expedición. Fueron muchos los intentos, hasta que finalmente con el decreto 1728 de 2002 se logró tal objetivo.

La ausencia de una verdadera comprensión de su alcance por parte de las autoridades como de los diversos sectores productivos, ha ido convirtiendo la

licencia ambiental en un simple trámite hasta el punto que hoy son prácticamente inexistente las actividades sometidas a licencia ambiental. En el sector hidrocarburos, energético y mineros se conservan algunos casos sometidos a licencia ambiental. Otros casos son de rara ocurrencia, como la construcción playas y dunas. Es de señalar que en este proceso también ha jugado un papel importante la ausencia de un verdadero debate jurídico. Y no solo discusiones ideológica jurídicas que se han tratado de dar en algunos salones de reuniones o en ciertos círculos ambientalistas, poco amigos de la dogmática jurídica.

Se podría señalar que la licencia ambiental, al igual que el tema ambiental, ha ido perdiendo su importancia y naturaleza constitucional, para quedar reducido a un simple tema de competitividad, vista tan solo desde una óptica puramente desarrollista. Para algunos ambientalistas, amigos de una visión puramente conservacionistas del tema, también ha dejado de ser vista como un instrumento de planificación ambiental del desarrollo, preocupándose más por la conservación.

Esta ausencia de reflexión no ha permitido el análisis de la naturaleza jurídica de la licencia ambiental

Naturaleza Jurídica de la Licencia Ambiental.

En fallo C 328 del 27 de julio de 1995, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte señaló que la razón de ser de la licencia ambiental "es la protección de los derechos individuales y colectivos". Agrego la Corte:

> *"El deber de prevención y control del deterioro ambiental se ejerce, entre otras formas, a través del otorgamiento, denegación o cancelación de licencias ambientales por parte del Estado. Solamente el permiso previo de las autoridades competentes,* ***hace jurídicamente viable la ejecución de obras o actividades que puedan tener efectos potenciales sobre el ecosistema****. [...]. La finalidad de la licencia ambiental no es otra que la protección de los derechos individuales y colectivos, mediante el ejercicio oportuno del control estatal" (resaltado fuera de texto)*

Este fallo le dio rango constitucional a la licencia ambiental, convirtiéndola en un instrumento de protección de derechos individuales y colectivos. En relación con el primer por cuanto una obra puede afectar ciertos derechos individuales como la libertad de empresa, la salud, la propiedad, entre otros. Y de protección de los derechos colectivos por cuanto permite controlar los efectos adversos al medio ambiente que pueda ocasionar una obra o actividad.

Ese rango constitucional se deriva del mismo objetivo del Estado cual es el desarrollo sostenible, la función ecológica de la propiedad, la libertad de empresa enmarcada dentro de un respeto de protección ambiental. En fin, es el resultado de una constitución ecológica como se ha denominado nuestra carta de 1991.

La ley 99 de 1993 regula de manera expresa el tema de las licencias ambientales y la define en su artículo 50 de la siguiente forma:

> *Se entiende por licencia ambiental la autorización que otorga la autoridad ambiental competente para la ejecución de una obra o actividad, sujeta al cumplimiento por el beneficiario de la licencia de los requisitos que la misma establezca en relación con la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales de la obra o actividad autorizada.*

En primer lugar se debe señalar que la licencia ambiental no elimina los impactos ambientales de una obra o actividad. De la misma definición legal se desprende que su objetivo es permitir un grado de impacto que se encuentre dentro de límites razonables que no afecten el medio ambiente de forma tal que genere consecuencias irreversibles para un determinado ecosistema. O también que sus beneficios sociales y económicos sean mucho menores que los efectos negativos ambientales.

Esta definición plantea algunos temas jurídicos interesantes que deben ser resaltados. En primer lugar debe partirse que la licencia ambiental es un acto administrativo cuyo objeto es autorizar una obra o actividad, sometiendo su ejecución al cumplimiento de una serie de obligaciones que de no cumplirse pueden dar lugar incluso a la revocatoria de la misma sin el consentimiento del titular, tal y como lo permite el artículo 62 de la ley 99 de 1993.

Al analizar este artículo en concordancia con los otros artículos y normas que regulan el tema, se podría considerar que el acto administrativo que otorga una licencia ambiental es un típico acto administrativo discrecional. En efecto, la licencia ambiental es el resultado de un procedimiento en el cual se evalúa un estudio de impacto ambiental, se consultan otras autoridades y se permite la participación ciudadana. Es decir supone un proceso evaluativo en el cual la autoridad debe tomar una decisión motivada de acuerdo a esa evaluación. No es el resultado de una revisión de una lista de verificación a partir de la revisión de unos requisitos legales.

El artículo 36 del código contencioso administrativo establece:

> *"En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa".*

De acuerdo a lo anterior se puede presentar el caso en el cual la autoridad niegue la licencia ambiental, a pesar de haberse cumplido con todos los requisitos establecidos, en la medida en que pueden entrar a jugar aspectos de índole ambiental constitucional que permiten tomar una decisión en ese sentido.

El Decreto vigente en materia de licencias ambientales es el 1220 de 2005 establece las actividades sometidas a licencias ambientales, las cuales son otorgadas por las autoridades ambientales competentes. Estas son el Mi-

nisterio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, las Corporaciones Autónomas Regionales, que son entidades del orden nacional descentralizadas por servicios y que tienen por objeto exclusivo la gestión y protección del medio ambiente y los recursos naturales renovables, los llamados grandes centros urbanos, que según la ley 99 de 1993 son los distritos, municipios o áreas metropolitanas con más de un millón de habitantes. Ejercen su función sólo en el perímetro urbano, en relación con el medio ambiente urbano y cumplen las mismas funciones de las Corporaciones Autónomas Regionales, entre las cuales se encuentra la de otorgar licencias ambientales; mediante la ley 768 del 2002 se señala que los distritos del Caribe (Cartagena, Barranquilla y Santa Marta) crearan un establecimiento público encargado de cumplir con las mismas funciones de las Corporaciones. Estas entidades expiden las licencias ambientales a las actividades establecidas en el Decreto 1220 de 2005. Las actividades que requieren licencia ambeintal y las otorga el Ministerio son:

1. En el sector hidrocarburos:

a) Las actividades de exploración sísmica que requieran la construcción de vías para el tránsito vehicular;

b) Los proyectos de perforación exploratoria, por fuera de campos de producción de hidrocarburos existentes, de acuerdo con el área de interés que declare el peticionario;

c) La explotación de hidrocarburos que incluye las instalaciones propias de la actividad y obras complementarias incluidas el transporte interno del campo por ductos y su almacenamiento interno, las vías y demás infraestructura asociada;

d) El transporte y conducción de hidrocarburos líquidos que se desarrollen por fuera de los campos de explotación que impliquen la construcción y montaje de infraestructura de líneas de conducción con diámetros iguales o superiores a 6 pulgadas (15.24 cm), y el transporte de hidrocarburos gaseosos que se desarrollen por fuera de los campos de explotación y que reúnan las siguientes condiciones: Longitudes mayores de diez (10) kilómetros, diámetros mayores a seis (6) pulgadas y presión de operación superior a veintiocho (28) bares (400 psi), incluyendo estaciones de bombeo y/o reducción de presión y la correspondiente infraestructura de almacenamiento y control de flujo;

e) Los terminales de entrega y estaciones de transferencia de hidrocarburos líquidos, entendidos como la infraestructura de almacenamiento asociada al transporte por ductos;

f) La construcción y operación de refinerías y los desarrollos petroquímicos que formen parte de un complejo de refinación.

2. En el sector minero:

La explotación minera de:

*a) **Carbón:** Cuando la explotación proyectada sea mayor o igual a 800.000 toneladas/año;*

*b) **Materiales de construcción:** Cuando la explotación de mineral proyectada sea mayor o igual a 600.000 toneladas/año;*

*c) **Metates y piedras preciosas:** Cuando la explotación de material removido proyectado sea mayor o igual a 2.000.000 de toneladas/año;*

*d) **Otros minerales:** Cuando la explotación de mineral proyectada sea mayor o igual a 1.000.000 toneladas/año.*

3. La construcción de presas, represas o embalses con capacidad mayor de 200 millones de metros cúbicos de agua.

4. En el sector eléctrico:

a) La construcción y operación de centrales generadoras de energía eléctrica con capacidad instalada igual o superior a 100 MW;

b) Los proyectos de exploración y uso de fuentes de energía alternativa virtualmente contaminantes;

c) El tendido de las líneas de transmisión del sistema nacional de interconexión eléctrica, compuesto por el conjunto de líneas con sus correspondientes módulos de conexión (subestaciones) que se proyecte operen a tensiones iguales o superiores a 220 KW.

5. Los proyectos para la generación de energía nuclear.

6. En el sector marítimo y portuario:

a) La construcción o ampliación y operación de puertos marítimos de gran calado;

b) Los dragados de profundización de los canales de acceso a los puertos marítimos de gran calado.

7. La construcción y operación de aeropuertos internacionales y de nuevas pistas en los mismos.

8. Proyectos de la red vial nacional referidos a:

a) La construcción de carreteras;

b) La construcción de segundas calzadas;

c) La construcción de túneles con sus accesos.

9. Obras públicas en la red fluvial nacional:

a) La construcción de puertos;

b) El cierre de brazos y madreviejas activos;

c) Los dragados de profundización en canales navegables y en áreas de deltas.

10. La construcción de vías férreas y variantes de la red férrea nacional.

11. La construcción y operación de distritos de riego y/o de drenaje con coberturas superiores a 20.000 hectáreas.

12. La importación y producción de pesticidas y de aquellas sustancias, materiales o productos sujetos a controles por virtud de tratados, convenios y protocolos internacionales. La importación de plaguicidas químicos de uso agrícola, se ajustará al procedimiento señalado en la Decisión Andina 436 del Acuerdo de Cartagena y sus normas reglamentarias. Tratándose de Organismos Vivos Modificados – OVM, para lo cual se aplicará en su evaluación y pronunciamiento únicamente el procedimiento establecido en la Ley 740 de 2002, y en sus decretos reglamentarios. (Decreto 500 de 2006)

13. Los proyectos, obras o actividades que afecten las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales. (Decreto 500 de 2006)

14. Los proyectos que adelanten las Corporaciones Autónomas Regionales a que hace referencia el inciso segundo del numeral 19 del artículo 31 de la Ley 99 de 1993.

15. Los proyectos que requieran trasvase de una cuenca a otra con corrientes de agua que excedan de 2 m^3/segundo durante los períodos de mínimo caudal.

16. La introducción al país de parentales, especies, subespecies, razas o variedades silvestres foráneas con fines de reproducción y comercialización para establecerse o implantarse en medios naturales o artificiales, que puedan afectar la estabilidad de los ecosistemas o de la vida silvestre. La licencia ambiental contemplará la fase de investigación o experimental y la fase comercial. La fase de investigación involucra las etapas de importación del pie parental, la instalación o construcción del zoocriadero y las actividades de investigación o experimentación del proyecto. Para autorizar la fase comercial se requerirá modificación de la licencia ambiental.

Las Corporaciones Autónomas Regionales y las entidades que cumplen sus funciones, conforme lo señalado antes, otorgan licencia ambiental a las siguientes actividades:

1. En el sector minero

La explotación minera de:

*a) **Carbón:** Cuando la explotación proyectada sea menor a 800.000 toneladas/año;*

*b) **Materiales de construcción:** Cuando la explotación proyectada de mineral sea menor a 600.000 toneladas/año;*

*c) **Metales y piedras preciosas:** Cuando la explotación proyectada de material removido sea menor a 2.000.000 de toneladas/año;*

*d) **Otros minerales:** Cuando la explotación de mineral proyectada sea menor a 1.000.000 de toneladas/año.*

2. La construcción de presas, represas o embalses cualquiera sea su destinación con capacidad igual o inferior a 200 millones de metros cúbicos de agua.

3. En el sector eléctrico:

a) La construcción y operación de centrales generadoras con una capacidad mayor o igual a 10 MW y menor de 100 MW;

b) El tendido de líneas del sistema de transmisión conformado por el conjunto de líneas con sus equipos asociados, que operan a tensiones menores de 220 KV y que no pertenecen a un sistema de distribución local.

4. En el sector marítimo y portuario:

a) La construcción, ampliación y operación de puertos marítimos que no sean de gran calado;

b) Los dragados de profundización de los canales de acceso a los puertos que no sean considerados como de gran calado;

c) Construcción de rompeolas, tajamares, canales y rellenos hidráulicos;

d) La estabilización de playas y entradas costeras;

e) La creación de playas artificiales y de dunas.

5. La construcción y operación de aeropuertos del nivel nacional y de nuevas pistas en los mismos.

6. Proyectos en la red vial secundaria y terciaria:

a) La construcción de carreteras;

b) La construcción de nuevas calzadas;

c) La construcción de túneles con sus accesos.

7. Ejecución de obras de carácter privado en la red fluvial nacional:

a) La construcción y operación de puertos;

b) El cierre de brazos y madreviejas en la red fluvial;

c) La construcción de espolones;

d) Los dragados de profundización en canales navegables y en áreas de deltas.

8. La construcción de vías férreas regionales y variantes de estas.

9. La construcción y operación de instalaciones cuyo objeto sea el almacenamiento, tratamiento, aprovechamiento, recuperación y/o disposición final de residuos o desechos peligrosos.

10. La construcción y operación de rellenos sanitarios.

11. La construcción y operación de sistemas de tratamiento de aguas residuales que sirvan a poblaciones iguales o superiores a 200.000 habitantes.

12. La industria manufacturera para la fabricación de:

a) Sustancias químicas básicas de origen mineral;

b) Alcoholes;

c) Ácidos inorgánicos y sus compuestos oxigenados.

13. Los proyectos cuyo objeto sea el almacena miento de sustancias peligrosas, con excepción de los hidrocarburos.

14. La construcción y operación de distritos de riego y/o drenaje para áreas mayores o iguales a 5.000 hectáreas e inferiores o iguales a 20.000 hectáreas.

15. Los proyectos que requieran transvase de una cuenca a otra de corrientes de agua igual o inferior a 2 m^3/segundo durante los períodos de mínimo caudal.

16. La caza comercial y el establecimiento de zoocriaderos con fines comerciales.

Se tiene entonces que en Colombia existe una amplia gama de mecanismos jurídicos tendientes a la protección ambiental y defensa de los recursos naturales renovables. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido fundamental en el desarrollo e implementación de dichas normas, así como en

la protección de los derechos colectivos como el derecho al medio ambiente sano, consagrado en el artículo 79 de la Constitución.

Se podría concluir que existe una institucionalidad sólida, con problemas, pero que ha generado una conciencia ambiental en diversos sectores de la sociedad y sobre todo ha exigido a las empresas asumir responsabilidades ante su entorno.

EL PAPEL DE LA FISCALÍA EN MATERIA PENAL AMBIENTAL EN EL ECUADOR

Hugo Echeverría V. LL.M.*
Bormman Peñaherrera**

1 Introducción

Mediante Ley 99-49, reformatoria al Código Penal, publicada en el Registro Oficial nº 2 de 25 de enero del año 2000, se incorporaron delitos ambientales al régimen penal ecuatoriano. Tras nueve años de vigencia de la Ley 99-49, se empiezan a observar interesantes resultados de la aplicación de esta importante política penal: en el año 2007 se expidió la primera sentencia condenatoria por el delito de tala de bosque protegido, tipificado en el artículo 437H del Código Penal; en el año 2008 se expidió la primera sentencia condenatoria por el delito de atentado contra la vida silvestre, tipificado en el artículo 437F del Código Penal; y, en el año 2009 se expidió la primera sentencia condenatoria por el delito de comercialización no autorizada de sustancias tóxicas, tipificado en el artículo 437A del Código Penal. En los tres casos la Fiscalía, a través de la Unidad de Delitos Ambientales de la provincia de Pichincha, ejerció un papel protagónico, en su calidad de parte acusadora en el

* *Licenciado en Ciencias Jurídicas, Abogado y Doctor en Jurisprudencia* por la Pontificia Universidad Católica de Quito, Ecuador. Obtuvo el título de *Master of Laws* (LL.M) otorgado por McGill University de Montreal – Québec, Canadá. Es ex alumno del programa Chevening Fellowship, dirigido por *The Foreign and Commonwealth Office* del Reino Unido, en el que asistió al curso de *Gobernanza Ambiental* en Wolverhampton University – Reino Unido. Se especializa en derecho penal y en derecho ambiental, áreas en las que ejerce la profesión y la docencia universitaria de postgrado.

** *Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales, Abogado de los Tribunales de Justicia y Doctor en Jurisprudencia* por la Universidad Central del Ecuador. Obtuvo el título de *Especialista en Derecho Penal y Justicia Indígena* por la Universidad de los Andes. Experiencia profesional de doce años. Fue Fiscal de Sucumbíos en todos los delitos. Fue Fiscal de Pichincha en Delitos contra la Vida. Fue Fiscal de Pichincha en Delitos Financieros. Actualmente es Fiscal de Pichincha en Delitos contra el medioambiente. Es Miembro de la Red Latinoamericana de Ministerio Público Ambiental (Brasil). Se especializa en derecho penal, derecho penal ambiental y derecho de propiedad intelectual.

proceso penal. Estos casos ofrecen importantes elementos para el análisis del papel de la Fiscalía en materia penal ambiental, que se desarrolla en este artículo.

2 Antecedente: Régimen Sancionatorio Administrativo

Antes de analizar el tema de fondo de este estudio, es importante anotar que en el Ecuador, históricamente, el régimen de infracciones ambientales se ha desarrollado en el ámbito del derecho administrativo.[1]

Si bien existieron importantes precedentes legislativos de carácter penal en la Ley de Protección de la Fauna Silvestre y de los Recursos Ictiológicos de 1970[2] (derogada) y en la versión original, parcialmente derogada, de la Ley de Prevención y Control de la Contaminación Ambiental de 1976,[3] el régimen sancionatorio administrativo se desarrolla fundamentalmente en el marco de la Ley para la Preservación de Zonas de Reserva y Parques Nacionales de 1971,[4] Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre de 1981,[5] Ley de Prevención y Control de la Contaminación Ambiental de 1976 y, más recientemente, en la Ley de Gestión Ambiental de 1999.[6]

Estas normas otorgan competencia administrativa sancionatoria a la autoridad ambiental nacional, que actualmente la ejerce el Ministerio del Ambiente del Ecuador, para el ejercicio de procedimientos administrativos por infracciones a las normas de protección del patrimonio forestal, patrimonio natural y de la vida silvestre; y por infracciones a las normas de prevención y control de contaminación ambiental.

Por varias razones, el régimen jurídico anotado – que sigue vigente – no ha alcanzado el objetivo de una adecuada tutela ambiental.

3 Derecho Penal Ambiental

Atendiendo la realidad anotada en la sección anterior, y en el marco de un proceso de reforma normativa orientada a la protección ambiental, que tuvo lugar como consecuencia de las reformas constitucionales de 1996 que, entre otros aspectos, requerían la tipificación de infracciones penales ambientales,[7] la Función Legislativa expidió la Ley 99-49, reformatoria al Código Penal, como respuesta a una necesaria aplicación del derecho penal en materia ambiental.

Cabe destacar que la necesidad de aplicar el derecho penal ambiental ya había sido anticipada por voces autorizadas del derecho penal ecuatoriano. Así por ejemplo, el profesor y abogado penalista Ramiro Aguilar anotaba en un artículo escrito en 1998:

> "En relación con el medio ambiente, es necesario que el legislador ecuatoriano modernice viejas infracciones como la destrucción de bosques y se plantee la conservación del hábitat como un interés nacional. Hay necesidad de tipificar ciertas conductas como delictivas: El vertimiento de desechos tóxicos en ríos, la contaminación atmosférica, la deforestación en áreas protegidas o restringidas, la caza de especies en vías de extinción; etc."[8]

Esta necesidad normativa fue respaldada, como se ha mencionado, por las reformas constitucionales ecuatorianas de 1996 y 1998 que reconocieron y garantizaron a la sociedad los derechos ambientales que la Constitución de la República vigente ratifica y complementa. En efecto, el 20 de Octubre del año 2008 entró en vigencia la nueva Constitución de la República del Ecuador,[9] cuyo contenido favorece la protección ambiental, sustentada en disposiciones de reparación, remediación e inclusive de procedimientos legales, desarrolladas en las siguientes normas:

---

1 FRANKLIN BUCHELI G. Normatividad para la Administración de Áreas Naturales Protegidas y la Biodiversidad Silvestre del Ecuador. Instituto Ecuatoriano Forestal y de Áreas Naturales y Vida Silvestre. Quito, Ecuador. 1999. Al referirse a aspectos de jurisdicción, infracciones y procedimiento, el autor señala que: "[E]l contenido de esta ley especial, en lo referente a la tipificación de infracciones y su juzgamiento, lo que hace es determinar una conducta típica determinada como infracción cuya consecuencia jurídica es la aplicación de una sanción bajo un procedimiento de orden administrativo sustanciado por un funcionario técnico, por lo mismo estas infracciones por su función y aplicación son de carácter exclusivamente administrativo." Página 147.

2 LEY DE PROTECCIÓN DE LA FAUNA SILVESTRE Y DE LOS RECURSOS ICTIOLÓGICOS. Registro Oficial nº 104 de 20 de Noviembre de 1970. Derogada por la Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre.

3 LEY DE PREVENCIÓN Y CONTROL DE LA CONTAMINACIÓN AMBIENTAL. Registro Oficial nº 97 de 31 de Mayo de 1976. Codificación publicada en el Registro Oficial Suplemento nº 418 de 10 de Septiembre del 2004.

4 LEY PARA LA PRESERVACIÓN DE ZONAS DE RESERVA Y PARQUES NACIONALES. Registro Oficial nº 301 de 2 de Septiembre de 1971. Codificación publicada en el Registro Oficial Suplemento nº 418 de 10 de Septiembre del 2004.

5 LEY FORESTAL Y DE CONSERVACIÓN DE ÁREAS NATURALES Y VIDA SILVESTRE. Registro Oficial nº 64 de 24 de Agosto de 1981. Codificación publicada en el Registro Oficial Suplemento nº 418 de 10 de Septiembre del 2004.

6 LEY DE GESTIÓN AMBIENTAL. Registro Oficial nº 245 de 30 de Julio de 1999. Codificación publicada en el Registro Oficial Suplemento nº 418 de 10 de Septiembre del 2004.

7 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Registro Oficial nº 969 de 18 de Junio de 1996. Artículo 46: "La ley tipificará las infracciones y regulará los procedimientos para establecer las responsabilidades administrativas, civiles y penales, que correspondan a las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, por las acciones u omisiones en contra de las normas de protección al medio ambiente."

8 RAMIRO AGUILAR T. "Las nuevas tendencias del Derecho Penal contemporáneo." REVISTA RUPTURA. Número 41. 1998. Asociación Escuela de Derecho (PUCE). Quito, Ecuador. Página 155.

9 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Registro Oficial nº 449 de 20 de Octubre del 2008.

Art. 1. Los recursos naturales pertenecen al Patrimonio del Estado.
Art. 3. El estado garantiza el derecho al agua.
Art.10 Derechos de los pueblos y comunidades respecto del medio ambiente.
Art. 12. Derecho al agua.
Art. 14. Derecho de la población a vivir en un ambiente sano.
Art. 15. Promoción de tecnologías limpias
Art. 57. Reconoce el uso de recursos naturales a pueblos y comunidades; consulta de planes respecto de recursos.
Art. 66. Derecho de las personas a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.
Art. 71/2. Derechos de la naturaleza.
Art. 313. Influencia ambiental en el sector estratégico.
Art. 315. Sector estratégico para la creación de empresas públicas.
Art. 389. Protección de condiciones ambientales frente a desastres.
Art. 395. Conservación de la biodiversidad.
Art. 396. Políticas que evitan el impacto ambiental. Las acciones legales son imprescriptibles.
Art. 397. El estado subsidiará daños ambientales. La carga probatoria recaerá sobre el demandado.
Art. 398. Consulta previa para decisiones que afectan al ambiente.
Art. 399. Tutela ambiental del estado y del pueblo.
Art. 400. Protección de la biodiversidad y productos transgénicos.
Art. 405. Áreas naturales protegidas.

Una de las innovaciones más notables de la Constitución Ecuatoriana en este campo es la de reconocer derechos a la naturaleza.[10]

En este contexto, la Naturaleza o Pachamama (término kichwa que significa tierra) tiene derechos constitucionales que se sintetizan así: a) respeto íntegro de su existencia y mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos,[11] y, b) derecho a la restauración.[12]

Desde una perspectiva cronológica, cabe anotar que durante este proceso de reforma normativa favorable a la aplicación del derecho penal en materia ambiental, también se produjo un proceso de transformación institucional de la Fiscalía en el Ecuador que, conforme se analiza a continuación, incidió positivamente en la aplicación del régimen penal ambiental nacional.

[10] Ibidem. Artículo 10.
[11] Ibidem. Artículo 71.
[12] Ibidem. Artículo 72.

4 Transformación institucional de la fiscalía en el Ecuador

En los últimos años la Fiscalía ha sido protagonista de un proceso de transformación institucional que ha devenido en la consolidación de su papel protagónico en el proceso penal.

Según anota Walter Guerrero Vivanco, "en forma inicial los fiscales formaban parte de la Función Judicial y posteriormente pasaron a depender de la Procuraduría General del Estado, hasta que en la actualidad han logrado su propia autonomía dentro de la Institución del Ministerio Público".[13] Esta observación del ex Presidente de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, realizada con motivo de la implantación de las reformas constitucionales de 1996 y 1998; y, procesales penales del año 2000, denotan la transformación institucional que otorgó "su propia personalidad institucional"[14] al entonces Ministerio Público (hoy Fiscalía General del Estado).[15]

Debido a una reciente reforma legal, motivada en el esquema constitucional vigente de organización de la Función Judicial, la Fiscalía General del Estado la integra nuevamente, pero en calidad de organismo con autonomía económica, financiera y administrativa.

En este contexto, el artículo 195 de la Constitución de la República del Ecuador vigente, delinea las funciones que, actualmente, ejerce la Fiscalía:

> "La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal."[16]

La norma constitucional destaca el papel acusatorio que la Fiscalía ejerce en el proceso penal en el Ecuador. En efecto, la Fiscalía constituye un actor fundamental dentro del proceso penal para efectos del ejercicio de la acción penal en delitos de acción pública,[17] en los que se incluyen las infracciones ambientales.

El papel procesal de la Fiscalía es conforme al sistema acusatorio oral, que en el Ecuador es de reciente vigencia: hasta el año 2000 el proceso penal

[13] WALTER GUERRERO V. Los Sistemas Procesales Penales. Pudeleco Editores. Quito, Ecuador 2001. Página 93.
[14] Ibidem.
[15] La Constitución de la República del Ecuador cambió la denominación del antiguo Ministerio Público a Fiscalía General del Estado.
[16] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Registro Oficial nº 449 de 20 de Octubre del 2008. Artículo 195.
[17] CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Registro Oficial Suplemento nº 360 de 13 de Enero del 2000 (Reformado en los años 2003, 2006, 2007 y 2009). Artículo 65.

se desarrollaba en función de lineamientos propios del sistema inquisitivo escrito. Desde el año 2000, debido a las reformas procesales penales fundamentadas en reformas constitucionales de 1996 y 1998, el proceso penal se desarrolla a partir de lineamientos del sistema acusatorio oral, que otorga a la Fiscalía la calidad de sujeto protagónico en el proceso penal.

En este marco, a la Fiscalía General del Estado le corresponde:[18]

1. Dirigir y promover, de oficio o a petición de parte, la investigación pre procesal y procesal penal, de acuerdo con el Código de Procedimiento Penal y demás leyes, en casos de acción penal pública; de hallar mérito acusar a los presuntos infractores ante el Juez competente e impulsar la acusación en la sustanciación del juicio penal;
2. Dirigir y coordinar las actuaciones de la Policía Judicial en las indagaciones previas en las etapas del proceso penal;
3. Garantizar la intervención de la defensa de los imputados o procesados, en las indagaciones previas y las investigaciones procesales por delitos de acción pública, quienes deberán ser citados y notificados para los efectos de intervenir en las diligencias probatorias y aportar pruebas de descargo, cualquier actuación que viole esta disposición carecerá de eficacia probatoria;
4. Dirigir, coordinar y supervisar las funciones de intercambio de la información y pruebas sobre nacionales o extranjeros implicados en delitos cometidos en el exterior, cuando así lo prevean los acuerdos y tratados internacionales;
5. Dirigir y coordinar el Sistema Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses que contará con la ayuda de organismos gubernamentales y no gubernamentales con el fin de establecer, de manera técnica y científica, procedimientos estandarizados para la práctica de la pericia médico legal;
6. Conceder y revocar las correspondientes habilitaciones o acreditaciones, al personal de la Policía Judicial;
7. Expedir en coordinación con la Policía Nacional los manuales de procedimiento y normas técnicas para el desempeño de las funciones de la Policía Judicial;
8. Apoyar técnicamente a las personas que hacen sus prácticas pre profesionales en la Fiscalía General del Estado;
9. Organizar y dirigir el sistema de protección de víctimas, testigos y otros participantes del proceso penal; y,
10. Las demás determinadas en la Constitución y la ley.

[18] CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL. Registro Oficial Suplemento nº 544 de 09 de Marzo de 2009. Artículo 282.

Conforme se observa, la norma otorga importantes funciones procesales penales a la Fiscalía General del Estado. Estas se aplican también en procesos penales por delitos ambientales.

5 Unidades de Delitos Ambientales de la Fiscalía

En la estructura organizacional de la Fiscalía, actualmente, no existe la figura de la Fiscalía Ambiental, como entidad adscrita, adjunta o dependiente de la Fiscalía General.

No obstante, en el año 2001, el Ministerio Público asignó a un Fiscal, por vez primera, responsabilidades específicas para conocer y tramitar asuntos relacionados con delitos contra el medio ambiente. Lo hizo para garantizar el derecho constitucional de acceso a la justicia y considerando un criterio de necesidad en la asignación de Fiscales para la tramitación de procesos penales ambientales y priorizando el interés institucional de promover la especialización de los Fiscales.[19]

En los últimos años la Fiscalía ha creado Unidades de Delitos Ambientales; o, a falta de unidades especializadas, ha designado tareas específicas en la materia a Fiscales de otras unidades.

En este marco, la Fiscalía trabaja también con otras instituciones y Estados con la finalidad de lograr objetivos comunes. Así por ejemplo, al momento la Fiscalía está elaborando un plan de petición de cooperación para con el Gobierno del Brasil para la adquisición de información proveniente de satélite, a fin de monitorear deforestación en áreas protegidas.

A nivel local, la Fiscalía apoya al Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, en un programa de control de emisión de gases contaminantes por fuentes móviles de los Vehículos, a fin de aplicar medidas penales subsidiarias a las sanciones administrativas por incumplimiento de normas ambientales vigentes en el Distrito.

De esta manera, la Fiscalía ha respondido al proceso de reforma legal que favoreció la aplicación del derecho penal en materia ambiental. En este contexto, cabe destacar que el marco institucional creado por el Estado Ecuatoriano para el ejercicio de acciones penales ambientales, en gran medida ha contribuido al progresivo desarrollo del derecho penal ambiental en el Ecuador, área del derecho ambiental que empieza a evidenciar su potencial fortaleza como herramienta de aplicación de *ultima ratio*[20] para garantizar la tutela

[19] ACUERDO nº 048-01-MFG. Registro Oficial nº 468 de 05 de Diciembre del 2001.

[20] MAURICIO LIBSTER. Delitos Ecológicos. Ediciones Desalma. Buenos Aires, Argentina. 1993. En la página 170 el autor anota: "Pensando en el derecho penal como la *ultima ratio* del sistema jurídico y en su función subsidiaria y fortalecedora de la eficacia normativa de otras disciplinas del derecho que apuntan a tutelar idéntico objetivo, y, en la entidad del fenómeno ecológico y am-

del ambiente como bien jurídico protegido y asegurar la realización de los derechos constitucionales ambientales de las personas, la población y de la naturaleza.

Gracias a la labor de la Fiscalía, que tiene que tiene que hacer frente a una errada interpretación del concepto de *ultima ratio* como la *última razón* del proceso penal, por la que hay que tomar en consideración la gravedad de la infracción, inclusive para iniciar una acción penal para investigar actos previamente tipificados,[21] los efectos anotados se están logrando en virtud de la aplicación de los delitos ambientales que a continuación se analizan brevemente.

6 Delitos ambientales en el Código Penal ecuatoriano[22]

La Ley 99-49 tipificó las infracciones ambientales como delitos contra la seguridad pública. Si se analizan las corrientes normativas vigentes, puede concluirse que, en efecto, los delitos ambientales son infracciones que atentan contra la seguridad pública. Esto obedece, en principio, a la naturaleza del bien jurídico protegido que, en materia ambiental, es colectiva; pero también al sujeto pasivo de la infracción que, también en principio, es indeterminado.

La tipificación de los delitos ambientales se fundamenta en la infracción del derecho constitucional a vivir en un ambiente sano, libre de contaminación y ecológicamente equilibrado, que la Constitución del Ecuador garantiza a las personas desde 1983 y a la población desde 1996. La Constitución vigente ratifica el carácter constitucional de estos derechos en los artículos 14[23] y 66(27).[24]

En el primer ámbito destaca el *delito de contaminación ambiental*. Este delito está caracterizado por la producción, depósito, comercialización, o uso *no autorizado* de desechos tóxicos peligrosos o sustancias radioactivas;[25] el vertimiento de residuos contaminantes *por sobre los límites establecidos*;[26] y, el delito de muerte por contaminación ambiental.[27]

Entre las segundas destacan los delitos contra la vida silvestre y de *daños a ecosistemas protegidos*. Estos delitos están caracterizados por la *realización de actividades no autorizadas* de caza, captura, recolección, extracción o comercialización de especies de flora y fauna silvestre;[28] *la utilización de métodos prohibidos* de extracción de especies acuáticas,[29] y, la destrucción, quema, daño, tala, o uso ilegal de *ecosistemas protegidos*.[30]

Como se observa, los tipos penales ambientales requieren una remisión a la normativa legal y reglamentaria ambiental para efecto de determinar la antijuridicidad del acto. Conforme se anota en el estudio de casos, el papel del Fiscal es fundamental en la interpretación de la normativa ambiental para efecto de su aplicación en materia penal.

La pena escogida por el legislador para la sanción de los delitos ambientales es la de prisión, que va de uno a cinco años. Cabe destacar que, desde una perspectiva procesal, al ser delitos que se sancionan con pena de prisión, éstos admiten caución y, por tanto, suspensión de la medida cautelar de prisión preventiva. Adicionalmente, y en virtud de una reciente reforma legal, también se admite sustitución de tal medida cautelar.

---

biental, considerando su gravitación en los intereses colectivos y en la condición de vida misma, es innegable que el derecho represivo tiene un rol importante que cumplir en esta temática."

21 Evidentemente esta interpretación va en completo desmedro de la naturaleza investida ya del derecho ambiental, y tampoco se compadece con una correcta aplicación del principio de mínima intervención.

22 HUGO ECHEVERRÍA V. "Infracciones Ambientales: Derecho Penal y Protección Ambiental." REVISTA NOVEDADES JURÍDICAS. Número 26. Abril 2008.Ediciones Legales. Quito, Ecuador. Página 23.

23 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA. Artículo 14: "Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, sumak kawsay."

24 Ibidem. Artículo 66(27): "Se reconoce y garantizará a las personas: El derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado, libre de contaminación y en armonía con la naturaleza."

25 Ibidem. Artículo 437A: "Quien, fuera de los casos permitidos por la ley, produzca, introduzca, deposite, comercialice, tenga en posesión, o use desechos tóxicos peligrosos, sustancias radioactivas, u otras similares que por sus características constituyan peligro para la salud humana o degraden y contaminen el medio ambiente, serán sancionados con prisión de dos a cuatro años. Igual pena se aplicará a quien produzca, tenga en posesión, comercialicen introduzca armas químicas o biológicas."

26 Ibidem. Artículo 437B: "El que infringiere las normas sobre protección del ambiente, vertiendo residuos de cualquier naturaleza, por encima de los límites fijados de conformidad con la ley, si tal acción causare o pudiere causar perjuicio o alteraciones a la flora, la fauna, el potencial genético, los recursos hidrobiológicos o la biodiversidad, será reprimido con prisión de uno a tres años, si el hecho no constituyere un delito más severamente reprimido."

27 Ibidem. Artículo 437D: "Si a consecuencia de la actividad contaminante se produce la muerte de una persona, se aplicará la pena prevista para el homicidio inintencional, si el hecho no constituye un delito más grave. En caso de que a consecuencia de la actividad contaminante se produzcan lesiones, impondrá las penas previstas en los artículos 463 a 467 del Código Penal."

28 LEY 99-49 REFORMATORIA AL CÓDIGO PENAL Artículo 437F: "El que cace, capture, recolecte, extraiga o comercialice, especies de flora o fauna que estén legalmente protegidas, contraviniendo las disposiciones legales y reglamentarias sobre la materia, será reprimido con prisión de uno a tres años. La pena será de prisión de dos a cuatro años cuando: (a) El hecho se cometa en período de producción de semilla o de reproducción o crecimiento de las especies; (b) El hecho se cometa contra especies en peligro de extinción; o, (c) El hecho se cometa mediante el uso de explosivos, sustancias tóxicas, inflamables o radiactivas."

29 Ibidem. Artículo 437G: "El que extraiga especies de flora o fauna acuáticas, protegidas, en épocas, cantidades o zonas vedadas, o utilice procedimientos de pesca o caza prohibidos, será reprimido con prisión de uno a tres años."

30 Ibidem. Artículo 437H: "El que destruya, queme, dañe o tale, en todo o en parte, bosques u otras formaciones vegetales, naturales o cultivadas, que estén legalmente protegidas, será reprimido con prisión de uno a tres años, siempre que el hecho no constituya un delito más grave. La pena será de prisión de dos o cuatro años cuando: a) Del delito resulte la disminución de aguas naturales, la erosión del suelo o la modificación del régimen climático; o, b) El delito se cometa en lugares donde existan vertientes que abastezcan de agua a un centro poblado o sistema de irrigación."

7 El proceso penal por delitos ambientales

Conforme se ha anotado, en el Ecuador los delitos ambientales son considerados como infracciones que atentan contra la seguridad pública, pues la Ley 99-49 reformatoria del Código Penal, incorporó el capítulo de los delitos contra el medio ambiente al Título V sobre delitos contra la seguridad pública, del Libro II sobre los delitos en particular, del Código Penal.

En tal virtud, desde una perspectiva procesal penal, los delitos ambientales son delitos de acción penal pública, que se tramitan en procesos penales ordinarios que se desarrollan en cuatro etapas: instrucción fiscal, etapa intermedia, etapa de juicio y etapa de impugnación. Por lo general, al proceso penal le precede una fase de investigación fiscal denominada indagación previa.

Adicionalmente, por tratarse de delitos sancionados con penas de prisión de hasta cinco años, los casos por delitos ambientales pueden sustanciarse en dos procedimientos especiales: (a) procedimiento abreviado,[31] que requiere la admisión de la responsabilidad del procesado; y, (b) procedimiento simplificado,[32] siempre que no se vulneren o perjudiquen los intereses del Estado.

Por la naturaleza acusatoria de las competencias de la Fiscalía, el papel del Fiscal es protagónico en cada etapa del proceso penal.

8 El papel del fiscal en el Proceso Penal

Tanto la Constitución de la República como el Código de Procedimiento Penal y el Código Orgánico de la Función Judicial establecen importantes competencias al Fiscal en el proceso penal, que se resumen de la siguiente manera:

a. En la fase de indagación previa, el Fiscal dirige las investigaciones preprocesales;

b. En la etapa de instrucción, que dura noventa días, el Fiscal lidera la investigación procesal que deriva, cuando hay evidencia suficiente, en dictamen acusatorio;

c. En la etapa intermedia el Fiscal, habiendo emitido dictamen acusatorio debe sustentarlo en función de la existencia de presunciones graves y fundadas sobre la existencia del delito y la participación del procesado, para efecto de obtener auto de llamamiento a juicio por parte de los jueces de garantías penales;

d. En la etapa de juicio, el Fiscal actúa formalmente como la parte acusadora, sin perjuicio del derecho del ofendido de actuar como acusador particular;

[31] CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Artículos 369, 370.
[32] Ibidem. Artículo 370.1

e. En la etapa de impugnación, el Fiscal actúa solicitando los recursos verticales de nulidad, apelación o casación, cuando procedan.

Cabe anotar que, de conformidad con las normas de los procesos penales especiales, el Fiscal tiene amplias facultades para convertir el proceso penal ordinario por delito ambiental en proceso abreviado o simplificado.

En los casos que se analizan a continuación se observa su tramitación en procedimiento ordinario (tala de bosque protector y pesca no autorizada), como en procedimiento abreviado (atentado contra la vida silvestre). En un caso, desfavorable para la Fiscalía, se observa su actuación en etapa de impugnación vía recurso de casación.

9 Estudios de caso

No existen datos oficiales sobre el número de indagaciones preprocesales o de procesos penales que se sustancian por delitos ambientales. Únicamente se conoce que existen al menos cuatro casos sentenciados en esta materia. Estos casos, que constituyen importantes antecedentes judiciales, y uno que está en sustanciación en la provincia de Galápagos, se relatan a continuación.

9.1 Caso tenencia de animal silvestre[33]

El 18 de Octubre del 2007, la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia (hoy Corte Nacional de Justicia) declaró improcedente el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público (hoy Fiscalía) en un caso por delito tipificado en el artículo 437F del Código Penal. Por cuanto el recurso de casación únicamente analiza aspectos de derecho de la sentencia recurrida, la resolución de la Corte Suprema de Justicia enfatizó en un aspecto de carácter constitucional: la aplicación del principio *non bis in idem*.

El caso anotado estudió la aplicabilidad de dicho principio cuando, habiéndose sancionado la infracción ambiental en sede administrativa, se pretendía sancionar la infracción penal en sede judicial. La Fiscalía, acertadamente, argumentó que el principio constitucional no aplicaba al caso, pues la sanción previa era de carácter administrativo y no penal. La Corte Suprema no acogió tal argumento y resolvió la improcedencia del recurso.

Este caso sentó un antecedente negativo en razón de que las sanciones administrativas por infracciones ambientales no guardan proporcionalidad con la gravedad de las infracciones; como tampoco con el efecto jurídico y

[33] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Tercera Sala de lo Penal. nº 137-2007. Registro Oficial nº 420 de 8 de Septiembre del 2008.

el impacto social de la sanción penal ambiental. Se hace, por tanto, indispensable revertir el criterio de la Corte Suprema de Justicia sobre la aplicación del principio *non in bis idem* en esta materia, toda vez que la propia Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre, expresamente autoriza la aplicación independiente de las sanciones administrativas frente a las penales.[34]

9.2 Caso tala de bosque protector[35]

El 4 de Diciembre del 2007, el Tribunal Tercero Penal de Pichincha dictó sentencia condenatoria dentro de la causa penal número 184-2007 por delito tipificado en el artículo 437H del Código Penal que establece:

> "El que destruya, queme, dañe o tale, en todo o en parte, bosques u otras formaciones vegetales, naturales o cultivadas, que estén legalmente protegidas, será reprimido con prisión de uno a tres años..."

El caso analizó la tala de árboles dentro del bosque protector "Mashpi" ubicado en el recinto del mismo nombre de la parroquia Pacto, provincia de Pichincha. El Tribunal Penal fundamentó su sentencia en: a) la declaratoria de bosque protector del área talada, emitida en el año 2004 por el Ministerio del Ambiente y b) en la inexistencia de licencia de aprovechamiento forestal.

Como se puede verificar en la sentencia, al Tribunal Penal le correspondió examinar el contenido de la Ley Forestal y de Conservación de Áreas y Vida Silvestre a fin de determinar el sentido jurídico de la expresión "legalmente protegidas" del artículo 437H. En este examen – que contó con el concurso de peritos del Ministerio del Ambiente – se determinó que los efectos jurídicos de la declaratoria de bosque protector era, precisamente, la prohibición de tala de árboles dentro del bosque protector.

El Tribunal dictó sentencia condenatoria de seis meses de prisión a los imputados. La sentencia no fue impugnada. Cabe destacar el papel determinante de la Unidad de Delitos Ambientales del Ministerio Público de Pichincha (hoy Fiscalía) en el ejercicio de esta acción penal, a través la acusación que fue acogida por el Tribunal Penal. Este primer caso de delito de tala de bosque protector fue, en gran medida, el producto de una idónea actuación de oficio de la Fiscalía.

[34] LEY FORESTAL Y DE CONSERVACIÓN DE ÁREAS NATURALES Y VIDA SILVESTRE. Artículo 93.

[35] HUGO ECHEVERRÍA V. "Infracciones Ambientales: Derecho Penal y Protección Ambiental." REVISTA NOVEDADES JURÍDICAS. Número 26. Abril 2008.Ediciones Legales. Quito, Ecuador. Página 25.

9.3 Caso tarántulas[36]

El 5 de febrero del 2009, el Juzgado Décimo de lo Penal de Pichincha dictó sentencia condenatoria de ocho meses de prisión dentro de un proceso penal por delito ambiental tipificado en el artículo 437F del Código Penal que establece:

> "El que cace, capture, recolecte, extraiga o comercialice, especies de flora o fauna que estén legalmente protegidas, contraviniendo las disposiciones legales y reglamentarias sobre la materia, será reprimido con prisión de uno a tres años. La pena será de prisión de dos a cuatro años cuando: a) El hecho se cometa en período de producción de semilla o de reproducción o crecimiento de las especies; b) El hecho se cometa contra especies en peligro de extinción; o, c) El hecho se cometa mediante el uso de explosivos, sustancias tóxicas, inflamables o radiactivas."

El caso, que se tramitó en procedimiento abreviado, tuvo como antecedente la verificación, por parte de la Unidad de Protección del Medio Ambiente de la Policía Nacional, de 741 tarántulas vivas en el equipaje de un turista que iba a salir del país por el Aeropuerto Internacional de la ciudad de Quito. Este hecho fue puesto en conocimiento del Fiscal Ambiental de Pichincha y de las autoridades competentes del Ministerio del Ambiente del Ecuador. Tanto el Ministerio Público (hoy Fiscalía), como el Ministerio del Ambiente, en su calidad de acusador particular, acusaron la comisión del delito de colección no autorizada de especies protegidas de vida silvestre.

La sentencia de primera instancia sancionó la realización *no autorizada* de actos relativos al manejo de especies de vida silvestre. En el caso anotado, la decisión judicial condenatoria se fundamentó en la evidencia presentada por la Fiscalía y por el acusador particular que demostró la *inexistencia de autorización oficial* para realizar actividades de manejo de especies de fauna silvestre. Cabe anotar que el Dictamen Fiscal también consideró esta evidencia procesal como elemento determinante para fundamentar la acusación. Así, a través de la sentencia, se formuló un importante criterio sobre la interpretación de la antijuridicidad en este ámbito del derecho penal ambiental: que la colección *no autorizada* de fauna silvestre constituye delito en el Ecuador.

La sentencia fue apelada y, en estricto sentido, aún no puede considerársela como precedente jurisprudencial pero sí como un importante antecedente judicial.

9.4 Caso pesca ilegal en la reserva marina de Galápagos

[36] HUGO ECHEVERRÍA V. "El Papel del Juez Penal en Materia Ambiental." REVISTA TRIBUNA DEMOCRÁTICA. Número 3. Marzo 2009.Ediciones Legales. Quito, Ecuador. Página 25.

El 3 de Abril del 2009, ocho pescadores que realizaban actividades de pesca dentro de la reserva marina de Galápagos fueron detenidos por autoridades del Parque Nacional Galápagos y puestos a órdenes de las autoridades marinas, policiales y de la Fiscalía.[37] El caso está sustanciándose en sede judicial por cuanto existen indicios de la infracción de los artículos 437F y G del Código Penal y, particularmente, del artículo 68 de la Ley de Régimen Especial para la Conservación y Desarrollo Sustentable de la Provincia de Galápagos[38] que establece:

> "La persona natural o el representante legal de la persona jurídica que realice actividades pesqueras en la Reserva Marina de la provincia de Galápagos, sin las autorizaciones correspondientes, será sancionada con prisión de 3 meses a 3 años y multa de dos mil salarios mínimos vitales generales."
>
> Además serán sancionados con el decomiso del cargamento y el decomiso de la nave, de no haber sido aplicadas estas sanciones por la vía administrativa.
>
> La persona natural o el representante legal de la persona jurídica que utilice métodos no permitidos, o capture especies en veda o cuya pesca esté expresamente prohibida en la Reserva Marina de Galápagos, será sancionada con prisión de 15 a 120 días y multa de ochenta salarios mínimos vitales generales. Además serán sancionados con el decomiso del cargamento y el decomiso de la nave, de no haber sido aplicadas estas sanciones por la vía administrativa.
>
> La sanción del inciso anterior se aplicará a quien invada el patrimonio de las áreas protegidas y quien recolecte, movilice o transporte sin autorización, cace, comercialice, industrialice, destruya parcial o totalmente organismos autóctonos, endémicos, vulnerables o en peligro de extinción según las listas establecidas en la legislación interna adoptadas de conformidad con la CITES y otros parámetros internacionales".

Desde una perspectiva penal, el caso es trascendente pues la infracción se habría cometido dentro de área natural protegida por el derecho ecuatoriano (reserva marina) y por el derecho internacional (patrimonio natural de la humanidad y reserva de biosfera).

En la audiencia de formulación de cargos, el Fiscal de la provincia de Galápagos, solicitó la orden de prisión preventiva,[39] que fue concedida por el Juez Penal.[40] El caso se encuentra en etapa de instrucción fiscal.

[37] PARQUE NACIONAL GALÁPAGOS. Boletín de Prensa nº 031 de 6 de Abril del 2009.
[38] LEY DE RÉGIMEN ESPECIAL PARA LA CONSERVACIÓN Y DESARROLLO SUSTENTABLE DE LA PROVINCIA DE GALÁPAGOS. Registro Oficial nº 278 de 18 de Marzo de 1998. Artículo 68.
[39] SEA SHEPHERD NEWS. "Report on Illegal Fishing Vessels Caught Inside the Marine Reserve" de 14 de Abril del 2009.
[40] El Doctor Hugo Echeverría estuvo presente en la audiencia de formulación de cargos, que tuvo lugar en la ciudad de Santa Cruz el día 4 de Abril del 2009. No actuó como abogado.

Por tratarse de delitos sancionados con prisión de hasta cinco años, los procesados solicitaron la suspensión de la medida cautelar ordenada por el Juez Penal de Galápagos, a través de la rendición de caución.[41] A pocos días de su detención, los procesados habrían regresado a su natal ciudad costera continental de Manta. Por razones logísticas y operativas propias del archipiélago de Galápagos, será muy difícil lograr su comparencia en las siguientes etapas del proceso penal, con lo que se corre el riesgo de que el proceso se suspenda en la etapa de juzgamiento (en la eventualidad de que el caso siga ese curso procesal) hasta que los procesados se presenten ante el Tribunal Penal.[42]

Este caso refleja bien los efectos desfavorables de la pena seleccionada para sancionar delitos ambientales, ya que posibilita al procesado la solicitud, al Juez que conoce la causa, de suspender esta medida de carácter personal.

En este contexto cabe informar que, además de solicitar la suspensión de la prisión preventiva mediante caución, los procesados por delitos ambientales también pueden solicitar la sustitución de dicha medida, por otras que en la mayoría de los casos, resultan no prácticas. En efecto, la medida cautelar sustitutiva de la prisión preventiva que más se aplica en el Ecuador es la obligación de presentarse en forma periódicamente a la judicatura o a la autoridad que se indique para garantizar su participación en el proceso.

Sin embargo es necesario aclarar y expresar categóricamente que la falta de especialidad de algunos de los operadores de justicia en derecho ambiental hace que se minimice la problemática en el país y se concedan medidas sustitutivas a la prisión preventiva inclusive a procesados que tienen domicilios fuera del país o diferente nacionalidad a la ecuatoriana; situación procesal que lógicamente dificulta la inmediación de los procesados con la justicia Ecuatoriana.

9.5 Caso comercialización no autorizada de sustancias tóxicas

El Juez Primero de lo Penal de Pichincha con fecha 6 de mayo del 2009 dictó sentencia en un caso tramitado en procedimiento abreviado, por comercialización no autorizada de sustancias tóxicas.

La Unidad de Protección del Medio Ambiente de la Policía Nacional encontró, en una casa de habitación, tanques de metal de 55 galones y una pisana de aproximadamente tres metros x un medio metro que contenía una sustancia de color negro de características aceitosas. En este caso no se dictaron medidas cautelares; no obstante, los procesados comparecieron a juicio por tener domicilio determinado en la ciudad de Quito.

[41] CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Artículo 174.
[42] IBIDEM. Artículos 233 y 235.

En el proceso se justificó la propiedad del negocio ilícito, así como la presunción de que la sustancia incautada, que era comercializada ilegalmente por los procesados, se consideraba como toxica; y, al no poseer permisos respectivos para su manipulación, el Juez al estado de resolver la causa consideró los siguientes aspectos: a) como evidencia existen tanques de almacenaje de la sustancia; una pisana ubicada en la casa de habitación de los procesados; y, la versión de un testigo experto en la materia que manifestó que la sustancia incautada que se le pone a la vista podría tener características toxicas. En cuanto a la responsabilidad de los procesados, el Juez de Garantías penales la determinó por la falta de Certificado de Gestor de Residuos, emitido por la Dirección Metropolitana Ambiental para realizar esa actividad.

Dada la naturaleza del trámite, los procesados admitieron su responsabilidad penal y el Juez, considerando las circunstancias atenuantes que la ley determina para estas infracciones, dictó sentencia condenatoria de ocho días de prisión correccional y seis dólares de multa de los Estados Unidos de Norteamérica

Cabe destacar que, a pesar de que el caso relatado fue sancionado con una pena relativamente baja, constituye un antecedente importante en la comercialización de sustancias toxicas en forma clandestina y sin los permisos y condiciones necesarios.

10 Conclusiones

Conforme se ha analizado en este artículo, el papel de la Fiscalía es fundamental para la aplicación de los delitos ambientales y, consecuentemente, para el desarrollo del derecho penal ambiental en el Ecuador.

Los Fiscales, en ejercicio de sus competencias procesales, han logrado dos importantes resoluciones judiciales que, además de ayudar a la interpretación de los elementos de los tipos de delitos ambientales, han enviado importantes mensajes sociales que se traducen en la existencia de una institución estatal que vela por el respeto del marco jurídico ambiental.

El reto inmediato para la Fiscalía en materia penal ambiental es asegurar su presencia institucional en todo el país y fortalecerla a través de la especialización de sus miembros.

INFRACCIONES AMBIENTALES – DERECHO PENAL Y PROTECCIÓN AMBIENTAL[1]

Hugo Echeverría V.*

1 Introducción

El análisis de las infracciones (delitos y contravenciones) ambientales incorporadas al Código Penal Ecuatoriano mediante Ley 99-49 publicada en el Registro Oficial nº 2 de 25 de Enero del año 2000 debe enmarcarse en el estudio de un tema más amplio y complejo: *El papel del derecho penal en la protección del ambiente*. Tema amplio pues implica el examen de los principios fundamentales del derecho penal y del derecho ambiental. Tema complejo pues la *función punitiva* del derecho penal – aplicable únicamente con *posterioridad* a la realización del daño – estaría, en principio, en contradicción con la *función preventiva* del derecho ambiental que pretende *evitar* la realización de un daño. Este es el tema que se estudiará muy brevemente en este artículo. Para ello se revisarán los antecedentes históricos y constitucionales de las infracciones penales ambientales vigentes en el Ecuador; la importancia de su tipificación como infracciones penales; y, los retos en cuanto a su aplicación. Se analizará también una sentencia condenatoria por delito de tala de bosque protegido que constituye uno de los primeros antecedentes en la materia.

2 Antecedentes históricos

El análisis de la Ley 99-49 implica, como paso previo, el examen de los importantes antecedentes legislativos de tutela penal ambiental (aunque talvez sea más apropiado referirse en términos de protección de recursos naturales, de conformidad con los objetivos tutelares de la época). Así por ejemplo, la

[1] Artículo publicado en la Revista Novedades Jurídicas, año V, número 26, Abril 2008, páginas 20-25. Ediciones Legales, Quito – Ecuador.

* Abogado y Doctor en Jurisprudencia. Títulos otorgados por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Master of Laws (LL.M). Título otorgado por McGill University, Montreal-Québec, Canadá.

Ley de Protección de la Fauna Silvestre y de los Recursos Ictiológicos de 1970[2] contempló sanciones de carácter penal para la caza, pesca y comercio no autorizados de especies, consistentes en pena privativa de la libertad y sanciones pecuniarias. La *Ley de Control y Prevención de la Contaminación Ambiental* de 1976[3] también contempló sanciones penales para la contaminación del aire, agua y suelo.[4] Más recientemente, la *Ley de Régimen Especial para la Conservación y Desarrollo Sostenible de la Provincia de Galápagos* de 1998[5] incluye un capítulo bien desarrollado sobre infracciones penales.

En este marco, la Ley 99-49 respondió a una necesaria modernización de nuestra legislación penal ambiental, que ya había sido anticipada por voces autorizadas del derecho penal nacional.[6] Desde esta perspectiva, no cabe duda que la Ley 99-49 constituyó un importante avance legislativo.

3 Antecedente constitucional

La Constitución Política del Ecuador reconoce y garantiza a las personas y a la población: *"... el derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación."*[7]

Una lectura comprehensiva de la Constitución permite concluir que la materia ambiental constituye temática transversal de dicha norma. Así, la prevención y mitigación de la contaminación ambiental, la conservación de la diversidad biológica; y, la utilización sostenible de los recursos naturales constituyen imperativos sociales y estatales para lograr el mantenimiento y mejoramiento de la calidad ambiental y del equilibrio ecológico del entorno natural.

Pero la norma constitucional va más allá y requiere *la aplicación de la tutela penal en materia ambiental*, disposición que refleja la importancia del bien jurídico protegido que, por su valor para la sociedad general, ha sido *elevado* a la categoría de bien jurídico merecedor de tutela jurídico-penal.[8] En este marco, hay que recordar que no todos los bienes jurídicos protegidos merecen tutela penal, únicamente aquellos que son especialmente importantes para una sociedad determinada.

4 El papel del derecho penal en la protección del ambiente

La doctrina jurídica ambiental coincide en destacar el énfasis preventivo del derecho ambiental.[9] En efecto, el fin de la norma ambiental es fundamentalmente la prevención del daño;[10] por ende, el tema de la sanción del daño ha sido tradicionalmente abordado solo accesoriamente.

No obstante, parecería que el papel del derecho penal y sus instituciones pudieran jugar un papel más relevante en la protección del ambiente, pues lo cierto es que ante la infracción de las normas ambientales y el consecuente resultado dañoso, se hace imperante su sanción penal. Así lo reconoce el tratadista Argentino Mauricio Libster:

> "Pensando en el derecho penal como la *última ratio* del sistema jurídico y en su función subsidiaria y fortalecedora de la eficacia normativa de otras disciplinas del derecho que apuntan a tutelar idéntico objetivo, y, en la entidad del fenómeno ecológico y ambiental, considerando su gravitación en los intereses colectivos y en la condición de vida misma, es innegable que el derecho represivo tiene un rol importante que cumplir en esta temática."[11]

Dicho esto, cabe destacar que el derecho penal, además de ser un derecho de carácter normativo, valorativo, finalista y garantista es, ante todo, un derecho de *carácter punitivo*. La profesora de Derecho Penal y Magistrada de la Corte Suprema de Justicia, Pilar Sacoto, señala que la pena "se distingue de las restantes sanciones jurídicas (en lo civil, comercial, laboral, administrativo, etc.) en que, no busca ni resarcir ni reparar sino evitar directa e inmediatamente la comisión de delitos y castigar al que los cometió."[12]

El carácter punitivo del derecho penal, entonces, reúne funciones preventivas y represivas, que a decir de Hans Jescheck, "no son, sin embargo,

---

2 Registro Oficial nº 104 de 20 de Noviembre de 1970. Derogada por la Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre.

3 Registro Oficial nº 97 de 31 de Mayo de 1976. Derogada parcialmente por la Ley de Gestión Ambiental.

4 Aunque la parte normativa de esta Ley sigue vigente, la parte punitiva fue derogada y por ello se la considera como un antecedente histórico.

5 Registro Oficial nº 278 de 18 de Marzo de 1998.

6 En 1998 el profesor y abogado penalista Ramiro Aguilar anotaba: "En relación con el medio ambiente, es necesario que el legislador ecuatoriano modernice viejas infracciones como la destrucción de bosques y se plantee la conservación del hábitat como un interés nacional. Hay necesidad de tipificar ciertas conductas como delictivas: El vertimiento de desechos tóxicos en ríos, la contaminación atmosférica, la deforestación en áreas protegidas o restringidas, la caza de especies en vías de extinción; etc."
Aguilar T., Ramiro. "Las nuevas tendencias del Derecho Penal contemporáneo." REVISTA RUPTURA. Número 41. 1998. Asociación Escuela de Derecho (PUCE). Quito, Ecuador. Página 155.

7 Constitución Política. Artículo 23#6; artículo 86.

8 Constitución Política. Artículo 87.

9 Ver Goldenberg, Isidoro; Cafferatta, Néstor. DAÑO AMBIENTAL. Abeledo-Perrot. Buenos Aires Argentina, 2001. Quito, Ecuador. 2005. Página.52.

10 Sobre este tema, ver. Echeverría, Hugo. "Énfasis preventivo del derecho ambiental". REVISTA NOVEDADES JURÍDICAS. Número 24, Diciembre 2007. Ediciones Legales. Página 33.

11 Libster, Mauricio. DELITOS ECOLÓGICOS. Ediciones Desalma. Buenos Aires, Argentina, 1993. Página 170.

12 Sacoto, Pilar. COMPENDIO DE INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL. Asociación Escuela de Derecho. Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Quito, Ecuador. 1995. Página 130.

contradictorias, sino que deben concebirse como una unidad".[13] De allí que el derecho penal pudiera convertirse en herramienta eficaz en la protección el ambiente. De hecho, parecería ser que esta ha sido la premisa básica para la tipificación de infracciones ambientales, que pasamos a examinar brevemente.

5 Infracciones ambientales

Siguiendo el concepto de infracción del Código Penal,[14] la Ley 99-49 incorporó delitos y contravenciones ambientales a nuestra legislación penal.

5.1 Delitos ambientales

En materia de delitos, la Ley 99-49 clasificó a las infracciones ambientales como delitos contra la seguridad pública. Si se analizan las corrientes normativas vigentes,[15] puede concluirse que, en efecto, los delitos ambientales son infracciones que atentan contra la seguridad pública. Esto obedece, en principio, a la naturaleza del bien jurídico protegido que, en materia ambiental, es colectiva; pero también al sujeto pasivo de la infracción que, también en principio, es indeterminado. Estos caracteres del delito ambiental se evidencian, por ejemplo, en el delito de contaminación del aire que puede, eventualmente, afectar a toda una ciudad y sus habitantes.

5.1.1 *Tipos penales*

Entre las infracciones punibles se han tipificado aquellas fundamentadas en la *alteración del equilibrio ecológico* y otras que sancionan conductas que *deterioran la calidad ambiental*.

Entre las primeras destacan los delitos de *tráfico de vida silvestre* y de *daños a ecosistemas protegidos*. Estos delitos están caracterizados por la *realización de actividades no autorizadas* de caza, captura, recolección, extracción o comercialización de especies de flora y fauna silvestre;[16] la *utilización de métodos prohibidos* de extracción de dichas especies;[17] y, la destrucción, quema, daño, tala, o uso ilegal de *ecosistemas protegidos*.[18]

[13] Jescheck, Hans – Heinrich. TRATADO DE DERECHO PENAL. Parte General. Volumen Primero. Traducción de la tercera edición alemana y adiciones del Derecho español realizadas por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, España. 1981. Página 6.
[14] Código Penal. Artículo 10.
[15] La Constitución Política clasifica a los derechos ambientales en la categoría de derechos colectivos. Título III, Capítulo V, Sección 3ª.
[16] Ley 99-49 Reformatoria al Código Penal Artículo 437F.
[17] Ibidem. Artículo 437G.
[18] Ibidem. Artículo 437H.

Entre las segundas destaca el *delito de contaminación ambiental.* Este delito está caracterizado la producción, depósito, comercialización, o uso *no autorizado* de desechos tóxicos peligrosos o sustancias radioactivas;[19] el vertimiento de residuos contaminantes *por sobre los límites establecidos*;[20] y, el delito de muerte por contaminación ambiental.[21]

El régimen punitivo escogido por el legislador para los delitos ambientales se fundamenta en la pena privativa de la libertad, que va de uno a cinco años.

No se analizarán aquí los tipos penales legislados, como tampoco el régimen punitivo adoptado. Estos temas exigen análisis pormenorizado en el marco de la teoría del delito y de la pena. No obstante, cabe realizar las siguientes consideraciones sobre la aplicación de la teoría de las leyes penales en blanco; el dolo en los delitos ambientales; y las penas aplicables:

5.1.2 *Leyes penales en blanco*

El estudio de los delitos ambientales exige el análisis del complejo campo de las leyes penales en blanco. Jorge Frías sostiene que las leyes penales en blanco son "aquellas que contienen una sanción penal referida a infracciones cuyo contenido fáctico y específico se halla dispuesto en otras normas jurídicas."[22] La remisión del tipo penal a otras normas jurídicas plantea escenarios que pudieran afectar el principio de legalidad que fundamenta al derecho penal. Por tanto, el recurso a las leyes penales en blanco debería sustentarse en un trabajo legislativo particularmente prudente y técnico.

El análisis de la Ley 99-49 evidencia la remisión de los tipos penales ambientales a otras normas jurídicas. Así por ejemplo, en el delito de contaminación ambiental (artículo 437B) se sanciona el vertimiento de residuos "por encima de los límites fijados de conformidad con la *ley*". ¿Qué ley? La Ley de prevención y control de la contaminación ambiental, la Ley de Gestión Ambiental y sus respectivos reglamentos (éstos fijan los límites máximos permisibles para el vertimiento de descargas y emisiones). Así también el delito de tráfico de vida silvestre (artículo 437F) sanciona la tenencia *no autorizada* de especies de flora y fauna silvestre. Las normas sobre autorización de tenencia de estas especies están contenidas en la Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre y sus reglamentos. Estos ejemplos dan cuenta de la delicada labor de identificación normativa que corresponderá a los juzgadores penales.

[19] Ibidem. Artículo 437A.
[20] Ibidem. Artículo 437B.
[21] Ibidem. Artículo 437D.
[22] Frías C. Jorge. TEORÍA DEL DELITO. Livrosca. Caracas, Venezuela. 1996. Página 119.

5.1.3 *Los delitos ambientales: ¿delitos dolosos o culposos?*

El profesor de Derecho Penal Ernesto Albán sostiene que nuestra legislación "no define claramente esta cuestión".[23] En efecto, la Ley 99-49 no definió este importante aspecto, que adquiere mayor relevancia en materia penal ya que los daños ambientales suelen producirse por negligencia, imprudencia, o impericia.[24] Se trata de conductas culposas cuya sanción, según el jurista Ecuatoriano Enrique Echeverría "resulta por no haber previsto [lo] que se pudo prever".[25]

La Ley 99-49 no hace referencia a conductas culposas; parecería entonces que nuestro derecho penal únicamente sanciona el dolo en los delitos ambientales.[26]

5.1.4 *Las penas aplicables*

De conformidad con la Ley 99-49 los delitos ambientales se sancionan con penas de prisión de hasta cinco años. La selección de una pena de prisión para sancionar delitos ambientales significa, en términos procesales, que durante el proceso penal puedan suspenderse los efectos del auto de prisión preventiva dictado contra el imputado, mediante la rendición de una caución.[27] Esto significará, en la práctica, graves dificultades procesales pues el imputado, una vez librado de la prisión preventiva, podría desentenderse del proceso penal. Si bien estos efectos son procesales, hay que destacar que tienen su origen en la selección de una pena privativa de prisión, que no sería proporcional a un daño de carácter especial como el daño ambiental.[28]

[23] Albán, Ernesto. "Delitos contra el medio ambiente." DERECHO PENAL ECUATORIANO. Parte Especial. Obra en preparación cuya versión digital fue presentada en el Seminario "DERECHO PENAL AMBIENTAL". Quito, 18 de Julio del 2007.

[24] Código Penal. Artículo 14.

[25] Echeverría, Enrique. DERECHO PENAL ECUATORIANO. Tomo I. Talleres Gráficos Nacionales. Quito, Ecuador. 1954. Página 214.

[26] En este sentido se orienta la opinión doctrinaria. Véase, por ejemplo, la opinión del profesor Ernesto Albán en: "Delitos contra el medio ambiente". DERECHO PENAL ECUATORIANO. Parte Especial. Obra en preparación cuya versión digital fue presentada en el Seminario "DERECHO PENAL AMBIENTAL". Quito, 18 de Julio del 2007.

[27] Código de Procedimiento Penal. Registro Oficial, Suplemento, nº 360 de 13 de Enero del 2000. Artículo 174.

[28] Aunque esta posición respecto de la pena podría parecer exagerada, hay que recordar que los delitos ambientales sancionan conductas severamente reprochables, como el maltrato de animales silvestres; el tráfico de vida silvestre por parte de redes internacionales (cuyo accionar se asemeja al de otras redes de esta naturaleza); e, incluso la lesión o muerte de personas como consecuencia de exposición a contaminantes de diversa naturaleza.

5.2 Contravenciones ambientales

En materia de contravenciones, la Ley 99-49 clasificó a las infracciones ambientales como contravenciones de cuarta clase, sujetas a la máxima sanción de hasta siete días de prisión. Las infracciones tipificadas son: contaminación del aire; contaminación por ruido; contaminación por acumulación de desechos; y, daños a espacios verdes.[29]

6 Ocho años de vigencia

Se han cumplido ocho años de vigencia de la Ley 99-49. En este lapso se ha creado un marco institucional idóneo para la aplicación de los delitos ambientales en el Ecuador. El Ministerio Público ha establecido Unidades de Delitos Ambientales a nivel nacional y lo propio ha hecho la Policía Nacional a través de la Unidad de Protección del Medio Ambiente. En este lapso la labor de estos actores fundamentales en materia penal ambiental se ha fortalecido y los resultados empiezan a materializarse. En efecto, el 4 de Diciembre del 2007 se dictó una sentencia, que bien puede ser la primera a nivel nacional, por delito ambiental.

7 Importante antecedente de derecho penal ambiental

En la fecha anotada, el Tribunal Tercero Penal de Pichincha dictó sentencia condenatoria dentro de la causa penal número 184-2007 por delito tipificado en el artículo 437H del Código Penal que establece:

> "El que destruya, queme, dañe o tale, en todo o en parte, bosques u otras formaciones vegetales, naturales o cultivadas, que estén legalmente protegidas, será reprimido con prisión de uno a tres años..."

El caso analiza la tala de árboles dentro del bosque protector "Mashpi" ubicado en el recinto del mismo nombre de la parroquia Pacto. El Tribunal Penal fundamentó su sentencia en: a) la declaratoria de bosque protector del área talada, emitida en el año 2004 por el Ministerio del Ambiente y b) en la inexistencia de licencia de aprovechamiento forestal. Como se puede verificar en la sentencia, al Tribunal Penal le correspondió examinar el contenido de la Ley Forestal y de Conservación de Áreas y Vida Silvestre a fin de determinar el sentido jurídico de la expresión "legalmente protegidas" del artículo 437H. En este examen – que contó con el concurso de peritos del Ministerio del Ambiente – se determinó que los efectos jurídicos de la declaratoria de bos-

[29] Artículo 607A.

que protector era, precisamente, la prohibición de tala de árboles dentro del bosque protector.

El Tribunal dictó sentencia condenatoria de seis meses de prisión a los imputados. La sentencia no fue impugnada. Cabe destacar el papel determinante de la Unidad de Protección del Medio Ambiente de la Policía Nacional en la fase investigativa del proceso y el papel protagónico de la Unidad de Delitos Ambientales del Ministerio Público de Pichincha en el ejercicio de esta acción penal. Este primer caso de delito ambiental fue, en gran medida, el producto de una idónea actuación de oficio.

Conclusiones

Tras ocho años de vigencia de la Ley 99-49 los resultados de su aplicación empiezan a materializarse. La sentencia dictada por el Tribunal Tercero de lo Penal constituye un buen indicador en este sentido.

Respecto de la Ley 99-49 es evidente que su promulgación marcó una etapa favorable para el desarrollo de la política penal ambiental. Aunque toda norma es perfectible, los delitos ambientales tipificados proveen una primera sistematización del marco normativo penal ambiental.

Los resultados de la aplicación de la Ley 99-49 evidencian un papel importante de los actores fundamentales en el proceso penal. De su trabajo y el de otros actores, que deberán sumarse, emergerán elementos jurídicos que permitirán consolidar al derecho penal como mecanismo idóneo para la protección del ambiente.

EL DERECHO AMBIENTAL EN PARAGUAY

Sheila R. Abed
Alma Poletti

1 Introducción

El Paraguay es un país independiente desde el año 1811. Desde esa fecha, cuatro constituciones han regido el derecho nacional. La actual Constitución fue sancionada y promulgada el 20 de junio de 1992 por la Convención Nacional Constituyente. La sanción de la misma significó la emergencia de una nueva etapa democrática para el país, recién salido de un régimen dictatorial de 35 años.

En lo que concierne al reconocimiento de los derechos fundamentales, la Carta Magna del 92 inició una amplia reforma, a través de la cual, según el constitucionalista Silvero Silgueiro (2009) *"en primer lugar, fue resaltada enfáticamente la función de los derechos fundamentales como componentes indispensables de un orden democrático; en segundo término, se procedió a la reconstrucción de los clásicos derechos de libertad e igualdad; y en tercer término, fue ampliado el catálogo de derechos sociales"*. Fue así que el Paraguay se abrió al reconocimiento de nuevos derechos que a nivel internacional ya estaban cobrando fuerza desde hace un tiempo, y que a nivel nacional, exigían una urgente tutela para paliar la gran inequidad social existente.

En lo que al ambiente se refiere, el Paraguay lo incorporó como derecho del hombre recién en la Constitución del 92; pero lo hizo colocándolo en el rango de derechos primordiales para el ser humano. Así fue ubicado en el primer capítulo, el cual fue titulado "De la Vida y del Ambiente", con lo que se reconoce el amplio relacionamiento de ambos derechos y se les otorga el mismo nivel de importancia.

Varias leyes, decretos y resoluciones protectoras del ambiente han sido sancionados en consecuencia de las previsiones constitucionales. Tantas normas, que resultan al momento de su aplicación en un conjunto desorganizado de difícil comprensión. En el presente artículo haremos un análisis básico de las más importantes leyes ambientales. Empezaremos por explicar el reconocimiento dado al ambiente en la Constitución Nacional. Luego citaremos los principios del derecho ambiental aplicados en la legislación nacional. Conti-

nuaremos con un análisis de la estructuración de la responsabilidad civil y penal por daños, finalizando el artículo con una exposición del tratamiento otorgado a la evaluación de impacto ambiental

2 La protección del ambiente en la Constitución Nacional Paraguaya

La sección II del Capítulo I de la Carta Magna está dedicada exclusivamente al ambiente. Los artículos 7 y 8 reconocen el derecho al ambiente, la necesidad de contar con políticas públicas ambientales, y de garantizar una férrea protección. El primero de ellos, artículo 7, reza: "Toda persona tiene derecho a habitar un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado. Constituyen objetivos prioritarios de interés social la preservación, la conservación, la recomposición y el mejoramiento del ambiente, así como su conciliación con el desarrollo humano integral. Estos propósitos orientarán la legislación y la política gubernamental pertinente". Como se puede observar, el derecho al ambiente es reconocido siguiendo las posturas antropocéntricas de la protección ambiental. Se incluye al equilibrio ecológico como concepto y se establece la obligación estatal de generar políticas que no sólo conserven al ambiente, sino lo recompongan y mejoren en caso de ser necesario.

Según el autor paraguayo Horacio Petit (1998) el término ambiente saludable es un concepto fundamental para que el hombre pueda acceder a una calidad de vida mejor, e implica que el ambiente no debe ser sucio, alterado o contaminado. En cuánto al término "ecológicamente equilibrado" el mismo autor manifiesta que está en íntima relación con el concepto de desarrollo sustentable, ya que el hombre mediante sus actuaciones es aquél que rompe el balance del ambiente, y es éste el que debe ser mantenido atendiendo que las actividades humanas dañen en lo mínimo posible a los recursos naturales.

El artículo 8 establece obligaciones para el Poder Legislativo, manifestando que "Las actividades susceptibles de producir alteración ambiental serán reguladas por la ley. Asimismo, ésta podrá restringir o prohibir aquellas que califique peligrosas."

En el segundo párrafo se establecen prohibiciones específicas, que adquieren carácter constitucional por la gravedad de sus consecuencias. Siguiendo disposiciones ya reconocidas desde la Declaración de Estocolmo, que condena todo tipo de armas nucleares y cualquier medio de destrucción masiva, el artículo 8 prohíbe "...la fabricación, el montaje, la importación, la comercialización, la posesión o el uso de armas nucleares, químicas y biológicas..." Asimismo se condena "la introducción al país de residuos tóxicos..." facultando a la ley a "extender ésta prohibición a otros elementos peligrosos; asimismo, regulará el tráfico de recursos genéticos y de su tecnología, precautelando los intereses nacionales." La prohibición de importar, depositar o utilizar residuos tóxicos ya había sido establecida en la Ley 40 del año 1990, con sanciones penales que incluían la privación de libertad.

Las bases para la protección penal del ambiente en el Paraguay se establecen en el último párrafo del artículo 8. En el mismo, se introduce por primera vez al derecho paraguayo el concepto de delito ecológico, pero dejando la tarea de definirlo y sancionarlo como obligación legislativa. Y de acuerdo a los principios internacionales, se reconoce como consecuencia del daño ambiental la obligación no sólo de indemnizar a los afectados, sino de recomponer el ambiente.

La Constitución Nacional Paraguaya reconoce a la defensa del ambiente y a la integridad del hábitat como intereses difusos en su artículo número 38. Así, el derecho a reclamar la protección del ambiente adquiere carácter supraindividual o pluripersonal, perteneciendo indistinta o alternativamente a todas las personas. (De los Santos: 2006) El mencionado artículo reza: "Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a reclamar a las autoridades públicas medidas para la defensa del ambiente, de la integridad del hábitat, de la salubridad pública, del acervo cultural nacional, de los intereses del consumidor y de otros que, por su naturaleza jurídica, pertenezcan a la comunidad y hagan relación con la calidad de vida y con el patrimonio colectivo."

Vemos entonces como la Constitución Nacional Paraguaya reconoce al ambiente como un derecho fundamental del hombre, que debe ser garantizado mediante la sanción de leyes y elaboración de políticas públicas protectoras del ambiente. Pero, que de ninguna forma puede ser desconocido por las autoridades públicas por ser derecho constitucional fundamental, independientemente de que existan o no las normas reglamentarias correspondientes. Asimismo, lo caracteriza como un derecho colectivo que corresponde a toda la sociedad, defendible a través de la acción popular, pero también como derecho de titularidad individual.

3 Principios del Derecho Ambiental reconocidos en el Paraguay

Según la autora Silvia Jaquenod de Szögön (1989) principios rectores son "los postulados fundamentales y universales que la razón especula, generalizando por medio de la abstracción las soluciones particulares que se obtienen partiendo de la justicia y la equidad social". Cada rama del derecho basa sus normas fundamentales en una serie de principios, que trascienden toda legislación positiva. Los mismos orientan tanto la sanción de regulaciones, como el diseño de políticas gubernamentales y la resolución de decisiones judi-

ciales, y tienen una función supletoria llenando los vacíos que dejan las fuentes formales del derecho.

El derecho ambiental no es excepción. A nivel internacional, éstos han sido recogidos en las distintas convenciones, desde Estocolmo en el 72 hasta los últimos tratados y acuerdos. Y en las distintas legislaciones nacionales, por más de que no se encuentren literalmente enunciados, se los identifica en disposiciones tanto del derecho público como privado.

El Paraguay, como firmante de la Declaración de las Naciones Unidas Río 92, y de numerosos convenios internacionales, ha incorporado dentro de su derecho positivo a los principios ambientales fundamentales. Los mismos, ocupan incluso un lugar de privilegio frente a la legislación nacional, según el orden de prelación de las normas jurídicas adoptado por el artículo 137 de nuestra Constitución Nacional. El Acuerdo Marco del Medio Ambiente, ratificado como ley por los países del MERCOSUR, ha reconocido nuevamente los principios de Río 92 como orientadores de sus legislaciones. Otros acuerdos, como la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, y el Convenio sobre Diversidad Biológica, han sido ratificados en el Paraguay por Ley 251 y ley 253 del año 1993 respectivamente, a través de los cuales los principios de precaución y prevención han sido aceptados como guías para la adopción de medidas de protección de bienes ambientales afectados.

También podemos ver el reconocimiento del principio de prevención en la legislación penal ambiental paraguaya, la cual ha incluido la tipificación de delitos de peligro. Estos delitos no requieren la configuración de un daño para aplicar sanciones penales a los autores, sino que "en estos casos se trata de prevenir un peligro general que afecta a la seguridad colectiva y sólo indirectamente a bienes jurídicos individuales" (Muñoz Conde: 2003). La ley 716/96 "Que sanciona los delitos contra el medio ambiente", en su artículo 1º reza que se sancionará a aquellos que realicen o permitan: *"actividades atentatorias contra el equilibrio del ecosistema, la sustentabilidad de los recursos naturales y la calidad de vida humana."* Respondiendo a este principio, muchas de las conductas sancionadas, exigen meramente una actividad y no un resultado. Tales como la fabricación, comercialización o posesión o el uso de armas nucleares, químicas o biológicas (art. 2º); la introducción al territorio nacional residuos tóxicos o desechos peligrosos, (art. 3º); y la realización de obras civiles en áreas excluidas, restringidas o protegidas (art. 9º). Estas conductas no exigen la comprobación de un daño real y palpable al ambiente, sino que implican la realización de actividades que ponen en peligro al bien jurídico protegido.

En la redacción del Código Penal, también fueron tipificados ciertos hechos como "de peligro". Por ejemplo, el art. 200 "Procesamiento ilícito de

desechos" no requiere que se produzca el resultado "contaminación", perfeccionándose la tipicidad con la mera potencialidad del daño, ya que el mismo sanciona echar desechos que sean "capaces de causar enfermedades" o "capaces de contaminar gravemente las aguas, el aire o el suelo". También el art. 198 "Contaminación del aire", que castiga a aquellas personas que emitan ruidos "capaces de dañar la salud de personas", exigiendo meramente una potencialidad del daño.

Y así lo ha definido y aceptado la jurisprudencia, en casos como el de *"Eric Lorenz, Nery Guzmán Rivas y Julio César Chávez s/ hechos punibles c/ el medio ambiente en Ybycui"*, en que el Tribunal de Sentencia en la SD nº 02 de fecha 14 de julio del 2004, ha condenado por procesamiento ilícito de desechos, fundamentando que: *"es importante señalar que este hecho punible considera que no se exige que previamente afecte de manera directa la salud, sino que posiblemente la afecte, tratándose de un delito de peligro concreto, existiendo tal situación por los componentes del residuo vertido en los lugares"*.

Herramienta fundamental para hacer efectivo el principio de prevención ha sido la obligatoriedad de la evaluación de impacto ambiental. Por Ley 294/93 se ha establecido que toda actividad a ser desarrollada en territorio paraguayo capaz de alterar el ambiente debe contar con una evaluación de impacto ambiental previa, la cual será otorgada por la Secretaría del Ambiente. En mayor detalle analizaremos este instrumento en la sección correspondiente de este artículo.

Los principios de responsabilidad, de recomposición e indemnización han sido reconocidos en la Constitución Nacional en su artículo 8, el cual literalmente establece que "Todo daño al ambiente importará la obligación de recomponer e indemnizar." Asimismo, dicha obligación se encuentra contenida en los principios 13 y 16 de la Declaración de Río 92, las cuales forman parte del ordenamiento jurídico paraguayo, según se ha mencionado. A través de las leyes civiles paraguayas los afectados por un daño ambiental pueden obtener la indemnización correspondiente.

En el diseño de la Política Nacional Ambiental (PAN), aprobada por Resolución nº 04/2005 de la Secretaría del Ambiente, se han adoptado como principios orientadores en materia ambiental a la sustentabilidad, precaución, integralidad, gradualidad, responsabilidad y subsidiariedad. En cuanto al principio de recomposición del ambiente, la PAN prevé el establecimiento de un Fondo de Compensación Ambiental, para el depósito de las indemnizaciones en caso de que no sea factible el restablecimiento al estado anterior al daño.

Los autores Cañiza y Merlo (2007) y Horacio Petit (2002) hacen relación a otros principios, como el de sostenibilidad y el de función socioambiental de la propiedad. La Constitución Paraguaya en su artículo 176 ha

establecido los fines de la política económica nacional. El desarrollo económico será promovido, pero mediante la utilización racional de los recursos disponibles, con lo que vemos sentadas las bases de orientación hacia el desarrollo sustentable. Asimismo, la Carta Magna del 92 ha establecido la posibilidad de establecer restricciones al ejercicio del derecho de propiedad, en aras de tutelar los intereses de la sociedad, entre los cuales está comprendida la preservación del ambiente.

Para finalizar, hacemos mención a un principio fundamental para el tratamiento de las cuestiones ambientales, el principio de participación ciudadana. En la Declaración de Río de Janeiro fue enunciado en el artículo 10, estableciendo al acceso a la información y a la justicia como derechos fundamentales para el ejercicio de una democracia participativa. Estos derechos a pesar de haber sido reconocidos expresamente en la Constitución Nacional Paraguaya, son en la práctica frecuentemente desconocidos.

En lo que concierne al derecho a la información, no se cuenta con una ley que reglamente el procedimiento y garantice la efectividad del mismo. Esto dificulta en gran manera la posibilidad de participación de la ciudadanía. En materia ambiental, la Ley 294 ha previsto mecanismos para que la ciudadanía se informe acerca de los proyectos presentados en el proceso de evaluación de impacto ambiental, y presente observaciones en caso de disconformidad, pero no son vinculantes. No obstante, resultan necesarias reglamentaciones que garanticen que los reclamos ciudadanos serán tenidos en cuenta por las autoridades al momento de la aprobación del proyecto. Tanto en la evaluación de impacto ambiental como en los demás procesos decisorios ambientales, es fundamental incluir mecanismos participativos que aseguren una presencia ciudadana, que actúe como contralor de la protección del derecho común al ambiente.

4 Responsabilidad por daños al medio ambiente

Según Peyrano, citado por Cañiza y Merlo (2007) daño ambiental es "toda lesión o menoscabo al derecho o interés que tienen los seres humanos, considerados individual como colectivamente, a que no se alteren de modo perjudicial las condiciones naturales de vida".

Es un concepto relativamente nuevo para el derecho, que produce una doble afectación. Según lo explica Bustamante Alsina (1995) el daño ambiental se produce en el ambiente en sí mismo y "de rebote" en las personas y en sus bienes. Es decir, afecta a bienes comunes de una colectividad indeterminada y a bienes particulares de individuos específicos.

El daño ambiental presenta particulares características que hacen que los clásicos parámetros utilizados para juzgar tanto penal como civilmente sean

desafiados, dando lugar a la aplicación de nuevos principios. Por ejemplo, probar la relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño, no es tarea fácil. Como Santagada (2007 a.:547) menciona "un daño ambiental incluso puede ser causado por una conjunción de condiciones que aisladas, no podrían tener un efecto adverso". La investigación que se requiere es científica y compleja, llevando fácilmente a la incertidumbre. Generalmente los daños se producen a largo plazo, y suele ser muy difícil reponer las cosas al estado anterior.

Es por eso que las normas tradicionales pueden resultar insuficientes para atribuir la responsabilidad a sus autores y reparar los daños ocasionados. En el Paraguay, la jurisprudencia es incipiente aún en estos temas, y no existe una ley específica que regule la responsabilidad por daños ambientales. Pero el término ya ha sido reconocido en la Constitución del 92 en su artículo 8, introduciendo la obligación de reparar e indemnizar los daños ocasionados. Desde la promulgación de esta Constitución, los tribunales paraguayos ya no pueden desconocer la necesidad de responsabilizar a los causantes de un daño ambiental

Existen tres ámbitos para sancionar a los daños ambientales: administrativo, civil y penal. A continuación explicaremos la posibilidad de obtener la reparación e indemnización de daños ambientales por medio de la legislación civil.

4.1 Responsabilidad civil ambiental en el Paraguay

En las leyes civiles paraguayas no existe una referencia específica al término daño ambiental, pero existen previsiones que permiten obtener resarcimiento por daños ocasionados al ambiente. Un artículo que hace referencia a comunes problemas ambientales en zonas urbanas, es el número 2000 del Código Civil. El mismo reza que: *"El propietario está obligado, en el ejercicio de su derecho, especialmente en los trabajos de explotación industrial, a abstenerse de todo exceso en detrimento de la propiedad de los vecinos. Quedan prohibidos en particular las emisiones de humo o de hollín, las emanaciones nocivas y molestas, los ruidos, las trepidaciones de efecto perjudicial y que excedan los límites de la tolerancia que se deben los vecinos en consideración al uso local, a la situación y a la naturaleza de los inmuebles. El propietario, inquilino o usufructuario de un predio tiene el derecho a impedir que el mal uso de la propiedad vecina pueda perjudicar la seguridad, el sosiego y la salud de los que habitan. Según las circunstancias del caso, el Juez puede disponer la cesación de tales molestias y la indemnización de los daños, aunque mediare autorización administrativa".*

A través de este artículo se protege no sólo la salud, sino también la seguridad y el sosiego de las personas, y faculta al afectado a solicitar el cese de las actividades perjudiciales y la indemnización por los daños causados. Abarca a propietarios tanto de establecimientos particulares como industriales, y se reconoce expresamente que el hecho de poseer autorización administrativa no exime de la responsabilidad civil que pudiera surgir por el uso nocivo.

Otro artículo que permite la reparación por daños ambientales es aquel que se refiere a los daños causados por actos ilícitos. Según el artículo 1834 del Código Civil, son actos ilícitos aquellos que: *a) fueren prohibidos por leyes u otras disposiciones dictadas por la autoridad competente; b) causen un daño o hecho exterior susceptible de ocasionarlo; c) que hubiere culpa o dolo por parte de los causantes.* Pero no todo tipo de daño está incluido. El artículo 1835 establece que *"existe daño siempre que se cause a otro algún perjuicio en su persona, en sus derechos o facultades, o en las cosas de su dominio o posesión"*; la obligación de reparar se extiende a toda lesión material o moral causada por el acto ilícito. Por lo tanto, según las reglas civiles, sólo pueden ser resarcidos los daños cuando existe una persona particularmente afectada. Como afirman Cañiza y Merlo (2007:322) "se resarce pues a uno o a varios seres humanos y no al ambiente mismo; a patrimonios particulares y no al patrimonio ambiental colectivo".

En cuanto a los tipos de responsabilidad previstas en la legislación civil paraguaya, reconocemos a la responsabilidad civil por hecho propio y por hecho ajeno, la solidaridad en la responsabilidad en los actos ilícitos, y la responsabilidad subjetiva y objetiva. El art. 1833 habla de la responsabilidad por hecho propio, estableciendo que el que comete un acto ilícito queda obligado a resarcir el daño. "Si no mediare culpa, se debe igualmente indemnización en los casos previstos por la ley, directa o indirectamente." Es decir, el principio general es de la responsabilidad subjetiva, pero se reconoce también la posibilidad de responsabilizar al agente incluso sin culpa, introduciendo el principio de la responsabilidad objetiva.

Un caso específico es el del artículo no. 1846, el cual establece que: *"El que crea un peligro con su actividad o profesión, por la naturaleza de ellas, o por los medio empleados, responde por el daño causado, salvo que pruebe fuerza mayor o que el perjuicio fue ocasionado por culpa exclusiva de la víctima, o de un tercero por cuyo hecho no deba responder"*. No es necesario probar la intención del agente, que haya existido dolo o culpa. Por el sólo hecho de haberse llevado a cabo una actividad peligrosa, ya es pasible de responder por los daños que hubiere causado. Es lo que se denomina en doctrina responsabilidad objetiva.

Este concepto es particularmente importante en el derecho ambiental, en que al momento de atribuir la responsabilidad nos encontramos con numerosas

dificultades, empezando por la prueba de la causalidad. El hecho de haber realizado una actividad que sea capaz de causar daños a terceros, genera ya la correspondiente responsabilidad, cuando la persona a quien afecta el daño lo soporta en forma injusta, haciéndolo merecedor de una indemnización. Este principio permite que en el Paraguay se ponga en marcha ampliamente el principio ambiental reconocido internacionalmente de "el que contamina paga".

Asimismo, se reconoce la solidaridad en casos de responsabilidad por actos ilícitos. En el artículo 1841 se establece que *"si el acto ilícito es imputable a varias personas, responden todos solidariamente. Si uno sólo paga la totalidad del perjuicio, cuenta con la acción de repetición contra los copartícipes"*.

Se responde también por los hechos ajenos, en los casos de que alguna persona, actuando bajo la dependencia o con autorización de otro, comprometa también la responsabilidad de éste al cometer un acto ilícito. Es el caso de empleados que se encuentran en relación de subordinación, bajo la dirección o vigilancia del principal. O de daños cometidos por incapaces que están bajo la patria potestad o tutela de sus padres, o tutores o curadores respectivamente. También el Estado, Municipalidades y demás entes públicos responden por los actos de sus funcionarios. Estas disposiciones se encuentran previstas en el artículo 1842 del Código Civil.

En cuanto a las vías procesales habilitadas, el Código Procesal Civil cuenta con normas que permiten una actuación judicial favorable a la protección del ambiente. Santagada (2007) cita a la inclusión en el Código de medidas cautelares genéricas (art. 692 CPC) y al principio de apreciación de la prueba según las reglas de la sana crítica (art. 269). Además, ya existen fallos judiciales que han reconocido la posibilidad de accionar en defensa del ambiente a través de la acción popular,[1] no sólo a través del amparo, sino también por medio de acciones ordinarias.[2]

A partir de la sanción de la Constitución en el 92, en la cual se reconoce la obligación de recomponer e indemnizar todo daño al ambiente, las vías civiles deben también permitir la reparación del ambiente en sí mismo. Hasta hoy no existe un desarrollo notable en la jurisprudencia paraguaya al respecto. Inclusive en el ámbito penal, los fallos parecen no reconocer la necesidad de diferenciar el daño al ambiente en sí mismo del daño a los particulares ocasionados en consecuencia, exigiendo reparaciones que en muy pocos casos van dirigidas a recomponer el ecosistema dañado.

---

1 "Saud Vda. De Bazas, Yamili y Amado Farid Id. c/ Vendedores Informales y/o Mesiteros establecidos frente a la propiedad y Local Comercial denominado Cometa Plus (Ac y sent. Nro 9), T. Apel. Civ., com., Laboral, penal Tutelar y Correccional del Menor, Sala 2, Encarnación, marzo 3-2000. LL Paraguaya, T 23 – Página 654.

2 Corte Suprema de Justicia, Acuerdo y Sentencia número 88 del 14 de marzo de 2005.

Es importante recordar que como firmantes de la Declaración de Río, cuyos principios fueron adoptados además por el Acuerdo Marco Ambiental del MERCOSUR, nos hemos comprometido a proporcionar, en cuestiones ambientales, un acceso efectivo a los procedimientos judiciales administrativos, al resarcimiento de daños y los recursos pertinentes. Como vemos, el derecho civil cuenta con normas que permiten la reparación e indemnización por daños ambientales, de forma bastante amplia Sin embargo, existen aún muy pocos casos de pedidos de indemnización por daños a través del proceso civil. La mayor parte de ellos son llevados al ámbito penal, inclusive habiéndose establecido medidas civiles en sentencias penales. Este es el caso citado por Santagada (2007) denominado "Manuel Tadeo Zubizarreta s/ hechos punibles contra el medio ambiente", en que el Tribunal ha ordenado el cierre y traslado del establecimiento y la reparación del daño ambiental causado.

Es necesario poner en marcha en el campo civil, tanto acciones preventivas como reparadoras, por ejemplo a través del cese de daño previsto en el artículo 2000 del Código Civil. Es fundamental que los jueces paraguayos se ejerciten en la tarea de establecer tanto una indemnización adecuada a los particulares afectados, como una reparación efectiva del ambiente en sí, y en caso de que ésta no sea posible, arbitren las medidas compensatorias correspondientes.

Habiendo visto como el derecho civil permite la atribución de responsabilidad por daños ambientales, pasaremos a describir como el Paraguay ha incluido en el derecho penal, normas para la sanción de los hechos que atentan contra el ambiente.

5 Evolución del Derecho Penal Ambiental Paraguayo

A partir de los años 70, a raíz de la Conferencia de Estocolmo, Paraguay fue uniéndose al resto de las naciones en la lucha internacional contra el deterioro del medio ambiente. Los primeros esfuerzos resultaron en un cúmulo de legislación inarmónica, haciendo confusa la aplicación de la misma e inclusive derivando en contradicciones. La protección de los distintos recursos naturales era incluida en toda clase de fuentes, desde leyes hasta resoluciones administrativas. Sin embargo, esta normativa tenía un carácter más bien patrimonialista que ambiental.

Hasta entonces, en lo atinente al derecho penal, el Código Penal de 1914 se refería a ciertos actos atentatorios contra el medio ambiente, pero tan solo indirectamente pues el bien jurídico protegido en realidad era la salud humana, o la seguridad pública. Por ejemplo, en el capítulo denominado *De los delitos contra la seguridad pública,* se encontraban tipificados la quemazón de campos o bosques, la contaminación del agua o de alimentos.

Pero se presentaba un gran inconveniente para castigar los delitos ambientales, pues la tipificación de los mismos exigía que se produzcan daños directa e inmediatamente verificables sobre seres humanos determinados y concretos, o fueran cometidos intencionalmente para poner en peligro la vida o la salud de las personas. Por ejemplo, la contaminación de aguas y alimentos podía ser castigada únicamente si era realizada en forma intencional, o para procurar una ganancia ilegítima. La quemazón de campo era sancionada solamente si se causaban daño intencional a la propiedad.

El Código Penal, junto con el Código Rural, constituyen los cuerpos normativos más antiguos, que de modo directo e indirecto legislaban cuestiones atinentes a la problemática ambiental. Otros cuerpos legales que hacían referencia al medio ambiente son la ley Forestal dictada en el año 1973, y el Código Sanitario del año 1980. Pero los mismos tocaban el tema ambiental en forma vaga, y establecían sanciones mínimas en comparación a las sumas que se ahorraban los grandes contaminadores del ambiente, al eludir la normativa ambiental. En efecto, hacían alusión a la protección de recursos específicos, por ej., la Ley Forestal declaraba proteger los recursos forestales; el Código Sanitario declaraba proteger la salud del pueblo y el bienestar social. No se utilizaba el término medio ambiente sino el término "recurso", demostrando que lo que se tenía por valioso era aquello que poseía valor económico, como la madera, o pudiera ser relacionado con la salud humana.

Históricamente, la primera norma legal que sanciona penalmente hechos atentatorios del medio ambiente, es la Ley 40/90. Esta Ley considera como delito contra la salud humana y ambiental a la *importación, depósito, utilización de productos calificados como residuos industriales peligrosos o basuras tóxicas y establece las penas correspondientes por su incumplimiento*, por lo cual prohíbe la realización de estos hechos. Posteriormente fueron sancionadas ciertas normas ambientales, como las leyes de Pesca y de Vida Silvestre, las cuales incluían ciertas disposiciones punitivas.

Recién a partir de la Constitución Nacional de 1992, los criterios de conservación, preservación, recuperación y mejoramiento del ambiente, fueron acogidos por nuestra legislación. En el Capitulo I "De la Vida y del Ambiente", la sección II trata exclusivamente del ambiente. En lo concerniente al derecho penal, el art. 8 es de suma importancia, ya que establece como mandato constitucional para los legisladores la obligación de definir el delito ecológico y sus penas. El mismo menciona que: "El delito ecológico será definido y sancionado por la ley".

A partir de este mandato constitucional, fueron sancionándose las conductas punibles atentatorias contra el ecosistema. En primer lugar, en el año 1996 aparece la Ley 716/96 "Que sanciona los Delitos Contra el Medio Am-

biente". Y luego, con la inclusión en el Código Penal de un capítulo dedicado a la protección de las "bases naturales de la vida humana".

Es necesario aclarar que, por más que en este capítulo utilicemos el término "delito" ambiental, por ser el más frecuentemente utilizado en la doctrina, la legislación penal paraguaya ha adoptado el término "hechos punibles" en el Código Penal del año 1997, para referirse a las conductas humanas sancionadas penalmente. Este código clasifica como "delitos", a los hechos sancionados con una pena máxima de 5 años de privación de libertad, y como "crímenes" a aquellos sancionados con una pena mayor.

5.1 Ley 716/96 "Que sanciona los delitos contra el Medio Ambiente"

Consecuente con el mandato constitucional, fue promulgada la Ley 716/96 "Que sanciona los Delitos contra el Medio Ambiente". La misma tipificó penalmente conductas que ya aparecen como prohibidas en la Constitución Nacional, y se encargó de definir a los delitos ambientales, según lo requería el artículo 8 de nuestra Carta Magna.

Sin embargo, al igual que la mayor parte de la legislación penal especial, respondió a situaciones que han conmovido a la comunidad y requerido la actividad de los legisladores en forma intempestiva. Por ello contiene una diversidad de conductas que se ocupan desde deforestaciones con grave daño al ecosistema, hasta algunas cuyo ámbito de sanción es más propio de las autoridades administrativas como por ejemplo, los ruidos molestos producidos por los escapes de auto vehículos.

Esta Ley fue en un primer momento vetada por el Poder Ejecutivo, justamente por los defectos que la misma contenía. En la exposición de motivos, fundamentando el veto, el Poder Ejecutivo criticaba la excesiva dureza de las penas y utilización de normas de reenvío, y la falta de normas administrativas con que llenarlas. No obstante, para paliar la necesidad legislativa en este ámbito, fue promulgada. La misma empezó a regir desde fines del año 1996, y contempla sanciones para conductas tales como: el tráfico y comercialización ilegal de especies en peligro de extinción, la infracción a las normas de caza y pesca, el incumplimiento de las medidas de mitigación establecidas en las licencias ambientales, la contaminación de aguas y aire, la realización de obras hidráulicas o de cualquier tipo en nacientes o curso de aguas de los humedales sin autorización; totalizando treinta y cinco conductas merecedoras de sanción penal.

La técnica legislativa empleada para su redacción difiere mucho de la utilizada en el Código Penal y no es la más acertada para la redacción de normas penales. En primer lugar, porque la descripción de las conductas no es

muy clara. Se inician los artículos mencionando las sanciones aplicables, y luego se describen en diferentes incisos una serie de conductas, muchas veces no relacionadas unas con otras. Utiliza constantemente la remisión a leyes administrativas para llenar el tipo penal, con la técnica de redacción de ley penal en blanco, lo cual no es recomendable pues se crean conflictos con el principio de legalidad.[3]

El primer artículo de la Ley 716, sirve de introducción a la misma, delimitando el ámbito de protección de la norma. Así lo han interpretado los autores José I. González Macchi y Fernando Casañas Levi en su libro "Comentarios a la Ley 716/96".[4] El mencionado artículo establece que los bienes jurídicos tutelados son el medio ambiente y la calidad de vida. En cuanto a los sujetos activos a quienes va dirigida la norma, y las conductas sancionadas, este artículo menciona que va dirigido no sólo a quienes sean autores inmediatos de los hechos, sino también a aquellos que ordenen, permitan o autoricen las actividades atentatorias contra el medio ambiente.

La intención de la ley es proteger de la forma más amplia posible el medio ambiente. Inclusive habla de sancionar toda actividad "atentatoria" contra el medio ambiente. Lo cual nos demuestra la intención de sancionar no solo a aquellas actividades que causen daño al ambiente, sino aquellas que podrían causarlo, haciendo referencia por primera vez a los delitos ambientales como delitos de peligro, como ya mencionamos anteriormente cuando citamos la incorporación del principio precautorio en la legislación del Paraguay.

Como ya dijimos, este artículo cumple una función marco. Lo cual resulta de suma importancia teniendo en cuenta que la Ley 716 en muchas ocasiones prevé la sanción de hechos que no deberían ser objeto de persecución penal. Conductas como depositar basuras una calle o adyacencia de un arroyo (previstas en el Artículo 12), difícilmente conlleven una gravedad que justifique ser sancionados penalmente. Cuestiones como esta deberían limitarse al ámbito administrativo.

Las autoridades administrativas tienen el deber de velar por la salubridad pública y el medio ambiente, y las atribuciones necesarias para sancionar estos hechos. La tipificación de hechos de esta categoría viola el principio de subsidiariedad del derecho penal. El Ministerio Público recibe denuncias de problemas vecinales, en que se denuncia la acumulación de basura en un patio baldío, o recolectores de basura que las arrojan en un lugar inadecuado, lo cual da inicio a un proceso penal, que requiere la movilización de toda la ma-

[3] El tema es desarrollado con mayor amplitud más adelante en este capítulo, bajo el título *Ley Penal en Blanco.*

[4] GONZALEZ MACCHI, José I. CASAÑAS LEVI, José F. "Comentarios a la Ley 716/96"; Editorial Intercontinental; Asunción (Paraguay); 2000.

quinaria judicial, para la investigación de hechos cuya gravedad no la justifica. Tampoco hay determinación de bagatela.

Por tanto, los mismos hechos tipificados en la Ley 716, se contradicen con el artículo 1º que la limita a los hechos "atentatorios" contra el equilibrio de los ecosistemas. Tal vez, tomados en su conjunto, estos hechos bagatelarios podrían llegar a afectar al medio ambiente. Pero como sabemos, nuestra legislación penal responde a los principios de la teoría finalista, por lo cual no castigamos por el resultado ocasionado, sino por la conducta de cada persona en particular. Es necesario que los juristas tengan en cuenta esta delimitación otorgada por el artículo 1º a la hora de aplicar la norma. No obstante, sería recomendable despenalizar conductas tales como las de los artículos 12 y 13 de la Ley 716, por corresponder al sistema punitorio administrativo.

5.2 Ley 1160/97 Código Penal

En fecha 26 de noviembre del año 1997 fue sancionado el "Código Penal", por Ley 1160/97. Dentro del Título III que sanciona los "Hechos punibles contra la Seguridad de la Vida y la Integridad física de las personas", en el Primer Capítulo denominado "Hechos Punibles contra las bases naturales de la vida humana", fueron incluidos seis tipos penales de carácter medioambiental.

Se tipifican, por un lado, conductas en atención al objeto medioambiental que afectan: aguas, aire, suelo, reservas naturales (artículos 197, 198 199 y 202) y por otro, conductas de tratamiento ilícito de sustancias peligrosas (artículos 200 y 201).

Con la sanción del Código Penal, fueron derogadas algunas conductas contenidas en la ley especial, especificando requisitos diferentes para la configuración de tipos penales. En especial para el procesamiento ilícito de desechos y la contaminación de aire. Asimismo contempla de nuevo como hecho punible el ingreso de sustancias nocivas en el territorio Nacional, sancionando la contaminación producida por petróleo y sus derivados como delito autónomo, e incluyendo la sanción para actividades como alteración de hidrosistemas en áreas de parques y la utilización de abonos, fertilizantes y pesticidas fuera de las normativas de carácter administrativo. Describimos sucintamente cada una de las conductas:

5.2.1 *Artículo 197 – "Ensuciamiento y Alteración de las Aguas"*

El mismo preceptúa que: *"El que indebidamente ensuciara o, alterando sus cualidades, perjudicara las aguas, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa..."* El recurso natural protegido por

este tipo penal es el agua. El propio artículo nos da una aclaración con respecto a los tipos de agua que son protegidos en su Inc. 6º en el cual establece que: *"Se entenderán como aguas, conforme al inciso 1º, las subterráneas y las superficiales junto con sus riberas y cauces."* Pero no cualquier tipo de alteración es punible en este caso, ya que el artículo establece que: *"Se entenderá como indebida la alteración cuando se produjera mediante el derrame de petróleo o sus derivados, en violación de las disposiciones legales o de las decisiones administrativas de la autoridad competente, destinadas a la protección de las aguas."* La sustancia contaminante debe ser petróleo o alguno de sus derivados. Se concluye que se trata de derivados en estado líquido pues habla de "derrame", y solamente sustancias líquidas pueden ser derramadas. La pena prevista es de hasta *dos años privativa de libertad o multa.*

5.2.2 *Artículo 198 – Contaminación del aire*

El artículo 198 contiene la tipificación de dos conductas diferentes: En el primer numeral, habla de contaminar el aire. En el segundo, la conducta es la de emitir ruidos. Pero la diferencia entre ambos es que en el primero nos encontramos ante la tipificación de un delito de resultado. El tipo penal exige que se produzca la contaminación del aire. La finalidad de este inciso es proteger el recurso aire, la atmósfera, de aquellas emisiones que sean dañinas para este bien protegido. En el segundo inciso sin embargo, el tipo penal es de un delito de peligro, pues lo que se exige es que los ruidos emitidos sean *capaces* de dañar la salud de las personas. No se exige la comprobación de un perjuicio a la salud para la configuración del tipo. En este caso, la protección va dirigida a la salud de las personas, y no al equilibrio del ecosistema en sí. Pero el artículo establece una modalidad común para ambas conductas; los elementos generadores de la contaminación o de la emisión de ruidos deben ser instalaciones o aparatos técnicos.

Otra modalidad del tipo penal, es el carácter indebido que debe tener la contaminación o la emisión de ruidos. Para saber cuando estas conductas son "no-debidas", se nos ofrecen tres alternativas. Cuando: 1. no se hayan cumplido las exigencias de la autoridad competente respecto a las instalaciones o aparatos; 2. se hayan violado las disposiciones legales sobre la preservación del aire; 3. se hayan excedido los valores de emisión establecidos por la autoridad administrativa competente.

El numeral tres prevé las circunstancias agravantes, que posibilitan elevar la pena a diez años de privación de libertad y son: que el hecho se realizara vinculado con una actividad industrial, comercial o de la administración pública. La conducta culposa es castigada en el numeral cuatro, con una pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa.

5.2.3 *Artículo 199 – Maltrato de suelos*

El artículo 199 sanciona con una pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa, al que violando las disposiciones legales o administrativas sobre la admisión o el uso, utilizara abonos, fertilizantes, pesticidas u otras sustancias nocivas para la conservación de los suelos. La conducta fue tipificada como un delito de peligro, pues no se exige causar un resultado concreto. Se sanciona la infracción a las normas administrativas, pues la mera utilización de las sustancias en violación a las normas legales o administrativas, ya configuran la realización del tipo. También se sanciona la conducta culposa.

Es necesario no obstante tener en cuenta la realidad de nuestro país, en que estas conductas generalmente serán llevadas a cabo por campesinos agricultores, gente de bajo nivel educativo, que no conoce y tal vez no tenga capacidad de conocer o comprender la normativa que reglamenta el uso de estas sustancias. De forma complementaria debería sancionarse además a los responsables de la introducción y comercialización de estas sustancias.

5.2.4 *Artículo 200 – Procesamiento ilícito de desechos*

El artículo número doscientos tiene por finalidad la protección del medio ambiente tanto como de la salud y seguridad humanas, de los efectos nocivos que pueden causar los desechos. El artículo define lo que debe ser entendido por desechos, mencionando que son aquellas *"sustancias que sean: 1. venenosas o capaces de causar enfermedades infecto-contagiosas a seres humanos o animales; 2. explosivas, inflamables, o, en grado no bagatelario, radioactivas; o 3. por su género, cualidades o cuantía capaces de contaminar gravemente las aguas, el aire o el suelo"*. Como vemos se trata de un delito de peligro pues no se exige que los desechos causen un resultado lesivo sino tan solo que sean potencialmente dañinos para las personas o para el medio ambiente.

Para que el procesamiento sea ilícito debe ser realizado en una de estas dos formas: *"1) fuera de las instalaciones previstas para ello; o 2) apartándose considerablemente de los tratamientos prescritos o autorizados por disposiciones legales o administrativas"*.

Para conocer cuando se configuran estas características debemos remitirnos a las normas administrativas que se refieren a las formas de disposición de residuos y a las instalaciones adecuadas para ellos. La Resolución 548/96 del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social establece los lineamientos para la disposición de residuos sólidos. En cuanto a los líquidos, para el vertido de efluentes en cauces hídricos la Resolución nº 222/02 de la Secretaría del Ambiente es la que se debe tener en cuenta.

El artículo incluye una condición adicional para la punición, que es la gravedad del daño, pues en el inciso cinco preceptúa que: *"El hecho no será punible cuando un efecto nocivo sobre las aguas, el aire o los suelos esté evidentemente excluido por la mínima cuantía de los desechos"*. Es decir, deja en claro que no son perseguibles los hechos bagatelarios.

5.2.5 *Artículo 201 – Ingreso de sustancias nocivas en el territorio*

El artículo 201 castiga al que ingresara al territorio nacional residuos o desechos peligrosos o basuras tóxicas o radioactivas; o recibiera, depositara, utilizara o distribuyera dichas sustancias, con una pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa. El Convenio de Basilea del cual el país es signatario, "Sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación", en su Artículo 1º establece una clasificación de los residuos considerados peligrosos.

También el Decreto 14281/96 Reglamentario de la Ley 294/93 de Evaluación de Impacto Ambiental, define a los residuos peligrosos como: *"Cualquier residuo que contenga cantidades significativas de una sustancia que puede presentar peligro: a) Para la vida o la salud de los organismos vivos cuando se libera al medio ambiente; b) Para la seguridad de los seres humanos o el equipo en plantas de vertido si se manipula incorrectamente."*

Los residuos o desechos peligrosos o basuras tóxicas son definidos en el Decreto 18969/97 reglamentario de la Ley 42/90, como: *"Sustancias o elementos resultantes de los procesos industriales y productos que han sido adquiridos y/o desechados, y que por sus características explosivas, inflamables, oxidantes, tóxicas, infecciosas, radioactivas, corrosivas, etc., pueden causar riesgos presentes o futuros a la calidad de vida de las personas o afectar el suelo, la flora, la fauna, contaminar el aire o las aguas de manera tal que dañen la salud humana o ambiental de nuestro país."*

5.2.6 *Artículo 202 – Perjuicio a reservas naturales*

El presente artículo tiene como objeto proteger áreas de especial interés ecológico, como son las reservas naturales y parques nacionales. El verbo rector de la conducta es *perjudicar*. El objeto perjudicado será la *conservación de partes esenciales* de las áreas protegidas. No obstante el artículo no especifica que se entiende por "partes esenciales" y consideramos un tanto vaga a la expresión. Se trata de un delito de resultado, pues es necesario que la conducta perjudique la conservación de las áreas, y tampoco es cualquier tipo de perjuicio, sino que debe afectar a las partes esenciales del área protegida, y además debe ser causado por alguna de las siguientes alternativas: 1. explotación

minera; 2. excavaciones o amontonamientos; 3. alteración del hidro-sistema; 4. desecación de humedales; 5. tala de bosques; o 6. incendio.

Es de mencionar, que este artículo sólo prevé una pena máxima de dos años de privación de libertad. Siendo que por similares conductas, el Artículo 203 del Código Penal prevé una pena de hasta cinco años, sin exigir que éstas sean realizadas en un área protegida. Con lo que nos encontramos con el contrasentido que cuando un incendio se da en una zona que no sea protegida, puede sancionárselo con cinco años de cárcel, pero cuando el mismo se da en un área de reserva, tan sólo puede sancionarse con dos años de cárcel.

6 El Ministerio Público y su tarea en la protección del medio ambiente

En el Paraguay, el órgano encargado de promover la acción penal en los casos de delitos ambientales es el Ministerio Público. Su función se encuentra definida en el artículo 266 de la Constitución Nacional: "El Ministerio Público representa a la sociedad ante los órganos jurisdiccionales del estado, gozando de autonomía funcional y administrativa en el cumplimiento de sus deberes y de sus atribuciones..."

Dentro del proceso penal paraguayo, el Ministerio Público tiene una importantísima labor, ya que es el encargado de recibir las denuncias, dirigir y practicar las investigaciones y ejercer la acción penal hasta la finalización del proceso (arts. 315 y 317 Código Procesal Penal). En el caso de los delitos ambientales, puede iniciar la investigación de oficio en todos los tipos penales, ya que fueron configurados como de acción penal pública, sin necesidad de contar con instancia de parte. Dependen exclusivamente del Ministerio Público la realización de las diligencias investigativas, la decisión de imputar, acusar y solicitar la elevación de la causa a juicio oral, u optar por desistir de la acción penal o sobreseer a los imputados.

En especial la función del Ministerio Público de defensa del ambiente fue definida en la Constitución en el Artículo 268, el cual en su inciso 2 establece que: "Son deberes y atribuciones del Ministerio Público: 2) Promover acción penal pública para defender el patrimonio público y social, el medio ambiente y otros intereses difusos, así como los derechos de los pueblos indígenas".

Según las leyes procesales paraguayas, la víctima o su representante legal en los delitos de acción penal pública, pueden presentarse como querellantes adhesivos pero su facultad de actuación es muy limitada. En los casos ambientales, también es posible que las personas que se sientan afectadas se presenten como querellantes adhesivos. Así ha sido reconocido en el caso *"Supuesto Hecho Punible c. El Medio Ambiente (Delito Ecológico)" por el A.I. nº 111 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Criminal, Tutelar y Correccional del Menor de San Juan Bautista Misiones, de fecha 08/10/2003*. Pero las opiniones de los jueces fueron divergentes. El Dr. Darío González consideró que carecían de legitimación activa, en el caso en particular *"la Asociación de Trabajadores de Pesca Profesionales para instituirse en querellantes adhesivos en una causa que tiene por objeto un hecho que afecta al medio ambiente, debido a que el art. 1 de la Ley 1562/00 establece que es el Ministerio Público quien representa a la sociedad ante los órganos jurisdiccionales para velar por el respeto de los derechos y de las garantías constitucionales."* Opinión contraria demostraron los dos restantes miembros del tribunal que reconocieron legitimación activa a toda persona que se sienta afectada por el daño ambiental. Independientemente de este reconocimiento, las facultades de los particulares se limitan a apoyar al Ministerio Público en sus tareas, ya que es éste el único órgano facultado para ejercer la acción penal.

De ahí la importancia de las funciones que lleva a cabo esta institución, especialmente en los temas ambientales y de defensa de los intereses difusos, en que la sociedad se encuentra generalmente en una situación de desventaja ante los grandes intereses económicos en juego. Es además, una materia sumamente compleja, que necesita de la colaboración de los conocimientos científicos para comprender el carácter técnico que revisten los tipos penales ambientales. Es por eso que dentro del Ministerio Público se ha creado una Unidad Especializada en Delitos contra el Medio Ambiente, que cuenta con Fiscales que poseen una especial formación en la investigación y prosecución de delitos contra el medio ambiente. Esta Unidad del Ministerio Público ha realizado procedimientos muy exitosos en la lucha contra la criminalidad ambiental, consiguiendo condenas ejemplares. Un ejemplo es el operativo Soberanía que fue iniciado en el año 2005, para sancionar a los autores de la masiva deforestación del Chaco Paraguayo, enfocando en ciertas regiones en que el daño a la masa boscosa chaqueña era crítico. Los trabajos fueron coordinados con la Secretaría del Ambiente (SEAM), Aduanas, el Servicio Forestal, y otros organismos públicos, y en forma transfronteriza con el Instituto Brasilero de Medio Ambiente y Recursos Naturales IBAMA.

Para un mejor resultado de los trabajos de lucha contra la contaminación de los cursos de agua, la Unidad Ambiental ha planificado la persecución penal por cuencas hidrográficas. El trabajo envuelve una coordinación con otras instituciones públicas como la Municipalidad de la zona, la Gobernación y la Secretaría del Ambiente (SEAM) quienes intervienen en el ámbito de su competencia aplicando sanciones administrativas y proveyendo los servicios públicos necesarios para eliminar las distintas fuentes de contaminación de los cauces. Asimismo, se trabaja con las comisiones vecinales creando una con-

ciencia colectiva que los comprometa con la protección del ambiente en donde viven.

Un instrumento muy importante con el que cuentan los fiscales paraguayos para facilitar el trabajo de investigación de los delitos ambientales es la "Guía para Fiscales" elaborada en el año 2004 por el Fiscal Ricardo Merlo y la Ing. Quím. Fabiola Adam, en colaboración con la ONG Instituto de Derecho y Economía Ambiental (IDEA) y la Agencia del Gobierno de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID). En esta Guía se encuentran descriptos los diferentes delitos ambientales, con referencias a la legislación penal y administrativa aplicable. Proporciona orientación acerca de cómo realizar el relevamiento de evidencias, con una lista de cotejo de las diligencias necesarias paso por paso.

Éstos y otros logros obtenidos por la Unidad Penal Ambiental le han valido la obtención del premio "Líderes para un planeta viviente" (Leaders for a living planet) otorgado por la World Wildlife Foundation (WWF) a personas e instituciones de diferentes partes del mundo, que hayan hecho una diferencia en la lucha por el medio ambiente. En el año 2006 este premio fue otorgado a tres instituciones del Paraguay, la Unidad Ambiental del Ministerio Público, la Secretaría del Ambiente, la Vicepresidencia de la República, por su notable lucha contra la deforestación del País que bajó la tasa de deforestación en un impresionante ochenta por ciento.

Dentro del Ministerio Público existe también una Dirección de Medio Ambiente, integrada por profesionales de las distintas ramas relacionadas al medio ambiente (biólogos, ingenieros forestales, ingenieros químicos, etc.) Dicha Dirección colabora con los agentes fiscales, tanto de la Unidad Especializada como del resto del país, en la investigación de los delitos ambientales. Proporcionan apoyo con sus conocimientos científicos, determinando la gravedad del daño ocasionado y sugiriendo actuaciones investigativas a los agentes fiscales. Cañiza y Merlo (2007) citan los motivos establecidos en el Anteproyecto de la Ley Orgánica del Ministerio Público para la creación de esta Dirección: *"desempeña las funciones de apoyo a las fiscalías tanto en el aspecto jurídico como en el organizativo en las investigaciones e intervenciones que requieren la participación interinstitucional debido al carácter interdisciplinario de la materia."*

No obstante estos avances, el peso del trabajo soportado por la Unidad Penal es mayor a los recursos con que se cuentan. No existen fiscales ambientales en todas las zonas del país, por lo que en muchos lugares son Fiscales ordinarios los que se encargan de las causas. Además, el número de técnicos de la Dirección Ambiental es insuficiente para abarcar a todo el país, dado el incremento de este tipo de hechos y la complejidad técnica y jurídica que requiere su investigación y prueba. Esperamos que poco a poco se vaya dotando

de mayores recursos a esta Unidad, cuya labor hasta ahora demostró ser sumamente importante para la protección de los recursos naturales del país.

7 Salidas alternativas al proceso penal que permiten la reparación de daños ambientales

Existen dentro de la legislación penal paraguaya ciertos institutos a través de los cuales es posible evitar la realización de un juicio oral y público, y obtener la reparación o indemnización de los daños causados de forma más rápida y sencilla. Son las llamadas salidas alternativas al proceso penal. En el Código Procesal Penal Paraguayo se encuentran previstas tres alternativas que permiten obtener reparación del daño sin llegar a una condena de pena privativa de libertad o multa: son la Conciliación, el Criterio de Oportunidad, y la Suspensión Condicional del Procedimiento a Prueba. Dichas salidas son comúnmente utilizadas en los procesos por delitos ambientales, ya que existen numerosos casos que no revisten la gravedad necesaria para ameritar un juicio oral y público; o casos en que los daños han ocurrido en forma accidental, sin dolo por parte de los responsables. Sin embargo, en estos casos resulta sí fundamental indemnizar los daños causados y recuperar el ambiente que fue alterado. Las salidas alternativas se convierten así en la mejor opción para reestablecer la paz social y proteger al ambiente amenazado.

7.1 Criterio de oportunidad

El artículo 19 del Código Procesal Penal establece que el Ministerio Público podrá prescindir de la persecución penal y otorgar oportunidad al imputado "cuando el procedimiento tenga por objeto un delito, que por su insignificancia o por el grado de reproche reducido del autor o partícipe, no genere el interés público en la persecución". Esta salida resulta especial para los casos ambientales en que el daño no es muy grave, o se tratan de accidentes o descuidos sin mayor reproche por parte de los responsables.

Para poder aplicar el criterio de oportunidad, es necesario que el imputado haya reparado el daño ocasionado, haya firmado un acuerdo con la víctima en ese sentido o demostrado su voluntad de reparación. Como vemos, esta salida proporciona alternativas bastante flexibles, ya que no se exige que el daño haya sido reparado totalmente, sino tan sólo una demostración de voluntad de reparación puede ser suficiente. Según Carolina Yánez (2002:56) *"con esta reparación no se pretenderá que el imputado cargue con todo lo que implique la comisión del ilícito como la indemnización por ejemplo"*. Afirma la autora que la reparación implica que el daño deberá ser resarcido pero razonablemente y de acuerdo a las posibilidades materiales del imputado.

7.2 Conciliación

En caso de delitos ambientales culposos, es posible recurrir a una conciliación entre el imputado y la víctima para finalizar el proceso. Así lo prevé el artículo 25 del Código Procesal Penal Paraguayo, el cual exige que se haya reparado integralmente el daño ocasionado, con acuerdo de la víctima, o del Ministerio Público en caso de que ésta no haya sido identificada para optar por esta salida.

Es muy adecuada la disposición que exige la existencia de un acuerdo con la víctima, ya que así se asegura que la persona que se vio afectada por el hecho, sienta que sus reclamos han sido tomados en cuenta y que el perjuicio que le ha sido causado será correctamente indemnizado. Los fiscales ambientales deberían adoptar este criterio para cada una de las salidas alternativas, a fin de asegurarse que quede reestablecida la paz social que ha sido quebrada.

7.3 Suspensión condicional del procedimiento a prueba

Es un modo de disponer de la acción penal, mediante el cual la investigación fiscal y el trámite judicial se suspenden siempre y cuando el imputado admita el hecho, repare el daño o demuestre voluntad cierta de repararlo. Solamente puede ser aplicado cuando el Ministerio Público, por las circunstancias del hecho, no tenga una expectativa penal superior a dos años de pena privativa de libertad (artículo 21 CPP).

Se exige al imputado que quede sometido a ciertas obligaciones y reglas de conducta, a fin de reparar el daño ocasionado, y prevenir la producción de posteriores daños o la reincidencia en el hecho. Estas exigencias duran un período determinado, luego del cual la acción penal se extingue, quedando el beneficiado sin antecedentes.

El Ministerio Público puede solicitar que sea revocada la suspensión del proceso a prueba en cualquier momento en que compruebe el incumplimiento de las reglas y obligaciones, con lo que se reanuda el proceso penal desde el momento en que fue suspendido. Es importante aclarar, que la firma de este acuerdo no impide que los afectados soliciten la reparación correspondiente por la vía civil.

Hemos mencionado en el análisis a la legislación penal ambiental, que muchas de las conductas sancionadas por las leyes paraguayas no revisten la gravedad necesaria para ameritar penas de la magnitud de las penales. Las tres salidas alternativas explicadas aquí son el instrumento ideal con que cuentan los fiscales ambientales ante estos casos. Por eso es necesario que conozcan las reglas de su aplicación a profundidad, no olvidando el requisito de que el daño haya sido reparado, principio fundamental en la temática ambiental.

8 La evaluación de impacto ambiental en el Paraguay

En el Paraguay, a raíz de las disposiciones constitucionales de los artículos 7[5] y 8,[6] se ha vuelto prioridad nacional contar con un instrumento que permita hacer efectivo el principio precautorio, y establezca las medidas necesarias con que deberá contar todo proyecto para evitar la degradación ambiental y crear un sistema de gestión ambiental eficiente.

El instrumento utilizado para estos fines es la Evaluación de Impacto Ambiental, y ha sido introducido en el Paraguay en el año 1994 a través de adopción de la Ley 294.

Inicialmente, la Dirección de Ordenamiento Ambiental (DOA) dependiente del Ministerio de Agricultura y Ganadería, era la autoridad de aplicación de la Ley. A partir del año 2000, con la creación de la Secretaría del Ambiente (SEAM), pasa a ser ésta la autoridad de aplicación de todas las leyes ambientales, y por tanto, de la Ley 294/94. Desde ese año, los trámites correspondientes son iniciados y llevados a cabo ante la SEAM.

La Ley 294 ha dado una definición amplia de lo que debe entenderse por impacto ambiental, conceptualizando al mismo como "toda modificación del medio ambiente provocada por obras o actividades humanas que tengan, como consecuencia positiva o negativa, directa o indirecta, afectar la vida en general, la biodiversidad, la calidad o una cantidad significativa de los recursos naturales o ambientales y su aprovechamiento, el bienestar, la salud, la seguridad personal, los hábitos y costumbres, el patrimonio cultural o los medios de vida legítimos." (art. 1º).

Asimismo, establece en el segundo artículo la definición de lo que es la Evaluación de Impacto Ambiental: "el estudio científico que permita identificar, prever y estimar impactos ambientales, en toda obra o actividad proyectada o en ejecución.".

En cuanto a los proyectos que requieren Evaluación de Impacto Ambiental, la Ley 294 en el artículo 7º cita una serie obras y actividades, como: "La explotación agrícola, ganadera, forestal y granjera; los complejos y unidades industriales de cualquier tipo; extracción de minerales sólidos, superficiales o de profundidad y sus procesamientos; extracción de combustibles fósiles y sus

[5] Art. 7 CN ... constituyen objetivos prioritarios de interés nacional, la recomposición y el mejoramiento del ambiente, así como su conciliación con el desarrollo humano integral.

[6] Art. 8 CN ... las actividades susceptibles de producir alteración ambiental serán reguladas por la Ley.

procesamientos, etc.". Pero dicha enumeración resulta innecesaria en virtud de lo establecido en el último inciso del artículo, incluyendo a toda otra obra o actividad que por sus dimensiones o intensidad sea susceptible de causar impactos ambientales. Como vimos, la definición de impacto ambiental es tan amplia, que literalmente, cualquier actividad por insignificante que sea, requeriría evaluación de impacto ambiental.

El Decreto 14.281 de la presidencia de la República, es el instrumento jurídico que ha reglamentado la Ley 294, y en el se establece el procedimiento a seguir para la obtención de la Licencia Ambiental. Siguiendo las reglas doctrinarias, la Evaluación de Impacto Ambiental en el Paraguay cuenta con cuatro etapas: a) Iniciación y consulta; b) Estudio de Impacto Ambiental; c) Información, consulta y participación pública; y d) Declaración de Impacto Ambiental. (Santagada: 2007 b.).

El procedimiento comienza con la presentación, por parte del proponente, del Cuestionario Ambiental Básico. El mismo requiere información sobre una serie de datos importantes para que la autoridad ambiental juzgue, en un primer análisis, la magnitud del impacto ambiental a ser ocasionado. Asimismo, se exige que juntamente con el Cuestionario, el proponente presente un Certificado de Localización emitido por la Municipalidad correspondiente al lugar donde se desarrollará el proyecto; y una Declaración de Interés de la Gobernación Departamental a que corresponde el lugar. Dentro de los 30 días de presentado el Cuestionario, la SEAM debe decidir si el proyecto requerirá de: un Estudio de Impacto Ambiental (EIA), un Plan de Control Ambiental (PCA), un Estudio de Disposición de Efluentes Líquidos, residuos sólidos, emisiones gaseosas y/o ruidos (EDE) o, que no se realice ningún estudio y sólo se cumpla con las normas ambientales. El único procedimiento que requiere un estudio científico y técnico del proyecto, es el Estudio de Impacto Ambiental. Si el mismo no es requerido, porque la SEAM considera que el proyecto no reviste la envergadura necesaria, se pasa directamente a la última etapa del procedimiento.

De lo contrario, se inicia la segunda etapa, en la cual el proponente debe realizar, por medio de un Consultor Técnico, un EIA. Una vez concluido el mismo, debe ser presentado ante la SEAM junto con un resumen ejecutivo del estudio, denominado Relatorio de Impacto Ambiental (RIMA), con un lenguaje más sencillo para la mejor comprensión del público en general. La existencia de este estudio debe ser dado a conocer al público por tres días consecutivos en dos diarios de gran circulación, así como en una emisora radial de alcance nacional. Así se inicia la tercera etapa, que tiene por objeto que todas las personas que se sientan afectadas por el proyecto puedan informarse del mismo, y participar presentando observaciones al mismo ante la SEAM. Asimismo, la SEAM puede convocar a la realización de una Audiencia Pública,

para que la comunidad afectada pueda manifestar sus observaciones verbalmente. Pero dichas observaciones carecen de efectos vinculantes en el procedimiento. (Resolución 177/05 de la SEAM).

Dentro de 90 días de finalizada la tercera etapa, la SEAM debe emitir la Declaración de Impacto Ambiental. El silencio de la autoridad administrativa se entiende en sentido positivo, considerando que la EvIA fue aprobada.[7] En esta declaración, la SEAM manifiesta si el proyecto fue aprobado o no, si debe ser completado o rectificado, y el plazo de validez.

Se prevén sanciones administrativas de cancelación de la licencia y suspensión inmediata de la obra o actividad en el caso de ocultación o falseamiento de datos en la EvIA; también para la alteración en la ejecución del proyecto. Dichas conductas son además punibles penalmente, al haberse previsto en el artículo 5to de la Ley 716/96 "Que sanciona los delitos contra el medio ambiente", dos conductas: inc. d) la de emplear datos falsos o adulterar los verdaderos; inc. e) la de eludir las obligaciones legales referentes a medidas de mitigación de impacto ambiental o ejecutar deficientemente las mismas.

Este segundo inciso ha sido objeto de muchas controversias al momento de su aplicación, ya que algunos fiscales consideran que "eludir" las medidas de mitigación, es también no haberse sometido nunca al proceso de EvIA. Otros sin embargo, afirman que sólo aquellos que cuentan con una declaración que establezca las medidas de mitigación específicas que deben ser cumplidas, pueden ser sancionados. Esta segunda interpretación la consideramos irrazonable, ya que implicaría que un tipo penal sería aplicable a las personas que hicieron como mínimo el esfuerzo de someterse al EvIA, y las evaden absolutamente el sistema, serían inimputables por este artículo.

Como hemos visto, la legislación paraguaya ha implementado la EvIA como requisito obligatorio aplicable a todo el territorio nacional, con el objeto de prevenir el deterioro del ambiente. Pero, quizás con el objeto de que ninguna actividad peligrosa escape a sus previsiones, se le ha dado una amplitud innecesaria al espectro de actividades susceptibles de ser sometidas al proceso. Como consecuencia se crea un recargo de trabajo innecesario a la Secretaría del Ambiente, la cual no cuenta aún con los recursos humanos ni financieros necesarios como para evaluar todos los proyectos que podrían ser presentados en el país. Es más, dicha recarga de trabajo puede tener la consecuencia negativa de que los casos verdaderamente importantes no sean atendidos de

[7] Dr. Ezequiel Santagada, *Régimen Jurídico Ambiental de la República del Paraguay*, Pág. 250: "En este caso, entendemos que existe una incongruencia con los principios de prevención y precaución que exigen acciones positivas en defensa del ambiente; sería escandaloso que una EvIA que no contemplara adecuadamente la prevención y la mitigación de alteraciones negativas en el ambiente tuviera aprobación de la SEAM por desidia de sus funcionarios o sobrecarga de trabajo."

debida forma, debido a la escasez de tiempo. Es importante aquí considerar que la SEAM cuenta con un máximo de 90 días para expedirse con respecto a un EIA, el cual, en las condiciones de trabajo mencionadas, resulta muchas veces insuficiente. En tales circunstancias, quedarían aprobados de hecho proyectos que tal vez no merecerían dicha aprobación, con los consecuentes peligros que esto acarrea para el ambiente.

Asimismo, los procesos previstos para la participación de la ciudadanía no garantizan que la misma sea efectiva. Por un lado, los mismos no fueron reglamentados en la primera etapa de presentación del Cuestionario, aunque su posibilidad está prevista en la ley. Por otro, el ciudadano sólo cuenta con 15 días para exponer sus observaciones al proyecto en forma escrita, el cual resulta insuficiente si atendemos a la complejidad que pueden revestir ciertos estudios científicos. Por último, la realización de audiencia pública, no es obligatoria en todos los casos, quedando a criterio de la SEAM decidir si la misma será convocada o no. Y en caso de que sea, no existen criterios obligatorios para evaluar ni para vincular las observaciones realizadas por los ciudadanos al proceso. Por lo cual, estas previsiones de participación pública sólo aparecen de manera formal, mas no cumplen con el objetivo que se han propuesto, dañando el principio participativo que deben cumplir todas las cuestiones ambientales (Principio 10 Declaración Río de Janeiro), y al cual se ha comprometido la República del paraguay.

Otro peligro constante observable en la práctica con la aplicación de esta Ley, es que la SEAM permite que se adopten Planes de Control Ambiental en muchas situaciones en que sería necesario un EIA, debido a que los conceptos y requisitos del PCA no están bien definidos. En estos casos, se está permitiendo obviar requisitos fundamentales previstos para los EIA (publicaciones, audiencia pública, período de impugnaciones) en casos en que su aplicación garantizaría en mayor medida el cuidado del ambiente. (Santagada: 2007 b.).

Éstas y muchas otras objeciones pueden ser hechas a la normativa referente a la EvIA en el Paraguay, pero como punto de partida las bases para su funcionamiento están sentadas.

9 Conclusión

En el Paraguay el derecho a un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado es un derecho fundamental que ha sido reconocido por los tribunales como derecho humano.[8] Los distintos principios ambientales han sido incorporados a la normativa y a los diseños de políticas ambientales nacionales con un reconocimiento bastante amplio.

La Constitución Nacional ha establecido que el daño al ambiente debe ser recompuesto e indemnizado. Las leyes civiles proporcionan las bases necesarias para obtener la indemnización de los daños, previendo incluso la responsabilidad objetiva en ciertos casos. No obstante, éste ámbito es muy poco utilizado aún, y no se han observado casos civiles en que se que reconozca la reparación del ambiente en sí mismo como consecuencia del daño ambiental.

En el área penal, se cuenta con leyes y delitos ambientales específicos y una Unidad de Fiscales Penales dedicados exclusivamente a este tipo de delitos. Se han emprendido persecuciones penales en gestión coordinada con otras autoridades ambientales con excelentes resultados. Cabe mencionar que el hecho de que la legislación penal incluya conductas de una gravedad que no amerita una persecución como la penal, fue una decisión política paliativa de la falta de acción de las autoridades administrativas. Se dejan de lado vías procesales más aptas para la prevención de daños ambientales o la reparación de sus consecuencias, tales como la vía civil y la administrativa, en grave violación a los principios de subsidiariedad y legalidad del derecho penal.

La Evaluación de Impacto Ambiental existe como requisito obligatorio para todo tipo de obras que genere un impacto ambiental. El proceso es llevado a cabo ante la Secretaría del Ambiente, incluyendo las etapas de iniciación y consulta, estudio, información y participación pública y Declaración de Impacto Ambiental. Se han previsto sanciones administrativas e incluso penales para el incumplimiento de las medidas establecidas a través de este proceso. Pero existen ciertos problemas que deben ser resueltos para aumentar la efectividad del trabajo de la SEAM y que se cumplan los fines de la EvIA, por ejemplo: el excesivamente amplio espectro de actividades sometidas a la obligación de someterse al proceso, la falta de medidas que aseguren una participación ciudadana efectiva, la arbitrariedad en la decisión de someter un proyecto a un estudio científico.

El Paraguay cuenta con los instrumentos legislativos y vías procesales básicas para garantizar la protección del ambiente. Es necesaria sí mayor voluntad política para solucionar las deficiencias encontradas y garantizar que se dé al ambiente la prioridad que ya ha merecido en la Carta Magna de la Nación.

Bibliografía

Bustamante Alsina, Jorge (1995) "Derecho Ambiental", Abeledo Perrot, Buenos Aires.

Cañiza, Hugo Enrique; Merlo, Ricardo José. (2005) "Derecho Ambiental. Con especial énfasis en la Legislación Paraguaya.; Editorial Marben; Asunción, Paraguay.

[8] Acuerdo y Sentencia nº 78 del 18-8-03, T. Apel. Niñez y Adolescencia "IDEA c/ BNF: "... (en este caso) se halla en juego la *protección de los intereses difusos, como indudablemente lo constituye la preservación del ambiente natural*, que constitucionalmente corresponde a todos los habitantes del país (art. 7 de la C.N.) y que, dicho sea de paso, *es un derecho humano*".

De la Cuesta Aguado, Paz M. "La protección del agua, aire y suelo en el Código Penal de 1998, comentarios al Código Penal Paraguayo."; Revista Poenalis; España.

De los Santos, Mabel. (2006) "Algunas pautas para la regulación normativa de los procesos colectivos". Revista Internauta de Práctica Jurídica. http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num18/Art.18_PDF/18-2Algunas%20pautas%20para%20la%20regulaci%C3%B3n%20normativa%20dc%20los%20procesos%20colectivos.pdf

Jaquenod de Zsögön, Silvia. (2002) "Tratado de Derecho Ambiental"; Editorial Dykinson; Madrid, España.

Muñoz Conde, Francisco. (2003) "Introducción a la Teoría General del Hecho Punible." Adaptada al Código Penal Paraguayo por José Ignacio González Macchi; Ediciones Jurídicas Catena S.A; Asunción, Paraguay

Santagada, Ezequiel (2007 a.) "Daño Ambiental" Régimen Jurídico Ambiental de la República del Paraguay. Instituto de Derecho y Economía Ambiental IDEA. Asunción, Paraguay

Santagada, Ezequiel (2007 b.) "Evaluación de Impacto Ambiental" Régimen Jurídico Ambiental de la República del Paraguay. Instituto de Derecho y Economía Ambiental IDEA. Asunción, Paraguay

Silvero Salgueiro, Jorge (2009) "La Constitución Nacional de la República del Paraguay del 20 de Junio de 1992" Revista Jurídica. Boletín Mexicano de Derecho Comparado.Nro92.http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/92/art/art10.htm

LA FISCALÍA AMBIENTAL EN PARAGUAY

Ricardo José Merlo Faella
Jorge A. Sosa Garcia
Jorge Levedich*

a) ¿Hay previsión Constitucional del Ministerio Público? ¿Hay una Ley orgánica Nacional?

El rol del Ministerio Publico esta descripto en la Constitución Nacional de la República del Paraguay en la SECCION IV "DEL MINISTERIO PUBLICO", ARTICULO 266 – DE LA COMPOSICION Y DE LAS FUNCIONES: El Ministerio Público representa a la sociedad ante los órganos jurisdiccionales del Estado, gozando de autonomía funcional y administrativa en el cumplimiento de sus deberes y atribuciones. Lo ejercen el Fiscal General del Estado y los agentes fiscales, en la forma determinada por la ley.

Por su parte en el ARTICULO 268 están contemplados LOS DEBERES Y DE LAS ATRIBUCIONES: Son deberes y atribuciones del Ministerio Público:

1) velar por el respeto de los derechos y de las garantías constitucionales;

2) promover acción penal pública para defender el patrimonio público y social, el medio ambiente y otros intereses difusos, así como los derechos de los pueblos indígenas;

3) ejercer acción penal en los casos en que, para iniciarla o proseguirla, no fuese necesaria instancia de parte, sin perjuicio de que el juez o tribunal proceda de oficio, cuando lo determine la ley;

4) recabar información de los funcionarios públicos para el mejor cumplimiento de sus funciones, y 5. los demás deberes y atribuciones que fije la ley.

La Ley 1562 del año 2000 "Orgánica del Ministerio Público" establece que esta institución es un órgano con autonomía funcional y administrativa, que representa a la sociedad ante los órganos jurisdiccionales para velar por el respeto de los derechos y de las garantías constitucionales, promover la acción penal pública en defensa del patrimonio público y social, del medio ambiente

* Ricardo José Merlo Faella – Fiscal de Medio Ambiente. Jorge A. Sosa Garcia – Fiscal Adjunto de Medio Ambiente. Jorge Levedich – Fiscal en Paraguay.

y de otros intereses difusos y de los derechos de los pueblos indígenas, y ejercer la acción penal en los casos en que para iniciarla o proseguirla no fuese necesaria instancia de parte. De este modo y según el artículo 13 referente a la ACCIÓN PENAL establece que corresponde al Ministerio Público el ejercicio de la acción penal pública, sin perjuicio de la participación en el proceso de la víctima, de sus derecho-habientes o de los ciudadanos, en los términos establecidos en la ley. Para ello:

1) investigará los hechos punibles de acción pública;

2) promoverá y ejercerá la acción penal pública ante los órganos judiciales, salvo que para intentarla o proseguirla fuese necesario instancia o requerimiento de parte de acuerdo con las leyes penales;

3) promoverá y ejercerá la acción civil en los casos previstos por la ley;

4) asistirá en los procesos a la víctima;

5) promoverá la cooperación internacional en la lucha contra la delincuencia organizada;

6) promoverá la extradición de los procesados que se hallen en el exterior e intervendrá en las causas en que se pretenda la extradición; y,

7) velará en las causas en que intervenga, por la observancia de la Constitución Nacional y por el efectivo cumplimiento del debido proceso legal.

Teniendo como FUNCIONES AUXILIARES descriptas en el Artículo 14, que para el mejor cumplimiento de sus funciones en materia penal, el Ministerio Público deberá:

1) promover investigaciones en el campo de la política criminal que permitan conocer la evolución del fenómeno criminal;

2) elaborar estadísticas de los hechos punibles y de los procesos penales e integrar un sistema general de información con las otras oficinas o instituciones que producen estadísticas relacionadas con las funciones del Ministerio Publico;

3) solicitar la cooperación de instituciones de investigación, nacionales y extranjeras, vinculadas al estudio de la criminalidad;

4) promover la tecnificación de la investigación y el uso de los instrumentos criminalísticos; y,

5) sugerir a las autoridades administrativas medidas de prevención de los hechos punibles.

Conteniendo entre sus capítulos: Normas Operativas para la Promoción de la Persecución Penal, colaboración para la vigilancia penitenciaria con el Juez de Ejecución. Así como también hace referencia a Función Tutelar De Intereses Colectivos o Difusos, Funciones Ante La Justicia Electoral y de los Órganos Fiscales.

b) ¿El Ministerio Público integral un de los poderes (ejecutivo, legislativo o judicial) o es un organismo autónomo? ¿El Ministerio Público tiene presupuesto propio y toma decisiones propias sobre gastos con personal y bienes suyos o esta subordinado a un de los poderes?

El Capitulo referente al Ministerio Público en la Constitución Nacional esta contemplado dentro del Capitulo III referente al Poder Judicial, sin embargo atento a que es un organismo con autonomía funcional y administrativa se desprende que el mismo es un órgano extra-poder, no dependiente de ninguno de los Poderes del Estado, con presupuesto propio y decisión sobre gastos de personal y bienes suyos según el Artículo 2 de la ley 1562/00, el cual establece:.... El Ministerio Público tendrá una partida específica en el Presupuesto General de la Nación y administrará con autonomía los recursos que le sean asignados, sin perjuicio de los controles que establecen la Constitución Nacional y la ley.

c) ¿Cómo se hace el ingreso en la carrera (prueba, indicación, aprobación por el legislativo, etc...)? ¿Hay que ser renovado o confirmado en la carrera de tiempo en tiempo o es vitalicio el cargo?

El ingreso al cargo de Agente Fiscal se hace a través de un proceso de selección que es llevado a cabo por el Consejo de la Magistratura, a través de un llamado publico, debiendo el postulante superar pruebas sobre conocimientos legales adecuados al perfil del área de trabajo fiscal que se llama a concurso, posteriormente debe tener una entrevista con los miembros del Consejo de la Magistratura y aprobar un test psico-tecnico y vocacional. Culminado este proceso el Consejo de la Magistratura procede a la selección de tres nombres de candidatos que son propuestos para el cargo llamado a concurso a la Corte Suprema de Justicia, la cual elige de entre los propuestos a uno de ellos y lo nombra para ejercer el cargo por un periodo de 5 años.

En cuanto a la duración en el cargo la Constitución Nacional establece en el Artículo 270 – DE LOS AGENTES FISCALES: Los agentes fiscales son designados, en la misma forma que establece esta Constitución para los jueces. Duran en sus funciones y son removidos con iguales procedimientos. Además, tienen las mismas incompatibilidades e inmunidades que las determinadas para los integrantes del Poder Judicial. Por su parte los jueces son designados por periodos de 5 años adquiriendo su inamovilidad tras ser confirmado por dos periodos en el mismo.

d) ¿Cómo se hace la destitución del cargo de fiscal en casos de punición? ¿Hay proceso administrativo? ¿Hay que ser judicial? ¿O se pueda sacar el fiscal de su cargo sin proceso, por decisión política?

Los agentes Fiscales pueden ser destituidos por mal desempeño en funciones por el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados con un procedimiento contenido en la ley 1.084/97 Que regula el procedimiento para el enjuiciamiento y remoción de magistrados

El procedimiento para la recepción e investigación de denuncias en contra de Agentes Fiscales, tiene su base y se encuentra establecido en la Ley 1562/00 "Orgánica del Ministerio Publico", parte del principio establecido en el Artículo 1º de la mencionada ley, la cual otorga al Ministerio Público, autonomía funcional y administrativa, la Ley Orgánica, en su Capitulo III "Organos de Control Interno", Sección III (artículos 69 y 70), creó la figura del Inspector General y estableció sus funciones

El mencionado Articulo 70, establece que el Inspector General tendrá a su cargo: 1) realizar investigaciones administrativas, de oficio o en virtud de alguno denuncia, de cualquier irregularidad en el ejercicio de sus funciones; 3) presentar denuncias la Fiscal General del Estado, cuando tenga elementos de sospecha.....; 4) organizar una oficina para la presentación de reclamos por el mal desempeño de las funciones o denuncias por abuso de poder o corrupción.

Realizada la investigación correspondiente en contra del un Agente Fiscal, y en caso de encontrarse irregularidades en el ejercicio de sus funciones, corresponde elevar la denuncia correspondiente al Fiscal General del Estado para los efectos legales.

Presentada la denuncia al Fiscal General, por parte del Inspector, se procede de la forma prevista en el artículo 18 de la Ley 1084 "Que regula el procedimiento para el enjuiciamiento y remoción de magistrados".

e) ¿Es posible sacar el fiscal de su ciudad o funciones sin procedimiento administrativo? ¿Por decisión de quien? ¿O es necesario un procedimiento punitivo para retirar el fiscal de su ciudad o funciones?

Es posible trasladar de lugar por decisión del Fiscal General del Estado en virtud del principio de autonomía del Ministerio Publico.

f) ¿El fiscal es independiente en sus convicciones (para pedir la condena o no, entender que hay o no delito e/o crime) o hay que obedecer el entendimiento de su superior?

La Ley 1562/00 "ORGÁNICA DEL MINISTERIO PÚBLICO" en el TÍTULO I PRINCIPIOS GENERALES, en su Artículo 2º referente a la AUTONOMÍA establece que: en el cumplimiento de sus funciones ante los órganos jurisdiccionales, el Ministerio Público actuará en el marco de la ley con independencia de criterio.

El Ministerio Público ejercerá sus funciones en coordinación con el Poder Judicial y las demás autoridades de la República, pero sin sujeción a directivas que emanen de órganos ajenos a su estructura.

g) ¿Los fiscales en su país tienen atribuciones criminales y civiles o solamente un de los dos?

El Ministerio Publico de Paraguay tiene intervención procesal tanto en expedientes abiertos en la instancia Civil, Penal, Laboral, electoral y del Tribunal de Cuentas (instancia donde se recurren fallos administrativos), siendo designados los Agentes Fiscales para intervenir en estas áreas especificas, así se cuenta con Agentes Fiscales que atienden con exclusividad causas del fuero penal, y dentro del mismo fuero unidades especializadas en la persecución de ciertos tipos de hechos punibles como narcotráfico, anti-secuestro, contrabando, corrupción, ambiental, económicos, derechos humanos, tutelar del menor y contra la propiedad intelectual.

h) ¿Hay crímenes ambientales específicos o se usan los delitos generales de daño?

En la República del Paraguay, por mandato Constitucional se ha establecido que el delito ecológico debería ser establecido por Ley (Artículo 8º de la Constitución Nacional), en virtud a ello se ha promulgado la Ley 716/96 que sanciona los Delitos contra el Ambiente", posteriormente con la modificación del Código Penal Paraguayo Ley 1160/97, se ha incluido un capitulo denominado "Hechos Punibles contra las Bases Naturales de la Vida Humana".

Además contamos con una Ley de prohibición de cambio de uso de suelo, la Ley 2524 "De Prohibición En La Región Oriental De Las Actividades De Transformación Y Conversión De Superficies Con Cobertura De Bosques", por la que se prohíbe en la Región Oriental, realizar actividades de transformación o conversión de superficies con cobertura de bosques, a superficies destinadas al aprovechamiento agropecuario en cualquiera de sus modalidades; o a superficies destinadas a asentamientos humanos, así mismo queda prohibida la emisión de permisos, licencias, autorizaciones y/o cualquier otra modalidad de documento jurídicamente válido, que ampare la transformación o conversión de superficies con cobertura de bosques nativos, a superficies destinadas al aprovechamiento agropecuario en cualquiera de sus modalidades; o a superficies destinadas a asentamientos humanos, quedando sujetas estas conductas a penas privativas de libertad de tres a ocho años.

i) ¿Cómo se hace la defensa del medio ambiente por el Ministerio Público en su país (casos más comunes) y cuales son las leyes ambientales?

El Ministerio Público de la República del Paraguay ejerce la Acción Penal Publica en representación de la Sociedad ante los Órganos Jurisdiccionales, para ello cuenta con una Unidad Especializada en la Persecución de Delitos y Crímenes contra el Ambiente (UFEDA) con Agentes Fiscales dedicados exclusivamente a la persecución de estos hechos Punibles, la citada unidad especializada cuenta con una Dirección (DEDA) de apoyo para la investigación conformada por 29 profesionales de diferentes áreas (Ingenieros Agrónomos, Forestales, Geólogos, Ecólogos, Biólogos, Físicos, Arquitectos, Químicos, etc.) los cuales elaboran dictámenes técnicos para orientar la investigación, así como también realizan pericias. La unidad esta a cargo del Fiscal Adjunto y en orden jerárquico le sigue el Fiscal Delegado quien actúa como coordinador para la implementación de los programas de acción para la persecución de delitos contra el ambiente y otras actividades referentes a control con los Agentes Fiscales de la Unidad Especializada.

Los programas de trabajo para la detección y persecución de hechos punibles contra el ambiente son realizados con el criterio de Cuenca hidrográfica como base de planificación, además se cuenta con protocolos de investigación que son aplicables tanto a la actividad realizadas por la parte técnica como para los Agentes Fiscales intervinientes. El uso de imágenes satelitales que son trabajadas por especialistas en el Departamento de Geoprocesamiento de la Dirección de Delitos Ambientales en un trabajo de monitoreo de las diferentes zonas del país permiten la detección de desvíos de cursos de agua, desmontes, incendios forestales y hornos de carbón, información que es obtenida a través de paginas de internet. Colaboran en estos trabajos proveyendo tanto imágenes como realizando el geoprocesamiento WWF, Guyra Paraguay e IDEA Instituto de Derecho y Economía Ambiental a través de una red de monitoreo formada por el Ministerio Público con estas organizaciones de la sociedad Civil que han permitido una rápida detección y respuesta.

El Ministerio Público se ha sumando a travez de la aplicación de las tecnologías antes citadas con un aporte importante a las actividades realizadas tanto por la Secretaria del Ambiente como por el Instituto Forestal nacional para reaccionar ante hechos punibles que violentan la ley 2524/04"De Prohibición En La Región Oriental De Las Actividades De Transformación Y Conversión De Superficies Con Cobertura De Bosques", lo cual redundo en una reducción de la deforestación de un 90% aproximadamente pasando de unas 140.000 has. por año a menos de 12.000 has. año, logrando así que el Paraguay pasara de ser el segundo país con la tasa de deforestación mas alta del mundo después de Haiti a ser uno de los primeros en protección de los bosques.

Esta metodología de trabajo desplegada por el Ministerio Público ha hecho merecedor del certificado de "Líderes por un Planeta Vivo" otorgada

por la WWF; distinción con la que –anteriormente – han sido reconocidos otros líderes mundiales como el Ministro del Ambiente de Mozambique, el Ministro de Bosques de Indonesia y los Ministros del Ambiente y de la Industria Pesquera en Australia. Este premio valora la contribución personal y específica a la conservación de la biodiversidad y a la promoción del desarrollo sostenible. En este sentido, tras un consenso internacional, WWF consideró entregar el reconocimiento a la República del Paraguay, representada por el Fiscal General del Estado, Dr. Rubén Candia Amarilla, el Vice Presidente de la República, Ing. Luís Alberto Castiglioni Soria; el Ministro del Ambiente, Ing. Alfredo Molinas Maldonado; el Presidente de la Cámara de Senadores, Prof. Enrique Gonzáles Quintana; el Presidente de la Cámara de Diputados, Ing. Víctor Alcides Bogado Gonzáles.

j) ¿Cuales son los instrumentos de justicia consensual posibles para no tener que llegar al fin de un proceso judicial para solamente entonces conseguir la recuperación y/o indemnización del daño (acuerdos civiles anteriores al proceso, acuerdos en proceso civiles, suspensión condicional del proceso penal, etc.)?

El Código Procesal Penal "Ley 1286/98" prevé las figuras del Juicio Abreviado (art. 310), Suspensión del Procedimiento a Prueba (art. 21 y 308 CPP), Criterio de Oportunidad (art.307) y la Conciliación (art. 311) como salidas alternativas para concluir los procesos penales iniciados.

El art. 351. del Código Procesal Penal establece en cuanto a OTROS ACTOS CONCLUSIVOS. El Ministerio Público podrá solicitar:

1) el sobreseimiento definitivo cuando estime que los elementos de prueba son manifiestamente insuficientes para fundar la acusación;

2) el sobreseimiento provisional cuando estime que existe la probabilidad de incorporar nuevos medios de convicción.

También podrá solicitar la suspensión condicional del procedimiento, la aplicación de criterios de oportunidad, el procedimiento abreviado y que se promueva la conciliación.

Con el requerimiento remitirán al juez las actuaciones, las evidencias y los demás medios de prueba materiales que tengan en su poder y el Ministerio Público pondrá a disposición de las partes el cuaderno de investigación.

El artículo 44 del Código Penal establece las condiciones bajo las cuales podrá aplicarse la figura de la Suspensión a prueba de la ejecución de la condena

1º En caso de condena a pena privativa de libertad de hasta dos años, el tribunal ordenará la suspensión de su ejecución cuando la personalidad, la conducta y las condiciones de vida del autor permitan esperar que éste, sin privación de libertad y por medio de obligaciones, reglas de conducta o suje-

ción a un asesor de prueba, pueda prestar satisfacción por el ilícito ocasionado y no vuelva a realizar otro hecho punible.

2º La suspensión, generalmente, no se concederá cuando el autor haya sido condenado durante los cinco años anteriores al hecho punible, a una o más penas que, en total, sumen un año de prisión o multa o cuando el nuevo hecho punible haya sido realizado durante el período de prueba vinculado con una condena anterior.

3º La suspensión de la condena no podrá ser limitada a una parte de la pena y a este efecto no se computara la pena purgada en prisión preventiva u otra forma de privación de libertad.

4º El tribunal determinará un período de prueba no menor de dos y no mayor de cinco años, que deberá contarse desde la sentencia firme. El período de prueba podrá ser posteriormente reducido al mínimo o, antes de finalizar el período fijado, ampliado hasta el máximo previsto.

Estas mismas son las condiciones para la procedencia de la Suspensión del Procedimiento a Prueba, figura procesal que permite al imputado luego del cumplimiento de las condiciones impuestas acceder al Sobreseimiento, a diferencia del Procedimiento Abreviado en el cual recibe una condena la cual puede ser objeto de suspensión en su ejecución sujeto a reglas de conducta impuestas por el Juez.

La Conciliación según el Artículo 25 del Código Procesal Penal procede en los hechos punibles contra los bienes de las personas o en los hechos punibles culposos, por la reparación integral del daño particular o social causado, realizada antes del juicio, siempre que lo admita la víctima o el Ministerio Público, según el caso; del mismo modo para la procedencia de la Suspensión del Procedimiento a Prueba es necesario el resarcimiento por el daño ocasionado, que en materia ambiental consiste en la recomposición e indemnización por los daños ambientales.

En cuanto al Criterio de Oportunidad este procede cuando existe un escaso reproche, riesgo o lesión al bien jurídico protegido motivo por el cual el Agente Fiscal renuncia a llevar adelante la persecución del hecho punible.

ES importante destacar que los primeros acuerdos ambientales realizados en los primeros años de intervención de los Agentes Fiscales por hechos punibles contra el ambiente, casi no contemplaban la recomposición ambiental, y las reparaciones eran destinadas a cuestiones sociales siendo en algunos casos irrisorio lo exigido como reparación ante el grave daño ocasionado al ambiente, motivo por el cual se ha establecido a través de documentos internos del Ministerio Publico requisitos mínimos para la negociación de acuerdos reparatorios en este tipo de acciones penales.

k) ¿Cuáles son los instrumentos civiles usados por el Ministerio Público para la defensa del medioambiente por el Ministerio Público en su país?

Ley 1562/00 C en el CAPÍTULO IV FUNCIÓN TUTELAR DE INTERESES COLECTIVOS O DIFUSOS, artículo 42 de los INTERESES COLECTIVOS. Establece que:

"El Ministerio Público podrá promover acciones judiciales en la defensa de bienes o intereses colectivos cuando la comunidad afectada no esté en condiciones de ejercer las acciones o recursos judiciales por sí misma".

Como puede desprenderse del texto de la Ley nada impide que el Ministerio Público inicie acciones civiles siempre y cuando la comunidad afectada no este en condiciones de ejercer las acciones o recursos judiciales por si misma.

La acción del Ministerio Público ha tenido un fuerte acento en proceso penal hasta la fecha dado el desarrollo en esta área.

l) ¿Hay crimes o/y delitos ambientales? ¿Cuáles son los más comunes?

Como se ha referido antes existen hechos punibles contra el ambiente que revisten las categorías de crímenes y de delitos ambos perseguibles en la jurisdicción penal, independiente de los procesos administrativos que fueran abiertos por autoridades ambientales tales como la Secretaria del Ambiente, el Instituto Forestal Nacional o el SENAVE Servicio Nacional de Calidad y Sanidad Vegetal.

En este sentido La Ley 716/96 "Que sanciona los Delitos contra el Ambiente" contiene un cantidad significativa de conductas que son sancionadas con pena privativa de libertad cuyo máximo alcanza los 8 años en algunos casos. Así mismo el Código Penal Ley 1160/97 contiene como hemos expresado mas arriba un capitulo referente a Hechos Punibles contra las Bases Naturales de la Vida Humana y por ultimo la Ley 2524/04"De Prohibición En La Región Oriental De Las Actividades De Transformación y Conversión De Superficies Con Cobertura De Bosques" cuya vigencia ha sido prorrogada por 5 años mas.

Ley 716/96 "Que sanciona los Delitos contra el Medio Ambiente"

Artículo 1º. – Esta Ley protege el medio ambiente y la calidad de vida humana contra quienes ordenen, ejecuten o, en razón de sus atribuciones, permitan o autoricen actividades atentatorias contra el equilibrio del ecosistema, la sustentabilidad de los recursos naturales y la calidad de vida humana.-

Artículo 2º. – El que procediere a la fabricación, montaje, importación, comercialización, posesión o el uso de armas nucleares, químicas o biológicas, será sancionado con cinco o diez años de penitenciaría, comiso de la mercadería y multa equivalente al cuádruple de su valor.

Artículo 3º. – El que introdujese al territorio nacional residuos tóxicos o desechos peligrosos o comercializase los que se hallasen en él, o facilitase los medios o el transporte para el efecto, será sancionado con cinco a diez años de penitenciaría.

Artículo 4º. – Serán sancionados con penitenciaría de tres a ocho años y multa de 500 (quinientos) a 2.000 (dos mil) jornales mínimos legales para actividades diversas no especificadas:

a) Los que realicen tala o quema de bosques o formaciones vegetales que perjudiquen gravemente el ecosistema;

b) Los que procedan a la explotación forestal de bosques declarados especiales o protectores;

c) Los que trafiquen o comercialicen ilegalmente rollos de madera o sus derivados; y,

d) Los que realicen obras hidráulicas tales como la canalización, desecación, represamiento o cualquier otra que altere el régimen natural de las fuentes o cursos de agua de los humedales, sin autorización expresa de la autoridad competente y los que atenten contra los mecanismos de control de aguas o los destruyan.

Artículo 5º – Serán sancionados con penitenciaría de uno a cinco años y multa de 500 (quinientos) a 1.500 (mil quinientos) jornales mínimos legales para actividades diversas no especificadas:

a) Los que destruyan las especies de animales silvestres en vías de extinción y los que trafiquen o comercialicen ilegalmente con los mismos, sus partes o productos;

b) Los que practiquen manipulaciones genéticas sin la autorización expresa de la autoridad competente o difundan epidemias, epizootias o plagas;

c) Los que introduzcan al país o comercialicen en él con especies o plagas bajo restricción fitosanitaria o faciliten los medios, transportes o depósitos;

d) Los que empleen datos falsos o adulteren los verdaderos en estudios y evaluaciones de impacto ambiental o en los procesos destinados a la fijación de estándares oficiales; y,

e) Los que eludan las obligaciones legales referentes a medidas de mitigación de impacto ambiental o ejecuten deficientemente las mismas.

Artículo 6º – Los que infrinjan las normas y reglamentos que regulan la caza, la pesca, la recolección o la preservación del hábitat de especies declaradas endémicas o en peligro de extinción serán sancionados con pena de uno a cinco años de penitenciaría, el comiso de los elementos utilizados para el efecto y multa de 500 (quinientos) a 1.000 (mil) jornales mínimos legales para actividades diversas no especificadas. (Articulo modificado por la ley 2717/05).

Artículo 7º – Los responsables de fábricas o industrias que descarguen gases o desechos industriales contaminantes en la atmósfera, por sobre los límites autorizados serán sancionados con dos a cuatro años de penitenciaría, más multa de 500 (quinientos) a 1.000 (mil) jornales mínimos legales para actividades diversas no especificadas.

Artículo 8º – Los responsables de fábricas o industrias que viertan efluentes o desechos industriales no tratados de conformidad a las normas que rigen la materia en lagos o cursos de agua subterráneos o superficiales o en sus riberas, serán sancionados con uno a cinco años de penitenciaría y multa de 500 (quinientos) a 2.000 (dos mil) jornales mínimos legales para actividades diversas no especificadas.

Artículo 9º – Los que realicen obras civiles en áreas excluidas, restringidas o protegidas, serán castigados con seis meses a dos años de penitenciaría y multa de 200 (doscientos) a 800 (ochocientos) jornales mínimos legales para actividades diversas no especificadas.

Artículo 10. – Serán sancionados con penitenciaría de seis a diociocho meses y multa de 100 (cien) a 500 (quinientos) jornales mínimos legales para actividades diversas no especificadas:

a) Los que con ruidos, vibraciones u ondas expansivas, con radiación lumínica, calórica, ionizante o radiológica, con efecto de campos electromagnéticos o de fenómenos de cualquier otra naturaleza violen los límites establecidos en la reglamentación correspondiente;

b) Los que violen las vedas, pausas ecológicas o cuarentenas sanitarias; y,

c) Los que injustificadamente se nieguen a cooperar en impedir o prevenir las violaciones de las regulaciones ambientales, o los atentados, accidentes, fenómenos naturales peligrosos, catástrofes o siniestros.

Artículo 11. – Los que depositen o arrojen en lugares públicos o privados residuos hospitalarios o laboratoriales de incineración obligatoria u omitan la realización de la misma, serán sancionados con seis a doce meses de penitenciaría y multa de 100 (cien) a 500 (quinientos) jornales mínimos legales para actividades diversas no especificadas.

Artículo 12. – Los que depositen o incineren basuras u otros desperdicios de cualquier tipo, en las rutas, camino o calles, cursos de agua o sus adyacencias, serán sancionados con multa de 100 (cien) a 1.000 (mil) jornales mínimos legales para actividades diversas no especificad0,as.

Artículo 13. – Los propietarios de vehículos automotores cuyos escapes de gases o de niveles de ruido excedan los límites autorizados serán sancionados con multa de 100 (cien) a 200 (doscientos) jornales mínimos legales para actividades diversas no especificadas y la prohibición para circular hasta su rehabilitación una vez comprobada su adecuación a los niveles autorizados.

Artículo 14. – Se consideran agravantes:

a) El fin comercial de los hechos;

b) La prolongación, magnitud o irreversibilidad de sus consecuencias;

c) La violación de convenios internacionales ratificados por la República o la afectación del patrimonio de otros países;

d) El que los hechos punibles se efectúen en parques nacionales o en las adyacencias de los cursos de agua; y,

e) El haber sido cometido por funcionarios encargados de la aplicación de esta Ley.

Artículo 15. – Los funcionarios públicos nacionales, departamentales y municipales, y los militares y policías que fueren hallados culpables de los hechos previstos y penados por la presente Ley, sufrirán, además de la pena que les correspondiere por su responsabilidad en los mismos, la destitución del cargo y la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos por diez años.

Algunos breves comentarios que pueden hacerse sobre esta ley es que responde al modelo de redacción de leyes penales en blanco planteando un reenvío a las normas administrativas para su llenado, así mismo que solo sanciona las conductas dolosas.

Podemos observar que en el Artículo 4to. Están contempladas las conductas sancionadas con un marco penal mas elevado llegando a los 8 años y teniendo así la categoría de Crímenes puesto que, si las penas no superan los cinco años son consideradas por el Código Penal como delitos, atento a que este cuerpo legal plantea una clasificación de hechos punibles en crímenes, hechos punibles con penas privativa de libertad que superan los 5 años, y delitos cuando no es superior a 5 años.

Es destacable que la idea que el Sistema Penal debe actuar contra acciones que expongan a un riesgo grave o daños graves esta presente en el artículo 1º y en otros artículos como en el artículo 4º inc. A) el cual requiere de la demostración de un grave daño al ecosistema (hecho punible de resultado); otro hecho punible de importancia es el contenido en el artículo 4º inc c) puesto que sanciona el trafico ilegal de rollos de madera o sus derivados considerando la actividad en si misma del transporte sin cumplir con los requisitos legales como grave atento a que es parte complementaria, necesaria para la explotación forestal ilegal.

Otro ítem de importancia son las conductas sancionadas en el artículo 5º inc) d. y e. referentes a acciones que se realizan en el marco de la obtención de la licencia ambiental como la falsedad, ocultamiento o adulteración de datos y el incumplimiento o cumplimiento deficiente de las medidas de mitigación de impacto ambiental respectivamente. Si bien la falsedad puede ser perseguida por otros tipos penales tradicionales como la falsedad en instrumento publico o declaración jurada falsa es importante destacar que el legislador ha

querido poner acento en la que es realizada en el marco de los procesos de prevención y de los cuales derivan las medidas de mitigación.

La entrada en vigencia de la Ley 1160/97 "Código Penal" conteniendo en el capitulo de Hechos Punibles contra las Bases Naturales de la Vida Humana (artículos del 197 al 202) algunas conductas ya tipificadas en a Ley 716/96 "Que sanciona los Delitos contra el Ambiente" tuvo como consecuencia la derogación de algunos artículos de esta ultima Ley.

Las conductas tipificadas en el Código Penal del año 1997 contemplan a diferencia de las contenidas en la Ley 716/96 "Que sanciona los Delitos contra el Medio Ambiente" las conductas tanto dolosas como culposas.

Seguidamente trascribimos los articulados del Código Penal:

Artículo 197. – Ensuciamiento y alteración de las aguas

1º El que indebidamente ensuciara o, alterando sus cualidades, perjudicara las aguas, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa. Se entenderá como indebida la alteración cuando se produjera mediante el derrame de petróleo o sus derivados, en violación de las disposiciones legales o de las decisiones administrativas de la autoridad competente, destinadas a la protección de las aguas.

2º Cuando el hecho se realizara vinculado con una actividad industrial, comercial o de la administración pública, la pena privativa de libertad podrá ser aumentada hasta diez años.

3º En estos casos será castigada también la tentativa.

4º El que realizara el hecho mediante una conducta culposa, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa.

5º El que conociera de un ensuciamiento o de una alteración de las aguas, que hubiera debido evitar, y omitiera tomar las medidas idóneas para desviar o reparar dicho resultado y dar noticias a las autoridades, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa.

6º Se entenderán como aguas, conforme al inciso 1º, las subterráneas y las superficiales junto con sus riberas y causes.

Comentario: El artículo es aplicable exclusivamente a derrames de petróleo o sus derivados

Artículo 198. – Contaminación del aire

1º El que utilizando instalaciones o aparatos técnicos, indebidamente:

1. contaminara el aire; o

2. emitiera ruidos capaces de dañar la salud de personas fuera de la instalación, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.

2º Se entenderá como indebida la medida de la contaminación o del ruido, cuando;

1. no se hayan cumplido las exigencias de la autoridad competente respecto a las instalaciones o aparatos;

2. se hayan violado las disposiciones legales sobre la preservación del aire; o

3. se hayan excedido los valores de emisión establecidos por la autoridad administrativa competente.

3º Cuando el hecho se realizara vinculado con una actividad industrial, comercial o de la administración pública, la pena privativa de libertad podrá ser aumentada hasta diez años.

4º El que realizara el hecho mediante una conducta culposa será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa.

Comentario: La contaminación del aire puede ser por gases, humos, polvos e incluso por ruidos, siendo destacable que no es necesaria la medición en todos los casos puesto que la simple violación de disposiciones legales referentes a la preservación del aire o el no cumplimiento de las exigencias de la autoridad competente respecto a las instalaciones o aparatos configuran el tipo penal.

Por otro lado al hablar de los ruidos molestos deja en claro que tienen que tener la capacidad de afectar a la salud humana sin exigir la producción de dicho resultado.

Artículo 199. – Maltrato de suelos

1º El que, violando las disposiciones legales o administrativas sobre la admisión o el uso, utilizara abonos, fertilizantes, pesticidas u otras sustancias nocivas para la conservación de los suelos, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.

2º El que realizara el hecho mediante una conducta culposa, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa.

Artículo 200. – Procesamiento ilícito de desechos

1º El que tratara, almacenara, arrojara, evacuara o de otro forma echara desechos:

1. fuera de las instalaciones previstas para ello; o

2. apartándose considerablemente de los tratamientos prescritos o autorizados por disposiciones legales o administrativas,

será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.

2º Se entenderán como desechos en el sentido del inciso anterior las sustancias que sean:

1. venenosas o capaces de causar enfermedades infecto-contagiosas a seres humanos o animales;

2. explosivas, inflamables, o, en grado no bagatelario, radioactivas; o

3. por su género, cualidades o cuantía capaces de contaminar gravemente las aguas, el aire o el suelo.

3º En estos casos, será castigada también la tentativa.

4º El que realizara el hecho mediante una conducta culposa, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa.

5º El hecho no será punible cuando un efecto nocivo sobre las aguas, el aire o los suelos esté evidentemente excluido por la mínima cuantía de los desechos.

Comentario: Este articulo sanciona conductas referentes a disposición inadecuada de substancias tanto liquidas como de residuos urbanos u hospitalarios, en el inciso 5º se puede observar la intención del legislador de excluir la disposición inadecuada o vertido de substancias cuando nos encontramos ante una mínima cuantía.

Artículo 201. – Ingreso de sustancias nocivas en el territorio nacional

1º El que en el territorio nacional:

1. ingresara residuos o desechos peligrosos o basuras tóxicas o radioactivas; o

2. recibiera, depositara, utilizara o distribuyera dichas sustancias,

será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.

2º En estos casos, será castigada también la tentativa.

3º Cuando el autor actuara con la intención de enriquecerse, la pena privativa de libertad podrá ser aumentada hasta diez años.

Artículo 202. – Perjuicio a reservas naturales

1º El que dentro de una reserva natural, un parque nacional u otras zonas de igual protección, mediante:

1. explotación minera;

2. excavaciones o amontonamientos;

3. alteración del hidro-sistema;

4. desecación de humedales;

5. tala de bosques; o

6. incendio,

perjudicara la conservación de partes esenciales de dichos lugares, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa.

Comentario: Este articulado refiere a áreas protegidas o de igual protección como son las áreas de reservas para Parques Nacionales y otras categorías que como bien sabemos son aun cambiantes en cuanto a su denominación en el área administrativa. No podemos dejar de señalar la contradicción con el artículo 14º de la Ley 716/96 que considera agravante algunas conductas como la tala de bosque cuando se realiza en áreas de Parques Nacionales, en cuanto al marco penal que se ve disminuido de manera sensible puesto que el

máximo aplicable es de dos años cuando la tala de bosque se realiza en áreas protegidas.

2º El que realizara el hecho mediante una conducta culposa, será castigado con multa.

A parte de los Artículos antes citados también se asignan a la Unidad Especializada Ambiental la atención de las conductas que pueden ser incursadas en el artículo 209º del Código Penal referentes a la comercialización y uso inadecuados de substancias químicas utilizadas en el marco de establecimientos agrícolas que seguidamente se reproduce.

Artículo 209. – Comercialización y uso no autorizados de sustancias químicas

1º El que en el marco de las actividades de un establecimiento industrial o mercantil, y sin que la entidad encargada de la comprobación de la seguridad lo haya autorizado, pusiera o interviniera en la circulación de sustancias químicas, en especial las destinadas a la limpieza, protección de plantas o combate de pestes y plagas que, utilizadas en la forma indicada o usual el cuerpo humano pueda absorber, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa.

2º Con la misma pena será castigado el que, en un establecimiento agropecuario, industrial o mercantil, utilizara las sustancias señaladas en el inciso anterior sin que éstas hayan sido autorizadas o que, en caso de haber sido autorizadas, lo hiciera incumpliendo las condiciones establecidas para el efecto.

3º El que realizara el hecho mediante una conducta culposa, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa.

La aplicación de este articulo es constantemente reclamada por organizaciones campesinas ante el avance de la frontera agrícola y los casos de uso indiscriminado de lo agroquímicos sin los cuidados pertinentes que ponen en riesgo el ambiente y la salud de las personas.

Entre los hechos punibles mas denunciados ante el Ministerio Publico podemos clasificar en aquellos que se realizan en áreas urbanas y los que se producen en áreas rurales. Entre los que se realizan en áreas urbanas encontramos en los ruidos molestos, seguido de las contaminaciones de aire por humos y las contaminaciones por descargas cloacales e industriales; entre las realizadas en áreas rurales encontramos los desmontes, trafico ilegal de rollos de madera y sus derivados, los hornos de producción de carbón ilegales, las contaminación por uso inadecuado de agroquímicos y los desvíos de cursos hídricos.

Es importante acotar que tanto en el ámbito urbano como rural existen una multiplicidad de acciones mínimas no contempladas como sancionables en el ámbito administrativo cuya sumatoria impacta en forma relevante y negativa sobre el ambiente cuyo ámbito es perseguible en el ámbito administrativo, por lo cual la intervención aislada del sistema penal, si bien siempre es llamativa y muchas veces ejemplificadora no basta si no es realizada con un acompañamiento de las autoridades administrativas quienes deben atacar las múltiples acciones cuya sumatoria impactan gravemente sobre el ambiente.

La metodología de organización por cuencas hídricas se presenta como un modelo que permite sistematizar, evaluar y coordinar interinstitucionalmente las acciones de aplicación de la legislación ambiental. Un ejemplo de ello fueron las intervenciones realizadas a fabricas que contaminaban un curso hídrico denominado Arroyo Ferreira, tras las intervenciones del Ministerio Publico a las empresas que vertían sus desechos con tratamientos deficientes la mejoría en el recurso no alcanzo los índices esperados, atento a que el sistema de recolección de residuos domiciliarios era deficiente y la red cloacal terminaba en 1 curso hídrico, la mejora sustancial se pudo observar a partir que estas dos actividades impactantes fueron atendidas por la autoridad municipal y la autoridad encargada de los desagües cloacales.

Atento a la experiencia antes citada y otras que a lo largo de 10 años de existencia de la Unidad Especializada Ambiental del Ministerio Público de la República del Paraguay se han capitalizado, se puede asegurar que:

Para que el sistema penal tenga incidencia marcada en al temática ambiental debe darse los siguientes requisitos:

El proceso de selección de conductas que deben ser objeto de intervención por el sistema penal debe excluir las conductas mínimas o bagatelarias de modo que el sistema penal actúe en los casos que revisten gravedad en el riesgo o resultado atento al elevado costo en análisis, estudios técnicos y pericias que deben ser erogados para la obtención de pruebas en las investigaciones ambientales, y no se sature con conductas mínimas cuyo ámbito de resolución mas eficiente es el administrativo.

El Ministerio Publico debe se dotado de medios que le permitan tener capacidad de detección de la infracción, capacidad de respuesta (equipos técnicos, movilidad, esquema organizativo), obtener sanciones justas (sistemas de control interno) y poner a conocimiento de la sociedad a través de una buena estrategia comunicacional estos tres puntos anteriores.

Una política de persecución penal ambiental que no este articulada y coordinada interinstucionalmente en el marco de la política ambiental nacional citando al profesor Alberto Binder "gira en el vacio" y por lo tanto los impactos del sistema penal como sistema de control social tal vez no alcance a satisfacer las expectativas que se depositan en, el a la luz del estado de deterioro de los recursos naturales.

DERECHO AMBIENTAL PERUANO

Genaro Uribe Santos

1 ¿Está prevista para la defensa del medio ambiental en la Constitución del Perú como derecho fundamental?[1]

El artículo 2, inciso 22, de la Constitución peruana sanciona que "toda persona tiene derecho a [...] gozar de un ambiente adecuado y equilibrado al desarrollo de su vida", argumento que es ante todo una declaración y a la vez un reconocimiento por el Estado peruano de tan sustancial y fundamental derecho, pero que – a mi entender – sólo está referido a uno de los dos vértices de los derechos fundamentales. En efecto, todo derecho fundamental implica la facultad de *"gozar"* de ese derecho y la exigencia de *"cumplir"* un deber inherente a él. Esta distinción, por ejemplo, queda claramente señalada en la Constitución Cubana, que advierte la obligatoriedad del Estado y de la sociedad de proteger el medio ambiente,[2] o como lo señala la Constitución Argentina, al disponer que "todos tienen el deber de preservar el ambiente sano y equilibrado",[3] o como – finalmente – lo sanciona la Constitución de Portugal,

[1] El texto de esta respuesta ha sido extraído de libro de Genaro Uribe Santos, "Derecho Ambiental", LPG_Editores, Arequipa, 2009.

[2] "*Artículo 27 de la Constitución Cubana.* – Con el objetivo de asegurar el bienestar de los ciudadanos, el Estado y la sociedad protegen el medio ambiente"; Juan Vega Vega, "Derecho Constitucional Revolucionario en Cuba". Ed. Ciencias Sociales. La Habana. 1988.

[3] "*Art. 41 de la Constitución de la Nación Argentina.* – Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental genera prioritariamente la obligación de recomponer, según establezca la ley.
Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.
Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales.
Se prohíbe el ingreso a territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos y de los radiactivos". Sainte Claire Editora, Buenos Aires Capital Federal, 1994.

al prescribir con claridad que "todos tienen el deber de defender el ambiente humano de vida, salubre y ecológicamente equilibrado".[4]

En el caso de la legislación constitucional peruana sólo se habla de la "facultad" de gozar del ambiente adecuado y equilibrado, pero no se señala el "deber" de protegerlo (por el Estado y la misma sociedad).

Carlos Aníbal Rodríguez nos dice que "con relación al ambiente, más que un derecho de goce, lo que tenemos los seres humanos es un conjunto de obligaciones y ese derecho de goce es posterior y no anterior a esos deberes".[5]

Y es que la doctrina constitucional moderna coincide en establecer que no se puede concebir el goce de los derechos fundamentales sin los correspondientes deberes que estos acarrean.

"Gozar", a tenor de su significado lingüístico, se define como "tener gusto, complacencia y alegría de disfrutar de algo. Tener y poseer algo útil y agradable".[6] Del mismo modo, "deber" está referido a "aquello a que está obligado el hombre por los preceptos religiosos o las leyes naturales o positivas".[7] Ambos conceptos, en su cabal entendimiento, son muy utilizados tanto en el derecho nacional *(peruano)* como en el comparado.

Los "derechos" son usos sociales que expresan la tradición en lo que concierne a lo que es justo. La idea de justicia es universal, pero se manifiesta en las situaciones concretas como aquellos "derechos" que son reconocidos por los Estados y que tienen la característica de ser gozados por las personas.

A su vez, los "deberes" son la contrapartida de los "derechos" y de aquella facultad de goce. El deber de obrar rectamente, de no ir contra el sentimiento de lo justo del grupo social, importa una obligación a la que están sometidas todas las personas que pretenden el goce de sus derechos y se manifiestan a través de las mismas imposiciones legales por medio de las cuales se sanciona el reconocimiento de aquellos.

Entonces, se entiende que los "derechos" – y la facultad de su goce – brotan de una obligación, de un deber que es impuesto a los hombres por imperio de las leyes.

En el caso de las normas constitucionales de Cuba, Argentina y Portugal señaladas, se aprecia claramente que el Estado reconoce a sus ciudadanos el "derecho", la "facultad" de gozar de un ambiente sano y equilibrado, pero también les reafirma la exigencia de observar el "deber" de cuidarlo y prote-

[4] "*Artículo 66 de la Constitución de Portugal de 1976.* – Del ambiente y la calidad de vida. – 1. Todos tendrán derecho a un ambiente humano de vida, salubre y ecológicamente equilibrado, y el deber de defenderlo".

[5] Carlos Aníbal Rodríguez, "Ley General del Ambiente de la República Argentina", Editorial LexisNexis, Buenos Aires, 2007.

[6] Real Academia Española, "Diccionario de la Lengua Española", Q. W. Editores S.A.C., Lima, 2005.

[7] Igual al anterior.

gerlo. Sin embargo, de la lectura del texto constitucional peruano, se advierte que este se refiere sólo al reconocimiento de la facultad de gozar del tal derecho, más no la exigencia del deber de su cuidado.

Claro que, si bien la técnica jurídica utilizada por el constitucionalista peruano al momento de sancionar el reconocimiento de este derecho no resulta la más apropiada – pues este debería señalar positivamente la obligación de cuidar el medio ambiente y no librarlo a la interpretación doctrinara – ello no es óbice para que no se exija dicho deber a los ciudadanos y al mismo Estado, a través de otras normas complementarias, como en efecto así han sido sancionadas.[8]

2 ¿Cuáles son los principios del derecho ambiental reconocidos?

La ley General del Ambiente del Perú[9] (LGA) reconoce los principios del Derecho Ambiental a partir del artículo II de su Título Preliminar. Así la norma precisa como tales:

El principio de acceso a la información (art. II de la LGA, bajo la sumilla *derecho de acceso a la información*), por el cual se define que "toda persona tiene el derecho a acceder adecuada y oportunamente a la información pública sobre las políticas, normas, medidas, obras y actividades que pudieran afectar, directa o indirectamente, el ambiente, sin necesidad de invocar justificación o interés que motive tal requerimiento.

Toda persona está obligada a proporcionar adecuada y oportunamente a las autoridades la información que éstas requieran para una efectiva gestión ambiental, conforme a Ley".

El principio de la participación ciudadana (art. III de la LGA, bajo la sumilla, *derecho a la participación en la gestión ambiental),* que precisa que "toda persona tiene el derecho a participar responsablemente en los procesos de toma de decisiones, así como en la definición y aplicación de las políticas y medidas relativas al ambiente y sus componentes, que se adopten en cada uno de los niveles de gobierno. El Estado concerta con la sociedad civil las decisiones y acciones de la gestión ambiental".

[8] Este es el caso del Artículo I, del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente peruana que dice: "Toda persona tiene el derecho irrenunciable a vivir en un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el pleno desarrollo de la vida, y el deber de contribuir a una efectiva gestión ambiental y de proteger el ambiente, así como sus componentes, asegurando particularmente la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y el desarrollo sostenible del país". Ley 28611, "Ley General del Ambiente", peruana.

[9] Ley 28611, "Ley General del Ambiente", peruana.

El principio de acceso a la justicia ambiental (art. IV de la LGA, con la sumilla *derecho de acceso a la justicia ambiental*), que afirma que "toda persona tiene el derecho a una acción rápida, sencilla y efectiva, ante las entidades administrativas y jurisdiccionales, en defensa del ambiente y de sus componentes, velando por la debida protección de la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, así como la conservación del patrimonio cultural vinculado a aquellos.

Se puede interponer acciones legales aun en los casos en que no se afecte el interés económico del accionante. El interés moral legitima la acción aun cuando no se refiera directamente al accionante o a su familia".

El principio de sostenibilidad (art. V de la LGA), que precisa que "la gestión del ambiente y de sus componentes, así como el ejercicio y la protección de los derechos que establece la presente Ley, se sustentan en la integración equilibrada de los aspectos sociales, ambientales y económicos del desarrollo nacional, así como en la satisfacción de las necesidades de las actuales y futuras generaciones".

El principio de prevención (art. VI de la LGA); dispone que "la gestión ambiental tiene como objetivos prioritarios prevenir, vigilar y evitar la degradación ambiental. Cuando no sea posible eliminar las causas que la generan, se adoptan las medidas de mitigación, recuperación, restauración o eventual compensación, que correspondan".

El principio precautorio (art. VII de la LGA); señala que "cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza absoluta no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces y eficientes para impedir la degradación del ambiente".

El principio de internalización de costos (art. VIII de la LGA); manda que "toda persona natural o jurídica, pública o privada, debe asumir el costo de los riesgos o daños que genere sobre el ambiente.

El costo de las acciones de prevención, vigilancia, restauración, rehabilitación, reparación y la eventual compensación, relacionadas con la protección del ambiente y de sus componentes de los impactos negativos de las actividades humanas debe ser asumido por los causantes de dichos impactos".

El principio de responsabilidad ambiental (art. IX de la LGA); señala que "el causante de la degradación del ambiente y de sus componentes, sea una persona natural o jurídica, pública o privada, está obligado a adoptar inexcusablemente las medidas para su restauración, rehabilitación o reparación según corresponda o, cuando lo anterior no fuera posible, a compensar en términos ambientales los daños generados, sin perjuicio de otras responsabilidades administrativas, civiles o penales a que hubiera lugar".

El principio de equidad (art. X de la LGA); menciona que "el diseño y la aplicación de las políticas públicas ambientales deben contribuir a erradicar la pobreza y reducir las inequidades sociales y económicas existentes; y al desarrollo económico sostenible de las poblaciones menos favorecidas. En tal sentido, el Estado podrá adoptar, entre otras, políticas o programas de acción afirmativas, entendidas como el conjunto coherente de medidas de carácter temporal dirigidas a corregir la situación de los miembros del grupo al que están destinadas, en un aspecto o varios de su vida social o económica, a fin de alcanzar la equidad efectiva".

El principio de gobernanza ambiental (art. XI), afirma que "el diseño y aplicación de las políticas públicas ambientales se rigen por el principio de gobernanza ambiental, que conduce a la armonización de las políticas, instituciones, normas, procedimientos, herramientas e información de manera tal que sea posible la participación efectiva e integrada de los actores públicos y privados, en la toma de decisiones, manejo de conflictos y construcción de consensos, sobre la base de responsabilidades claramente definidas, seguridad jurídica y transparencia".

3 ¿Cómo se estructura el sistema de responsabilidad por daños al medio ambiente y por los crímenes ambientales?

La Ley General del Ambiente peruana ha puesto especial énfasis en señalar la inexigibilidad del carácter de antijuricidad del hecho dañoso en materia ambiental. Dice la norma que el daño ambiental "puede ser causado contraviniendo o no disposición jurídica",[10] definición que zanja el vacío en el que había incurrido sobre esta definición el antiguo Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales[11] y deja en claro de manera definitiva la distancia que existe entre el daño desde la óptica clásica del derecho y el entendimiento de una nueva forma de daño asociado al medio ambiente.

Sin embargo, frente a tal realidad legislativa en el Perú, no se aparejan las normas complementarias que hagan efectiva la valoración del daño ambiental causado por un agente.

No debe perderse de vista que, si bien es cierto, en la actualidad existe en diversas legislaciones abundante normatividad direccionada a la protección del ambiente, cuando estas se refieren al daño ambiental y a la forma de su reparación, se aprecian más bien endebles o inexistentes argumentos legales que persigan esa finalidad, debido en especial a la carencia de una delimitación

[10] "142.2 de la Ley 28611.– Se denomina daño ambiental a todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, que puede ser causado contraviniendo o no disposición jurídica y que genera efectos negativos actuales o potenciales".

[11] Decreto Legislativo 613, "Código del Medio Ambiente y los Recurso Naturales", derogado.

exacta de las normas jurídicas que lo regulen, debiendo recurrir para su protección y reparación –por defecto– a instituciones y mecanismos que han sido desarrollados en el derecho en general.

Ese es también el caso peruano.

Si bien la Ley General del Ambiente de Perú define el concepto de daño ambiental, no hay en la legislación normas específicas que contribuyan a la realización de su valoración, debiendo por ello recurrir a las normas clásicas del derecho común, que no se encuentre preparado para el tratamiento de esta nueva figura legal.

Y es que, como bien lo dice Pigretti, la responsabilidad civil (*de donde se deriva la clásica figura del daño*) no fue pensada para atender las relaciones del hombre con la naturaleza; "los esquemas legales vigentes han tratado de regular la relación hombre–hombre, de acuerdo a la tradición romantística, que fuera retomada por el pensamiento liberal".[12] Pero el daño ambiental responde más bien a una diferente forma de relación, la de hombre–medio ambiente, y escapa por completo a las clásicas formas de entenderse el daño por el derecho en general.

Así, se puede apreciar que en el Perú el sistema de responsabilidad por daño ambiental se estructura sobre la base de los conceptos comunes del daño civil en general, no teniendo ninguna forma de tratamiento especial, situación que es la misma que se repite en los procesos penales por crímenes ambientales en cuanto a la determinación de la reparación civil como pena accesoria a la comisión de un delito ambiental.

4 ¿Hay crímenes ambientales específicos o se usan los delitos generales de daño?

En efecto, en el Perú hay, desde hace mucho años, crímenes ambientales específicos, contemplados en el Código Penal (Decreto Legislativo 295/1984), los cuales, sin embargo, fueron siempre criticados por contener penas "bagatelas", que en realidad no eran ni mínimamente efectivas.

Por esta razón es que el Poder Ejecutivo oficializó el 5 de octubre del año 2008 el endurecimiento de sanciones y las penas para combatir los delitos de contaminación que afectan al medio ambiente.

La ley 29263/2008, modificó el Código Penal y la Ley General del Ambiente, del tal forma que estos ilícitos penales, llamados ahora "delitos ambientales" (denominación que sustituye la anterior inexacta de "delitos ecoló-

[12] Eduardo A. Pigretti, "Indemnización por daño ambiental", AA.VV., Humanismo Ambiental, III Jornadas de Reflexión, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, vol XXVI, Córdoba, 2001.

gicos"), serán sancionados con pena privativa de libertad entre dos y diez años.

Anteriormente las penas iban de uno a dos años, de tal manera que las sanciones por la comisión de estos delitos jamás fueron efectivas. A tenor de lo dicho por el Dr. Antonio Brack, Ministro del Ambiente de Perú, "con la anterior norma nadie fue a la cárcel, todos se reían de la ley. Ahora las penas son de 4 a 6 años de cárcel efectiva y esto es importante".[13y14]

El antiguo Título XIII del Código Penal instituía diversas formas de comisión de los delitos en contra del medio ambiente, de tal manera que la criminalización de esta forma delictuosa estaba contemplada de manera específica. Pero la nueva Ley no sólo ha ampliado las penas, sino también la tipicidad de la conducta ilícita penal.

Así, por ejemplo, el artículo 304 del Código Penal modificado, que es el que contiene la descripción típica de la contaminación ambiental, dice:

"Contaminación del ambiente. – El que, infringiendo leyes, reglamentos o límites máximos permisibles, provoque o realice descargas, emisiones, emisiones de gases tóxicos, emisiones de ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño grave al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental, según la calificación reglamentaria de la autoridad ambiental, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de seis años y con cien a seiscientos días-multa.

Si el agente actuó por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de tres años o prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas".

La ley 29263/2008 tipifica además el tráfico ilegal de residuos peligrosos, el tráfico ilegal de especies de flora y fauna silvestre protegida, tráfico ilegal de especies acuáticas de la flora y fauna silvestre protegidas, la extracción ilegal de especies acuáticas, la depredación de flora y fauna silvestre protegida, el tráfico ilegal de recursos genéticos, el atentado contra los bosques o formaciones boscosas, el tráfico ilegal de productos forestales maderables, la obstrucción de procedimiento investigativos en materia ambiental, la utilización indebida de tierras agrícolas, la autorización de actividad contraria a los

[13] Declaración de Antonio Brack, Ministro del Ambiente de Perú a la emisora radial "CPN Radio", Lima – Perú, 5 de octubre de 2008.

[14] Debe recordarse que en el Perú el Juez tiene la facultad de suspender las penas de prisión efectiva menores de 4 años, según la observación de las atribuciones que en este sentido le franquea el Código Penal y el Código Procesal Penal peruanos; por esta razón es que, contemplando las anteriores sanciones ambientales privación de libertad no mayores de 2 años, siempre los jueces terminaban suspendiendo las penas efectivas y cambiándolas por normas de conducta que no tenían ningún efecto.

planes o usos previstos por la ley por parte de funcionarios públicos, la alteración del ambiente o paisaje, la responsabilidad de funcionario público por otorgamiento ilegal de derechos en materia ambiental, la responsabilidad de los representantes legales de las personas jurídicas por la comisión de los delitos ambientales y la responsabilidad por información falsa contenida en informes ambientales.

5 ¿Cómo se hace la defensa del medio ambiente por el Ministerio Público en el Perú (casos más comunes) y cuales son las leyes ambientales más importantes?

En el Perú, en el año 2006, se ampliaron las competencias de las Fiscalías Provinciales de Prevención del delito de los Distritos Judiciales de Loreto, Madre de Dios, Ucayali y de la Cuarta Fiscalía Provincial de Prevención del Delito del Distrito Judicial de Lima, para que conozcan de los delitos contra los Recursos Naturales, el Medios Ambiente y contra la Tala Ilegal, dentro del ámbito de competencia de su respectivo Distrito Judicial.[15] Este fue el primer paso serio dado por el organismo rector del Ministerio Público peruano con la finalidad de articular de manera organizada la persecución de los ilícitos penales que atentan en contra del medio ambiente y sus componentes.

Luego, en el año 2008, se crearon las Fiscalías Especializadas en materia Ambiental, con competencia para prevenir e investigar los delitos previstos en el Título XIII del Código Penal (actualmente llamados "delitos ambientales"),[16] creándose también una Coordinación de las Fiscalías Especializadas en Materia Ambiental con el objetivo de priorizar y promover aquellas necesidades claves para lograr un mejor servicio bajo el principio de prevención.[17]

Ahora bien, no existe en la legislación peruana un procedimiento especial en materia penal ambiental; se siguen los mismos procedimientos que para el caso de delitos comunes tiene sancionado el Código Penal y el Código Procesal Penal, de tal manera que se puede promover una acción penal ambiental de oficio o a pedido de parte, la que se presentará en, este último caso, ante la el Fiscal Especializado Ambiental o ante el Fiscal Superior. De darse el caso, si el Fiscal Superior estimase procedente la solicitud instruirá al Fiscal Especializado Ambiental para que formalice la denuncia ante el Juez Instructor competente. Si el Fiscal Especializado Ambiental – ante el que ha sido presentada – no la estimase procedente, denegará la solicitud y hará saber por escrito al denunciante de su resolución, quien podrá recurrir en queja ante el Fiscal inmediato superior, dentro del plazo de tres días de notificada la resolu-

[15] Resolución de la Fiscalía de la Nación nº 401-2006-MP-FN.

[16] Resolución de la Fiscalía de la Nación nº 038-2008-MP-FN.

[17] Resolución de la Fiscalía de la Nación nº 426-2008-MP-FN.

ción denegatoria. Consentida la resolución del Fiscal Especializado Ambiental o, en su caso, con la decisión del Superior, termina el procedimiento.

El Fiscal Especializado Ambiental interviene de manera directa y excluyente en la fase de la investigación pre jurisdiccional y en la defensa del Estado en el proceso judicial ambiental que llegara a promoverse; en segunda instancia interviene un Fiscal Superior ordinario.

En el Perú no existen jueces especializados ambientales.

Debe subrayarse que las Fiscalías Especializadas Ambientales tienen en el Perú apenas un año y algunos meses de creación; si bien ya están ejerciendo funciones, sin embargo están en pleno proceso de implementación y adecuación. La falta de recursos económicos, sumada a la carencia de una policía especializada y técnicamente preparada – con los elementos tecnológicos adecuados y el personal idóneo – dificultan la labor fiscal y el acceso a la justicia ambiental.

Por otro lado, en materia de legislación ambiental el Perú dispone de una profusa normatividad, con la particularidad que algunas de esas normas son a veces confusas, repetitivas y contradictorias. Definir cuál de ellas es más o menos importante, deviene según mi concepto en una apreciación subjetiva de quien haga esa valoración. En todo caso, en la siguiente dirección de Internet se podrá encontrar una relación actual de las normas legales ambientales vigentes en el Perú: http://genaro-uribe-santos.blogspot.com/2009/07/relacion-de-legislacion-ambiental.html

6 ¿Cuáles son los instrumentos de justicia consensual posibles para no tener que llegar al fin de un proceso judicial para solamente entonces conseguir la recuperación y/o indemnización del daño (acuerdos civiles anteriores al proceso, acuerdos en proceso civiles, suspensión condicional del proceso penal, etc.)?

En Brasil existe la figura del *"compromiso de cumplimiento normativo"* (llamado "compromiso de ajustamiento" por Silvia Capelli), que es la adecuación de la conducta del actor del ilícito en contra del medio ambiente a las exigencias legales ambientales; es una solución extrajudicial del conflicto que sustituye la acción que se hubiera promovido de no haberse llegado a tal compromiso y que contempla la totalidad de la recomposición de daño ocasionado, utilizando para ello el sistema de obligaciones de hacer, de no hacer y la condena en dinero.[18]

[18] El concepto "compromiso de cumplimiento normativo" fue extraídos del texto "Experiencia del sistema de Fiscalías Ambiéntales en Brasil", de Silvia Cappelli, producido para el Taller Nacional de Capacitación para Jueces y Fiscales en Materia Ambiental, organizado por SPDA y PNUMA. Lima, 30 y 31 de enero de 2006.

La legislación peruana no tiene prescrita una figura legal tan específica como el *"compromiso de cumplimiento normativo"* brasileña, a pesar de contar con los instrumentos de la "conciliación extrajudicial" y el "principio de oportunidad", pero que considero no son útiles para los mismos fines, por cuanto el ámbito de su aplicación difiere de lo que dispone el ordenamiento brasileño. Así, por medio de la conciliación extrajudicial – que es obligatoria en el ámbito civil – no se puede conciliar en materia ambiental, pues los derechos involucrados no son disponibles por las partes, que es el requisito indispensable que, para estos efectos, norma la ley peruana. Y el "principio de oportunidad" – que es igualmente obligatorio en materia penal, pero de manera relativa – tampoco es aplicable, toda vez que el acuerdo reparatorio – y la abstención al ejercicio de la acción penal – procede para una taxatividad de infracciones penales entre las cuales no se encuentra los llamados "delitos ambientales", por no cumplir los requisitos de procedencia que establece el Código Procesal Penal.

> *Ley de Conciliación Extrajudicial. – Artículo 5. – Definición.* – La Conciliación Extrajudicial es una institución que se constituye como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, por el cual las partes acuden ante un Centro de Conciliación o al Juzgado de Paz Letrado a fin que se les asista en la búsqueda de una solución consensual al conflicto.
>
> *Ley de Conciliación Extrajudicial. – Artículo 9.– Materias conciliables.* – Son materia de conciliación las pretensiones determinadas o determinables que versen sobre derechos disponibles de las partes [...]. No se someten a conciliación las controversias sobre hechos que se refieran a la comisión de delitos o faltas [...].
>
> *Código Procesal Penal. – Artículo 2: Principio de oportunidad.*
>
> El Ministerio Público, de oficio o a pedido del imputado y con su consentimiento, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en cualquiera de los siguientes casos [...]:
>
> 6. Independientemente de los casos establecidos en el numeral 1) procederá un acuerdo reparatorio en los delitos previstos y sancionados en los artículos 122, 185, 187, 189-A Primer Párrafo, 190, 191, 192, 193, 196, 197, 198, 205, 215 del Código Penal (no figuran los delitos ambientales), y en los delitos culposos. No rige esta regla cuando haya pluralidad importante de víctimas o concurso con otro delito; salvo que, en este último caso, sea de menor gravedad o que afecte bienes jurídicos disponibles.

7 La evaluación de impacto ambiental está prevista en la legislación del Perú? ¿En que normas legales?

La Evaluación del Impacto Ambiental sí esta prevista en el Perú desde el 8 de Septiembre de 1990, con la publicación del derogado "Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales". Esta ley en su artículo 8, disponía de tal obligación, pero fue inicialmente derogado por el Decreto Legislativo 757/1991, "Ley Marco para el Crecimiento de las Inversiones Privadas", que a su vez reguló en su artículo 51 lo referente a esta materia. Dicho artículo, a su vez, fue modificado por la Ley 26786, "Ley de Evaluación de Impacto Ambiental para Obras y Actividades", siendo el texto vigente siguiente:

> "La Autoridad Sectorial Competente comunicará al Consejo Nacional del Ambiente – CONAM (ahora el Ministerio del Ambiente), sobre las actividades a desarrollarse en su sector, que por su riesgo ambiental, pudieran exceder los límites o estándares tolerables de contaminación o deterioro del ambiente, las que obligatoriamente deberán presentar estudios de impacto ambiental previos a su ejecución y, sobre los límites máximos permisibles del impacto ambiental acumulado.
>
> Asimismo propondrá al CONAM:
>
> a) Los requisitos para la elaboración de los Estudios de Impacto Ambiental y Programas de Adecuación del Manejo Ambiental;
>
> b) El trámite para la aprobación de dichos estudios, así como la supervisión correspondiente; y,
>
> c) Las demás normas referentes al Impacto Ambiental.
>
> Con opinión favorable del CONAM (ahora el Ministerio del Ambiente), las actividades y límites máximos permisibles del impacto ambiental acumulado, así como las propuestas mencionadas en el párrafo precedente serán aprobados por el Consejo de Ministros mediante Decreto Supremo.
>
> Los Estudios de Impacto ambiental y Programas de Adecuación al Manejo Ambiental serán realizados por empresas o instituciones que se encuentren debidamente calificadas e inscritas en el registro que para el efecto abrirá la Autoridad Sectorial Competente".

A su vez, fue creado el "Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental (SNEIA)", a través de la Ley 27446/2001 y constituye un sistema único y coordinado de identificación, prevención, supervisión, control y corrección anticipada de los impactos ambientales negativos derivados de las acciones humanas expresadas por medio de los proyectos de inversión, sean públicos o privados y que procura establecer mecanismos que aseguren la participación ciudadana.

La "Ley General del Ambiente (LGA)", Nº 28611/2005, establece que toda actividad humana que implique construcciones, obras, servicios y otras actividades, así como las políticas, planes y programas públicos susceptibles de causar impactos ambientales de carácter significativo está sujeta, de acuerdo a ley, al SNEIA, el cual era administrado por el desaparecido CONAM.[19] La Ley y su reglamento desarrollan los componentes del SNEIA.

Los proyectos o actividades que no están comprendidos en el SNEIA, deben desarrollarse de conformidad con las normas de protección ambiental específicas de la materia (artículo 24 de la ley del SNEIA). Sin embargo, los efectos la Ley SNEIA son restringidos por el condicionamiento de la propia norma a la aprobación de su reglamento,[20] el que a pesar del tiempo transcurrido no ha sido aún sancionado, quedando tal regulación en el marco de la profusa e incoherente normativa sectorial vigente sobre la materia. Efectivamente, el actual SNEIA se encuentra fragmentado y debilitado, los sectores han mantenido los reglamentos que no guardan coherencia con esta ley, que exigen instrumentos de gestión ambiental diferentes a los establecidos por la Ley del SNEIA,[21] que no regulan siquiera los lineamientos generales para determinadas actividades (p.e. la agroindustrial). Asimismo, se omite en la mayoría de casos la participación ciudadana como elemento obligatorio de todo proceso de evaluación de impacto ambiental.

[19] Actualmente dichas funciones las ejecuta el Ministerio del Ambiente, creado por D.Leg. 1013/2008.

[20] Artículo tercero de la Ley 27746/2001.

[21] La Única Disposición Transitoria de la ley 27446/2001 establece que en tanto se expida su reglamento se aplicarán las normas sectoriales correspondientes, en lo que no se oponga a dicha ley. El Reglamento no ha sido expedido aún.

EL MINISTERIO PÚBLICO FRENTE AL MARCO NORMATIVO AMBIENTAL EN EL PERU

Raul Mauricio De Los Rios Caceres*

Una breve reseña del origen del Ministerio Publico nos lleva a la Constitución española de 1978 y al Anteproyecto de la Constitución de 1931 que inspiraron a los Constituyentes de 1978 que en forma directa se menciono la existencia y nacimiento del Fiscal de la Nación, como la máxima autoridad del Ministerio Público, naciendo como un órgano autónomo e independiente de! Poder Judicial y de los otros poderes, asignándole además tareas de "vigilancia, control y defensa de la sociedad, de los derechos ciudadanos"; y funciones entre otras como la facultad de promover la acción penal, vale decir, peticionar, denunciar,poner en acción la actividad judicial, bajo principios de legalidad y debido proceso, de los derechos del ciudadano de los intereses públicos y sobre todo a un ambiente saludable lo que implica velar por el buen uso de los recursos naturales en forma sostenible.

Todas estas funciones y características encomendadas al Ministerio Público se encuentran contenidas en el art. 2º de la Constitución de 1979, y que fueran repetidos en la Constitución de 1993 en sus artículos 158 al artículo 160 cuya definición se encuentra reproducida en el artículo primero de la Ley Orgánica Decreto Legislativo 052 expresando su independencia frente a los Poderes del Estado por lo tanto su autonomía le otorga independencia para el ejercicio de sus funciones, sin influencias con el poder político.

Debido a la autonomía del Ministerio Público, que le entrega la Constitución Política del Estado, los Fiscales actúan en forma independiente en el ejercicio de sus funciones y atribuciones, con responsabilidad, por lo tanto deben actuar de acuerdo a su sano criterio, debidamente fundamentado y bajo un marco jurídico de legalidad, es decir sin colisionar con las normas legales; para esto la Fiscal de la Nación y sus diferentes representantes (Fiscales) tiene la potestad de solicitar informes y documentos incluidos los temas relacionados a la materia ambiental y de los recurso naturales, a los organismos públicos autónomos, personas jurídicas de derecho público interno.

* Fiscal Supremo Adjunto no Peru, Coordenador Nacional das FEPMAS, ABRAMPA.

De acuerdo al artículo 9º de su propia Ley Orgánica Decreto Legislativo 052 el Ministerio Público vigila e interviene en la investigación del delito desde la etapa policial, con el apoyo de las Fuerzas Policiales que deben realizar la investigación, bajo la dirección del representante del Ministerio Publico, es decir interviene en ella orientándo-la en cuanto a las pruebas que sea necesario actuar para que se cumplan las disposiciones legales pertinentes para el ejercicio oportuno de la acción penal. En las acciones policiales preventivas del delito, le corresponde igual función y con mayor interés conforme también lo señala el artículo primero del Código Penal al ser eminentemente preventivo.

Cuando el Fiscal Provincial sea informado de la detención policial de la persona imputada de la comisión de delito, se pondrá en comunicación, por sí o por medio de su Adjunto o de su Auxiliar debidamente autorizado, con el detenido, para asegurar el derecho de defensa de éste y los demás, según lo reconocen la Constitución y las leyes, conforme lo dispone el articulo 10 de la Ley orgánica antes citada.

También es necesario informar que conforme lo prescribe el art. 14 de la Ley, sobre el Ministerio Público, esta le da la función de la carga de la prueba en las acciones civiles, penales y tutelares entre ellas las relativas a la materia ambiental y los recursos naturales que ejercite

Otra de las características que fueron definidas en su norma organizativa es su esquema vertical es decir ascendente y descendente, relacionado entre sí. Este esquema otorga un control dentro de su estructura jerárquica en donde se puede apreciar que el Fiscal de la Nación es la máxima autoridad del Ministerio Público y los demás órganos ejercen a su vez un control en sus respectivos niveles jerárquicos, respetando la autonomía y responsabilidad de la actuación de cada Fiscal.

Con respecto a la relación entre la organización del Ministerio Público y el Poder Judicial se puede señalar que está vinculada estrechamente con la del Poder Judicial. En ese sentido se señala que las jerarquías de los órganos del Ministerio Publico le corresponden a las jerarquías judiciales, ante las que desempeñan sus funciones. Los Fiscales Provinciales, Fiscales Superiores y Fiscales Supremos están en relación con los niveles de Jueces de Primera Instancia, Vocales de Cortes Superiores y Vocales de Corte Suprema. En todos los niveles los fiscales y jueces se distinguen, según la especialidad entre civiles y penales, debiendo señalar que esto no sucede en la materia ambiental, por lo que seguramente el Poder Judicial en un futuro deberá crear los Juzgados y Salas especializados debiendo señalar que sólo en la Corte Suprema existe un Fiscal Supremo dedicado, exclusivamente, a los asuntos Contencioso-Administrativos. En las otras instancias los conocen los fiscales en lo civil; en ese sentido la especialidad es más marcada entre los miembros del Ministe-

rio Publico, en el aspecto administrativo cabe mencionar que el Ministerio del ambiente a creado el Tribunal ambiental colegiado, dentro del proceso administrativo, pero sin interferencia del Ministerio Publico y de Procuradores que en algún momento deberá iniciar sus actividades.

Una de las acciones importantes que cabe resaltar con la entrada en vigencia del Código Procesal Penal, relacionada a la materia ambiental es la de Interdicción de la persecución penal múltiple, en la cual señala como principio de que nadie podrá ser procesado, ni sancionado mas de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las sanciones penales y administrativas. (Ambiental y los recurso naturales)El derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo.

La excepción a esta norma es la revisión por la Corte Suprema de la sentencia condenatoria expedida en alguno de los casos en que la acción está indicada taxativamente como procedente en este Código.

Como mencione párrafos anteriores, la carga de la prueba le corresponde al Ministerio Público y su acción la ejercerá de oficio, a instancia del agraviado por el delito o por cualquier persona, natural o jurídica, mediante acción popular y con respecto a la prueba esta tiene una serie de características como son:

a) Actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado. Con esta finalidad conduce y controla jurídicamente los actos de investigación que realiza la Policía Nacional.

b) Los actos de investigación que practica el Ministerio Público o la Policía Nacional no tienen carácter jurisdiccional. Cuando fuera indispensable una decisión de esta naturaleza la requerirá del órgano jurisdiccional, motivando debidamente su petición

c) Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.

d) La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio.

Con respecto a las funciones de la investigación de la Policía, podemos señalar las siguientes:

1. La Policía Nacional en su función de investigación debe, inclusive por propia iniciativa, tomar conocimiento de los delitos y dar cuenta inmediata al Fiscal, sin perjuicio de realizar las diligencias de urgencia e imprescindibles para impedir sus consecuencias, individualizar a sus autores y partícipes, reunir y asegurar los elementos de prueba que puedan servir para la aplicación de la Ley penal. Similar función desarrollará tratándose de delitos dependientes de instancia privada o sujeta a ejercicio privado de la acción penal.
2. Los Policías que realicen funciones de investigación están obligados a apoyar al Ministerio Público para llevar a cabo la Investigación Preparatoria.
3. La Policía Nacional en función de investigación, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior y en las normas sobre investigación, bajo la conducción del Fiscal, podrá realizar lo siguiente:

a) Recibir las denuncias escritas o sentar el acta de las verbales, así como tomar declaraciones a los denunciantes.

b) Vigilar y proteger el lugar de los hechos a fin de que no sean borrados los vestigios y huellas del delito.

c) Practicar el registro de las personas, así como prestar el auxilio que requieran las víctimas del delito.

d) Recoger y conservar los objetos e instrumentos relacionados con el delito, así como todo elemento material que pueda servir a la investigación.

e) Practicar las diligencias orientadas a la identificación física de los autores y partícipes del delito.

f) Recibir las declaraciones de quienes hayan presenciado la comisión de los hechos.

g) Levantar planos, tomar fotografías, realizar grabaciones en video y demás operaciones técnicas o científicas.

h) Capturar a los presuntos autores y partícipes en caso de flagrancia, informándoles de inmediato sobre sus derechos.

i) Asegurar los documentos privados que puedan servir a la investigación. En este caso, de ser posible en función a su cantidad, los pondrá rápidamente a disposición del Fiscal para los fines consiguientes quien los remitirá para su examen al Juez de la Investigación Preparatoria. De no ser posible, dará cuenta de dicha documentación describiéndola concisamente. El Juez de la Investigación Preparatoria, decidirá inmediatamente o, si lo considera conveniente, antes de hacerlo, se constituirá al lugar donde se encuentran los documentos inmovilizados para apreciarlos directamente. Si el Juez estima legítima la inmovilización, la aprobará judicialmente y dispondrá su conversión en incautación, poniéndolas a disposición del Ministerio Público. De igual manera se procederá respecto de los libros, comprobantes y documentos contables administrativos.

j) Allanar locales de uso público o abierto al público.

k) Efectuar, bajo inventario, los secuestros e incautaciones necesarios en los casos de delitos flagrantes o de peligro inminente de su perpetración.

l) Recibir la manifestación de los presuntos autores o partícipes de delitos, con presencia obligatoria de su Abogado Defensor. Si éste no se hallare presente, el interrogatorio se limitará a constatar la identidad de aquellos.

m) Reunir cuanta información adicional de urgencia permita la criminalística para ponerla a disposición del Fiscal, y

n) Las demás diligencias y procedimientos de investigación necesarios para el mejor esclarecimiento de los hechos investigados

De todas las diligencias especificadas, la Policía ambiental (Proceso de reestructuración) sentará actas detalladas las que entregará al Fiscal. Respetará las formalidades previstas para la investigación. El Fiscal durante la Investigación Preparatoria puede disponer lo conveniente en relación al ejercicio de las atribuciones reconocidas a la Policía.

Con respecto al imputado y su defensor podrán tomar conocimiento de las diligencias practicadas por la Policía y tendrán acceso a las investigaciones realizadas. Rige, en lo pertinente, lo dispuesto en el artículo 324 del Código Procesal Penal. El Fiscal decretará, de ser el caso, el secreto de las investigaciones por un plazo prudencial que necesariamente cesará antes de la culminación de las mismas.

Sin perjuicio de lo señalado se podrá impartir Instrucciones por parte del Fiscal de la Nación, sin perjuicio de las directivas específicas que el Fiscal correspondiente imparte en cada caso a la Policía, el Fiscal de la Nación regulará mediante Instrucciones Generales los requisitos legales y las formalidades de las actuaciones de investigación, así como los mecanismos de coordinación que deberán realizar los fiscales para el adecuado cumplimiento de las funciones previstas en el Código que se comenta.

Se debe tomar en cuenta que se encuentra prohibido que los representantes de la PNP puedan informar a los medios de comunicación social acerca de la identidad de los imputados. Cuando se trate de la víctima, testigos, o de otras personas que se encontraren o pudieren resultar vinculadas a la investigación de un hecho punible requerirá la previa autorización del Fiscal, sin perjuicio de que toda investigación en su inicio es reservada.

Con respecto al Marco Jurídico Institucional de actuación de los representantes del Ministerio Publico podemos señalar en forma enunciativa las siguientes:

1. Código Penal
2. Código de Procedimientos Penales
3. Código Procesal Penal
4. Decreto Legislativo 052 Ley Orgánica del Ministerio Publico
5. DS 007-2006-JUS Calendario oficial de aplicación progresiva del Código Procesal Penal

6. Ley 27934 ley que regula la intervención de la Policía y el Ministerio Público en la Investigación Preliminar del Delito
7. Decreto Legislativo 991 Que modifica la Ley 27697, ley que otorga facultad al Fiscal para la intervención y Control de comunicaciones y documentos Privados en caso excepcional.
8. Ley 27379de procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares

Con respecto al Código de Procedimientos Penales aun vigente en algunas regiones debo señalar que la intervención del representante del Ministerio Publico, durante la investigación judicial (Etapa de instrucción) se realiza, principalmente, con el cumplimiento de la obligación de probar los cargos formulados en su denuncia. (art. 14 de la L.O.M.P expresa que la carga de la prueba recae sobre el M.P.)

De lo expuesto podemos resumir que los representantes del Ministerio Publico reúnen una serie de características y principios:

a) Fiscales Inamovilidad
b) Actuación bajo Independencia
c) El Deber de Obediencia
d) Principio de Indivisibilidad:
e) Principio de Imparcialidad:
f) Principio de Legalidad:
g) Principio de Independencia
h) Principio de Responsabilidad
i) Principio de Equidad
j) Principio de Insustituibilidad

Para el caso de las Fiscalias Provinciales Especializadas en materia ambiental, fue necesario crear una Coordinación Nacional especializada y esto debido a que el Ministerio Publico reconoce que esta frente a todo un proceso de cambio y que aun continua y que por lo tanto conlleva toda una estrategia de acciones y de su implementación, que debido a su amplitud de materias imparte una serie de Directivas.

En tal sentido, el documento que se presenta tiene como propósito fundamental, visualizar en forma global la situación del Ministerio Publico frente a las Direcciones Ambientales del Estado, con el Ministerio del Ambiente, los Gobiernos Regionales y locales, enfocando su problemática y los elementos para la planificación y lineamientos de intervención para un mejor cumplimiento de los objetivos del Ministerio Publico, el mismo que solamente será alcanzado mediante una activa y creciente participación en forma conjunta con el Estado y de la ciudadanía con cada uno de los Fiscales involucrados en el proceso de desarrollo institucional.

En ese sentido no son desconocidos los esfuerzos que realizo el Ministerio Publico con la ampliación de competencias para Fiscales creada mediante la *Resolución de la Fiscalia de la Nación nº 401-2006-MP-FN de fecha 11 de abril del 2006*, la cual amplia las competencias de las Fiscalias Provinciales de Prevención del delito de los Distritos Judiciales de Loreto, Madre de Dios, Ucayali y de la Cuarta Fiscalia Provincial de Prevención del Delito del Distrito Judicial de Lima, para que conozcan de los delitos contra los Recursos Naturales, el Medios Ambiente y contra la Tala Ilegal, dentro del ámbito de competencia de su respectivo Distrito Judicial;

Pero la decisión de importancia e histórica para el Ministerio Publico y por lo tanto para el País en materia ambiental, esta fue tomada en forma conjunta y suscrita por la *Dra. Gladys Echayz Ramos Fiscal de la Nación Ministerio Público mediante la Resolución de la Junta de Fiscales Supremos nº 038 –2008-MP-FN-JFS* de fecha 13 de Marzo del 2008 en la cual se crea las Fiscalias especializadas en materia ambiental,(FEMA) con competencia para prevenir e investigar los delitos previstos en el Titulo XIII del Código Penal, contra el medio ambiente y en forma posterior se emitió la *Resolución de la Fiscalia de la Nación nº 426-2008-MP-FN* de fecha 3 de abril del 2008 creando una *Coordinación Nacional de las Fiscalias especializadas en materia ambiental* con el objetivo de priorizar y promover aquellas necesidades claves para lograr un mejor servicio bajo principios de prevención, para esto se emitió la *Resolución de la Junta de Fiscales Supremos nº 054-2008-MP-FN-JFS* de fecha 25 de Julio del 2008 que dada la naturaleza de los ilícitos penales en materia ambiental se crea las FEMA en las siguientes Distritos Judiciales de Piura, Loreto, Amazonas, Ucayali,Huancayo,Arequipa, Cuzco, Puno, Ayacucho,Lima y en aquellos Distritos Judiciales donde no se haya designado Fiscal Especializado en materia ambiental serán competentes para conocer tanto de prevención, como de investigación preliminar y judicial del delito, las Fiscalías provinciales de prevención del delito, extendiéndoles la competencia y mediante la *Resolución de la Fiscalía de la Nación nº 1067-2008-MP-FN* se aprueba el *Reglamento de las Fiscalìas Especializadas en materia ambiental* de fecha 12 de Agosto de 2008..

La creación de las Fiscalias especializadas en materia ambiental tienen competencia para prevenir e investigar delitos previstos en el Titulo XIII del Código Penal, contra el ambiente y los recursos naturales en el ámbito geográfico de los siguientes Distritos Judiciales Piura.Loreto Amazonas. Ucayali. Huancayo Arequipa. Cuzco. Puno. Ayacucho. Lima y donde no se haya designado Fiscal Especializado en materia ambiental será competente para conocer tanto la *Fiscalia Provincial de Prevención del delito* como de investigación preliminar y judicial del delito, extendiéndoles la competencia Tumbes, Lambayeque, Cajamarca, San Martín, Huanuco, Tacna, Moquegua, Madre de Dios, Pasco, Huancavelica, Apurimac y Callao.

A fin de unificar ideas y conocimiento se logro realizar el *Primer Taller de Inmersión Ambiental* "organizado por el *Ministerio Público y la Escuela del Ministerio Publico* entre el 14 y el 23 de julio de 2008, Producto del Taller y de las labores efectuadas hasta la fecha en las Regiones los Fiscales Provinciales especializados en materia ambiental y los de Prevención han podido comprobar y acreditar las siguientes debilidades de los representantes de las unidades ambientales sectoriales:

a) El limitado cumplimiento de la labor de Prevención Administrativa ambiental.

b) La carencia de límites máximos permisibles para varias actividades sectoriales

c) La ausencia de trabajos coordinados sectorialmente relacionados al ambiente y los recursos naturales

d) La conducta de omisión de varios sectores ambientales de la comunicación de los hechos identificados como delito o implicancia penal ambiental al Ministerio Público.

e) El no reconocer al Ministerio Publico como titular de la acción penal, así como sus principales funciones en la investigación preliminar de los delitos ambientales.

f) Otro ejemplo es el incorrecto envío de los Atestados Policiales a autoridades distintas del Ministerio Público sin autorización alguna y pese a ser reservada la investigación por mandato legal.

g) Lamentablemente se presenta carencias de forma y fondo de los *Informes Técnicos Prejudiciales* y esto por mandato del artículo 149 de la ley General del ambiente.

h) La ausencia de un Procurador Público especializado en materia ambiental que defienda dichos intereses.

i) La ausencia y/o limitado presupuesto de los sectores ambientales para el Control y fiscalización ambiental.

j) El apoyo de la Policía Nacional del Perú para las investigaciones en la materia ambiental resulta insuficiente e inapropiado en cuanto a su implementación, por la cual requiere en forma urgente ser reestructurada (232 efectivos a nivel nacional)

Una segunda recomendación que se implemento *(Innovación)* para los Fiscales FEMA, fue la aplicación y ejecución del Cuestionario de entrevista a las Direcciones Regionales Ambientales, el cual le facilita la elaboración del Diagnostico Ambiental de la Región.

Con respecto a los *Sectores Ambientales e Instituciones ambientales* involucrados en materia ambiental debo comentar que dichas instituciones han

sido unificadas y otras resultan nuevas en cuanto a su creación, la cual se viene coordinando y que deben conocerse a esto se le suma el *marco normativo ambiental* que se ha visto modificado por la suscripción del Tratado de Libre con los Estados Unidos,a continuación señalo las siguientes instituciones del Estado involucradas en la materia ambiental y con los recurso naturales a nivel nacional:

1. DIGESA con funciones Técnicas, de Opinión y Sancionadora
2. Ministerio del Ambiente señala las Políticas y lineamientos
3. Sub Sector Pesca Normativa Pesquero y lineamientos y sancionadora
4. Sub Sector Industria Normativa Industrial, lineamientos y Sancionadora
5. Ministerio de Agricultura Dirección Ambiental Técnico normativo
6. Ministerio de Minería: Gran Minería, Mediana Minería, Dirección Ambiental
7. Dirección de Hidrocarburos Normativo Técnico lineamientos con Dirección Ambiental
8. Dirección de Energía Normativa Técnico, lineamientos Dirección ambiental
9. Ministerio de Transporte Normativa Técnico, lineamientos y sancionadora
10. Ministerio de Turismo Normativa ambiental lineamientos y sancionadora
11. Ministerio del Ambiente:SERNANP Áreas Naturales Protegidas Normativa ambiental lineamientos y sancionadora
12. Dirección Forestal y Fauna Silvestre Normativa ambiental lineamientos y sancionadora
13. PROABONOS Normativa Islas y Puntas Guaneras
14. Dirección General de Capitanía de Puerto DICAPI Control, sancionadora,Dirección ambiental técnico normativo
15. OSINERGMIN Organismo controlador Control Evaluación y Sancionadora
16. OSINFOR En proceso de implementación Control Evaluación y Sancionadora
17. Ministerio del Ambiente:OEFA En proceso de implementación Control Evaluación y Sancionadora
18. Sistema Nacional de Recursos Hídricos, Autoridad nacional del agua ANA políticas y lineamientos y Control Evaluación y Sancionadora
19. Gobierno Regionales y Locales: Marco normativo propio de cada Región y Municipalidad según mandato de Transferencia de Funciones por ejemplo la referida a la Pequeña y artesanal Normativa ambiental
20. Ministerio de la Mujer: Comunidades Nativas y Campesinas

21. Ministerio de Relaciones Exteriores Convenios y Tratados Internacionales
22. Otras instituciones como el Instituto de Investigación de la Amazonia Peruana IIAP Instituto Geográfico, Colegios Profesionales y Universidades.
23. Policía Nacional del Perú y Ministerio de Defensa: PNP Ecológica
24. Contraloría General de la Republica: Gerencia Gubernamental Ambiental
25. Defensoria del Pueblo Adjuntia de Medio Ambiente.

Las actividades relacionadas al ambiente y los recursos naturales y su ordenamiento legal dentro del derecho del medio ambiente y administrativo

Autorización administrativa ambiental integrada

Una de las funciones que los representantes del Ministerio Publico deben reconocer dentro del marco de prevención es la compatibilizacion entre los intereses del empresario y/o una persona natural y el Estado y se realiza a través de una apreciación, valoración de documentos que con carácter previo y comprobado lo debe realizar la Administración Publica es decir conocer la autorización administrativa ambiental integrada como paradigma de aplicación por parte del Estado.

En ese sentido se debe tener un amplio conocimiento y dominio del Marco Jurídico Ambiental de importancia:

1. Ley 28611 – Ley General del Ambiente.
2. Decreto Legislativo 1013 – Ministerio del Ambiente creación, organización y funciones.
3. Ley 27446 – Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental (SEIA), Un sistema único y coordinado de identificación, prevención, supervisión, control y corrección anticipada de los impactos ambientales negativos derivados de las acciones humanas expresadas por medio del proyecto de inversión.
4. Decreto Legislativo 1078 – Modificatoria de la Ley 27446.
5. Ley 28245 – Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental Objeto asegurar el más eficaz cumplimiento de los objetivos ambientales de las entidades públicas; fortalecer los mecanismos de transectorialidad en la gestión ambiental, el rol que le corresponde al Consejo Nacional del Ambiente – CONAM, y a las entidades sectoriales, regionales y locales.
6. Decreto Supremo 008-2005-PCM – Aprueban Reglamento de la Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambienta.

7. Decreto Supremo 002-2009 – MINAM – Reglamento de transparencia,acceso a la información publica ambiental y participación y consulta Ciudadana en asuntos ambientales.
8. La Política ambiental de reciente creación por parte del Ministerio del Ambiente.
9. Objetivo del Milenio materia ambiental y de sostenibilidad.

Conjuntamente con el Marco Jurídico Administrativo y Políticas relativa al CEPLAN

1. Ley 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General.
2. La Ley 27584 – El Proceso Contencioso Administrativo.
3. Decreto Legislativo 1067 – Modificatoria de la ley 27584.
4. Ley 29060 – Del Silencio Administrativo.
5. Ley 26300 – Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos.
6. Ley 27806 – De Transparencia y acceso a la información Pública.
7. Decreto Supremo 043-2003-PCM – Aprueban Texto Único Ordenado de la Ley 27806 – Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.
8. Decreto Supremo 072-2003-PCM – Aprueban el Reglamento de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.
9. Decreto Legislativo 1088 – Ley del Sistema Nacional de Planeamiento Estratégico y del Centro Nacional de Planeamiento Estratégico (CEPLAN) 28 de Junio 2008.

Siendo el caso que en el Perú se esta viviendo todo una transferencia de funciones y por lo tanto de responsabilidades se requiere conocer también por extensión el Marco Jurídico Regionalización y Transferencia de Funciones:

1. Ley 27867 – Ley Orgánica de Gobiernos Regionales modificada por Ley 27902 y 28013 y complementada por la ley 28161.
2. Ley 27783 – Ley de Bases de la Descentralización, art. 35 que establece las competencias de los Gobiernos Regionales.
3. Ley 28411 – Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto.
4. Ley 27658 – Marco de Modernización de la Gestión del Estado.
5. Ley 27037 – Ley de Promoción de la Inversión en la Amazonía.
6. Decreto Supremo 021-2006-PCM – Aprueba el "Plan Anual de Transferencias de Competencias Sectoriales a los Gobiernos Regionales y Locales del Año 2006 PCM.
7. Decreto Supremo 036-2007 PCM – Se aprueba el "Plan Anual de Transferencias de Competencias Sectoriales a los Gobiernos Regionales y Locales del Año 2007.
8. Resolución de Secretaria de Descentralización nº 003-2007-PCM/SD. – Se aprueba la Directiva nº 01 2007 PCM /SD sobre Normas para la ejecución de la transferencia del año 2007 a los Gobiernos Regionales y Locales de las funciones sectoriales incluidas en los Planes Anuales de Transferencia.

El Minsiterio Publico y la relación directa con la Ley 28611 general del ambiente

Una de las normas de importancia como marco básico, estructurado, ordenador que el Ministerio Publico en su especialidad ambiental debe conocer es la norma ordenadora del marco normativo legal para la gestión ambiental en el Perú ley 28611 que establece los principios y normas básicas para asegurar el efectivo ejercicio del derecho a un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el pleno desarrollo de la vida, así como el cumplimiento del deber de contribuir a una efectiva gestión ambiental y de proteger el ambiente, así como sus componentes, con el objetivo de mejorar la calidad de vida de la población y lograr el desarrollo sostenible del país. Pero haciendo hincapié al Estado y las personas naturales y Jurídicas que los recursos naturales constituyen el Patrimonio de la Nación y que su protección y conservación pueden ser invocadas como causa de necesidad pública, conforme a ley.

Siendo una de las funciones principales de los FEMAS, la de principio de legalidad la cual deberán tener en cuenta y atención para la formación de las normas ambientales, incluyendo las normas en materia de salud ambiental y de conservación de la diversidad biológica y los demás recursos naturales, son de orden público, siendo nulo todo pacto en contra de lo establecido en dichas normas legales.

Respecto a las actividades y proyectos de toda actividad humana que implique Construcciones, Obras, Servicios y otras actividades, así como las políticas, planes y programas públicos susceptibles de causar impactos ambientales de carácter significativo, estará sujeta, de acuerdo a ley, al Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental – SEIA, el cual es administrado por la Autoridad Ambiental Nacional.

Concordancia: Decreto Legislativo 1078 Modifica el art. 2, 3, 4, 5, 6, 10, 11, 12, 15, 16, 17 y 18 de la ley 27446 Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental Del Sistema.

Respecto a las medidas de gestión y otorgamiento y manejo de los recurso naturales, cada FEMA tiene que obrar teniendo en cuenta, que la Gestión de los Recursos Naturales, la autoridad responsable debe tomar en cuenta, se-

gún convenga, la adopción de Medidas Previas al otorgamiento de derechos, tales como:

a) Planificación;
b) Ordenamiento y zonificación;
c) Inventario y valorización;
d) Sistematización de la información;
e) Investigación científica y tecnológica;
f) Participación ciudadana.

Y esto se deberá efectuar bajo Planes de Manejo y lineamientos de conservación y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales que debe enfocarse de manera integral, evaluando científicamente el uso y protección de los recursos naturales e identificando cómo afectan la capacidad de los ecosistemas para mantenerse y sostenerse en el tiempo, tanto en lo que respecta a los seres humanos y organismos vivos, como a los sistemas naturales existentes

Respecto al Régimen de Fiscalización y Control Ambiental el Fiscal Provincial especializado en materia ambiental, deberá actuar teniendo en cuenta que toda persona, natural o jurídica, está sometida a las acciones de fiscalización que determine la Autoridad Ambiental Nacional, así como las demás autoridades competentes respecto a sus responsabilidades de funciones en su cargo.

Mediante Decreto Supremo, refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros, se deberá establecer el Régimen Común de fiscalización y control ambiental, desarrollando las atribuciones y responsabilidades correspondientes, aspecto que aun el Ministerio del ambiente debe regularizar, debiendo observar en todo caso los diferentes tramites que tiene cada sector que debieran uniformar criterios bajo principios de inspecciones oculares previas, del cumplimiento a la Vigilancia y Monitoreo Ambiental, de la Vigilancia Ciudadana, de la Relación con otros Regímenes de Responsabilidad, de la Responsabilidad de los Profesionales y Técnicos, de la prohibición de la Doble Sanción y de la Responsabilidad Objetiva y subjetiva y por ultimo resolver la materia non vis idem, aun por definir y aclarar conceptos (Triple identidad).Todos estos aspectos el FEMA los ubica dentro de la disciplina del Derecho Sancionador como la rama del derecho que estudia las sanciones que se imponen a los sujetos de derecho. Además estudia los eximentes, atenuantes, faltas y delitos.

En cuanto a los aspectos y características que presenta el Derecho penal ambiental que el FEMA debe identificar podemos mencionar:

1. Es una Protección Restringida por cuanto los delitos ambientales (Código Penal) parten de un concepto muy limitado y específico ambiente fauna flora etc.)

2. Es una Protección Subsidiaria en la medida que la tutela penal del ambiente se articula sobre la base de la técnica empleada por el legislador para acotar los comportamientos prohibidos en este ámbito: aquí destaca la utilización de la técnica de las denominadas «Leyes penales en blanco»,en virtud de la cual la constitución del injusto penal se remite a la previa delimitación efectuada por otros sectores del ordenamiento jurídico, es decir son normas extra penales (Dirección Ambiéntales) y por lo tanto,se tiene que remitir a otra norma extra penal,a una disposición No Penal, como por ejemplo las desarrolladas en el Derecho Ambiental y se crean demasiada legislación sobre la materia, esta resulta compleja variable y no puede ser regulada por la norma penal, esto también permite una economía legislativa, pero resta también criticas por cuanto las normas penales deben ser claras y no dudosas y en todo caso no trasladar dicha responsabilidad a otro sector.

Esta característica la podemos ubicar en el artículo 149. de la LGA sobre el informe de la autoridad competente sobre infracción de la normativa ambiental:

149.1 En las investigaciones penales por los delitos tipificados en el Título Décimo Tercero del Libro Segundo del Código Penal, será de exigencia obligatoria la evacuación de un informe fundamentado por escrito por la autoridad ambiental, antes del pronunciamiento del fiscal provincial o fiscal de la investigación preparatoria en la etapa intermedia del proceso penal. El informe será evacuado dentro de un plazo no mayor de treinta (30) días, contados desde la recepción del pedido del fiscal de la investigación preparatoria o del juez, bajo responsabilidad. Dicho informe deberá ser merituado por el fiscal o juez al momento de expedir la resolución o disposición correspondiente.

149.2 En las investigaciones penales por los delitos tipificados en el Título Décimo Tercero del Libro Segundo del Código Penal que sean desestimadas, el fiscal evaluará la configuración del delito de Denuncia Calumniosa, contemplado en el artículo 402 del Código Penal."

3. Finalmente es una Tutela Preventiva de corte preventivo, puesto que el legislador va a anticipar la reacción penal cuando se origine una situación de riesgo para el ambiente o los recursos natulares sin necesidad de esperar a la efectiva materialización del daño. (artículo 1CP). Es decir merece un tratamiento previstos como Delitos de Peligro, es decir "El Derecho Penal debe ocuparse no sólo del daño real producido a los bienes jurídicos, sino también a la posibilidad del mismo y, con ello, del peligro como objeto importante de la investigación criminal".

Así las características esenciales a tener en cuenta en las actuaciones del Fiscal especializado en materia ambiental deben estar íntimamente relacionadas cuando se ubique a casos de peligro como son: (a) La Posibilidad o pro-

babilidad de la producción de un resultado; (b) El carácter dañoso o lesivo de dicho resultado.

Los delitos ambientales y la criminalidad organizada

La Noción de Criminalidad Organizada no es estática todo lo contrario, también se puede apreciar que en la materia ambiental y en el uso de los recurso naturales, asistimos actualmente a una forma empresarial delictiva mas organizada, que está en un proceso de transición y cambio. Por ello, el crimen organizado está adquiriendo dimensiones globales (en lo geográfico), transnacionales (en lo étnico cultural), multiformes (en los acuerdos que forja con sectores políticos y sociales) y pluriproductivas (en cuanto a la gama de productos que se transa y a los distintos niveles de participación; esto es, producción, intermediación, venta, es decir se involucran demasiados intereses, capital financiero, infraestructura, mercado, ausencia de políticas, exceso normas y de poder (trafico de madera, de fauna, de germoplasma y muchas veces relacionada al narcotráfico)

Clásicamente señalamos que el Poder se conoce como "la potencialidad de hacer que un tercero haga o realice lo que se le solicita u ordena". En ese sentido, una persona tiene "Poder" cuando puede, mediante cualquier fin, lograr que otros cumplan sus imperativas, estas características el FEMA debe saber poder idenficarlas en forma oportuna y preventiva

Este Poder es la base de lo que se conoce como "**Autoridad"** y puede estar basado en distintas razones, la más recurrente y clásica: la Violencia. Uno tenía poder (en el sentido ya explicado) porque podía obligar violentamente a los terceros a cumplir con sus designios. El uso de esta violencia es lo que se conoce hoy día como **Coerción**, la **Intimidación** La coerción da paso a la coacción que es la situación donde el tercero realiza lo ordenado por el individuo poderoso no porque este lo obliga mediante la violencia sino simplemente intimidado por la potencialidad del uso de esa violencia. (Perdida laboral).

Respecto a la estructura del Poder el FEMA también podrá encontrar características como son:

1. El poder ejerce efectos no sólo sobre los recursos humanos, sino también sobre las reglas (normas, leyes ambientales o relativas a los recursos naturales que violan principios y por eso fluye en todas las relaciones sociales, crea disposiciones y dispositivos.
2. Las Reglas de juego (Se crea un Sistema) sean ellas leyes, instituciones o valoraciones incorrectas, a unos les abre posibilidades y para otros significan límites.

3. El Poder puede ser entendido como una relación social consolidada, como una estructura, en la que los individuos son como pelotas de juego o fichas que tienen que soportar un destino. Poder consolidado se convierte en dominio.
4. El Capital es una relación social, que estructura esencialmente el espacio para la transformación y organización de la polarización espacial social. El capital restringe las posibilidades de acción, determina acciones incompletas (Omisiones) y necesita incluso para su perduración actos de hombres libres. En esta contradicción se arraiga una nueva fuente de inestabilidad para el orden espacial social. (Gerencia Legal, Gerencia General, Intendencia o Jefaturas y Planificación y las Administraciones técnicas de control)

Teoría para la comprensión del fraude – ambiental y los recursos naturales

C = M + D + T

C = Corrupción en los Principios
M = Monopolio en las Funciones
D = Discrecionalidad exceso en el cargo
T = No Transparencia en las Aprobaciones

En cuanto al tema de Corrupción se produce en todos los niveles involucrados generando más sub. Desarrollo y genera más modalidades como por ejemplo dentro de la actividad de tala ilegal.

Elementos que caracterizan a la Corrupción:

a) Toda acción corrupta consiste en la trasgresión de una norma y en otras inducir en error para su debida aplicación alejándose de los conceptos básicos de Manejo y Sostenibilidad.

b) Se realiza para la obtención de un beneficio privado, personal

c) Surge dentro del ejercicio de una función asignada, cargo público como funcionario publico o en su calidad de servidor sin importar la relación contractual

d) El individuo corrupto intenta siempre encubrir activamente su comportamiento utilizando personas. También se dan casos y/o conductas relacionadas al: "Trafico de Influencias" "Prevaricato `por Omisión" y en algunos casos "Existe la Doble Moral"

Relación de la Ley 27444 con la ley general del medio ambiente

"Silencio administrativo negativo"

Con respecto a la ubicación de trámites relacionados a la materia ambiental y de los recurso naturales,la ley de Procedimientos Administrativos ha procedido a clasificarla y a colocarla dentro "Evaluación Previa" por la entidad, el cual a su vez la ubica dentro de lo que es el Silencio Administrativo Negativo, de allí que la materia ambiental y de los recurso naturales se protejan al amparo de un Interés Publico y que requieren de un tratamiento especial como es la comprobación previa (Inspección Ocular Previa y valoración de dicho recurso bajo principios de internalizacion de costos).

Para esto cada FEMA debe evaluar e identificar los TUPAS de cada sector,el Silencio Administrativo Negativo,que será aplicable en aquellos casos en los que se afecte significativamente el interés público, incidiendo en la salud, el medio ambiente, los recursos naturales, la seguridad ciudadana, el sistema financiero y de seguros, el mercado de valores, la defensa comercial; la defensa nacional y el patrimonio histórico cultural de la nación, en aquellos procedimientos trilaterales y en los que generen obligación de dar o hacer del Estado; y autorizaciones para operar casinos de juego y máquinas tragamonedas.

Este principio ubicado dentro de la prevención (art. 1º del CP) se encuentra relacionado a la *Sostenibilidad Ambiental* y el *aprovechamiento sostenible de los recursos naturales*, por lo tanto es muy importante como se maneja y se otorga el recurso, a fin de que los ecosistemas mantengan las características que le son esenciales para la sobre vivencia a largo plazo.(Especies, población y ecosistemas.) para esto el Fiscal especializado debe apoyar e intervenir en el Ordenamiento Territorial y la Zonificación ecológica actividades propias del Gobierno Regional.

Así como la *Sostenibilidad Económica*, relativa al manejo y gestión adecuada de los recursos naturales permiten que sea atractivo continuar con el sistema económico vigente fortaleciendo la cadena productiva y la *Sostenibilidad Social* relativa a los costos y beneficios que son distribuidos de manera adecuada, tanto entre el total de la población actual y local (equidad intrageneracional) y con la población futura (equidad intergeneracional, crecimiento y desarrollo).

Principio de oportunidad y los delitos ambientales – ley de celeridad y eficacia procesal penal

Los Fiscales especializados en materia ambiental y los de Fiscales de Prevención deberán tener en cuenta que la Ley 28117 artículo 3º. No Incorpora al párrafo previsto en el artículo 2º del Código Procesal Penal la materia ambiental y de los recurso naturales la posibilidad de un acuerdo preparatorio

por cuanto su función es la de representar a la sociedad distinta a la del Procurador del Estado para la materia ambiental.

Respecto a la *Aplicación del Principio de Oportunidad* prevista en la *Resolución de la Fiscalia de la Nación nº 1470-2005-MP-FN*, que señala que por razones de utilidad pública y economía procesal, la introducción del Principio de Oportunidad evita la prosecución de numerosos procesos que comprenden casos de mínima significancia y afectación del interés público, casos en los que ante una radical observancia del principio de legalidad, se debía necesariamente iniciar un proceso, con la consiguiente distracción de los recursos humanos y económicos, así como el tiempo necesarios para atender asuntos de mayor trascendencia y relevancia socio-jurídica.

En ese sentido, resulta necesario señalar que a pesar de que constituye el Principio o Criterios de Oportunidad el más importante de los instrumentos de agilización, racionalización y búsqueda de eficiencia de la justicia penal, consistente en el mecanismo que se opone "formal" y excepcionalmente al principio de legalidad procesal, corrigiendo su exceso disfuncional, pues procura concretar una mejor calidad del servicio de justicia, dotando al Fiscal, titular de la acción penal, de una amplia discrecionalidad, dentro de los límites de la Ley, para que, basándose en razones de economía procesal y utilidad pública, pueda decidir abstenerse de ejercitar la acción penal, ocasionando con tal facultad, la solución pacífica del conflicto social generado por el delito así como la conclusión del proceso penal por un acto distinto a la sentencia, este principio tampoco se aplica a los delitos ambientales y contra los recursos naturales, por cuanto el agraviado es un interés difuso, es de interés publico, ambiental y la base la podemos ubicar en el siguiente marco jurídico:

Constitución Política del Estado: artículos 66, 67, 68 el **Estado** señala las políticas y lineamientos.

Ley 26821, Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales le corresponde al **Estado** Promover políticas de desarrollo sostenible para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales renovables (artículo 7º). Promover la generación de infraestructura de apoyo a la producción sostenible de los recursos naturales renovables (artículo 7º). Fomentar la libre iniciativa y la innovación productiva en el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales renovables (artículo 7º).

Ley 26839, "Ley sobre la Conservación y aprovechamiento sostenible de la Diversidad Biológica" le corresponde al **Estado** Promover actividades de prevención, rehabilitación y restauración de ecosistemas terrestres y acuáticos degradados y/o contaminados, mediante prácticas de conservación y manejo (artículo 5º d y e). Realizar evaluaciones periódicas del manejo y/o aprovechamiento sostenible de los recursos naturales renovables y la diversi-

dad biológica, afín de que se adopten las medidas correctivas necesarias que garanticen su mantenimiento y conservación (artículo 11º).

Decreto Supremo 056-97-PCM, que establece casos en que aprobación de los Estudios de Impacto Ambiental y Programas de Adecuación de Manejo Ambiental requerirán la opinión técnica del INRENA.

Decreto Supremo 061-97-PCM, que modifica D. S. 056-97-PCM mediante el cual se establecieron casos en que aprobación del EIA o PAMA requerirán opinión técnica del INRENA. En ambas normas le corresponde al **Estado** Emitir opinión técnica sobre los Estudios de Impacto Ambiental y Programas de Adecuación y Manejo Ambiental de los diferentes sectores productivos, que consideren actividades y/o acciones que modifican el estado natural de los recursos naturales renovables agua, suelo, flora y fauna, previa a su aprobación por la autoridad sectorial competente (artículo 1º).

Ley 28611 General del Ambiente artículo 3º – Del rol del Estado en materia ambiental, corresponde al **Estado,** a través de sus entidades y órganos correspondientes, diseña y aplica las políticas, normas, instrumentos, incentivos y sanciones que sean necesarios para garantizar el efectivo ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones y responsabilidades contenidas en la presente Ley.

Artículo 52. – De las competencias ambientales del Estado – Las competencias ambientales del **Estado** son ejercidas por organismos constitucionalmente autónomos, autoridades del Gobierno Nacional, gobiernos regionales y gobiernos locales, de conformidad con la Constitución y las leyes que definen sus respectivos ámbitos de actuación, funciones y atribuciones, en el marco del carácter unitario del Estado. El diseño de las políticas y normas ambientales de carácter nacional es una función exclusiva del Gobierno Nacional.

Artículo 85. – De los recursos naturales y del rol del Estado

85.1 **El Estado** promueve la conservación y el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales a través de políticas, normas, instrumentos y acciones de desarrollo, así como, mediante el otorgamiento de derechos, conforme a los límites y principios expresados en la presente Ley y en las demás leyes y normas reglamentarias aplicables

Artículo 130. – De la fiscalización y sanción ambiental

130.1 La fiscalización ambiental comprende las acciones de vigilancia, control, seguimiento, verificación y otras similares, que realiza la **Autoridad Ambiental Nacional** y las demás **autoridades competentes** a fin de asegurar el cumplimiento de las normas y obligaciones establecidas en la presente Ley, así como en sus normas complementarias y reglamentarias. La Autoridad competente puede solicitar información, documentación u otra similar para asegurar el cumplimiento de las normas ambientales.

Decreto Ley 17537 – Consejo de Defensa Judicial del Estado, es el órgano del Ministerio de Justicia encargado de coordinar las actividades de los Procuradores Públicos. Está constituido por la reunión de los **Procuradores Públicos** titulares. Cuando de una u otra forma, el **Estado** ve afectados o amenazados sus derechos e intereses, recurre a defenderse mediante la realización de un conjunto de actos jurídico-procesales, que se basan en normas y principios de carácter público que regulan la representación y defensa de tales derechos e intereses. Nuestra Constitución, establece que la defensa de los intereses del **Estado** está a cargo de los **Procuradores Públicos,** quienes reunidos conf

Facultades y atribuciones de los Procuradores Públicos

a) Defender los asuntos del Estado ante cualquier órgano jurisdiccional de los diferentes Distritos Judiciales de la República, sin necesidad de previa inscripción en el registro de las Cortes Superiores distintas a la de la capital o de los colegios de abogados respectivos. Esta facultad es extensiva al Procurador Adjunto y a los Abogados a los que se haya delegado representación.

b) Solicitar informes, antecedentes y colaboración de cualquier dependencia o repartición del Sector Público Nacional.

c) Intervenir ante todas las instancias del fuero ordinario y privativo. En materia *Penal* los Procuradores actuarán como denunciantes o constituyéndose en parte civil según sea el caso, sin que las limitaciones que señalan el Código de Procedimientos Penales y el Código de Justicia Militar para la actuación de la parte civil, en la etapa de la instrucción, puedan restringir su labor de cautela y de defensa de los derechos e intereses del Estado. Para este efecto, podrán informarse de cualquier diligencia e intervenir en ellas.

d) Requerir el auxilio de la fuerza pública a través de la autoridad pública para el mejor desempeño de su función.

e) Para demandar y/o formular denuncias a nombre del Estado, los Procuradores Públicos requieren la expedición previa de la Resolución Ministerial o de similar nivel, que lo autorice expresamente a iniciar acciones.

f) Sin necesidad de resolución autoritativa, y con cargo a dar cuenta para los efectos de su expedición, los Procuradores Públicos podrán solicitar ante los órganos jurisdiccionales, se dicten medidas cautelares y/o se decreten y tramiten las diligencias preparatórias necesarias para defender o promover los derechos del Estado.

g) Para convenir en la demanda, desistirse de ella o transigir los juicios, requieren la expedición previa de Resolución Suprema o de similar nivel, que lo autorice para tal fin.

En todos los procesos o procedimientos, la notificación al Estado se realiza a través del Procurador Público correspondiente, en la sede de la Procuraduría Pública a su cargo, en horario de oficina y obligatoriamente bajo cargo. Sólo después de producido este acto, se computarán los plazos y términos procesales.

El Ministerio Público está obligado a dictaminar en todas las instancias, en los procesos en que el **Estado** es parte y los Fiscales remitir a los Procuradores Públicos copia de sus dictámenes.

Decreto Legislativo 052, Ley Orgánica del Ministerio Público. Artículo 159. – Atribuciones del Ministerio Público Representar en los procesos judiciales a la sociedad.

Ley 29060, Ley de Silencio Administrativo le corresponde al **Estado** controlar y ubicar su aplicación en aquellos casos en los que se afecte significativamente el interés público, incidiendo en la salud, **el medio ambiente, los recursos naturales,** la seguridad ciudadana, el sistema financiero y de seguros, el mercado de valores, la defensa comercial; la defensa nacional y el patrimonio histórico cultural de la nación, en aquellos procedimientos trilaterales y en los que generen obligación de dar o hacer del Estado; y autorizaciones para operar casinos de juego y máquinas tragamonedas.

Ley 29263 – Modifica artículos del Código Penal y de la ley general del ambiente

Artículo 304. – Contaminación del ambiente

El que, infringiendo leyes, reglamentos o límites máximos permisibles, provoque o realice descargas, emisiones, emisiones de gases tóxicos, emisiones de ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño grave al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental, según la calificación reglamentaria de la autoridad ambiental, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de seis años y con cien a seiscientos días-multa.

Si el agente actuó por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de tres años o prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas.

Artículo 305. – Formas agravadas

La pena privativa de libertad será no menor de cuatro años ni mayor de siete años y con trescientos a mil días-multa si el agente incurre en cualquiera de los siguientes supuestos:

1. Falsea u oculta información sobre el hecho contaminante, la cantidad o calidad de las descargas, emisiones, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes referidos en el artículo 304, a la autoridad competente o a la institución autorizada para realizar labores de fiscalización o auditoria ambiental.
2. Obstaculiza o impide la actividad fiscalizadora de auditoría ordenada por la autoridad administrativa competente.
3. Actúa clandestinamente en el ejercicio de su actividad.

Si por efecto de la actividad contaminante se producen lesiones graves o muerte, la pena será:

1. Privativa de libertad no menor de cinco años ni mayor de ocho años y con seiscientos a mil días-multa, en caso de lesiones graves.
2. Privativa de libertad no menor de seis años ni mayor de diez años y con setecientos cincuenta a tres mil quinientos días-multa, en caso de muerte.

Artículo 306. – Incumplimiento de las normas relativas al manejo de residuos sólidos

El que, sin autorización o aprobación de la autoridad competente, establece un vertedero o botadero de residuos sólidos que pueda perjudicar gravemente la calidad del ambiente, la salud humana o la integridad de los procesos ecológicos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años.

Si el agente actuó por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de dos años.

Cuando el agente, contraviniendo leyes, reglamentos o disposiciones establecidas, utiliza desechos sólidos para la alimentación de animales destinados al consumo humano, la pena será no menor de tres años ni mayor de seis años y con doscientos sesenta a cuatrocientos cincuenta días-multa.

Artículo 307. – Tráfico ilegal de residuos peligrosos

El que ingrese ilegalmente al territorio nacional, use, emplee, coloque, traslade o disponga sin la debida autorización, residuos o desechos tóxicos o peligrosos para el ambiente, resultantes de un proceso de producción, extracción, transformación, utilización o consumo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de seis años y con trescientos a cuatrocientos días-multa.

Capítulo II – Delitos contra los recursos naturales

Artículo 308. – Tráfico ilegal de especies de flora y fauna silvestre protegida

El que adquiere, vende, transporta, almacena, importa, exporta o reexporta productos o especimenes de especies de flora silvestre no maderable y/o fauna silvestre protegidas por la legislación nacional, sin un permiso o certificado válido, cuyo origen no autorizado conoce o puede presumir, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres años ni mayor de cinco años y con ciento ochenta a cuatrocientos días-multa.

Artículo 308-A. – Tráfico ilegal de especies acuáticas de la flora y fauna silvestre protegidas

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres años ni mayor de cinco años y con ciento ochenta a cuatrocientos días-multa, el que adquiere, vende, transporta, almacena, importa, exporta o reexporta productos o especímenes de especies acuáticas de la flora y/o fauna silvestre protegidas por la legislación nacional bajo cualquiera de los siguientes supuestos:

1. Sin un permiso, licencia o certificado válido.
2. En épocas, cantidades, talla o zonas que son prohibidas o vedadas.

Artículo 308-B. – Extracción ilegal de especies acuáticas

El que extrae especies de flora o fauna acuática en épocas, cantidades, talla y zonas que son prohibidas o vedadas, o captura especies sin contar con el respectivo permiso o exceda el límite de captura por embarcación, asignado por la autoridad administrativa competente y la ley de la materia, o lo hace excediendo el mismo o utiliza explosivos, medios químicos u otros métodos prohibidos o declarados ilícitos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres años ni mayor de cinco años.

Artículo 308-C. – Depredación de Flora y Fauna Silvestre Protegida

El que caza, captura, colecta, extrae o posee productos, raíces o especimenes de especies de flora y/o fauna silvestre protegidas por la legislación nacional, sin contar con la concesión, permiso, licencia o autorización u otra modalidad de aprovechamiento o extracción, otorgada por la autoridad competente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres años ni mayor de cinco años y con cincuenta a cuatrocientos días-multa.

Artículo 308-D. – Tráfico ilegal de Recursos Genéticos

El que adquiere, vende, transporta, almacena, importa, exporta o reexporta, de forma no autorizada, recursos genéticos de especies de flora y/o fauna silvestre protegidas por la legislación nacional, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres años ni mayor de cinco años y con ciento ochenta a cuatrocientos días-multa.

La misma pena será aplicable para el que a sabiendas financia, de modo que sin su cooperación no se hubiera podido cometer las actividades señaladas en el primer párrafo, y asimismo al que las dirige u organiza.

Artículo 309. – Formas agravadas

En los casos previstos en los artículos 308, 308-A, 308-B y 308-C, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro años ni mayor de siete años cuando el delito se cometa bajo cualquiera de los siguientes supuestos:

1. Cuando los especímenes, productos, recursos genéticos, materia del ilícito penal, provienen de áreas naturales protegidas de nivel nacional o de zonas vedadas para la extracción de flora y/o fauna silvestre, según corresponda.
2. Cuando los especímenes, productos o recursos genéticos materia del ilícito penal, provienen de las reservas intangibles de comunidades nativas o campesinas o pueblos indígenas en situación de aislamiento o de contacto inicial, según corresponda.
3. Cuando es un funcionario o servidor público que omitiendo funciones autoriza, aprueba o permite la realización de este hecho delictivo en su tipo básico, o permite la comercialización, adquisición o transporte de los recursos de flora y fauna ilegalmente obtenidos.
4. Mediante el uso de armas, explosivos o sustancias tóxicas.

Artículo 310. – Delitos contra los bosques o formaciones boscosas

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres años ni mayor de seis años y con prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas el que, sin contar con permiso, licencia, autorización o concesión otorgada por autoridad competente, destruye, quema, daña o tala, en todo o en parte, bosques u otras formaciones boscosas, sean naturales o plantaciones.

Artículo 310-A. – Tráfico ilegal de productos forestales maderables

El que adquiere, almacena, transforma, transporta, oculta, custodia, vende, embarca, desembarca, importa, exporta o reexporta productos o especimenes forestales maderables protegidos por la legislación nacional, cuyo origen ilícito conoce o puede presumir, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres años ni mayor de seis años y con cien a seiscientos días-multa.

La misma pena será aplicable para el que a sabiendas financia, de modo que sin su cooperación no se hubiera podido cometer las actividades señaladas en el primer párrafo, y asimismo al que las dirige u organiza.

Está fuera del supuesto previsto en el primer párrafo, el que realiza los hechos previstos en el presente artículo, si sus acciones estuvieron basadas en

años, e inhabilitación de un año a seis años conforme al artículo 36 incisos 1, 2 y 4.

La misma pena será para el funcionario público competente para combatir las conductas descritas en el presente Título y que, por negligencia inexcusable o por haber faltado gravemente a sus obligaciones funcionales, facilite la comisión de los delitos previstos en el presente Título.

Artículo 314-A. – Responsabilidad de los representantes legales de las personas jurídicas

Los representantes legales de las personas jurídicas dentro de cuya actividad se cometan los delitos previstos en este Título serán responsables penalmente de acuerdo con las reglas establecidas en los artículos 23 y 27 de este Código.

Artículo 314-B. – Responsabilidad por información falsa contenida en informes

El que, conociendo o pudiendo presumir la falsedad o la inexactitud, suscriba o realice estudios, evaluaciones, auditorias ambientales, planes de manejo forestal u otro documento de gestión forestal, exigido conforme a ley, en los que se incorpore o avale información falsa o inexacta, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres años ni mayor de cinco años.

Capítulo IV – Medidas cautelares y exclusión o reducción de penas

Artículo 314-C. – Medidas cautelares

Sin perjuicio de lo ordenado por la autoridad administrativa, el Juez dispondrá la suspensión inmediata de la actividad contaminante, extractiva o depredatoria, así como las otras medidas cautelares que correspondan.

En los delitos previstos en este Título, el Juez procederá a la incautación previa de los especímenes presuntamente ilícitos y de los aparatos o medios utilizados para la comisión del presunto ilícito. Asimismo, el Juez, a solicitud del Ministerio Público, ordenará el allanamiento o descerraje del lugar donde presuntamente se estuviere cometiendo el ilícito penal.

En caso de emitirse sentencia condenatoria, los especímenes ilícitos podrán ser entregados a una institución adecuada, según recomendación de la autoridad competente, y en caso de no corresponder, serán destruidos.

En ningún caso procederá la devolución de los ejemplares ilícitos al encausado.

Artículo 314-D. – Exclusión o reducción de penas

El que, encontrándose en una investigación fiscal a cargo del Ministerio Público o en el desarrollo de un proceso penal, proporcione información veraz, oportuna y significativa sobre la realización de un delito ambiental, podrá ser beneficiado en la sentencia con reducción de pena, tratándose de autores, y con exclusión de la misma para los partícipes, siempre y cuando la información proporcionada haga posible alguna de las siguientes situaciones:

1. Evitar la comisión del delito ambiental en el que interviene.
2. Promover el esclarecimiento del delito ambiental en el que intervino.
3. La captura del autor o autores del delito ambiental, así como de los partícipes.

El beneficio establecido en el presente artículo deberá ser concedido por los Jueces con criterio de objetividad y previa opinión del Ministerio Público."

Disposiciones complementarias

Primera. – De las sanciones a las personas jurídicas

Si el hecho punible fuera cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, el juez notificará a la autoridad administrativa competente a fin de que se imponga una multa a dicha persona jurídica, que podrá ascender hasta el doble de los beneficios obtenidos a consecuencia de la actividad ilícita.

Segunda. – Exentos del alcance de la Ley

Están fuera del alcance de lo previsto en la presente Ley, las comunidades campesinas y comunidades nativas que realicen actividades de caza, pesca, extracción y tala con fines de subsistencia.

Con respecto a la creación de instituciones y marco normativo ambientales nuevas se procedió a impartir Directivas debido a la magnitud de la materia frente a los 23 Fiscalias especializadas en materia ambiental incluido los Fiscales de prevención dedicados a conocer la materia ambiental.

EL MINISTERIO PUBLICO Y EL DERECHO AMBIENTAL EN EL URUGUAY

Enrique A. Viana Ferreira*

1. El Ministerio Público tiene una larga y rica historia en el devenir del Uruguay. Ya estaba presente en los albores de la República, y en los preparativos de la Constitución de la República del año 1830, en un Reglamento de la Organización de Justicia, se preveía su existencia. En la reforma constitucional de 1934, se lo incorpora formalmente a la Carta Magna, donde se habla "*de los Fiscales Letrados de la República*" (art. 168 nº 13º), para distinguirlos de los Fiscales de Gobierno, siguiendo la idea del constituyente de 1830 de *que los Fiscales Letrados no defienden los intereses del Gobierno de turno, sino los intereses generales de la Nación*. La tradición de independencia de los Fiscales Letrados es un patrimonio de confiabilidad e imparcialidad aún importante en el Uruguay.

2. Conforme a lo expresado, los Fiscales Letrados son designados mediante un acto complejo: propuesta del Poder Ejecutivo más venia de Senado otorgada por tres quintos de votos del total de componentes (art. 168 nº 13º Const.). Vale decir: para designar a un Fiscal Letrado es necesario la anuencia de dos Poderes del Estado: Ejecutivo y Legislativo. Ello confirma que son "*de la República*", y no "*del Gobierno*", acreditando fehacientemente esa raíz constitucional de la autonomía o independencia técnica de los Fiscales Letrados.

3. Precisamente, esa autonomía o independencia técnica, de origen constitucional, se encuentra refrendada en la Ley Orgánica del Ministerio Público y Fiscal que, si bien estructura a las Fiscalías dentro de la esfera del Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Educación y Cultura, sin embargo, reconoce que: "*El Ministerio Público es independiente técnicamente en el ejercicio de sus funciones. Debe, en consecuencia, defender los intereses que le están encomendados como sus convicciones se lo dicten, estableciendo las conclusiones que crea arregladas a derecho*" (art. 2º Ley 15.365, de 30 de diciembre de 1982).

* Fiscal Letrado Nacional en lo Civil. Ministerio Público – Uruguay.

4. Un aspecto importante a referir es que la independencia técnica de los Fiscales es *ad extra* (autónoma respecto de otros Poderes del Estado) y *ad intra* (autónoma dentro del Poder mismo donde se estructura administrativamente). O sea, cada uno de los Fiscales Letrados de la República es el Ministerio Público, y lo ejerce *a su leal y saber entender*, con autonomía, sin poder ser sometido a instrucciones o recomendaciones administrativas del Gobierno o del Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación. *En su conducta funcional debe obediencia estatutaria únicamente a la Constitución y a la Ley*.

5. En la reforma constitucional de 1997, se incorpora a la Carta la protección del medio a la cual se declara *de interés general* (art. 47). Pues bien, al haber sido calificada de esa forma pasa a constituir materia sustantiva de la competencia de los Fiscales Letrados de la República, justamente encargados de la defensa de los intereses generales de la Nación. Inclusive, en la Ley Procesal de 1989, ya se preveía la legitimación *ad causam* del Ministerio Público para actuar en materia de intereses difusos y medio ambiente (art. 42 C.G.P.).

6. Las previsiones en materia de Derecho Ambiental se han ampliado con la reforma constitucional de octubre de 2004, donde se eleva a ese rango a la protección del agua y de los recursos hídricos. Con ello, están la Ley de Impacto Ambiental de 1994, la Ley de Protección del Medio Ambiente de 2000, la Ley de Areas Protegidas de 2000 y la Ley de Ordenamiento Territorial de 2008. Todas ellas edictan variados *intereses generales* en la protección ambiental, con lo cual identifican materias de segura intervención del Ministerio Público. Algo interesante a resaltar es que en la citada Ley de Protección del Medio Ambiente, el Uruguay ha previstos los denominados principios de política ambiental e interpretación del Derecho Ambiental. Entre ellos, los conocidos principios *preventivos* y *precautorio*, y como cosa diferente, el llamado principio *distintivo*: *el Uruguay se distinguirá en el contexto de las Naciones como un País Natural* (art. 6º Ley 17.283, de 2000), o sea, algo así como *In dubio Pro País Natural*.

7. No obstante, esta abundante y exigente legislación ambiental, el Uruguay vive una situación perfectamente asimilable al "*Estado Teatral*", – al cual refiere el insigne jurista brasileño ANTONIO BENJAMIN. Lamentablemente, existe un importante déficit de aplicación del Derecho Ambiental vigente, convirtiéndose éste en una especie de camuflaje o apariencia, detrás del cual suceden contrarias a su tenor y umbral elevado de exigencia. Ello provocó que, a partir del año 2001, y en ocasión de una contaminación grave y masiva con plomo que afectara a una importante parte de la población infantil de Montevideo, el suscrito Fiscal iniciará una serie de accionamientos judiciales de naturaleza *preventiva* o *anticipatoria de daños*, *pretensiones de protección* del medio ambiente, acciones *negatorias* o *inhibitorias*, demandas *de hacer o de no hacer*, verdaderos *injuctions* o *mandamientos de ejecución o de cum-*

plimiento, con el propósito de conseguir una efectiva aplicación del Derecho Ambiental vigente en el Uruguay. Hasta el presente han sido unos 30 accionamientos, muchos de ellos en proceso todavía. Los más trascendentes, por ejemplo, han estado referidos a las plantas de celulosa que se están instalando en el país, y con múltiples impactos ambientales sobre el preponderante *Bioma Pampa*.

8. En el Uruguay, la normativa ambiental ha emplazado al Estado como *Guardián o Custodio del Medio Ambiente (Garante y Gendarme)*, con lo cual, en la mayoría de los accionamientos referidos, el demandado por la Fiscalía es el Estado – Poder Ejecutivo – Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente, por su omisión o la inercia en el cumplimiento de su *deber fundamental* en la protección del medio ambiente (art. 4º Ley 17.283 cit.). Se da entonces una hipótesis curiosa de *Estado vs. Estado* o de *Poder Ejecutivo vs. Poder Ejecutivo*, que se justifica en la autonomía técnica y en la competencia sustantiva adjudicada en la materia a los Fiscales Letrados de la República, – ya mencionada ut supra.

9. Tristemente, se ha verificado una actuación única y solitaria del suscrito Fiscal. Pese a la autonomía técnica y competencia material ya explicadas, las presiones, los temores, la falta de formación o capacitación, etc., han conspirado para que otros Fiscales se atrevan a promover accionamientos protectorios similares o análogos. Otro tanto ocurre a nivel del Poder Judicial, nada acostumbrado hasta el presente a ser receptor de accionamientos de esas características, por ello, poco *sensible* todavía a las cuestiones de Derecho Ambiental.

10. En el Uruguay no existe una legislación penal ambiental. Existen únicamente los tradicionales delitos contra el envenenamiento de aguas, estrago, etc., nada más. Ha habido algún proyecto de ley (de delitos ecológicos), *que duerme en los cajones* del Parlamento sin consideración alguna. La instalación de industrias "*sucias*" provenientes, en especial, de Europa, torna casi imposible que vaya a existir esa legislación penal en el país. Como consecuencia de esa inexistencia, el Ministerio Público Penal muy poco tiene para hacer en materia penal ambiental. Por tanto, no hay actuaciones en la materia

11. No obstante, el suscrito ha intentado, dentro de su competencia específica, desarrollar la actuación funcional del Ministerio Público en materia Civil, ante la Jurisdicción Ordinaria Civil, donde cree que existe un campo propicio para la defensa ambiental, mediante los accionamientos arriba referidos. En tal sentido, el Ministerio Público Civil, a través de las Fiscalías Letradas Nacionales en lo Civil, tiene condiciones óptimas para el ejercicio de esa protección ante el Poder Judicial. La representación o defensa de los intereses generales de la Nación, el medio ambiente incluido, es propia de su competencia, y la garantía de la autonomía técnica brinda la seguridad necesaria en

resguardo de aquellos objetivos abstractos y supremos establecidos en la Constitución y en la Ley. La defensa ambiental como interés general (*de todos y de nadie*) no puede estar en mejores manos que las del Ministerio Público, institución concebida para ello.

12. En el Uruguay no existe un accionamiento de amparo ambiental específico, ni acciones de clase, y la Ley de Amparo 16.011, establece un instrumento residual, inidóneo para la protección ambiental. Ello ha obligado al suscrito ha actuar con inventiva, instaurando *pretensiones de protección*, a través de la vía del juicio ordinario contencioso, obviamente, con las dificultades (lentitud) que esa promoción, de por si, implica. Ha sido un camino largo, no exento de obstáculos y oposiciones (chicanas). Por ejemplo, la autoridad administrativa ambiental demandada, por regla, ha venido oponiendo lo que llama una excepción o defensa de incompetencia o de falta de jurisdicción, argumentando que los actos de la Administración, las autorizaciones o permisos ambientales, no pueden ser juzgados por la Jurisdicción Ordinaria Civil, y que solo pueden ser objeto de recursos administrativos (agotamiento de la vía administrativa previo), para luego ser juzgados en su legitimidad (anulados o no) por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (TCA). Felizmente, la Justicia Ordinaria Civil, en sus dos instancias Juzgados y Tribunales de Apelaciones, en decisiones previas, ha rechazado esta tesitura de la Administración, indicando que la Justicia Ordinaria Civil perfectamente puede juzgar la conducta del Estado en materia de cumplimiento de Derecho Ambiental e imponer como sanción el acatamiento o la obediencia del mismo, a través de mandatos de hacer o no hacer. Esa decisión se ha registrado en todos los accionamientos iniciados por el suscrito Fiscal en los que se opuso tal excepcionamiento (una docena de decisiones en doble instancia), creando una jurisprudencia muy relevante para la aplicación efectiva del Derecho Ambiental en el país. Ha sido un pequeño paso, de importancia formal quizás, pero trascendente en materia de acceso a la Justicia. La tesis *pro accione*, en material ambiental, ha triunfado.

En fin, todavía falta mucho por hacer. Mudar de un *Estado Teatral* o *Mentiroso* a un Estado Real y Efectivo a la hora de proteger el ambiente, proteger el Uruguay Natural, ineludiblemente, es y será tarea primordial del Ministerio Público. Una cosa depende de la otra. Instancias como las que ocurrirán en Bonito, son fundamentales para dar fuerza a la actuación del Ministerio Público, que, en America Latina, sin dudas, tiene un rol constitucional y patriótico en la defensa del medio ambiente y en la custodia de los recursos naturales, tan codiciados por aquellos a quienes poco o nada les importa el destino de las generaciones futuras de esta parte del planeta. *El porvenir nos lo agradecerá*.

DERECHO AMBIENTAL EN VENEZUELA

Isabel de los Ríos*

Introducción

Según su Constitución, norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico, la República Bolivariana de Venezuela es un estado democrático y social de derecho y de justicia, y es un estado federal descentralizado. El Poder Público se distribuye entre el Poder Nacional, el Poder Estadal y el Poder Municipal. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral. La elección del Presidente o Presidenta de la República es por votación universal, directa y secreta y el período presidencial es de seis años, con reelección. El país cuenta con un Ministerio del Ambiente desde 1976.

La ley es el acto sancionado por la Asamblea Nacional, como órgano legislativo. Los actos normativos emanados del Poder Legislativo se clasifican en leyes orgánicas (de mayor jerarquía) y leyes ordinarias. Son orgánicas las así denominadas por la Constitución, las dictadas para organizar los poderes públicos o para desarrollar los derechos constitucionales y las que sirvan de marco normativo a otras leyes. No obstante, el artículo 236.8 de la Constitución prescribe como atribuciones y obligaciones del Presidente de la República "Dictar, previa autorización por una ley habilitante, decretos con fuerza de ley". Los actos administrativos de alcance general son los decretos (del Presidente de la República en Consejo de Ministros) y las resoluciones (de uno o varios ministros).

Así, la jerarquía de la normas es: Constitución, tratados internacionales, leyes orgánicas, leyes ordinarias, decretos y resoluciones. Las normas de los estados federales y los municipios tienen vigencia en su ámbito espacial. Los de los primeros son leyes estadales y los de los segundos son ordenanzas.

Venezuela ha contado desde los tiempos coloniales con un cuerpo normativo ambiental, habiendo sido el primer texto jurídico la Ordenanza sobre Contaminación de Aguas Provenientes de Tenerías, de abril de 1594, pasando, ya en la época republicana, por los decretos conservacionistas del Libertador y más profusamente en el pasado siglo, con la primera Ley de Bosques de 1910.

Ese material, abundante, disperso y en ocasiones poco armónico, con la Ley Orgánica del Ambiente en 1976 dio un giro al provocar la creación de instituciones especializadas; la aparición de una variedad de leyes, decretos, resoluciones y ordenanzas coherentes; la elaboración de estudios jurídicos; y la sensibilización pronunciada de la colectividad hacia los problemas del entorno. Con esa ley arranca el Derecho Ambiental, con objetivo y principios diferenciados de otras ramas.

Son numerosas las leyes sobre el tema, algunas anteriores a la Ley de 1976, como Ley de Abonos y demás agentes susceptibles de operar una acción beneficiosa en plantas, animales, suelos y agua, la Ley Forestal de Suelos y de Aguas y la Ley de Protección a la Fauna Silvestre, otras como la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio y la Ley Penal del Ambiente, y ahora las posteriores a 2000, como la Ley de Gestión de la Diversidad Biológica, Decreto-Ley Orgánica de Espacios Acuáticos, Ley de Residuos y Desechos Sólidos, Decreto-Ley de Zonas Costeras, Ley de Semillas, Ley de Aguas, Decreto-Ley de Salud Agrícola Integral, entre otros. En cuanto a los textos de rango sublegal, decretos y resoluciones, el conjunto es, obviamente, mucho más abundante. La reglamentación sobre áreas de administración especial es particularmente severa, Venezuela posee un importante sistema de áreas protegidas, con un total de 246 áreas declaradas.

1 Previsión para la defensa del medio ambiente en la Constitución como derecho fundamental

La Constitución (Gaceta Oficial nº 5.453 del 24-03-2000) que se dio Venezuela el último día del siglo pasado fue derivada de un largo proceso de consultas populares. Los cambios son sustanciales, sobre todo en materia ambiental. Dentro del título de los Deberes, Derechos Humanos y Garantías se consagra el derecho al ambiente sano, seguro y ecológicamente equilibrado. Pero las preocupaciones ambientales en el nuevo texto constitucional no aca-

* Abogada egresada de la Universidad Central de Venezuela. Doctora en Derecho del Ambiente y Ordenación del Territorio por la Universidad de Ciencias Jurídicas de Estrasburgo, recibida con el más alto honor de las universidades francesas: "Muy honorable y con elogio especial del jurado" (única vez que se otorgó en esa universidad para esa especialidad en los primeros 25 años del doctorado). Especialista en Ciencias Penales por la Universidad Externado de Colombia. Bogotá y U.C.V. Diplomada por la Universidad de Ciencias Jurídicas de Estrasburgo en Contaminación y Molestias Ambientales y en Derecho Comparado del Ambiente. Es docente, categoría titular, Coordinadora del Postgrado en Derecho Ambiental y Desarrollo Sustentable del Centro de Estudios del Desarrollo de la UCV. Profesora de Teoría General del Derecho Ambiental, Principios de Derecho Ambiental, Derecho Penal del Ambiente y Derecho al ambiente sano. Autora de varias obras jurídicas y artículos en revistas especializadas. Fue asesora de la Asamblea Nacional Constituyente para la redacción de la Carta Magna de 1999 y es Asesora de la Asamblea Nacional en materia ambiental.

ban allí, por el contrario, el interés por el ambiente aparece como eje a lo largo de todo su articulado. Más de treinta artículos y el preámbulo tocan el asunto, y no en materias de poca monta. Primero, el ambiente aparece como eje transversal y, segundo, en lugar privilegiado.

Como fundamento de la seguridad del Estado, elevándolo a la categoría de bien jurídico protegido, digno de tutela penal; consagrándolo como un derecho fundamental, equivalente a la vida e incluso por encima del derecho a la propiedad, a la salud y a la educación; considerándolo como fin del Estado, como fundamento de la seguridad de la Nación y como fundamento del régimen socioeconómico de la República; adoptando la planificación como herramienta fundamental de la gestión ambiental; adoptando el modelo económico del desarrollo sustentable, esto es, un desarrollo ambientalmente aceptable; incluyendo los recursos naturales como parte de la soberanía; declarando las aguas del dominio público del Estado; incorporando como obligación del Estado y de los particulares la protección del ambiente; incluyendo el ambiente como limitación para ejercer actividades económicas; consagrando el derecho al ambiente como derecho transgeneracional; reconociendo los conocimientos y culturas tradicionales de los pueblos indígenas; haciendo obligatoria la educación ambiental en todos los niveles de la educación; admitiéndolo como una de las bases para favorecer la integración latinoamericana y caribeña e, incluso, declarándolo como circunstancia para dictar estado de excepción.

Virtualmente no existe punto notable de la vida nacional que escape a las previsiones ambientales, pues el ambiente constituye la noción que apuntala las otras y, al mismo tiempo, los hilvana. Esto no fue producto del acaso, el constituyente tomó esta vía de modo más que consciente, como lo demuestra la exposición de motivos: "los principios contenidos en este capítulo (el consagrado a los derechos ambientales) encuentran su transversalización a través de otras disposiciones y principios que tienen como finalidad el desarrollo ecológico, social y económicamente sustentable de la Nación". En otras palabras, todo el desarrollo de la Nación, se realizará sobre bases ecológicas y ambientalmente admisibles.

Es relevante el artículo 127, consagratorio del derecho al ambiente:

> *Artículo 127: Es un derecho y un deber de cada generación proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma y del mundo futuro. Toda persona tiene derecho individual y colectivamente a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado. El Estado protegerá el ambiente, la diversidad biológica, genética, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica. El genoma de los seres vivos no podrá ser patentado, y la ley que se refiera a los principios bioéticos regulará la materia. Es una obligación fundamental del Estado, con la activa participación de la sociedad, garantizar que la población se desenvuelva en un ambiente libre de contaminación, en donde el aire, el agua, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono, las especies vivas, sean especialmente protegidos, de conformidad con la ley.*

Interpretando el texto constitucional, puede decirse que la cualidad de sano exige un ambiente no solo libre de contaminación sino donde la vida de todos sus integrantes sea posible en un nivel óptimo; atendiendo a la OMS, que ha definido la salud como "el estado de completo bienestar físico, mental y social y no la mera ausencia de enfermedad", lo cual puede extrapolarse al ambiente. La idea del ambiente seguro va ligada a la ausencia de riesgo, porque se han previsto sus causas, sea para descartar el propio acontecimiento riesgoso, sea para eliminar o disminuir sus efectos. Por último el ambiente debe ser ecológicamente equilibrado, lo cual supone su funcionamiento de acuerdo a sus propias leyes naturales, sin perturbaciones que produzcan el agotamiento o el exceso de alguno de sus elementos, sin alteraciones sensibles en sus componentes.

2 Principios de derecho ambiental reconocidos en Venezuela

Además de los principios internacionales aceptados expresamente por constar en los diversos tratados ambientales de los que Venezuela es Parte, se pueden mencionar los recogidos en la legislación interna.

2.1 Principio del enfoque holístico de los asuntos ambientales

El ambiente es algo más que la suma de sus partes, pues estas no pueden analizarse aisladamente, al contrario, el tratamiento jurídico debe tomar muy en cuenta los complicados procesos de interactuación entre ellas. El texto constitucional hace 19 referencias al vocablo ambiente o ambiental y son muchas más las realizadas a cuestiones tales como los recursos naturales o la diversidad, abarcando más que los simples recursos naturales renovables agua, suelo, flora y fauna, pues incluye la diversidad biológica, la diversidad genética, los procesos ecológicos, las especies migratorias y los recursos que se encuentran en su territorio.

Es interesante la toma de posición de la Constitución respecto a las relaciones que se establecen entre los seres vivos y su entorno y los procesos naturales de esas relaciones. Así, se adhiere al enfoque holístico y sistémico de los asuntos ambientales para comprenderlos en toda su dimensión y complejidad, pues su artículo 128 estipula concretamente: "El Estado desarrollará una política de ordenación del territorio atendiendo a las realidades ecológicas, geográficas, poblacionales, sociales, culturales, económicas, políticas, de acuerdo con las premisas del desarrollo sustentable, que incluya la información, consulta y participación ciudadana". El artículo 8º de la LOA, lo ratifica:

La gestión del ambiente se aplica sobre todos los componentes de los ecosistemas, las actividades capaces de degradar el ambiente y la evaluación de sus efectos.

2.2 Principio de la compatibilidad ambiente/desarrollo

Quizá en este se basa toda la gestión ambiental: ambiente y desarrollo deben ser compatibles; la humanidad no puede estancarse en su evolución, este es uno de sus objetivos primordiales y permite proporcionar bienestar a los miembros de la colectividad. Obviamente, el desarrollo no puede alcanzarse sin el aprovechamiento de los recursos naturales, pero la intervención en la naturaleza debe ser de tal forma que su capacidad de regeneración no sea rebasada. Una buena política ambiental no solo no significa una traba al desarrollo sino que es su condición sine qua non.

Los Principio 8 y 10 de Estocolmo declaran el paralelismo entre los factores económicos y ecológicos, al dejar sentado que el desarrollo económico y social es indispensable para asegurar al hombre un ambiente de vida y trabajo favorable y mejorar la calidad de la vida y que han de tenerse en cuenta tanto los factores económicos como los procesos ecológicos. En Río este principio toma la prioridad 1:

Principio 1: *Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sustentable. Tienen derecho a una vida saludable y productiva, en armonía con la naturaleza.*

Nuestra Ley Orgánica del Ambiente (Gaceta Oficial 5833 del 22-12-2006. L.O.A., en lo adelante) desde el propio artículo 1 lo recoge: *"Esta Ley tiene por objeto establecer las disposiciones y los principios rectores para la gestión del ambiente, en el marco del desarrollo sustentable como derecho y deber fundamental del Estado y de la sociedad, para contribuir a la seguridad y al logro del máximo bienestar de la población y al sostenimiento del planeta, en interés de la humanidad"*. Esto es, la conservación, defensa y mejoramiento del ambiente no son un fin en sí mismo, se realiza para la consecución de un interés superior: una calidad de vida óptima.

2.3 Principio de sustentabilidad

Si bien se declara reiteradamente que este principio tienen su origen en el Informe Brundtland, 1988, ya fue captado en el Preámbulo de la Declaración de Estocolmo *(La defensa y el mejoramiento del medio ambiente humano para las generaciones presentes y futuras se han convertido en meta imperiosa de la humanidad. La Conferencia encarece a los gobiernos y a los pueblos que aúnen sus esfuerzos para preservar y mejorar el medio ambiente en beneficio del hombre y de su posteridad.); en el Principio 2 (Los recursos naturales de la Tierra [...] deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante una cuidadosa planificación u ordenación, según convenga);* y en el Principio 5 de la misma Declaración *(Los recursos no renovables de la Tierra deben emplearse de forma que se evite el peligro de su futuro agotamiento y se asegure que toda la humanidad comparta los beneficios de tal empleo).*

Al fundamentar la Constitución Bolivariana la seguridad de la Nación en la satisfacción progresiva de las necesidades de los venezolanos, pero no de manera ilimitada sino sobre las bases de un desarrollo sustentable, se debe concluir que acogió este modelo de desarrollo. Esto supone el reconocimiento de un modelo que propone ordenar eficientemente los ecosistemas en beneficio del hombre y establecer condiciones ambientales adecuadas a la mejor calidad de vida y el derecho de las generaciones futuras a vivir en un planeta habitable.

Y esto no es simple inferencia, está netamente expuesto en el texto constitucional. Varios artículos se pronuncian específicamente acerca del desarrollo sustentable: el 123, en relación a los pueblos indígenas; 128, en la consagración del ambiente como derecho fundamental; el 304, por la agricultura sustentable; el 307, en la ordenación sustentable de las tierras de vocación agrícola; el 310, sobre turismo sustentable; y el 326, referente a la seguridad de la Nación, y otros, que aun cuando obvian la expresión, no hacen otra cosa sino acoger el principio al exigir que el desarrollo que se logre en el país sea sobre bases ambientalmente aceptables.

2.4 Principio del reconocimiento del ambiente como bien jurídico

No se pude pasar por alto la consagración del ambiente como bien jurídico, hecho ya reconocido anteriormente en Venezuela desde 1976 en la L.O.A., pero ahora con rango constitucional. El reconocimiento es de suyo sustancial, elimina cualquier posibilidad de considerarlo simplemente como un bien con valor económico, para considerarlo con un valor per se, jurídicamente protegido. La mención a los bienes jurídicos ambientales aparece en el preámbulo.

2.5 Principio de la soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales

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

No obstante su origen, este principio debió ser duramente reivindicado por los países en desarrollo, que finalmente encontraron aceptada su postura en el Convenio de Diversidad Biológica, tras largos años de lucha en contra de la tesis de los países industrializados. Nacionalmente encuentra su consagración en el artículo 11 Constitucional, donde se recoge que la soberanía plena de la República se ejerce en los espacios continental e insular, lacustre y fluvial, mar territorial, áreas marinas interiores, históricas y vitales y las comprendidas dentro de las líneas de base recta que ha adoptado o adopte la República; el suelo y subsuelo de éstos; el espacio aéreo continental, insular y marítimo y los recursos que en ellos se encuentran, incluidos los genéticos, los de las especies migratorias, sus productos derivados y los componentes intangibles que por causas naturales se encuentren.

2.6 Principio de prevención

La prevención es la tendencia natural en material ambiental, toda vez que ella significa impedir que sobrevengan daños al ambiente a través de la adopción de medidas desde el inicio de las actividades capaces de causar daños al entorno e, incluso antes, desde la elaboración de los planes respectivos. Este principio marcó las normas ambientales internacionales desde sus inicios y se basa en una realidad: la corrección de daños ambientales no solo es más costosa y difícil sino que en ocasiones deviene imposible, con relación a la prevención de los daños desde la fuente. El artículo 4 de la L.O.A. lo incluye dentro de los principios para la gestión ambiental. Tiene repercusiones en cuanto a los mecanismos de aplicación:

2.6.1 *Principio de la planificación como herramienta esencial*

Llama la atención las veces que la Declaración de Estocolmo se refiere a la necesidad de la planificación. Comienza en el *Principio 2, citado en el punto 2.3.*

Los Principios 4, 13, 14, 15 y 17 lo reiteran. El artículo 128 constitucional venezolano, lo recoge al determinar que el Estado desarrollará una política de ordenación del territorio atendiendo a las realidades ecológicas, geográficas, poblacionales, sociales, culturales, económicas, políticas, de acuerdo con las premisas del desarrollo sustentable, que incluya la información, consulta y participación ciudadana.

Esta norma es de la mayor relevancia, por cuanto reconoce como herramienta fundamental de la gestión ambiental la ordenación del territorio. Esto supone la planificación de las actividades económicas y sociales de la población y la ocupación ordenada del espacio geográfico, atendiendo a las características del espacio físico, con el fin de armonizar las necesidades de la población con el mejor aprovechamiento de los recursos naturales y la protección y valoración del ambiente, dicho de otro modo, con la utilización racional de los recursos naturales.

2.6.2 *Principio de la obligatoriedad de los estudios de impacto*

Con este principio se buscar evitar que las obras humanas produzcan impactos negativos sobre el ambiente, o de no ser posible su eliminación, esos efectos sean minimizados, a través de la evaluación de las posibles consecuencias infaustas sobre el ambiente, antes mismo de que la obra sea autorizada.

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

En Venezuela está consagrado en la primera parte del artículo 129 de la Constitución: *Todas las actividades susceptibles de generar daños a los ecosistemas deben ser previamente acompañadas de estudios de impacto ambiental y socio cultural.* Este enunciado no debe entenderse como la exigencia de tal estudio para cualquier actividad humana, sino para aquellas capaces de causar un daño a un ecosistema, esto es, una actividad de la suficiente magnitud para que ello ocurra.

2.7 Principio de precaución

Siendo tan graves los efectos de gran parte de la mayoría de los atentados contra el ambiente, y los peligros de que sean irreversibles, uno de los

principios más nuevos en esta materia es el de negar como apoyo a la hora de tomar decisiones con potenciales efectos sobre el ambiente, el argumento de la falta de certeza científica. Así se declara en el Principio 15 de Río: Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación.

La Declaración de Johannesburgo reitera el criterio, y aunque el de prevención reinó desde Estocolmo hasta finales del siglo pasado, el de precaución se impone en el XXI. Va bastante más allá, pues el primero se basa en la previsibilidad de los acontecimientos, vale decir, en la certeza del hecho y de sus efectos, y, por el contrario, el precautorio encuentra su fundamento en una falta de certeza, en una incertidumbre, en la imprevisibilidad. Ha sido asumido en numerosas leyes ambientales venezolanas, comenzando por la L.O.A., en su artículo 4, como principio de la gestión ambiental.

2.8 Principio quien contamina responde por los costos

Este es uno de los primeros principios aceptados en Derecho Ambiental, y tiene su origen en la teoría económica según la cual los costos sociales derivados de la producción industrial deben ser internalizados, es decir, considerados por los responsables de los proyectos dentro de sus costos de producción. Es diáfano el Principio 16 de Río: *Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que quien contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés publico y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales.*

El numeral 8 del artículo 4 de la L.O.A. lo expresa: La responsabilidad del daño ambiental es objetiva y su reparación será por cuenta del responsable de la actividad o del infractor. Igualmente los artículos 115 y 116 eiusdem:

> *Artículo 115: Los costos y gastos justificados en que incurra la administración por el procedimiento administrativo, serán imputados a los responsables de la infracción, lo cual se determinará en el acto administrativo sancionatorio.*
>
> *Artículo 116: La responsabilidad derivada de daños causados al ambiente es de carácter objetiva, la simple existencia del daño determina la responsabilidad en el agente dañino de haber sido el causante de ese daño, y por tal quien deberá indemnizar los daños y perjuicios causados por su conducta. Queda exceptuada el de probar el nexo de causalidad entre la conducta ejercida y el daño causado, bastando la simple comprobación de la realización de la conducta lesiva.*

2.9 Principio quien infringe responde administrativa o penalmente

Si bien la prevención es y debe seguir siendo lo deseable en material ambiental, es preciso contar con casos donde la prevención falle. En este sentido resulta interesante la Resolución nº 5 de 1977 del Consejo Europeo del Derecho del Ambiente, según la cual "valor fundamental como la vida o la propiedad privada y pública, el ambiente debe ser protegido al mismo tiempo por el Derecho Penal: al lado del asesinato o del robo, cada código penal debe comprender penalidades por contaminación, molestias, destrucción, degradación y otros daños a la naturaleza".

Tocante a Venezuela, la L.O.A., en su artículo 108, declara al ambiente como bien jurídicamente protegido así como la obligación de establecer el régimen penal respectivo: "En ejecución de esta Ley, deberán dictarse las adecuadas normas penales y administrativas en garantía de los bienes jurídicos tutelados por la misma."

2.10 Principio de corresponsabilidad

Una de las características de los derechos de la solidaridad es que además de un derecho constituyen un deber, característica a las que se debe principalmente su nombre. El principio de corresponsabilidad o de participación ciudadana, incluye derechos y deberes. Dentro de los primeros, el acceso a la información, la oportunidad de participar en la toma de decisiones relativas a su medio ambiente, el derecho a la educación ambiental y el derecho a ser indemnizado como víctima; dentro de los segundos, el deber de colaborar en la protección del ambiente.

Se destacan, también de Estocolmo, los principios 23 y 24, que consagran el derecho el derecho de las personas a participar en el proceso de preparación de las decisiones sobre su ambiente y de ejercer los recursos para obtener una indemnización cuando haya sido objeto de daño, y el deber de procurar que se observen los objetivos de esa Carta.

En la Declaración de Río se encuentran también explícitos esos derechos y deberes en el principio 10, y en los nº 20 al 22 se exige ya la participación de categorías de personas específicas; tratan de la necesidad imperiosa de contar con la participación de la mujer, de los jóvenes y de las comunidades indígenas para lograr el desarrollo sustentable. La participación ciudadana es uno de los logros de la Constitución venezolana de 1999, por ello aparece en numerosísimos artículos, de los cuales se invocan ahora solo dos: el ya varias

veces mencionado 127,que hace referencia a "la activa participación de la sociedad", y el siguiente:

> *Artículo 62: Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas. La participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública es el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo. Es obligación del Estado y deber de la sociedad facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica.*

Es un principio de la política ambiental consagrado en el artículo 4 de la L.O.A. y su Título IV le es dedicado conjuntamente con la educación ambiental. Para lograr la participación de la ciudadanía es indispensable la información y la educación ambiental, por cuanto sólo debidamente informados es posible elegir en libertad, por lo cual se incluyen dentro del derecho a la participación.

2.10.1 *Principio del derecho de acceso a la información*

El mismo Principio 10 de la Declaración de Río manifiesta que en el plano nacional, toda persona deberá tener el mismo acceso adecuado a la información sobre el ambiente que las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones:

> *"Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre estos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes".*

En la Constitución venezolana aparece explicitado en el artículo 120 en cuanto a los pueblos indígenas. El dispositivo prevé que el aprovechamiento de los recursos naturales en los hábitats indígenas por parte del Estado se hará sin lesionar la integridad de los mismos y sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas. En la L.O.A. consta en el artículo 24 (como lineamiento para la planificación ambiental); artículo 35 (como lineamiento para la educación ambiental); y todo el Título VI.

2.10.2 *Principio del derecho a la educación ambiental*

La Declaración de Estocolmo le dedica a este último el Principio 19, al señalar como indispensable una labor de educación en cuestiones ambientales,

tanto para las generaciones jóvenes como a los adultos, con la debida atención al sector de población menos privilegiado, para ensanchar las bases de una opinión pública bien informada y de una conducta inspirada en el sentido de su responsabilidad en cuanto a la protección y mejoramiento del medio en toda su dimensión humana.

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

Y el artículo 107 constitucional contempla la educación ambiental como obligatoria en todos los niveles y modalidades del sistema educativo, así como también en la educación ciudadana no formal. Como quedó dicho supra, comparte con la participación ciudadana el Título IV de la L.O.A..

2.11 Principio de la abolición de los derechos adquiridos

En materia ambiental ha sido revocado el principio existente en la tradición jurídica de la sacralidad de los derechos adquiridos. En este sentido, una nueva norma ambiental dejará sin efecto cualquier derecho adquirido opuesto, incluso originado en actos administrativos autorizatorios. Obviamente, si las regulaciones ambientales sólo pudieran tornarse exigibles a las nuevas instalaciones o actividades, el Derecho Ambiental perdería todo sentido. Así, pueden declararse limitaciones al derecho de propiedad como las causadas por la declaratorias de áreas naturales protegidas o por los planes de ordenación territorial.

La disposición del artículo 112 de la Constitución también constituye una novedad, por cuanto incluye la protección del ambiente entre las limitaciones que pueden imponerse a los individuos para dedicarse a las actividades económicas de sus preferencias. La Constitución confirma el derecho de las personas a dedicarse libremente a las actividades económicas que prefieran, salvo las limitaciones previstas por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social.

Otra muestra la encontramos en el artículo 4, numeral 7 de la L.O.A.: *" Los derechos ambientales prevalecen sobre los derechos económicos y sociales, limitándolos en los términos establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes especiales".*

No aparece de modo explícito en las convenciones ambientales, pero se deducen del tratamiento que dan a la necesidad de planificar, de regular y controlar el medio ambiente, de aplicar el criterio de precaución, de proteger áreas especiales de valor ambiental, y de promulgar leyes ambientales eficaces.

2.12 Principio del reconocimiento de los conocimientos y cultura de los pueblos indígenas y comunidades locales

Este es uno de los principios ambientales aceptados en la Declaración de Principios de la Reunión Mundial sobre Medio Ambiente de Río de Janeiro en 1992. La Constitución venezolana lo ha tomado en los artículo 119, cuando expresa: "el Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida"; y 120, al referirse al aprovechamiento de los recursos naturales en los hábitats indígenas por parte del Estado, la cual debe hacerse "sin lesionar la integridad cultural, social y económica de los mismos e, igualmente, está sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas".

2.13 Principio de la primacía de las normas internacionales sobre las internas

Los principios internacionales ambientales presentan la novedad de constituirse en obligatorios para los Estados firmantes sin necesidad de posterior aprobación por los organismos legislativos nacionales, como quedó establecido en Río y en las posteriores convenciones mundiales, cuyos mandatos aun cuando originariamente no tenían carácter vinculante fueron acatados por los Estados.

En Venezuela, fue corroborado por el artículo 153 constitucional respecto a los tratados de integración latinoamericana y caribeña, sobre manera los que toquen los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región, pues son considerados parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna. Añadido a esto, según el artículo 23, los tratados pactos y convenciones internacionales relativos a derechos humanos (y para la Constitución venezolana, el derecho al ambiente lo es) tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por la Constitución y las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

2.14 Principio del multilateralismo

Es de los pocos principios que se pueden extraer de la Declaración de la Conferencia de Johannesburgo, pero lo hace de manera enfática. La Declaración de la Conferencia está organizada alrededor de seis ejes principales, de los cuales el quinto se titula *"El multilateralismo es el futuro"* y sus puntos 31 al 33, sostienen que para lograr las metas de desarrollo sustentable se necesitan instituciones multilaterales e internacionales más efectivas, democráticas y responsables.

Este tipo de cooperación internacional tiene como objetivo el garantizar la participación justa y equitativa de todos los países, como manera de luchar contra las posiciones hegemónicas o unilaterales de los países más fuertes, a las cuales está conduciendo la globalización sin reglas de juego que la hagan más cabal y ecuánime. El artículo 153 de la Ley Magna, antes citado, afirma: "La República promoverá y favorecerá la integración latinoamericana y caribeña, en aras de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región. [...]".

2.15 Principio de la consagración del derecho al ambiente como derecho humano fundamental

Es en el Capítulo IX denominado "De los Derechos Ambientales" del título correspondiente a los Deberes, Derechos Humanos y Garantías, donde se plantea el derecho al medio ambiente como un derecho fundamental. En efecto, todo el capítulo, integrado por tres artículos, es dedicado al asunto ambiental, si bien, no todo corresponde, como su título deja sospechar, a derechos. De hecho, sólo el primero de ello es el consagratorio, como ya fue dicho en el punto primero.

2.16 Otros principios constitucionales

Además de los internacionales, el texto ha recogido otros, que han constituido un vuelco en la legislación patria en general, y en la ambiental en particular.

2.16.1 *Declaratoria de la publicidad de las aguas*

Una de las disposiciones más novedosas y revolucionarias es la declaratoria de todas las aguas como bienes del dominio público. El artículo 304, además de recoger el principio, declara las aguas insustituibles para la vida y el desarrollo, además de manifestar que una ley establecerá las disposiciones necesarias a fin de garantizar su protección, aprovechamiento y recuperación, respetando las fases del ciclo hidrológico y los criterios de ordenación del territorio. Traslada así un principio ecológico, como es el de la unidad del ciclo

hidrológico, al ámbito legal, aceptándolo como norma jurídica, y trastoca todo el sistema del Código Civil en la materia.

2.16.2 *El ambiente como fundamento de la seguridad de la Nación*

Este principio aparece claramente formulado en el Capítulo de los Principios de Seguridad de la Nación, en el artículo 326 al señalar que la seguridad de la Nación se fundamenta en la corresponsabilidad entre el Estado y la sociedad civil cumplir con los principios de independencia, democracia, igualdad, paz, libertad, justicia, solidaridad, promoción y conservación ambiental y afirmación de los derechos humanos, y en la satisfacción progresiva de las necesidades de los venezolanos, sobre las bases de un desarrollo sustentable.

2.16.3 *El ambiente como fundamento del régimen socioeconómico*

El artículo 29 dicta que el régimen socioeconómico de la República encuentra sus fundamentos entre otros principios, en la protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad. Igual se pronuncia en cuanto a algunas actividades económicas como la agricultura, la pesca, el desarrollo rural y el turismo.

2.16.4 *El ambiente como circunstancia para dictar estado de excepción*

También esta es una disposición novedosa, por cuanto el texto anterior solo se podía decretar estado de emergencia en caso de conflicto interior o exterior, o cuando existieran fundados motivos de que uno u otro ocurrieran.

Ahora, el artículo 337 faculta al Presidente o Presidenta de la República, en Consejo de Ministros, para decretar los estados de excepción, calificando expresamente como tales las circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de los ciudadanos, a cuyo respecto resultan insuficientes las facultades con las cuales se cuentan para hacer frente a tales hechos. El artículo 338 añade que podrá decretarse el estado de alarma cuando se produzcan catástrofes, calamidades públicas u otros acontecimientos similares que pongan seriamente en peligro la seguridad de la Nación o de sus ciudadanos o ciudadanas.

3 Estructura del sistema de responsabilidad por daños al ambiente y por crímenes ambientales

La prescripción indicada por la norma se halla respaldada por la sanción material, consecuencia del incumplimiento del deber jurídico, pudiendo consistir en deberes impuestos al sancionado y coincidentes con los otros cuya inobservancia le hizo merecedor del castigo (como la obligación al retorno de la situación anterior a la comisión de la conducta prohibida), o en la pérdida de derechos preexistentes (como por ejemplo la privación de la libertad o de parte de su patrimonio).

Entendida la sanción genéricamente como una consecuencia del incumplimiento de un deber jurídico, es preciso concluir que puede ser de diversa índole, fundamentalmente civil (originada por actos ilícitos que fundamentan la obligación de reparar el daño, en especie o en equivalente) y administrativa y penal.

Aunque el derecho ambiental es eminentemente preventivo, es preciso contar con que esa prevención falle, así no fuera más que por actos accidentales, y se produzcan lesiones al entorno, por ello es preciso una legislación ambiental con postulados claros relativos al tema de la responsabilidad penal y administrativa en caso de desacato, y así mismo concientizar tanto a las autoridades encargadas de vigilar su cumplimiento como a los particulares que han sufrido mermas económicas por lesiones a bienes ambientales o que han visto cercenado su derecho fundamental a un medio ambiente sano, a fin de buscar las mejores soluciones para revertir las situaciones de peligro o de deterioro.

3.1 Responsabilidad civil

El principio general de la responsabilidad civil extracontractual en Venezuela tiene su origen en un hecho ilícito, contemplada en los artículos 1185 al 1192 del Código Civil. Se verá el régimen especial para ambiente.

3.1.1 *Naturaleza y propiedad de los bienes ambientales*

Conviene referirse previamente por la particularidad del ambiente, al bien objeto de la agresión. Según la Constitución, el ambiente está formado por el aire, el agua, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono, las especies vivas, los recursos, incluidos los genéticos que se encuentran en el suelo y subsuelo; el espacio aéreo continental, insular y marítimo, las especies migratorias, sus productos derivados, y los componentes intangibles. Para la L.O.A., el ambiente lo integran los suelos, aguas, flora, fauna, fuentes energéticas y de más recursos naturales, continentales y marinos, el paisaje; el clima,

los ecosistemas naturales. Lejos está de agotarse en estas listas el amplio espectro abarcado por el ambiente, pero sirven de orientación.

El segundo aspecto al que habría que hacer referencia es el de la propiedad de los elementos que forman el ambiente, dada la naturaleza pública o colectiva de la mayoría de los bienes ambientales. El tema viene a cuento doblemente, porque al hablar de daño, siempre se estará haciendo alusión a bienes que, con independencia de su valor ambiental, tienen un valor económico y un propietario que podrá ejercer las acciones correspondientes; en otras palabras, de este punto va a depender la legitimación activa, la ejerza un particular o el Estado. Pero también es preciso conocer acerca de la propiedad, por cuanto los propietarios deben responder por los daños emanados de sus predios u originados en ellos.

3.1.2 *Presupuestos de la responsabilidad civil*

La determinación de la responsabilidad civil originada en hecho ilícito se fundamenta en un daño y se concreta en la obligación de resarcirlo. Para tal cosa varios requisitos se mostraban indispensables, lo que ha variado en gran medida, pero lo que obliga a mencionarlos en su totalidad. El artículo 1.185 del Código Civil expresa: "*El que con intención, o por negligencia o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo. Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho.*

3.1.2.1 El hecho

Ciertamente, en primer lugar, debe haber un hecho ilícito voluntario o involuntario, productor del daño y con una repercusión jurídica. Y la responsabilidad se va a manifestar sea ese hecho propio, sea hecho ajeno (el padre, la madre o el tutor responden por el hecho de los menores que habiten con ellos; los dueños y los principales o directores son responsables del daño causado por el hecho ilícito de sus sirvientes y dependientes, en el ejercicio de las funciones en que los han empleado; el dueño del animal responde por los daños que causen), por abuso de derecho y por guarda de cosas (la persona es responsable del daño causado por las cosas que tiene bajo su guarda; el propietario de cualquier construcción arraigada al suelo, es responsable del daño causado por la ruina de éstos).

En ambiente, en una altísima proporción, los daños derivan de los hechos de las personas jurídicas con ocasión de las actividades industriales.

3.1.2.2 El daño

El tipo de bien protegido convierte el daño ambiental en único respecto de aquellos a que hace referencia el Código Civil, no solo por cuanto escapa de la esfera de la propiedad individual sino por la importancia que para él reviste los factores temporal y espacial, pues un daño ambiental puede tardar considerablemente en manifestarse, de igual manera que su esfera territorial no se limita al lugar en que se produjo el hecho perturbador. Entonces, puede afirmarse como características propias del daño ambiental su extraterritorialidad, que aun cuando vulnere bienes privados repercute siempre sobre los de interés colectivo, sus efectos prolongados y su manifestación tardía.

La L.O.A. ha definido el daño ambiental como toda alteración que ocasione pérdida, disminución, degradación, deterioro, detrimento, menoscabo o perjuicio al ambiente o a alguno de sus elementos.

3.1.2.3 El nexo causal y la imputación de la responsabilidad

La estimación del vínculo existente entre el resultado dañoso y lo que lo produjo para determinar el responsable, resulta muchas veces difícil de establecer y, en ocasiones, imposible. Sobre manera cuando la agresión tiene efectos futuros, en caso de coexistir varios agentes, cuando los efectos son acumulativos y cuando se agrava por la persistencia o suma de algunos elementos degradantes, casos usuales en esta materia.

De esto han derivado teorías para intentar solventar una situación imposible de manejar con la solución clásica, y se han propuesto, incluso en directivas regionales y en leyes nacionales, algunas respuestas como flexibilizar el nexo causal, invertir la carga de la prueba en perjuicio del demandado, relajar la carga de la prueba del demandante o distribuir la responsabilidad cuando hay varios demandados.

Otro asunto delicado en materia de responsabilidad civil es el concerniente a la imputación. El régimen común en materia civil corresponde a la responsabilidad subjetiva, basada en la culpa, sea por negligencia, imprudencia, impericia, poco adecuado en materia de daños a bienes ambientales. Pero actualmente comienzan a aceptarse otros criterios, como el de responder si ha habido conocimiento de que la actividad puede causar daños o de que existen riesgos.

En Venezuela, ambos asuntos fueron resueltos por el artículo 116 de la L.O.A.: "*La responsabilidad derivada de daños causados al ambiente es de carácter objetiva, la simple existencia del daño determina la responsabilidad en el agente dañino de haber sido el causante de ese daño, y por tal quien deberá indemnizar los daños y perjuicios causados por su conducta. Queda exceptuada de probar el nexo de causalidad entre la conducta ejercida y el da-*

ño causado, bastando la simple comprobación de la realización de la conducta lesiva".

No obstante, la reparación civil por daños a bienes ambientales es muy escasamente invocada, casi se diría inexistente, prevaleciendo el ejercicio de las acciones penales y administrativas, y ello sobre todo es así en el caso del Ministerio Público, organismo con la responsabilidad de ejercer la acción civil por daños ambientales en caso de delito pero que sistemáticamente lo obvia.

3.1.3 *Tipos de reparación*

Habiendo sido reconocido el derecho a una reparación civil por daños causados al ambiente, la obligación puede ser ejecutada in natura o en especie, esto es, exactamente como se contrajo, o por equivalente, esto es, pecuniariamente. Para el caso de hacer efectiva la responsabilidad civil por daños causados al ambiente, cualquiera de las medidas para la reparación in natura puede ser útilmente invocada. La ejecución en especie es la forma ordinaria, normal, del cumplimiento, aunque no se plantea como en la legislación argentina, soluciones expresas sobre la obligatoriedad de este tipo de reparación. Sin embargo, hay un punto en que se tocan el tipo de reparación y la legitimación activa, y se verá a continuación.

3.1.4 *Legitimidad para demandar*

Por supuesto, gozando la responsabilidad civil en materia ambiental de los mismos principios de la reparación civil en general, juegan las mismas reglas del interés procesal para ejercer la acción, esto es, el accionante privado debe poseer un interés legítimo, personal y directo cuando se trate de daños a bienes ambientales de propiedad particular, si es el caso de demandar la reparación civil por equivalentes. Tal requisito no se aplica para la reparación in natura, pues pueden demandarla asociaciones o grupos, pero estos no podrán exigir indemnización sino la recuperación ambiental. Es relevante la decisión del Tribunal Supremo de Justicia (Sentencia de fecha 30-06-2000, caso: Dilia Parra Guillen contra Comisión Legislativa Nacional):

> *"La obtención de una indemnización para ser repartida entre quienes no la demandan, no puede ser solicitada por una persona individual, sino por un ente dotado de la legitimación para obrar por la sociedad en general, quien será el que distribuya la indemnización conforme a derecho. La obtención de una indemnización, responde a un derecho subjetivo y personal en obtenerla; de allí la imposibilidad de que cualquier particular la pida en beneficio del grupo social indeterminado, pero ese es un interés (el indemnizatorio) distinto al que utiliza el demandante que trata de detener o revertir la lesión que se causa a la población en general".*

3.1.5 *Responsabilidad civil derivada de delitos*

En caso de sobrevenir daños con la comisión de delitos se pronuncia el artículo 20 de la Ley Penal del Ambiente (Gaceta Oficial Nº 4.358 extraordinario del 03-01-1992): *"De todo delito contra el ambiente, nace acción penal para el castigo del culpable. También puede nacer acción civil para el efecto de las restituciones y reparaciones a que se refiere esta Ley".*

Como ordena el artículo 21 eiusdem, la acción civil será ejercida por el Ministerio Público, corroborado por el artículo 50 del Código Orgánico Procesal Penal (Gaceta Oficial nº 38.536 de fecha 04-10-2006. C.O.P.P., en lo adelante): Cuando los delitos hayan afectado intereses colectivos o difusos la acción civil será ejercida por el Ministerio Público. A ello se debe añadir que el C.O.P.P. considera entre las víctimas, en el artículo 119,4, a las asociaciones, fundaciones y otros entes, en los delitos que afectan intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la agrupación se vincule directamente con esos intereses y se hayan constituido con anterioridad a la perpetración del delito. Por lo tanto, esas agrupaciones, en tanto que víctimas, como lo estima el artículo 120,5, eiusdem, pueden ejercer las acciones civiles con el objeto de reclamar la responsabilidad civil proveniente de hechos punibles, con los matices vistos en el punto anterior.

Y sobre la oportunidad y calidad del pronunciamiento sobre la responsabilidad civil derivada de delito, el artículo 26 de la Ley Penal del Ambiente (L.P.A. en lo adelante) aclaraba los dos puntos: *"En la sentencia definitiva, el juez se pronunciará sobre la responsabilidad civil del enjuiciado y, en su caso, de la persona jurídica. Igualmente aplicará la sanción que corresponda según el artículo 5º de esta Ley".* Esto ha sido derogado en parte, pues si bien el juez deberá pronunciarse sobre la responsabilidad civil, y del modo antes descrito, no podrá hacerlo en la misma sentencia: deberá esperar la decisión sobre el delito para poder iniciar la parte civil del procedimiento, según lo ha modificado el C.O.P.P.:

"Artículo 51: *La acción civil se ejercerá, conforme a las reglas establecidas por este Código, después que la sentencia penal quede firme, sin perjuicio del derecho de la víctima de demandar ante la jurisdicción civil."*

Sobre el pronunciamiento del juez, el Artículo 133 de la L.O.A., en cuanto al modo de responder civilmente, añade: *"En toda sentencia condenatoria por los delitos en los cuales resulten daños o perjuicios contra el ambiente o los recursos naturales, el juez impondrá al responsable o responsables la obligación de ejecutar las medidas restitutivas correspondientes, re-*

parar los daños causados por el delito e indemnizar los perjuicios". Continúa el artículo indicando las posibles medidas, como la modificación de construcciones violatorias, la restauración de los lugares degradados al estado más cercano posible a los de antes de la degradación, o el saneamiento o reordenación del espacio a fin de tornarlo utilizable ambientalmente con otro uso distinto al original, en aquellos casos en que el daño sea irreparable, al punto de resultar imposible recuperar la vocación inicial del suelo.

3.1.6 *Estimación de la cuantía*

Este es otro escollo, y no el menor, con el que se topa quien pretenda una reparación civil por daños a bienes ambientales, pues sin la valoración del daño es imposible pretender su resarcimiento. las soluciones legales son siempre más fáciles que llevarlas a la práctica. La determinación del monto de los daños está tratado en los artículos 129 y 134 de la L.O.A.:

> *Artículo 129: La determinación de la cuantía del daño se hará por experticia que determine lo pertinente, la cual se agregará al expediente correspondiente y servirá de base para las sanciones y medidas ambientales.*
>
> *Artículo 134: Conjuntamente con las sanciones y las medidas reparatorias, el juez podrá acordar en las sentencias la obligación de realizar experticias a costa del condenado, cada año y hasta por el lapso de 10 siguientes a la sentencia definitiva, a fin de determinar la efectiva eliminación de los riesgos ambientales, cuando se sospeche su aparición futura o no sea posible su eliminación inmediata.*

Esta última disposición es bien interesante y novedosa, por cuanto regula la aparición de efectos negativos tardíos sobre el ambiente. Además, para la valoración del daño provocado deberá realizar una valoración que comprenda los aspectos técnicos, económicos, jurídicos, socioculturales y ecológicos del daño provocado (artículo 117, eiusdem).

3.1.7 *Prescripción de la acción civil*

Finalmente, la prescripción está en el Artículo 128 de la L.O.A., aunque la redacción es por demás curiosa: La ejecución de las sanciones y de las medidas impuestas en los actos administrativos sancionatorios son imprescriptibles, en consecuencia la responsabilidad civil prescribe en este mismo lapso.

3.2 Responsabilidad administrativa

La responsabilidad administrativa nace de la violación de una norma administrativa. En la infracción administrativa se produce la violación de un precepto administrativo. La sanción administrativa protege el orden administrativo; es así la transgresión de una disposición legal, el incumplimiento de una obligación del administrado frente a la administración. En la mayoría de las leyes venezolanas, en particular las relativas al ambiente, se utilizan indistintamente las expresiones «sanciones administrativas» y «penas administrativas» y aún «sanciones administrativas o disposiciones penales».

3.2.1 *Ejercicio de la acción*

Una de las más importantes disposiciones de la L.O.A. es la que declara sometido al control del Ejecutivo Nacional las actividades capaces de degradar el ambiente, esto es, dichas actividades no son de libre ejecución por los particulares pues pueden ser reguladas y aun prohibidas por el Ejecutivo, en conformidad con la Constitución que determina que las restricciones individuales no pueden crearse sino por textos legislativos. Por otra parte, podrán permitirse las actividades capaces de degradar el ambiente siempre y cuando su uso sea conforme a los planes de ordenación del territorio, sus efectos sean tolerables, generen beneficios socio-económicos y se cumplan las garantías, procedimientos y normas.

Corresponde a los órganos de la administración central abrir los procedimientos administrativos e imponer las sanciones por infracciones administrativas, en su mayoría al Ministerio del Ambiente, pero también al Ministerio de Energía y Petróleo, en todo lo relacionado con radioactividad; Salud y Protección Social, por saneamiento ambiental, agua potable y normas técnicas sanitarias; Agricultura y Tierras, en lo concerniente a los agrotóxicos; Obras Públicas y Vivienda, por vialidad, circulación, puertos y muelles y servicios conexos, normas y procedimientos técnicos por obras de urbanismo, entre otras. También tienen algunas competencias en cuanto a hacer efectiva la responsabilidad administrativa, los estados y los municipios, sobre todo en materia de control de planes de ordenación del territorio.

3.2.2 *Responsabilidad objetiva*

La responsabilidad en la infracción administrativa es objetiva, no se examinan los conceptos de dolo y culpa pues de las faltas administrativas se responde aun cuando se demuestre que no se quiso cometer la infracción, de acuerdo al postulado del artículo 61 del Código Penal, es suficiente la existen-

cia de la infracción para aplicar la sanción, sin entrar a analizar los elementos subjetivos que le dieron origen.

3.2.3 *Medidas preventivas*

Tan pronto se tenga noticia de la comisión de una infracción, la autoridad competente deberá adoptar las medidas para evitar las consecuencias degradantes del hecho que se investiga, en particular, ocupación temporal de las fuentes contaminantes hasta tanto se corrija o elimine la causa degradante; retención de los recursos naturales, sus productos, los agentes contaminados o contaminantes; retención de maquinarias, equipos, instrumentos y medios de transporte utilizados; clausura temporal del establecimiento degradante del ambiente y prohibición temporal de las actividades nocivas.

3.2.4 *Límite de las multas*

La L.O.A. ha impuesto un techo a las sanciones pecuniarias, expreso en el Artículo 120, de diez mil unidades tributarias, debiéndose hacer la fijación del monto de acuerdo con la gravedad del hecho punible, a las condiciones del mismo y a las circunstancias de su comisión. Y en caso de reincidencia, está previsto un incremento de veinticinco por ciento en el monto.

3.2.5 *Sanciones accesorias*

Además de las multas, se deberán adoptar e imponer las medidas necesarias para prevenir, suspender, corregir, reparar, entre otras, las actividades ilícitas, sus efectos y los daños. Estas medidas contenidas en el artículo 112, son comunes a los delitos, y no quedan al arbitrio del funcionario, pues afirma el artículo que deben dictarse "en todo caso":

1. Revocatoria del acto administrativo autorizatorio.
2. Inhabilitación hasta por dos años, para obtener nuevos actos autorizatorios para la afectación del ambiente, la diversidad biológica y demás recursos naturales.
3. Ejecución de fianza de fiel cumplimiento, si fuere el caso.
4. El comiso de equipos, instrumentos, armas, materiales o equipos con que se cometió la infracción o delito y sus productos, a no ser que pertenezcan a un tercero.
5. El comiso de los recursos naturales o sus productos obtenidos ilegalmente y su restitución el medio natural, si ello es posible o conveniente.
6. Efectiva reparación del daño causado.

7. La ocupación o eliminación de obstáculos, aparatos, objetos u elementos que entorpezcan el funcionamiento de vehículos, establecimientos, instalaciones, plantas de tratamiento o fuentes emisoras de contaminantes.
8. La retención de medios de transporte utilizados para la comisión del ilícito, hasta tanto se pague la multa, se repare el daño o se garantice su reparación efectiva.
9. Cualquier otra medida tendiente a conjurar un peligro o evitar la continuación del daño y asegurar su reparación si el daño ha comenzado a manifestarse.

3.2.6 *Medidas de seguridad*

Las sanciones principales y accesorias, deberá estar acompañadas, cuando fuere el caso, de las medidas necesarias para conjurar el peligro, impedir la aparición o continuación del daño si ha empezado a manifestarse, o lograr la reparación del daño o contrarrestar sus consecuencias perjudiciales si ya se produjo. Nótese que las sanciones accesorias vistas en el punto anterior son verdaderas penas, salvo la de los números 6 y 7, cercanas a las figuras de reparación y restitución civil, no así las mostradas ahora, propiamente medidas de seguridad:

1. Ocupación de las fuentes contaminantes hasta tanto se corrija la causa degradante o se otorguen las garantías para evitar la repetición de los hechos.
2. Clausura temporal o definitiva de las instalaciones o establecimientos que con su actividad alteren el ambiente, degradándolo o contaminándolo.
3. Prohibición temporal o definitiva de la actividad degradante del ambiente.
4. Modificación o demolición de construcciones violatorias de las disposiciones de gestión y planificación del ambiente.
5. Restauración de los lugares alterados a la entidad más cercana posible en que se encontraban antes de la agresión al ambiente, una vez cesada la acción lesiva.
6. Reordenación del espacio a fin de tornarlo utilizable ambientalmente con otro uso distinto al original, en aquellos casos en que las características esenciales del ecosistema alterado fueron completamente destruidas de manera irreversibles, al punto de resultar imposible recuperar la vocación inicial del suelo.
7. La destrucción o neutralización de sustancias, recursos naturales o productos comprobadamente contaminantes o contaminados.
8. Devolución al medio natural de los recursos o elementos extraídos si es posible.

9. La instalación o construcción de los dispositivos necesarios para evitar la contaminación o degradación del ambiente.

10. Cualquier otra medida tendiente a corregir, reparar los daños y evitar la continuación de los actos perjudiciales al ambiente.

3.2.7 *Concurso de infracción administrativa y delito ambiental*

Rechazamos la tesis, sostenida por algunos juristas, según la cual una infracción administrativa debe ser el presupuesto para poder perseguir los delitos ambientales, esto es, que primeramente debe haber habido una condena administrativa para proceder a abrir el caso penal. Son acciones no solo completamente autónomas, sino excluyentes, y aún en el caso de haber estado alguna conducta descrita tanto como delito como infracción, no es posible sancionarla primero en una sede y luego en otra. Que el supuesto de hecho de un delito sea la violación de una norma no lo convierte en infracción, es un delito, y por ende ventilable solo en sede jurisdiccional.

Al respecto, vale la opinión del Tribunal Supremo de Justicia (Expediente: 05-1853, caso Ziomara del Socorro Lucena):

> *"...se debe destacar que siendo el principio non bis in idem, un límite insuperable, no pudiendo en ningún momento la Administración imponer su potestad sancionatoria cuando el asunto debe ser conocido por un juez penal. [...] Es así, como de manera concreta se puede precisar que la violación al principio non bis in idem, se configura cuando dos tipos distintos de autoridades –administrativas que sancionan infracciones tipificadas en la legislación administrativa, y jueces que ejecutan el "ius puniendi" de conformidad con los delitos y faltas tipificadas en el Código Penal– a través de procedimientos distintos, sancionan repetidamente una misma conducta. Lo que significa de violentarse dicho principio, que se estaría aplicando el poder de la misma manera y doblemente, una infracción tipificada en la legislación administrativa y un ilícito tipificado en el Código Penal."*

3.2.8 *Prescripción*

Una novedad de la L.O.A. de 2006 es lo tocante a la prescripción del procedimiento e imposición de sanciones:

> *Artículo 126: El ejercicio de la potestad pública para el inicio de los procedimientos administrativos sancionatorios y para la imposición de las sanciones en sí, prescribe a los diez años contados a partir del conocimiento del hecho por parte de la autoridad competente.*

3.3 Responsabilidad penal

El fundamento de la responsabilidad penal es la comisión de un delito ambiental, esto es, de la ejecución de una acción, típica, antijurídica y culpable o violatoria de preceptos jurídicos, dirigida a trastornar nocivamente el ambiente, y va a traducirse en la aplicación de una sanción penal, que puede consistir en una medida personal (como una pena privativa de libertad, pérdida del permiso o una multa), o en una medida de carácter real (como el cierre de fábrica o la restauración del ambiente).

Desde 1992 hasta 2007, el asunto estuvo normado por la L.P.A., pero la L.O.A., en vigor a partir de junio de 2007, introdujo cambios, algunos bien significativos.

3.3.1 *Ejercicio de la acción*

Obviamente, siendo un delito de acción pública como lo declaran el artículo 20 de la L.P.A. y 23 del C.O.P.P., corresponde al Ministerio Público el ejercicio de la acción penal, sin necesidad de ulterior impulso procesal por parte de los particulares agraviados. Además, como quedó dicho en el punto 3.1.5., la persona, natural o jurídica con la calidad de víctima puede presentar querella, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 119 numeral 4 eiusdem:

> *"4. – Las asociaciones, fundaciones y otros entes, en los delitos que afectan intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la agrupación se vincule directamente con esos intereses y se hayan constituido con anterioridad a la comisión del delito".*

Así claramente, en materia ambiental, por afectar ese tipo de intereses, las organizaciones ambientalistas gozan de las prerrogativas de las víctimas.

3.3.2 *Sanciones, medidas preventivas y medidas de seguridad*

Entre las sanciones penales principales aplicables, el arresto y la prisión de hasta diez años, la multa hasta diez mil unidades tributarias y la disolución de la persona jurídica según los casos. En cuanto a la medidas preventivas, sanciones accesorias y medidas de seguridad, es el mismo régimen previsto para las infracciones administrativas, visto supra.

3.3.3 *Aumentos de penalidad, agravantes y atenuantes*

En los artículos 10, 12, 13 y 14 de la L.P.A. se contemplan aumentos en las penas, respectivamente, por efectiva realización del daño en los delitos de

peligro; cometerse el delito en lugares, sitios o zonas pobladas o en sus inmediaciones y pusieren en peligro la salud de las personas; cometerse el delito en áreas bajo régimen de administración especial o en ecosistemas naturales; y ser los agentes degradantes cancerígenos, mutagénicos teratogénicos o radiactivos.

En el artículo 11 aparece la única circunstancia agravante: la condición de funcionario público en el sujeto activo en aquellos casos donde el tipo no lo requiera como elemento. En el artículo 15 se contempla el hecho de cometerse el delito con fines de subsistencia familiar como atenuante genérica.

3.3.4 *Culpabilidad*

En los delitos ambientales se sancionan tanto las acciones dolosas, aquellas cuyo resultado fue previsto y querido, como las culposas, aquellas cuyo resultado no fue querido pero pudo preverse y no se previó.

Particular interés revisten las acciones culposas pues no todas son sancionadas; pero en los delitos ambientales es preciso tomar en cuenta que en su mayor parte los delitos son culposos, vale decir, si bien no se deseó el resultado, la acción sí fue ejecutada voluntariamente, sea por negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de órdenes legales. Y más todavía, su finalidad es el lucro, lo que las hace particularmente odiosas. El artículo 9 de la L.P.A. manifiesta que en caso de culpa la pena será rebajada de una tercera parte a la mitad normalmente aplicable.

Al respecto de la responsabilidad penal por delitos ambientales, el artículo 131 de la L.O.A. trae una innovación al determinar la responsabilidad penal objetiva en los delitos ambientales, configurados mediante la violación de un norma, "para lo cual sólo basta la comprobación de la violación, no siendo necesario demostrar la culpabilidad". El cambio no es tan drástico si se toma en consideración que no es para todos los delitos, sino únicamente para los contravencionales.

3.3.5 *Prescripción de la acción penal*

Una novedad de la L.O.A. de 2006 es lo tocante a la prescripción del procedimiento e imposición de sanciones. Artículo 126: *El ejercicio de la potestad pública para el inicio de los procedimientos administrativos sancionatorios y para la imposición de las sanciones en sí, prescribe a los diez años contados a partir del conocimiento del hecho por parte de la autoridad competente.*

Y el artículo 128, al referirse a la ejecución de las sanciones y de las medidas impuestas en los actos administrativos sancionatorios declara que son

imprescriptibles. Las acciones penales derivadas de la L.P.A. prescriben así: a los cinco (5) años, si el delito mereciere pena de prisión de más de tres (3) años; a los tres (3) años, si el delito mereciere pena de prisión de tres (3) años o menos, o arresto de más de seis (6) meses; y al año, si el hecho punible sólo acarreare arresto por tiempo de uno (1) a seis (6) meses.

El Ministerio Público ha manejado la tesis de la imprescriptibilidad de los delitos contra el ambiente, alegando que se tratan de delitos contra los derechos humanos, imprescriptibles según el artículo 29 constitucional. Sobre ese asunto, el Tribunal Supremo ha sido enfático al declarar la prescriptibilidad, como se observa en decisión de efectos vinculantes, con ponencia del magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz, de fecha 15 de abril de 2005, dictada en un caso por vertido ilícito, donde el Ministerio Público había desaplicado, por control difuso de la constitucionalidad, el artículo 19 de la L.P.A. por contradecir, en su opinión, la norma constitucional.

Incluso mediando el celo excesivo de defender el ambiente, resulta difícil deducir del dicho artículo constitucional la imprescriptibilidad de los delitos ambientales, el cual señala específicamente cuáles delitos son imprescriptibles. De haber querido que el delito ambiental lo fuera, lo habría incluido.

Además, el hecho de que el ambiente sea uno de los derechos humanos consagrados en la Ley Mayor, no puede llevar a tal confusión, de ser así, resultarían escasísimos los delitos que escaparían a tal criterio. La vida y la propiedad, por nombrar solo dos, son derechos humanos. Y resulta absurdo que con el criterio de defender un derecho humano, se violenten otros. En todo caso, aparte de lo peligroso y violatorio en materia penal de esa interpretación extensiva, se nota que precisamente en lo ambiental se presenta un perjuicio adicional, y es que aquí la morosa actuación conlleva, en sí misma, riesgos. Sin contar, quizá lo más grave, el retroceso filosófico de esta postura, que significa reducir el ambiente a su valor en tanto derecho humano fundamental, obviando su valor per se.

3.3.6 *Normas penales en blanco*

En materia de tipicidad el Derecho del Ambiente no puede apartarse de la regla general. Ahora bien, las conductas para ser consideradas delitos ambientales deben ser descritas con el suficiente nivel de detalle para evitar un margen de acción demasiado amplio de interpretación, lo que llevaría no sólo a crear inseguridad en el ciudadano sino que aparejaría la imposibilidad de su aplicación por parte de los jueces y autoridades.

Pero por estar el Derecho del Ambiente apoyado en las ciencias naturales, la ciencia y la tecnología, se impone un modo de delito correspondiente a los tipos penales en blanco, esto es, aquellos que no obstante expresar la san-

ción aplicable, describen solo parcialmente el supuesto de hecho, y por ello deben ser complementados por otras normas, por ejemplo, el delito de alteración térmica del agua, donde falta determinar cuál es la magnitud de la alteración térmica para que constituya un delito, lo cual consta en un decreto. Además, existen en otras leyes ingredientes normativos de los cuales debe hacer uso el juez para realizar determinadas valoraciones, como los conceptos de fauna silvestre o de áreas bajo régimen de administración especial.

En Venezuela, la mayoría de los tipos son de este orden, pues se hace necesario la remisión a disposiciones en las que el elemento técnico constituye el aspecto más relevante, y por lo que su inclusión en el texto de la ley la tornaría muy pronto obsoleta, inadecuada o impracticable y su exclusión iría en contra del principio de la legalidad, vale decir resultaría una descripción a tal punto imprecisa que otorgaría un margen muy elevado de apreciación o de discreción al juez. Pero las remisiones deben ser limitadas. El artículo 135 de la L.O.A. contempla que cuando los tipos penales requieran de una disposición complementaria para la exacta determinación de la conducta punible o su resultado, ésta deberá constar en una ley o en un decreto presidencial.

3.3.7 *Delitos de peligro*

Casi en su totalidad, los delitos ambientales en Venezuela son de peligro, en los cuales basta la simple amenaza al bien jurídico para perfeccionar el delito. Si efectivamente se produjere el daño, la sanción se agrava, principio general incorporado en el artículo 10 de la L.P.A. Mal podría ser de otro modo al tratarse de conductas que amenazan un bien jurídico de interés colectivo. No obstante, algunos tipos exigen una lesión, una modificación del mundo exterior para su perfeccionamiento, como causar epidemias a través de la propagación de gérmenes patógenos, pues, como se ve, no es suficiente la simple propagación para cumplir los supuestos de hecho.

3.3.8 *Responsabilidad penal de la persona jurídica*

En cuanto a la responsabilidad de la persona jurídica, no existe ninguna duda en lo referente a infracciones administrativas ni en cuanto a la posibilidad de la aplicación de las sanciones administrativas. No ocurre lo mismo en lo relativo al delito, pese a que la posibilidad de imponer la pena de disolución de la persona jurídica ha estado incluida en legislaciones de muchísimos países. De su sola mención; claro está, esa pena es independiente de la que pudiera imponerse a los socios y que se puede imponer a la sociedad por hechos cometidas por sus integrantes como un colectivo, vale decir, actuando en nombre de la persona moral.

A pesar de ello, hasta no hace mucho el aforismo romano societas delinquere non potest era casi unánimemente aceptado. Modernamente la doctrina ha admitido la responsabilidad penal de la persona jurídica, y concretamente en derecho ambiental. La L.O.A. zanjó la discusión en el país:

> *Artículo 132 Las personas jurídicas serán responsables por sus acciones y omisiones por delitos cometidos con ocasión de la contravención de normas o disposiciones contenidas en leyes, decretos órdenes, ordenanzas, resoluciones' y otros actos administrativos de carácter general o particular de obligatorio cumplimiento. Las personas jurídicas serán sancionadas de conformidad con lo previsto en el artículo 130 de esta Ley, en los casos en que el hecho punible haya sido cometido a causa del ejercicio de sus actividades o en su representación, o por orden suya y en su interés exclusivo o preferente.*

Uno de los argumentos más endebles a la hora de optar por la posición de no admitir la responsabilidad penal de la persona jurídica es la imposibilidad de sancionarlas con penas privativas de liberad. Sin embargo, es uno de los argumentos más socorridos. La sanción penal no es, ni con mucho, sinónimo de privación de libertad. Las penas alternativas han venido a sustituir en un porcentaje elevado este tipo de sanción, sobre manera en derecho ambiental, donde las preferentemente aplicables son aquellas dirigidas a la causa del daño o peligro o al objeto que los sufre, y que, de toda evidencia, no son las penas corporales.

Sanciones como la obligación de destruir o tratar las sustancias, agentes y materiales capaces de ocasionar daños al ambiente o a la salud de las personas; la clausura de fábricas o establecimientos, la suspensión de la actividad contaminante por tiempo determinado, la publicidad de la sentencia; la nulidad de la autorización con que se hubiera actuado; el comiso de los equipos y substancias con los cuales se cometió el delito y los efectos de él provenientes, son penas de aplicación preferente en derecho penal ambiental, y son también, incluso, más fácilmente aplicables a las personas jurídicas que a las naturales.

3.3.9 *Régimen de excepción a los indígenas*

El artículo 67 de la L.P.A. exceptúa de penas a los miembros de las comunidades y grupos étnicos indígenas, cuando los hechos ocurran en los lugares donde han morado ancestralmente y hayan sido realizados según su modelo tradicional de subsistencia, ocupación del espacio y convivencia con el ecosistema.

3.3.10 *Jurisdicción ambiental*

Lo complejo y específico del asunto exige la creación de una jurisdicción especial ambiental, la L.O.A. finalmente decidió este asunto en los artículos, 136 y 137, no obstante, a casi tres años de su promulgación todavía no se han implementado.

> *Artículo136: Se crea la Jurisdicción Especial Penal Ambiental para el conocimiento y decisión de las causas provenientes de acciones u omisiones tipificadas como delito por la ley especial respectiva.*
>
> *Artículo 137: La organización, composición y funcionamiento de los órganos de la Jurisdicción Especial Penal Ambiental se regirán por las disposiciones establecidas en el Código Orgánico Procesal Penal, en la ley orgánica correspondiente y en el Reglamento Interno de los Circuitos Judiciales Penales Ambientales.*

4 Existencia de crímenes ambientales específicos

La naturaleza del Derecho Ambiental escapa a las normas tradicionales. La singularidad de las soluciones en esta materia no se limita a tipificación de los delitos y a la clase de sanciones y medidas a imponer. Sus diferencias son marcadas al punto de ya no ser admisible pensar en adaptar, mal que bien, lo contemplado para otros asuntos. No obstante, en materia de tipicidad debe seguir las reglas ordinarias.

Así, en Venezuela se optó por la especificidad delictual ambiental y el apego al principio de la legalidad. Ya en el Código Penal de 1940 aparecían delitos hoy considerados como pertenecientes a la categoría de los delitos contra el ambiente, aunque allí fueron incluidos dentro del título de los delitos contra los intereses públicos y privados, como el incendio de vegetación y el envenenamiento de agua. También la Ley Forestal de Suelos y de Aguas, de 1966, contenía delitos e infracciones administrativas. A partir de 1992, la tipificación está dada en primer lugar en la L.P.A., sin embargo, otros textos legales fueron añadiendo sanciones por faltas y delitos ambientales en materias específicas.

4.1 La Ley Penal del Ambiente

Esta ley, únicamente dedicada a delitos, recogió los tipos dispersos y creo nuevos. Comprende 69 artículos clasificados en tres títulos divididos en capítulos.. El primero, Disposiciones Generales, recoge los principios penales rectores: objeto, extraterritorialidad, responsabilidad, leyes penales en blanco, sanciones, medidas de seguridad, medidas precautelares, reparación civil, atenuantes, agravantes, aumentos de penalidad, reincidencia; prescripción, disposiciones procesales.

El segundo título, De los Delitos contra el Ambiente, se refiere a los delitos en particular y ha sido dividido en 7 capítulos según la naturaleza del bien jurídico protegido o el problema que ataca: agua; medio marino, lacustre y costero; suelos; atmósfera; flora, fauna o sus hábitats naturales; estudio de impacto ambiental y desechos tóxicos. El tercero contiene las Disposiciones Finales y Transitorias.

A manera de ejemplo del tratamiento de los tipos penales, se ofrece: *Artículo 30: Cambio de flujos y sedimentación. El que cambie u obstruya el sistema de control, las escorrentías, el flujo de las aguas o el lecho natural de los ríos, o provoque la sedimentación de éste, en contravención a las normas técnicas vigentes y sin la autorización correspondiente, será sancionado con arresto de tres (3) a nueve (9) meses y multa de trescientos (300) a novecientos (900) días de salario mínimo.*

Este texto, conjuntamente con la L.O.A., se pronuncia sobre la parte general de la materia (agravantes, atenuantes, aumentos de penalidad, tipos de sanciones, responsabilidades, etc), ya examinada en el punto anterior.

4.2 Otras leyes ambientales sancionatorias

Se señalan separadamente los textos que contienen infracciones administrativas de los que contienen delitos, lo que permitirá analizar la graduación de las sanciones y comparar las descripciones de las conductas de ambas entidades. Se muestran las leyes en orden jerárquico y en igualdad de condiciones, en orden cronológico.

4.2.1 *Sanciones administrativas*

Al contrario de la materia penal, no existe un texto que compendie las infracciones administrativas, pro numerosas leyes las contienen.

4.2.1.1 Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio. G.O. 3.238, 11-08-83

Por el incumplimiento a los planes de ordenación del territorio, además de multas hasta por medio millón de bolívares, prevé la inhabilitación hasta por dos (2) años para obtener las autorizaciones; el comiso de los instrumentos y maquinarias con los que se cometió la infracción; demolición a costa del sancionado, de las obras y construcciones realizadas; efectiva reparación del daño causado.

4.2.1.2 Ley de Abonos y demás agentes susceptibles de operar una acción beneficiosa en plantas, animales, suelos y agua. G.O. 27.498, del 23-07-64

Contiene sanciones de multas por el incumplimiento genérico de la ley.

4.2.1.3 Ley de Protección a la Fauna Silvestre. G.O. 29.289 11-08-70

Contiene únicamente infracciones administrativas, hasta de cincuenta mil bolívares (menos de una unidad tributaria), la anulación de la licencia de caza, el comiso del equipo de caza y los productos obtenidos ilegalmente.

Las conductas sancionadas son: ejercer la caza sin la licencia; cazar animales vedados; violar los términos de las licencias; cazar en zonas prohibidas, cazar con métodos prohibidos; y contravenir las disposiciones sobre investigación, ordenación y manejo de la fauna.

4.2.1.4 Decreto Ley de Zonas Costeras. G.O. 37.349, 19-12-01

No describe conductas específicas, sino la violación genérica a las disposiciones del decreto-ley. Las sanciones pueden consistir en multas; suspensión, revocación o rescisión de las autorizaciones y concesiones; inhabilitación parcial hasta por dos años para obtener las concesiones o autorizaciones; e indemnización de los daños irreparables, más la obligación de recuperar o restaurar el ambiente a su estado original. Pauta un procedimiento claro sobre sus aplicaciones, teniendo como principio básico la obligación de reparar los daños causados o indemnizar los daños irreparables, o la restitución del ambiente a su estado original, según sea el caso.

4.2.1.5 Ley de Residuos y Desechos Sólidos. G.O. 38.068, del 18-11-04

Las infracciones previstas son: eliminar o recuperar, realizar el transporte y almacenamiento o disponer en los sitios de disposición final, residuos o desechos sólidos en forma contraria a lo dispuesto en la ley; importar, exportar, hacer transitar desechos sólidos en forma contraria a lo dispuesto en la ley.

Las sanciones son de multa entre diez y treinta unidades tributarias.

4.2.1.6 Ley de Aguas. G.O. 38.595, del 02-01-07

Las conductas administrativas sancionables son: degradación del medio físico y biológico; uso de aguas sin concesión, asignación o licencia; violación

de las condiciones de aprovechamiento; realización de actividades prohibidas en zonas protectoras; perforación de pozos no autorizada; violación de las condiciones de vertidos; incumplimiento en los controles de calidad de agua. Las sanciones son de multa hasta cinco mil unidades tributarias y las medidas previstas en la L.O.A.

4.2.1.7 Decreto-Ley de Pesca y Acuicultura. G.O. 5.877, del 14-03-08

Describe las siguientes conductas: no presentar la información obligatoria; no suministrar oportuna de información o documento; obstaculizar el ejercicio de las competencias del Instituto Socialista de la Pesca; suministrar información falsa; realizar actividades de pesca sin autorización o en violación a sus términos; realizar actividades de pesca o acuicultura durante temporadas prohibidas o de productos vedados prohibidos; exceder la cuota máxima de captura o pescar especies del tamaño inferior al permitido o en zonas o prohibidas; incumplir las normas técnicas sobre caladeros de pesca; de intercambio, distribución y comercialización; sanitarias; de riesgos; de categorías de buques pesqueros; de ordenación; de seguridad; incumplir la cuota gratuita de 5% de producto capturado; utilizar artes, aparejos y sistemas prohibidos; realizar actividades de pesca sin los dispositivos o equipos exigidos; alterar la autorización; incumplir la autorización de buque extranjero; realizar pesca industrial de arrastre; no demostrar la procedencia legal de los productos hidrobiológicos; importar o exportar sin autorización; destruir u ocultar pruebas para la comprobación de infracciones; incrementar la flota sin autorización.

Las sanciones, aplicables por la autoridad administrativa el Instituto Socialista de la Pesca, consisten en multa, suspensión temporal de las autorizaciones, su revocatoria y comiso.

4.2.1.8 Decreto-Ley de Bosques. G.O. 38.946 del 05-06-08

Este decreto-ley en su título VII trata el régimen sancionatorio, tanto penal como administrativo, y se verán separadamente. En cuanto a las infracciones administrativas, las conductas están mucho mejor descritas en comparación con los delitos, pero se observa contemplado como infracción el incendio, tanto doloso como culposo, que tradicionalmente ha sido considerado como delito, incluso desde el Código Penal de 1940 como quedó apuntado, e igualmente en la L.P.A., aparte de resultar inexplicable que la destrucción del bosque sea tipificado como delito y el incendio solo configure una infracción, como si el incendio no ocasionar también la destrucción del bosque.

Otras infracciones son: podar, talar o derribar árboles en zonas urbanas; incumplir las medidas de las autoridades; desmalezar con fines agrícolas sin las regulaciones técnicas; incumplir con las servidumbres ecológicas; no destinar tierras forestales al uso forestal; practicar labres agropecuarias o mineras en lugares donde esté prohibido; afectar vegetación sin permisos; recolectar material genético sin la normativa; anillar, lacerar o envenenar árboles o arbustos; establecer u operar viveros forestales, aserraderos, carpinterías, hornos e carbón u otras instalaciones sin permiso; aprovechar bienes o servicios derivados del bosque sin autorización, cometer incendios forestales; o excediendo las cantidades y superficies autorizadas; destruir o degradar bosques nativos; adulterar, falsificar o utilizar fraudulentamente instrumentos de control; aprovechar, movilizar o poseer ilegalmente especies forestales o vegetales sujetas a veda o árboles semilleros controlados; comerciar ilegalmente especies amenazadas o sujetas a medidas especiales de protección.

4.2.1.9 Decreto Ley de Salud Agrícola Integral. G.O. 5.890, 31-07-08

Las sanciones son multas; comiso; destrucción, sacrificio, incineración, reembarque y prohibición de desembarque; clausura del establecimiento; suspensión o revocación de registros, autorizaciones y permisos.

Se sancionan administrativamente: incumplir la obligación de informar la aparición de plagas o enfermedades en los predios; impedir el ingreso de funcionarios de vigilancia y control en los predios; incumplir las medidas de prevención y control de enfermedades y plagas; incumplir la obligación de denunciar la ocurrencia de enfermedades o plagas; incumplir las normas sobre obligaciones de eliminación por embarque de los desperdicios o desechos internacional animal o vegetal; asistir a eventos internacionales en materia de producción animal o vegetal con riesgo para la salud agrícola sin la declaración pertinente; no inscribirse las personas jurídicas en el Registro Nacional de Productos.

Otras conductas son sancionadas con comiso, destrucción o incineración, como incumplir las medidas de prevención y protección epidemiológica, incumplir las medidas de erradicación, o incumplir las medidas sanitarias de cuarentenas.

4.2.1.10 Ley de Gestión de la Diversidad Biológica. G.O. 39.070, 01-12-08

Registra tanto sanciones administrativas como penales. Las sanciones a ser aplicadas por la autoridad administrativa consisten en multas hasta de diez

mil unidades tributarias, y, además de las accesorias de la L.O.A., la inhabilitación para recibir financiamientos destinado a actividades orientadas a la diversidad biológica y la inhabilitación para celebrar contratos de acceso.

Las conductas previstas sancionadas administrativamente son: usar recursos biológicos sin autorización; incumplir actos autorizatorios o la obligación de informar; importar o manejar especies exóticas sin autorización; incumplir exigencias técnicas de funcionamiento de los centros de conservación in situ; proporcionar información falsa en los libros de registro; liberar componentes de biodiversidad sin autorización; comerciar ilícitamente componentes de la biodiversidad; aprovechar componentes de la biodiversidad en hábitats indígenas sin el consentimiento fundamentado previo; y aprovechar especies plagas sin autorización.

4.2.2 *Sanciones penales*

Pese a que la L.P.A. recogió en un principio todos los tipos que describían delitos contra el bien jurídico ambiente, prácticamente todas las leyes posteriores, salvo el Decreto Ley Orgánica de Espacios Acuáticos (G.O. 5.890, 31-07-08), contienen disposiciones sancionatorias, tanto penales, que se han ido añadiendo a los primeros tipos, como administrativas, vistas anteriormente.

4.2.2.1 Ley sobre sustancias, materiales y desechos peligrosos. G.O. 5.554, 13-11-01.

Contienen sanciones penales, prisión hasta seis años y multas. Infelizmente no contiene infracciones administrativas, quedando un vacío importante, pues no todas las conductas pueden sancionarse penalmente y no existe otro texto legal en materia de desechos peligrosos, en cambio ya la L.P.A. contenía disposiciones penales. Las conductas tipificadas como delitos son:

- usar, manejar, generar sustancias, materiales o desechos peligrosos sin estar registrado por ante el organismo competente;
- permitir la realización de actividades tipificadas como delitos; introducir desechos peligrosos al país;
- generar, usar o manejar desechos peligroso;
- transformar desechos peligroso de modo que impliquen el traslado de elementos contaminantes a otro medio receptor;
- desechar o abandonar materiales o desechos clasificados como peligrosos de modo que puedan contaminar el ambiente;
- mezclar desechos de tipo doméstico con desechos industriales o comerciales y disponerlos en rellenos sanitarios o vertederos no construidos especialmente;

- construir, operar o mantener lugares para la disposición de desechos peligrosos sin autorización;
- operar, mantener o descargar desechos peligrosos en sitios no adecuados;
- omitir las acciones previstas en los planes para el control de emergencias;
- exportar desechos peligrosos en contravención a la Ley;
- procesar, almacenar, transportar o comercializar materiales peligroso en contravención a las disposiciones de esta Ley; y
- detener, importar, fabricar, transportar, distribuir, almacenar, comercializar, ceder o emplear con fines comerciales, industriales, científicos, médicos y otros semejantes, aparatos o sustancias capaces de emitir radiaciones ionizantes, electromagnéticas o radiactivas que puedan causar daños a la salud.

4.2.2.2 Ley de semillas, material para la reproducción animal e insumos biológicos. G.O. 37.552, 18-10-02

El Título VI está dedicado a las "medidas disuasivas, preventivas y sancionatorias, prevé sanciones de multas entre 300 y 600 unidades tributarias, pero a ser ventiladas por la autoridad jurisdiccional, para quien: a) utilice un cultivar, material para reproducción animal o un insumo biológico registrados sin autorización de su titular; b. comercialice de cualquier forma semilla de cultivares, materiales para reproducción animal o insumo biológico, sobre los cuales no se hayan establecido su aptitud sanitaria y demás requisitos de calidad; c. difunda información capaz de inducir a error acerca de las cualidades de una semilla, de cualquier material para reproducción animal o insumo biológico; d. incumpla el deber de informar a cabalidad y cooperar en las fiscalizaciones realizadas por el Instituto Autónomo Nacional de Semillas y Material para Reproducción Animal.

También establece sanciones entre 300 y 600 unidades tributarias para quien: a. Utilice un cultivar, material para reproducción animal o un insumo biológico registrados sin autorización de su titular; b. comercialice de cualquier forma semilla de cultivares, materiales para reproducción animal o insumo biológico, sobre los cuales no se hayan establecido su aptitud sanitaria y demás requisitos de calidad; c. difunda información capaz de inducir a error acerca de las cualidades de una semilla, de cualquier material para reproducción animal o insumo biológico; d. incumpla el deber de informar a cabalidad y cooperar en las fiscalizaciones que realice el Instituto Autónomo mencionado.

4.2.2.3 Decreto-Ley de Bosques. G.O. 38.946 del 05-06-08

En cuanto a la parte penal, el Decreto-ley, contiene cuatro delitos, la destrucción o degradación dolosa del bosque, con pena de seis a diez años, la destrucción o degradación culposa del bosque, con pena de uno a seis años; el anillado, laceramiento o envenenamiento de árboles, con pena de tres a cinco años; y el aprovechamiento ilegal de especies sujetas a veda o árboles semilleros de aprovechamiento controlado, de tres a nueve años.

Marca un gran retroceso y contradice lo dispuesto en la L.O.A., bajo cuyos mandatos debe regirse, por cuanto no contempla la responsabilidad penal de la persona jurídica, pues es bien explicita al imponer solo penas privativas de libertad.

4.2.2.4 Ley de Gestión de la Diversidad Biológica. G.O. 39.070, 01-12-08

Las sanciones hasta de diez años son para aquellos que realicen transacciones sobre derechos de propiedad reconocidos; liberar material genético modificado; acceder a los recursos genéricos sin autorización; realizar transacciones de material genético en violación a los contratos de acceso; otorgar patentes sobre seres vivos; reconocer muestras adquiridas ilegalmente; omitir el consentimiento informado y fundamentado previo; causar daños irreversibles con la realización de actividades científicas; usar jaulas flotantes, encierros o corrales

5 La defensa del medio ambiente por el Ministerio Público

A partir de la constitución de1999, el Poder Público Nacional está integrado por el Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Ciudadano. El Ministerio Público es uno de los tres que conforman el Poder Ciudadano, junto a la Defensoría del Pueblo y la Contraloría General.

Por mandato del Artículo 274 de la Constitución, los órganos que ejercen el Poder Ciudadano tienen a su cargo, de conformidad con esta Constitución y la ley, prevenir, investigar y sancionar los hechos atentatorios de la ética pública y la moral administrativa; velar por la buena gestión y la legalidad en el uso del patrimonio público, el cumplimiento y la aplicación del principio de la legalidad en toda la actividad administrativa del Estado, e igualmente, promover la educación como proceso creador de la ciudadanía, así como la solidaridad, la libertad, la democracia, la responsabilidad social y el trabajo.

Sus atribuciones, según el artículo 285 eiusdem, son:

1. Garantizar en los procesos judiciales el respeto de los derechos y garantías constitucionales, así como de los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República.

2. Garantizar la celeridad y buena marcha de la administración de justicia, el juicio previo y el debido proceso.

3. Ordenar y dirigir la investigación penal de la perpetración de los hechos punibles para hacer constar su comisión con las circunstancias que puedan influir en la calificación y responsabilidad de los autores y demás participantes, así como el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración.

4. Ejercer en nombre del Estado la acción penal en los casos en que para intentarla o proseguirla no fuere necesario instancia de parte, salvo las excepciones legales.

5. Intentar las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva la responsabilidad civil, laboral, militar, penal, administrativa o disciplinaria en que hubieren incurrido los funcionarios o funcionarias del sector público, en ejercicio de sus funciones.

Además, de las pautas constitucionales, el Ministerio Público se rige por la Ley Orgánica del Ministerio Público (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 38.647, de 19-3-2007)

Ya existía la Dirección de Defensa del Ciudadano, la Sociedad y el Ambiente, desde 1986, pero con la promulgación de la Constitución de 1999, como se ha visto de marcado sesgo ambientalista, se debió incorporar una dependencia para poder cumplir mejor sus funciones. Así, se creó en marzo de 2000 la Dirección General de Ambiente, con dos direcciones, la de Defensa Integral del Ambiente, para procesas las denuncias, impulsa los procedimientos jurisdiccionales ambientales y asiste a los fiscales ambientales, y la Coordinación Técnica-Científica, para realizar la actividad de investigación para la verificación de los presuntos hechos punibles, en concordancia con el C.O.P.P., que indica que el Ministerio Público tendrá una unidad administrativa conformada por expertos, asistentes y auxiliares especializados con funciones de asesoría técnico-científica.

En la Ley Orgánica del Ministerio Público se contemplan los fiscales ambientales, definidos como aquellos a quienes corresponde el ejercicio de las acciones penales y civiles derivadas de la comisión de hechos punibles de carácter ambiental y las demás atribuciones conferidas por las leyes de la materia. Deben:

Ejercer las atribuciones que la ley y el C.O.P.P. establecen para los fiscales de proceso, en caso de presuntos hechos punibles que afecten el ambiente.

Ejercer la acción civil derivada de los delitos ambientales.

Dirigir o realizar las investigaciones penales ambientales y las diligencias efectuadas pro los órganos policiales competentes, supervisar la legalidad de las actividades correspondientes y disponer lo referente a la adquisición y conservación de los elementos de convicción.

Solicitar ante el órgano jurisdiccional las medidas precautelativas necesarias para eliminar un peligro, interrumpir la producción de años al ambiente o a las personas, o evitar las consecuencias degradantes del hecho investigado.

Realizar conforme a la ley y reglamentos servicios de guardería ambiental.

Los fiscales ambientales, al tener conocimiento de la ocurrencia de un hecho punible, deben promover y realizar, durante la fase preparatoria de la investigación penal, cuanto estimen conveniente para el esclarecimiento de los hechos. Para ello podrán requerir de los organismos públicos o privados altamente calificados la práctica de peritajes y experticias, sin perjuicio de las facultades de los órganos de policía de investigaciones penales. Estos órganos son en materia ambiental, principalmente, la Guardia Nacional, los ministerios de Ambiente, Energía y Petróleo, Agricultura y Tierras, Salud y Protección Social, y los funcionarios de las policías metropolitanas, estadales y municipales.

6 Instrumentos de justicia consensual (acuerdos civiles anteriores al proceso, acuerdos en procesos civiles, suspensión condicional del proceso penal y otros)

Por un lado, el C.O.P.P. prevé la posibilidad de prescindir, total o parcialmente, del ejercicio de la acción penal, o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho, cuando:

1. Se trate de un hecho que por su insignificancia o por su poca frecuencia no afecte gravemente el interés público, excepto, cuando el máximo de la pena exceda de los tres años de privación de libertad, o se cometa por un funcionario o empleado público en ejercicio de su cargo o por razón de él;

2. La participación del imputado en la perpetración del hecho se estime de menor relevancia, salvo que se trate de un delito cometido por funcionario o empleado público en ejercicio de su cargo o por razón de él;

3. En los delitos culposos el imputado haya sufrido a consecuencia del hecho, daño físico o moral grave que torne desproporcionada la aplicación de una pena;

4. La pena o medida de seguridad que pueda imponerse por el hecho o la infracción, de cuya persecución se prescinde, carezca de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta, o a la que se debe esperar por los restantes hechos o infracciones, o a la que se le impuso o se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero.

Por otro lado, el mismo C.O.P.P. plantea la suspensión condicional del proceso:

Artículo 42. Requisitos. En los casos de delitos leves, cuya pena no exceda

o al Juez de juicio si se trata del procedimiento abreviado, la suspensión condicional del proceso, siempre que admita plenamente el hecho que se le atribuye, aceptando formalmente su responsabilidad en el mismo; se demuestre que ha tenido buena conducta predelictual y no se encuentre sujeto a esta medida por otro hecho. A tal efecto, el Tribunal Supremo de Justicia, a través del órgano del Poder Judicial que designe, llevará un registro automatizado de los ciudadanos a quienes les haya sido suspendido el proceso por otro hecho.

La solicitud deberá contener una oferta de reparación del daño causado por el delito y el compromiso del imputado de someterse a las condiciones que le fueren impuestas por el tribunal conforme a lo dispuesto en el artículo 44 de este Código. La oferta podrá consistir en la conciliación con la víctima o en la reparación natural o simbólica del daño causado.

Mención aparte merecen los acuerdos reparatorios. El C.O.P.P. dispuso la posibilidad de los acuerdos reparatorios entre el imputado y la víctima, como alternativa a la prosecución del proceso penal, no obstante, estos acuerdos proceden siempre que el hecho punible recaiga sobre bienes jurídicos disponibles, se trate de delitos culposos y no hayan ocasionado la muerte o afectado de forma permanente la integridad física de las personas. Los bienes ambientales no se encuentran en el comercio, lo cual eliminaría la posibilidad de los acuerdos, no obstante, subsiste la posibilidad del acuerdo en los delitos ambientales culposos. Ello trae un problema, y es que el acuerdo reparatorio *"extingue la acción penal respecto del imputado que hubiere intervenido en él. Cuando existan varios imputados o víctimas, el proceso continuará respecto de aquellos que no han concurrido al acuerdo"*. Dicho esto, es fácil colegir que en materia ambiental resulta prácticamente inoficioso un tal acuerdo, siendo tan numerosas las posibles víctimas.

Otras fórmulas contemplan no ya la suspensión del proceso, sino de la ejecución de la pena, así como fórmulas alternativas del cumplimiento de la pena y de la redención de la pena por el trabajo y el estudio, sin limitaciones en caso de delitos ambientales. Son requisitos, entre otros, que el penado no sea reincidente y que la pena impuesta no exceda de cinco años, y por supuesto, sujeto a condiciones, como no salir de la ciudad o asistir a determinados centros de instrucción o reeducación.

No existen en la legislación venezolana específicamente ambiental medios alternos de resolución de conflictos, no obstante, el proyecto de Código Orgánico del Ambiente, elaborado en 2000 y todavía sin ser discutido en la Asamblea, en el título correspondiente a la Procuraduría Ambiental, se incorporaron estos dos artículos:

Artículo 472.– La Procuraduría Nacional del Ambiente creará el Cuerpo de Mediadores Ambientales para la solución extrajudicial de las controversias sobre asuntos ambientales. La mediación en todo asunto civil tendrá carácter previo y obligatorio, y promoverá la comunicación directa entre las partes y el Cuerpo de Mediadores, sin que ello impida la aplicación de medidas cautelares.

Artículo 473.– La Procuraduría Nacional del Ambiente reglamentará todo lo relativo al funcionamiento del Cuerpo de Mediadores Ambientales, los requisitos para ser mediador y los procedimientos necesarios para su intervención en el caso.

7 La evaluación del impacto ambiental en Venezuela

La evaluación del impacto ambiental está previsto en la normativa venezolana desde bien temprano. Se encuentra un importante antecedente en las "memorias descriptivas" del artículo 72 del reglamento de la Ley Forestal de Suelos y Aguas de 1977, donde bajo otras denominaciones se hallan los mismos principios.

Con las mismas características, esto es, sin denominarlos estudios de impacto pero requiriendo un estudio de similar naturaleza para el otorgamiento de las autorizaciones, aparecía en la derogada Resolución Conjunta Ministerio de Energía y Minas/Ministerio del Ambiente, sobre "Normas y especificaciones para el otorgamiento de la autorización preventiva de riesgos ambientales en explotaciones de minerales metálicos y no metálicos" de noviembre de 1982.

El primer reglamento patrio sobre estudios de impacto ambiental fue publicado en Gaceta Oficial nº 4418 del 27-4-92. Actualmente la L.O.A. los menciona en los artículos 4, 84 y 85. El instrumento rector de la materia hoy día es el Decreto 1.257 del 13-03-96, "Normas sobre evaluación ambiental de actividades susceptibles de degradar el ambiente" (Gaceta Oficial nº 35.946, 25-04-96).

Contiene dos institutos: el estudio de impacto ambiental para predecir los efectos del desarrollo de una actividad sobre los componentes del ambiente natural y social y proponer las correspondientes medidas preventivas, mitigantes y correctivas; y la evaluación ambiental específica, para evaluar la incorporación de la variable ambiental en el desarrollo de los programas y proyectos capaces de generar efectos localizados o específicos, los localizados en áreas ya intervenidas, los que hayan generado efectos en etapas previas de ejecución que ameriten ser evaluados y los que no ameriten estudio de impacto.

El artículo 129 de la Constitución les da jerarquía constitucional, como ya se apuntó, cuando torna obligatoria la presentación del estudio de impacto ambiental para todas las actividades capaces de generar daños a los ecosistemas.

Conclusión

Venezuela ha contado a lo largo de toda su historia, y desde bien temprano, con normas ambientales pertinentes a su entorno, necesidades, época y conocimientos científicos planetarios, muestra de ello la Constitución de 1999 y las numerosas leyes vigentes, con instituciones novedosas como la responsabilidad civil objetiva, la responsabilidad penal de la persona jurídica, la adopción de principios como el precautorio, el de la publicidad de las aguas o el de la participación ciudadana. Igualmente, en materia administrativa mostró un adelanto de 15 años respecto a los países de la región al crear un ministerio específico para el sector ambiental desde 1976, y el área declarada bajo protección especial legal es cuantiosa.

No obstante, pese a contar con una ley penal en la materia desde 1992 y con una Dirección General especial dentro del Ministerio Público y con fiscales ambientales desde 2000, el país se encuentra rezagado a nivel del cumplimiento de len asunto de ilícitos penales y de reparación del daño.

AUTORES

Alex Fernandes Santiago – Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Coordenador das Promotorias de Defesa do Meio Ambiente da Bacia do São Francisco em Minas Gerais (2005-2009). Coordenador das Promotorias de Defesa do Meio Ambiente do Alto São Francisco (2003-2005). Membro do Conselho Estadual de Política Ambiental do Estado de Minas Gerais (2003-2009).

Alexandre Lima Raslan – Mestrando em Direito das Relações Sociais (Direitos Difusos) na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Especialista em Direito Processual Penal pela Universidade Católica Dom Bosco (UCDB). Especialista em Direito Civil: Direitos Difusos pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Promotor de Justiça do Ministério Público de Mato Grosso do Sul, titular da 34ª Promotoria de Justiça de Campo Grande-MS. Núcleos das Promotorias de Justiça do Pantanal e da Bacia do Paraná. Promotor Eleitoral (1995-1996, 1998-2001 e 2004-2005).

Alma Poletti – Abogada egresada de la Universidad Nacional de Asunción. Master en Políticas Públicas por la Universidad de Bristol, Inglaterra.

Antonio Gustavo Gomez – Fiscal General ante la Camara Federal de Tucuman, Argentina.

Bormman Peñaherrera – Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales, Abogado de los Tribunales de Justicia, Doctor en Jurisprudencia por la Universidad Central del Ecuador. Obtuvo el título de Especialista en Derecho Penal y Justicia Indígena por la Universidad de los Andes. Experiencia profesional de doce años. Fue Fiscal de Sucumbíos en todos los delitos. Fue Fiscal de Pichincha en Delitos contra la Vida. Fue Fiscal de Pichincha en Delitos Financieros. Actualmente es Fiscal de Pichincha en Delitos contra el medioambiente. Es Miembro de la Red Latinoamericana de Ministerio Público Ambiental (Brasil). Se especializa en derecho penal, derecho penal ambiental y derecho de propiedad intelectual.

Consuelo Y. Moromizato Yoshida – Mestre e Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Professora de Direito Ambiental, Desembargadora Federal do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Diego Eduardo Gutierrez Gronemann – Abogado graduado de la Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra (UPSA), siguió cursos de postgrado en la Universidad de Salamanca, España y Maestría en Derecho Ambiental y Desarrollo Sostenible en la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno. Es miembro fundador de la Sociedad Boliviana de Derecho Ambiental (SBDA) desde el año 1997 y su Director Ejecutivo (2003-2005 y 2006 a la fecha), en esta institución a sido Coordinador Académico del Programa de Capacitación en Derecho Ambiental (PROCADA – 2000-2003); Coordinador del Programa de Defensa de la Biodiversidad en Boli-

via a través de la Legislación, la Educación a la Comunidad y la Acción (2003-2006) y responsable legal del Programa de Fortalecimiento a la Gestión Ambiental en Municipios del Pantanal Boliviano (GAM – 2006 a la fecha). Es consultor internacional en diversos temas relacionados con la Política y el Derecho Ambiental y Forestal, abordando temáticas tales como el Desarrollo Organizacional y Fortalecimiento Institucional a Empresas Forestales Comunitarias; Planificación y Política Ambiental en temáticas relacionadas con el Manejo Forestal Sostenible y la prevención de Incendios Forestales; Participación Social en la Gestión Integral de Áreas Protegidas; también, ha formulado e implementado a través de equipos multidisciplinarios Sistemas de Gestión Ambiental en instancias públicas y privadas, entre otros. Es miembro del Colegio Nacional de Abogados de Bolivia, del Consejo Boliviano para la Certificación Forestal Voluntaria, de Environmental Law Alliance World Wide (e-law) y de la Comisión de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN).

Enrique A. Viana Ferreira – Fiscal Letrado Nacional en lo Civil – Ministerio Público de Uruguay.

Genaro Uribe Santos – Abogado por la Universidad Católica Santa María (Perú), post graduado por la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, y por la Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza (Argentina). Maestrista en Derecho Ambiental por la Universidad Politécnica de Barcelona (España). Maestrista en Gestión Ambiental por la Universidad Alas Peruanas (Perú). Ex Asistente Fiscal del Ministerio Público de Perú. Autor de diversos libros y artículos sobre el medio ambiente. Redactor invitado de revistas y diarios del Perú y el extranjero. Consultor y abogado litigante en materia medio ambiental. Docente universitario en la Universidad Alas Peruanas de las materias de Derecho Ambiental, Derecho Penal Ambiental, Derecho Internacional Ambiental, Derechos Humanos y Medio Ambiente y Legislación Ambiental. Profesor Visitante de la Universidad Nacional Autónoma de México y de la Universidad Nacional Autónoma del Carmen (México). Presidente de la Academia Transdisciplinaria Internacional del Ambiente (ATINA). Coordinador General del Capítulo Perú de la Liga Mundial de Abogados Ambientalistas (LIMAA).

Hugo Echeverría V. LL. M. – Licenciado en Ciencias Jurídicas, Abogado y Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica de Quito, Ecuador. Obtuvo el título de Master of Laws (LL.M) otorgado por McGill University de Montreal – Québec, Canadá. Es ex alumno del programa Chevening Fellowship, dirigido por The Foreign and Commonwealth Office del Reino Unido, en el que asistió al curso de Gobernanza Ambiental en Wolverhampton University – Reino Unido. Se especializa en derecho penal y en derecho ambiental, áreas en las que ejerce la profesión y la docencia universitaria de postgrado.

Isabel de los Ríos – Abogada egresada de la Universidad Central de Venezuela. Doctora en Derecho del Ambiente y Ordenación del Territorio por la Universidad de Ciencias Jurídicas de Estrasburgo, recibida con el más alto honor de las universidades francesas: "Muy honorable y con elogio especial del jurado" (única vez que se otorgó en esa universidad para esa especialidad en los primeros 25 años del doctorado). Especialista en Ciencias Penales por la Universidad Externado de Colombia. Bogotá y U.C.V. Diplomada por la Universidad de Ciencias Jurídicas de Estrasburgo en Contaminación y Molestias Ambientales y en Derecho Comparado del Ambiente. Es docente, categoría titular, Coordinadora del Postgrado en Derecho Ambiental y Desarrollo Sustentable del Centro de Estudios del Desarrollo de la UCV. Profesora de Teoría General del

asesora de la Asamblea Nacional Constituyente para la redacción de la Carta Magna de 1999 y es Asesora de la Asamblea Nacional en materia ambiental.

Javier Roberto Merep – Secretario de 1ª Instancia de la Fiscalía Federal de Catamarca.

Jorge A. Sosa Garcia – Fiscal Adjunto de Medio Ambiente en Paraguay.

Jorge Antonio Abella Banzer – Fiscal de Materia del Departamento de Santa Cruz.

Jorge Levedich – Fiscal en Paraguay.

Luciano Furtado Loubet – Promotor de Justiça em Bonito (MS – Brasil), Especialista em Direito Ambiental pela Universidade para o Desenvolvimento do Pantanal (UNIDERP), Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET).

Luís Fernando Macias Gómez – Abogado de la Universidad Externado de Colombia, Curso estudios de Maestría en Filosofía Política en la Universidad de la Sorbona, Estudios de las Sociedades Latinoamericanas, opción ciencias políticas en el Instituto de Altos Estudios de América Latina de la Universidad de París III y Master Interactivo en Derecho Ambiental, actualmente cursa estudios de doctorado en la Universidad Externado de Colombia. Fue designado como miembro, en calidad de experto, de la Comisión de Revisión de la Legislación Ambiental, creada por la Ley 261 de 1996. Se desempeñó como Secretario General encargado, del Ministerio del Medio Ambiente, y durante tres años fue jefe de la Oficina Jurídica del mismo Ministerio (1994-1997). Es profesor en diversas universidades colombianas y profesor invitado en universidades del exterior. Ha publicado varios artículos sobre temas ambientales en libros y revistas nacionales e internacionales. Actualmente se desempeña como abogado en derecho ambiental. Es Presidente del Instituto Colombiano de Derecho Ambiental, Vicepresidente del Instituto para el Desarrollo Sostenible Quinaxi, Arbitro del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogota (Área Ambiental). Es autor del libro Introducción al Derecho Ambiental, y coautor del libro Guía para la Gestión Ambiental Regional y Local (1999 y 2000). Es integrante de la Comisión de Legislación Ambiental UICN y miembro del grupo de expertos de apoyo al Departamento de Desarrollo Sostenible de la OEA.

María del Milagro Vega – Fiscal General Penal del Poder Judicial de la Provincia de Catamarca.

Mario Maturana Claro – Abogado, Profesor Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad de Atacama (Chile), Ex Fiscal Regional de Atacama (Chile).

Raul Mauricio de los Rios Caceres – Fiscal Supremo Adjunto de Peru, Coordinador Nacional de las FEEMAS, Asociación del Ministerio Público para la defensa del medio ambiente – ABRAMPA.

Renato Rabbi-Baldi Cabanillas – Secretario Letrado de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina. Profesor Adjunto de Teoría General y Filosofía del Derecho, Universidad de Buenos Aires.

Ricardo José Merlo Faella – Fiscal de Medio Ambiente.

Sheila R. Abed – Presidente Grupo IDEA (Instituto de Derecho y Economía Ambiental), Paraguay, e Presidente da Comissão de Direito Ambiental da UICN.

Sílvia Cappelli – Fiscal en la Corte Suprema de la Provincia del Rio Grande do Sul-Brasil; Directora de Asuntos Internacionales del Instituto "O Direito por um Planeta Verde-Brasil" y de la Asociación Brasileña del Ministerio Público del Medioambiente – ABRAMPA, Coordinadora de la Revista de Derecho Ambiental de la Editora Revista de los Tribunales, Coordinadora Académica del curso de posgrado en Derecho Ambiental de la Universidad Federal del Rio Grande do Sul (UFRGS), Miembro de la Academia de Derecho Ambiental de la UICN y profesora de Derecho Ambiental.

REDE LATINO-AMERICANA DE
MINISTÉRIO PÚBLICO AMBIENTAL
www.mpambiental.org

Realização:

Apoio:

AVINA