

REVISTA DE DERECHO AMBIENTAL

Director

Néstor A. Cafferatta

Comité Consultivo Nacional

Homero M. Bibiloni, Carlos A. Botassi, Jorge A. Franza, Jorge M. Galdós, Isidoro H. Goldenberg, Felipe González Arzac, Eduardo P. Jiménez, Aída R. Kemelmajer de Carlucci, Beatriz Krom, Daniel H. Lago, Ricardo L. Lorenzetti, Narciso J. Lugones, Raúl Madueño, Jorge Mosset Iturraspe, Leonardo F. Pastorino, Eduardo A. Pigretti, Daniel A. Sabsay, Mario F. Valls, Aydée Vázquez Villar, Juan Rodrigo Walsh, Teodora Zamudio

Comité Consultivo Internacional

Antônio H. Benjamin (Brasil), Silvia Capelli (Brasil), Manuel Castañon del Valle (España), Silvia Jaquenod Zsögön (España), Paulo Affonso Leme Machado (Brasil), Neófito López Ramos (México), Ricardo Merlo (Paraguay), Vladimir Passos de Freitas (Brasil), José Antonio Peláez Bardales (Perú), Michel Prieur (Francia), Aquilino Vázquez García (México), Rossana Silva Repetto (PNUMA)

Comité Ejecutivo

Pablo Lorenzetti, Gustavo Rinaldi, Federico Zonis

Responsables de área

Valeria Berros (Casos Complejos)
Aurora Besalú Parkinson (Daño Ambiental)
Guillermo Marchesi y Gabriela L. Bordelois de Rossi (Derecho Administrativo Ambiental)
José Esain (Derecho Constitucional Ambiental)
Adriana Tripelli (Derecho Internacional, Extranjero y Comparado)
Gabriela García Minella y Fernando Díaz Cantón (Derecho Penal Ambiental)
Carlos Camps (Derecho Procesal Ambiental)
Daniel Soria (Derecho Urbanístico)
Hugo Acciarri, Pamela Tolosa y Pablo A. Iannello (Economía y Medio Ambiente)
Eduardo Conghos (Instrumentos de Gestión y Política Ambiental)
Nancy Tognola (Recursos Naturales)
Maggie Luz Videla (Técnica Ambiental)
Aníbal Falbo (Actualidad Ambiental de la provincia de Buenos Aires)
Alicia Morales Lamberti (Actualidad Ambiental de la provincia de Córdoba)
Mauricio Pinto (Actualidad Ambiental de Cuyo)
Lucena Spano (Actualidad Ambiental de Litoral)
Mariana Catalano (Actualidad Ambiental de Norte)
Carlos A. Rodríguez (Actualidad Ambiental de Nordeste)
Juan Carlos Fernández (Actualidad Ambiental de Patagonia)

Una publicación de
AbeledoPerrot SA
Tucumán 1471
(C1050AAC)
Buenos Aires,
Argentina

Editor

Alejandro Carey

Coordinación Editorial
María Laura Flander

ISSN 1851-1198
RNPI 5074815

DIRECTOR **NÉSTOR A. CAFFERATTA**

8
3
Abril/Junio
2014

Revista de **DERECHO AMBIENTAL**

Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica



El Instituto El Derecho Por Un Planeta Verde Argentina brinda su aval y respaldo académico a la presente publicación, con el objetivo de coadyuvar a la promoción, estudio, investigación y difusión del derecho ambiental a nivel local, nacional, regional e internacional. www.planetaverde.org.ar

ABELEDOPERROT

- CALERO, J. R., *Régimen jurídico de las costas españolas*, Aranzadi, Pamplona, 1995.
- CHINCHILLA PEINADO, J. A., "La incidencia de la Ley 2/2013 de Protección y Uso Sostenible del Litoral y de Modificación de la Ley 22/1988 de Costas sobre la figura del deslinde", Curso sobre la reforma de la Ley de Costas, *Revista de Derecho Urbanístico*, Madrid, 18/6/2013.
- ESTEVE PARDO, J., *Lecciones de derecho administrativo*, Marcial Pons, Barcelona, 2011.
- GARCÍA PÉREZ, M. - SANZ LARRUGA, F. J., "Reflexiones en torno a la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de Protección y Uso Sostenible del Litoral y de Modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas", ponencia presentada en el IX Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Santiago de Compostela, 2014.
- JORDANO FRAGA, J., "Responsabilidad por daños al medio ambiente", en ESTEVE PARDO J. (dir.), *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2006.
- LÓPEZ RAMÓN, F. (coord.), *Observatorio de Políticas Ambientales 2011*, Aranzadi - Thomson, Cizur Menor, 2011.
- "El principio de no regresión en la desclasificación de espacios naturales protegidos en el Derecho español", *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, nro. 20, 2011.
- MENÉNDEZ REXACH, A., "La nueva regulación de las Costas: un giro hacia el dominio privado marítimo-terrestre", ponencia presentada en el IX Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Santiago de Compostela, 2014.
- PÉREZ GÁLVEZ, J. F., "Litoral y Costas en el Derecho español", en PÉREZ GÁLVEZ, J. F. (dir.), *Costas y Urbanismo. El litoral tras la Ley 2/2013, de Protección y Uso Sostenible del Litoral y de Modificación de la Ley de Costas*, El Consultor de los Ayuntamientos (La Ley), Las Rozas, 2013.
- RISQUETE FERNÁNDEZ, J. L., "Infracciones y sanciones", en DE FUENTES BARDAJÍ, J. (dir.), *Manual de Dominio Público Marítimo-Terrestre y Puertos del Estado*, Aranzadi, Cizur Menor, 2001.
- SANZ RUBIALES, I., "La exigencia administrativa de responsabilidad por daños ambientales", *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, nro. 23, 2012.
- SORO MATEO, B., *La responsabilidad ambiental de las Administraciones Públicas*, Ministerio de Medio Ambiente, Madrid, 2005.
- SORO MATEO, B. - ÁLVAREZ CARREÑO, S. M. - PEÑAS CASTEJÓN, J. M., "El laberinto jurídico-administrativo de la destrucción ambiental de Portmán", en BAÑOS-GONZÁLEZ, I. - BAÑOS PÁEZ, P. (eds.), *Portmán: de "El Portus Magnus" del Mediterráneo Occidental a "La Bahía aterrada"*, Editum, Murcia, 2013.
- TEROL BECERRA, M. J., "Sobre la vinculación entre la calidad de vida y el medio ambiente", en AA.VV., *Derecho ambiental y transformaciones de la actividad de las Administraciones públicas*, Atelier, Barcelona.
- VALENCIA MARTÍN, G., "La responsabilidad medioambiental", RGD, nro. 25, 2010.

PRECEDENTES AMBIENTALES RECIENTES DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE BRASIL: UNA JURISPRUDENCIA DE PRINCIPIOS*

por JORGE ARANDA ORTEGA**

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo expone un panorama de la jurisprudencia medioambiental reciente del Tribunal Superior de Justicia de Brasil, con la finalidad de mostrar los avances de este tribunal en la protección del medio ambiente, y en la que ha desarrollado interesantes interpretaciones, muchas de ellas basadas en principios de derecho ambiental. De esta revisión, se puede aseverar que esta jurisprudencia de principios está arraigada en el Tribunal Superior de Justicia, existiendo perspectivas para que éstas

* El presente artículo es fruto de una pasantía en el gabinete de trabajo del ministro del Tribunal Superior de Justicia Antonio Herman Benjamín, efectuada desde el 4 de febrero al 22 de marzo del 2013, en la ciudad de Brasilia. Agradezco profundamente la generosidad de esta invitación al ministro Benjamín, al igual que sus consejos y orientación. Igualmente, agradezco a todo el gabinete de trabajo del ministro Benjamín, en especial, a André Souza Santos y al profesor Dr. Bruno Correa Burini por su ayuda, consejos, aclaraciones del derecho brasileño e ideas que ambos me brindaron. Este artículo cuenta con una serie de fragmentos de jurisprudencias, los que han sido traducidos y enfatizados por mí. Los originales pueden ser consultados en el sitio de Internet del Tribunal Superior de Justicia: www.stj.jus.br/SCON/. También he traducido los textos de leyes brasileñas y de doctrina acá citados.

Finalmente, y sin perjuicio de los debidos agradecimientos y de las señaladas traducciones, todo error, imprecisión o falta es sólo imputable a mi persona.

** Abogado, Universidad de Chile. Magíster en Derecho, Universidad de Chile. Investigador, Centro de Derecho Ambiental, Universidad de Chile.

lleguen a ser vinculantes para uniformar la jurisprudencia interna del mismo. Así, algunas de estas interpretaciones pueden ser contradictorias con principios o figuras jurídicas clásicas de otras disciplinas, pudiendo generar conflictos e interpretaciones contrapuestas a futuro. Sin embargo, estas adecuaciones interpretativas se hacen necesarias en un contexto de defensa del ambiente, siendo imperativo, al largo plazo, repensar o adaptar antiguas categorías jurídicas tradicionales.

Mi plan de exposición será el siguiente: primero expondré brevemente algunos aspectos generales, tanto orgánicos como funcionales, del poder judicial brasileño. Luego, efectuaré una relación muy breve de las características ambientales de Brasil, y después, daré una breve noción del desarrollo de la normativa ambiental brasileña. A continuación, expondré y comentaré una serie de sentencias del Tribunal Superior de Justicia, en relación con los siguientes temas: función ecológica de la propiedad, la protección de vida silvestre, los recursos hídricos, la contaminación, la no indemnización de las limitaciones administrativas por causa ambiental, aspectos urbanísticos, la acción popular pública y acción civil pública, el daño ambiental, el sistema de evaluación de impacto ambiental, y la temporalidad de los derechos ambientales en el patrimonio. Finalmente, expondré mis reflexiones finales respecto de las sentencias expuestas.

II. DESCRIPCIÓN DEL PODER JUDICIAL BRASILEÑO

El Poder Judicial de Brasil está reconocido constitucionalmente como un poder independiente, en relación armónica con los demás poderes del Estado¹. Está compuesto por siete órganos reconocidos constitucionalmente, a saber: el Supremo Tribunal Federal, el Consejo Nacional de Justicia, el Tribunal Superior de Justicia, los Tribunales Regionales Federales y Jueces Federales, los Tribunales y Jueces del Trabajo, los Tribunales y Jueces Electorales, los Tribunales y Jueces Militares, los Tribunales y Jueces Estaduales y del Distrito Federal y sus territorios².

Su organización básica está determinada por dos diferentes tipos de foros, habiendo foros especializados por materia, que son los del trabajo, militares, y electorales. Las materias que no estén comprendidas en esas competencias especiales por materia, serán de conocimiento de tribunales de competencia común, los cuales pueden ser o federales, o estaduales³.

El fenómeno de especialización por competencias en el Brasil no es novedoso, existiendo ya competencias diferenciadas en la época colonial desde el siglo XVII, da-

¹ Const. Brasileña. Art. 2º.

² Const. Brasileña. Art. 92.

³ A mayor abundamiento, sobre este punto, Theodoro Junior expone con claridad que la justicia federal "...En el esquema general del sistema judicial patrio es, en verdad, la de un órgano especial de la justicia ordinaria, o sea, de la Justicia que se encarga de las acciones civiles y criminales, en contraposición a las verdaderas 'Justicias especiales', que, como su propio nombre indica, conocen de materias especiales también (electoral, del trabajo, y militar)..." (Theodoro Junior, Humberto, *Curso de Direito Processual Civil, teoria geral do direito procesual civil e proceso de conhecimento*, vol. I, 51ª ed., Editora Forense, Brasil, 2010, p. 171).

tando de esta época una competencia militar especial⁴. Por su parte, la competencia electoral encuentra su origen en el año 1932⁵, y la del trabajo en 1946⁶.

Distinguiendo ya entre tribunales por materia, debemos distinguir a los tribunales inferiores de justicia, que tienen una competencia territorial acotada, de los tribunales superiores de justicia, que tienen competencia sobre todo el territorio de la República⁷, teniendo asiento en la Capital Federal, que es Brasilia⁸.

Los tribunales superiores de justicia de Brasil son el Supremo Tribunal Federal que es la corte de justicia constitucional y el máximo órgano judicial, el Tribunal Superior de Justicia que es el tribunal de mayor jerarquía para causas de justicia común, el Tribunal Superior del Trabajo, el Tribunal Superior Electoral, el Tribunal Superior Militar, siendo cada uno de ellos la máxima jerarquía en sus respectivas materias. Además, de ellos, encontramos al Consejo Nacional de Justicia, que es un órgano judicial especializado en el control disciplinario de los jueces y funcionarios judiciales de Brasil.

Los tribunales de menor jerarquía son los Tribunales y Jueces Estaduales, los Tribunales Federales y Jueces Federales, y los Tribunales y Jueces del Trabajo, Electorales, y Militares. Existen cinco Tribunales Regionales Federales⁹, dividiendo a Brasil en cinco regiones¹⁰. Por su parte, la justicia estadual se compone de un tribunal estadual por estado, y bajo ellos encontramos a los jueces del trabajo como primera instancia. De ese mismo modo, la justicia del Trabajo, Electoral y Militar reconoce tribunales regionales especializados por materia, y bajo ellos jueces de primera instancia.

⁴ Así, se reconocían como tribunales y juzgados especializados a las Juntas Militares y Consejos de Guerra para juzgar crímenes militares y crímenes conexos, Juntas de Hacienda para conocer de las asuntos aduaneros, tributarios, y fiscales, y las Juntas de Comercio para conocer las cuestiones económicas, y también las de agricultura, navegación, industria y comercio. Esto según: Da Silva Martins Filho, Ives Gandra, "Evolução histórica da estrutura judiciária brasileira", en *Revista Jurídica Virtual*, Presidencia da República Federativa de Brasil, Casa Civil, Subjefatura para Asuntos Jurídicos, vol. 1, nro. 5, Brasil, 1999 [en línea], <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_05/evol_historica.htm> [visitada 7/2/2013].

⁵ "...En cuanto a la justicia electoral, que fue estrenada con rango constitucional por la Carta de 1934, anótese que fue instituida por el dec. 21.076, febrero de 1932, que, en su art. 5º..." (Mathias, Carlos Fernando, *Notas para uma história do judiciário no Brasil*, Fundação Alexandre de Gusmão, Brasil, 2009, p. 244. Traducción propia.

⁶ Silva Martins Filho, Ives Gandra, "Evolução histórica da estrutura judiciária brasileira", cit.

⁷ Const. Brasileña, art. 92 § 2º.

⁸ Const. Brasileña, art. 92 § 1º.

⁹ Const. Brasileña, art. 26 transitorio, § 6º.

¹⁰ El tribunal regional de la primera región tiene sede en Brasilia, y tiene competencia sobre los territorios de los estados de Acre, Amapá, Amazonas, Bahía, Goiás, Maranhão, Minas Gerais, Mato Grosso, Pará, Piauí, Rondonia, Roraima, Tocantins, y sobre el Distrito Federal; el tribunal regional de la segunda región tiene asiento en Río de Janeiro, y tiene competencias sobre los estados de Río de Janeiro y Espírito Santo; el tribunal regional de la tercera región tiene asiento en San Pablo, y tiene competencia en los estados de San Pablo y Mato Grosso del Sur. El tribunal regional de la cuarta región, con asiento en Porto Alegre, tiene competencia en los estados de Paraná, Santa Catarina, y Río Grande del Sur; y el tribunal regional de la quinta región, con asiento en Recife, tiene competencia sobre los estados de Alagoas, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Río Grande del Norte y Sergipe. Bajo los tribunales regionales, se encuentran los jueces federales.

La competencia sobre las materias ambientales, tema de este artículo, está radicada en la justicia común, ya fuere estadual o federal, pues, por descarte, las cuestiones ambientales no están incluidas dentro de las competencias especiales. Por ello, de entre todos los tribunales superiores de justicia de Brasil, el más relevante para nuestro estudio es el Tribunal Superior de Justicia. Éste está compuesto por 33 ministros, nombrados por el Presidente de la República, siendo un tercio elegido de entre los jueces de los Tribunales Regionales Federales, otro tercio de entre los desembargadores de los Tribunales de Justicia, indicados en terna por el mismo Tribunal, y el tercio restante, en partes iguales, de entre abogados y miembros del Ministerio Público Federal, Estadual, del Distrito Federal y sus Territorios¹¹. El Tribunal sesiona de cuatro modos: en Sala, en Sección, en Corte Especial, y en Pleno. Cada Sala está compuesta por cinco ministros, cada Sección está compuesta por dos Salas, la Corte Especial está compuesta por los quince ministros más antiguos, y el Pleno por la totalidad de sus miembros¹². De esta forma, el ministro Presidente, el ministro Vicepresidente, y el ministro que se desempeña como Coordinador General de la Justicia Federal sólo desempeñarán esos cargos, y no integrarán ni secciones ni salas¹³. Las competencias, en general, están determinadas por secciones. Así, la primera sección, compuesta por la primera y segunda salas, resuelve materias de derecho público, la segunda sección, compuesta por la tercera y cuarta salas, resuelve asuntos de derecho privado, y la tercera sección, compuesta por la quinta y sexta salas, resuelve materias de derecho penal, y otras que residualmente no estén tratadas por las otras dos secciones¹⁴. Por su parte, la Corte Especial no tiene competencias por materia¹⁵.

Para pronunciarse sobre materias ambientales, en líneas generales, el Tribunal Superior de Justicia puede hacerlo mediante el conocimiento del recurso ordinario¹⁶, del recurso especial¹⁷, y del *agravo* contra la sentencia interlocutoria que se pronuncia en el procedimiento de un recurso especial¹⁸. También es relevante, para estos efectos, el recurso de *embargos de divergencia*, de competencia de una sección, en caso de que existan jurisprudencias contradictorias sobre el recurso especial entre las salas, como un medio de uniformar la jurisprudencia interna¹⁹. Estos recursos no constituyen instancia, por lo que el Tribunal Superior de Justicia no puede pronunciarse

¹¹ Const. Brasileña. Art. 104.

¹² Reglamento interno, art. 2º.

¹³ Reglamento interno, art. 3º, parág. 1º.

¹⁴ Reglamento interno, art. 9º.

¹⁵ Reglamento interno, art. 8º.

¹⁶ Código de Proceso Civil de Brasil, art. 539, num. II.

¹⁷ Const. Brasileña, art. 105, num. III.

¹⁸ Código de Proceso Civil de Brasil. arts. 522 a 529. La expresión "*agravo*", en su traducción literal es "agravio". También, dependiendo del sistema de recursos de cada país, puede variar su naturaleza jurídica, asemejándose en casos a un recurso de reposición. Para evitar confusiones, y considerando que es un recurso propio del sistema brasileño, he preferido no traducir esta expresión.

¹⁹ Código de Proceso Civil de Brasil. 496, num. VIII. También he preferido no traducir esta expresión, que bien puede referirse a diferentes tipos de recurso que apuntan a uniformar precedentes.

sobre los hechos en estas causas, sino sólo sobre el derecho aplicado²⁰. Este punto, necesario de remarcar, es particularmente importante para comprender el papel del Tribunal Superior de Justicia en el cuidado del medio ambiente.

Respecto del conocimiento de fondo de los asuntos ambientales sometidos a su competencia, el Tribunal Superior de Justicia, para efectos de resolver conflictos ambientales, debe dar cumplimiento al deber constitucional consagrado en el art. 225 de la Constitución de Brasil, que versa:

"...Todos tienen derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial para la sana calidad de vida, imponiéndose *al Poder Público* y a la colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las futuras generaciones..."²¹.

Del citado texto, se puede concluir que existe un deber estatal de protección del entorno, del cual no puede abstraerse el Poder Judicial de Brasil, debiendo desarrollarlo en el ejercicio de la jurisdicción, y particularmente por cada tribunal en el ámbito de su competencia. De este modo, el Tribunal Superior de Justicia de Brasil debe, resolviendo los recursos que son de su competencia, atender a este deber.

Luego, cabe preguntarse cuáles son las características y rasgos generales de los ecosistemas del Brasil, y si éstas detentan alguna consideración normativa ulterior, de modo de saber ante qué situaciones fácticas se debe ejecutar este deber de protección. En razón de ello, a continuación explicaré sucintamente la situación ambiental de Brasil.

III. DESCRIPCIÓN AMBIENTAL DE BRASIL

Brasil es un país que representa características ambientales especiales. Éstas responden tanto a la particularidad de sus ecosistemas más representativos, como a los recursos naturales que en ellos encontramos. La primera consagración normativa de los ecosistemas de Brasil la encontramos en la Constitución política, la cual versa en el art. 225, parág. 4º:

"...La *Selva Amazónica brasileña*, la *Mata Atlántica*, la *Sierra del Mar*, el *Pantanal del Mato Grosso* y la *Zona Costera* son patrimonio nacional, y su utilización se hará, en la forma indicada por la ley, dentro de las condiciones que aseguren la preservación del medio ambiente, inclusive respecto al uso de los *recursos naturales*..."²².

Así, lo primero que resalta es la existencia de la selva amazónica, la cual a rasgos generales, ocupa una superficie de 368.989.221 hectáreas, ocupando dos quintas partes del territorio de América del Sur y la mitad del territorio del Brasil. La selva amazónica brasileña se ubica en los estados de Acre, Amapá, Amazonas, Pará, Rondonia, Roraima y una pequeña parte de los estados de Maranhón, Tocantins y Mato Grosso. La selva amazónica es reconocida como el mayor bosque tropical existente en el planeta, equivalente a un tercio de las reservas forestales tropicales húmedas y como el mayor banco genético del planeta. Además, contiene la quinta parte de la disponibilidad de

²⁰ Tribunal Superior de Justicia, súpula 7ª.

²¹ Const. Brasileña, art. 225. Traducción y énfasis propios.

²² Const. Brasileña, art. 225, párr. 4º.

agua dulce del planeta y un patrimonio mineral todavía no determinado²³. Junto a ello, dispone de un gran potencial de generación hidroeléctrica, existiendo en operación 18 centrales generadoras de escala mayor, cinco en construcción, y 64 proyectadas²⁴.

La Mata Atlántica, por su parte, es quizás la zona más afectada en el Brasil por desarrollo de actividades antrópicas. Su composición original era un mosaico de vegetaciones definidas como bosques ombrófilos densos, abiertos, y mixtos, bosques estacionales caducos y semicaducos, vegetación de altitud, manglares, y restingas. Ocupaba originalmente 1.315.460 kilómetros cuadrados y se extendía por los estados de Río Grande del Sur, Santa Catarina, Paraná, San Paulo, Goiás, Mato Grosso del Sur, Río de Janeiro, Minas Gerais, Espírito Santo, Bahía, Alagoas, Sergipe, Paraíba, Pernambuco, Río Grande del Norte, Ceará y Piauí. De ella sólo queda el 7,91 por ciento, albergando en su área original de emplazamiento al 61 por ciento de la población brasileña, la cual ha desarrollado, en las últimas décadas, una fuerte explotación silvoagropecuaria destinada a la producción de madera, café, caña de azúcar, y carne de res. Junto a ello, es una zona que más sufre los efectos de la industrialización y expansión urbana a causa de la cantidad de habitantes humanos que hay en ella²⁵.

La Sierra del Mar representa una ecorregión de un largo y continuo bloque montañoso de mata atlántica, constituida de distintas especies, incluyendo bastante endémicas. La vegetación contenida en ella ha sido clasificada en cuatro subtipos: de bosque ombrófilo denso, vegetación de tierras bajas, montañosa y submontañosa. En ella se desarrollan actividades forestales y agrícolas²⁶, además de turismo asociado a la belleza escénica y al escalamiento deportivo²⁷.

El pantanal de Mato Grosso es uno de las zonas de humedales de agua dulce más vastas del mundo²⁸. Situado en el sur del estado de Mato Grosso y en noroeste del estado de Mato Grosso del Sur, correspondiente a 140.000 kilómetros cuadrados del territorio brasileño. En él viven cerca de 32 millones de yacarés, 365 especies de aves, 240 especies de peces, 80 especies de mamíferos y 50 de reptiles²⁹. De ese total de hectáreas, sólo el 1,3 por ciento está bajo cuidado mediante áreas protegidas, correspondiendo a 187.818 hectáreas³⁰. Si bien es un área con una baja intervención en comparación con otras ecorregiones de Brasil, sobre el pantanal se ciernen peligros

²³ República Federativa de Brasil - Instituto Brasileño del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales. Ecosistemas Brasileños, "Amazonia" [en línea], <http://www.ibama.gov.br/ecosistemas/amazonia.htm> [consultado 27/3/2013].

²⁴ República Federativa de Brasil - Secretaría de Asunto Estratégicos. Atlas del Amazonas [en línea], <http://www.sae.gov.br/atlas/> [consultado 27/3/2013].

²⁵ SOS Mata Atlántica, "La Mata Atlántica" [en línea], <http://www.sosma.org.br/nossa-cao/a-mata-atlantica/> [consultado 27/3/2013].

²⁶ World Wildlife Found, "South America: Along the Atlantic coast of southeastern and southern Brazil" [en línea], <http://worldwildlife.org/ecoregions/nt0160> [consultado 27/3/2013].

²⁷ Alta Montanha, "Origens e evolução da Serra do Mar" [en línea], <http://altamontanha.com/Artigo/1448/origens-e-evolucao-da-serra-do-mar>.

²⁸ http://whc.unesco.org/pg.cfm?cid=31&id_site=999 [consultado 27/3/2013].

²⁹ Só biologia, "Pantanal mato-grossense" [en línea], http://www.sobiologia.com.br/conteudos/Ecologia/Ecologia5_2.php [consultado 27/3/2013].

³⁰ UNESCO, "World Heritage Center. Pantanal Conservation Area" [en línea], http://whc.unesco.org/pg.cfm?cid=31&id_site=999 [consultado 27/3/2013].

tales como la expansión de la actividad agropecuaria, expansión de asentamientos humanos, realización de minería y turismo insustentables, y de la utilización de sus recursos hídricos para la generación de energía, interviniendo humedales³¹.

Respecto a la Zona Costera, ésta está representada principalmente por manglares y restingas. Tradicionalmente, desde una visión antropocéntrica, se han considerado a los manglares como áreas improductivas, cuyo aporte al desarrollo es escaso dado que en el habitan insectos transmisores de enfermedades, sin que se tomen en cuenta sus beneficios ambientales gracias al aporte de servicios ecosistémicos que proveen. De tal forma, la mayor amenaza los manglares y a las restingas sigue siendo la expansión urbana en el litoral de Brasil³².

Ahora bien, y sin perjuicio del reconocimiento de estos ecosistemas en la Constitución brasileña, existen otros de amplia relevancia y que también sufren de amenazas. Entre ellos encontramos al ecosistema del Cerrado, con una extensión de más de 8.500.000 kilómetros cuadrados, distribuidos aproximadamente entre los paralelos 5 norte al 34 sur, constituyendo una verdadera "sabana" brasileña, con dos estaciones: una seca y una húmeda, ambas con temperaturas cálidas relativamente homogéneas³³. En el corazón de esta área se encuentra el Planalto Central de Brasil. Esta área, rica en biodiversidad, contiene el 5 por ciento de todas las especies conocidas en el planeta³⁴; así, y por ejemplo, podemos estimar una flora de 3.000 especies, siendo 1.000 de ellas arbustivas, 2.000 herbáceas subarbutivas³⁵. Del cerrado, sólo están protegidos 296.500 kilómetros cuadrados, abarcando esta protección parte del Distrito Federal y de los dos Estados de Goiás, Tocantins, Maranhão y Piauí³⁶.

Otro de los ecosistemas no reconocidos expresamente por la Constitución es la Caatinga, que en lengua tupi quiere decir "bosque blanco". Éste es un ecosistema que se extiende en el nordeste brasileño, en un área de 73.683.649 hectáreas, siendo el 6,83 por ciento del territorio del Brasil, emplazándose en espacios de los estados de Bahía, Ceará, Piauí, Pernambuco, Sergipe, Alagoas, y Minas Gerais. Su flora está compuesta principalmente por formaciones xerófitas, y su fauna por reptiles. Este ecosistema ha sufrido en cerca de su 80 por ciento de extensión de la intervención antrópica, la cual viene ocurriendo desde la era colonial. Las mayores amenazas que sufre son la sustitución de especies nativas por exóticas o por vegetación para forraje, practicándose aún la deforestación por quema³⁷.

³¹ World Wildlife Found, "Pantanal, South America" [en línea], http://wwf.panda.org/what_we_do/where_we_work/pantanal/ [consultado 27/3/2013].

³² World Wildlife Found, "Eastern South America: Eastern Brazil" [en línea], <http://worldwildlife.org/ecoregions/nt0102> [consultado 27/3/2013].

³³ Magno Coutinho, Leopoldo, "Cerrado. Aspectos do Cerrado" [en línea], http://eco.ib.usp.br/cerrado/aspectos_conservacao.htm [consultado 27/3/2013].

³⁴ World Wildlife Found. Cerrado. [en línea] http://www.wwf.org.br/natureza_brasileira/areas_prioritarias/cerrado/ [consultado 27/3/2013].

³⁵ Magno Coutinho, Leopoldo, "Cerrado...", cit.

³⁶ World Wildlife Found, "Eastern South America: Eastern Brazil", cit.

³⁷ República Federativa de Brasil - Instituto Brasileño del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales, "Ecosistemas Brasileños: Caatinga" [en línea], <http://www.ibama.gov.br/ecosistemas/caatinga.htm> [consultado 27/3/2013].

En general, podemos concluir que pese al reconocimiento constitucional de algunas de las ecorregiones de Brasil, el texto de la Carta Fundamental no las incluye a todas. Por otro lado, las amenazas por la acción antrópica son relativamente similares en todos los ecosistemas, y están asociadas a la explotación silvoagropecuaria, y a la expansión de asentamientos humanos. En ese sentido, el cambio paulatino de la acción humana, desde una perspectiva de lucha contra la naturaleza a protección de la misma, se ha visto reflejada en el desarrollo de la normativa ambiental brasileña. A continuación, explicaré brevemente dicha evolución.

IV. DESCRIPCIÓN DE LA EVOLUCIÓN NORMATIVA AMBIENTAL BRASILEÑA

En Brasil, la evolución de la normativa ambiental responde a tres momentos, determinados por visión del ser humano en relación con la naturaleza. En un primer momento, desde la conquista y ocupación de la costa por parte de los portugueses, el territorio parecía ofrecer recursos ilimitados, los cuales deberían ser aprovechados a cabalidad para satisfacer la demanda de Europa³⁸. De esta forma, la conquista no se entendió sólo como una dominación del hombre civilizado al hombre no civilizado, sino del hombre en su conjunto sobre la naturaleza, medio amorfo e indómito, para darle orden y aprovecharlo en calidad de amo y señor. En esta fase, comenzó principalmente la explotación de las costas, y de la mata atlántica, sumándose con posterioridad la explotación de la Caatinga y del Cerrado gracias a exploraciones al interior. Ya entrado el siglo XIX y parte del XX, la selva amazónica comenzó a sufrir los rigores de la explotación humana, principalmente por causa de la explotación del caucho. Así, de esta primera época se caracteriza por casi una total desregulación, asumiendo un escenario de recursos que están muy cerca de la infinitud.

Con el devenir del tiempo, los recursos que parecían infinitos ya no lo eran. La presión humana sobre ellos comenzó a aumentar conforme creció la población del Brasil y del mundo. Igualmente, los problemas sobre la propiedad y los conflictos asociados a su agotamiento, requirieron que los recursos naturales fueran regulados para evitar su explotación desmedida. De esta manera, comenzó la regulación sectorial de éstos, con una doble finalidad: por un lado, conseguir su aprovechamiento más racional en miras del desarrollo; y por otro lado, evitar su agotamiento mediante la sobreexplotación. En este período no había cuestionamientos mayores sobre el devenir del entorno, ni sobre las posibles incongruencias o conflictos entre regulaciones sectoriales, pues el enfoque era productivista. De esta época destacan las siguientes regulaciones sectoriales: Código Forestal de 1965; El Código de Caza, el Código de Pesca, y el de Minería, todos de 1967; la ley de Responsabilidad por Daños Nucleares de 1977; la Ley de Zonificación de las Áreas de Contaminación Crítica de 1980; y la Ley de Agrotóxicos de 1989³⁹.

La última fase corresponde al tratamiento integral de la cuestión ambiental, y no por sectores productivos. Esta fase, si bien sigue siendo fundamentalmente antropocéntrica, comienza una regulación del medio ambiente como un todo, e intenta la interrelación armónica de las normativas sectoriales para que no tengan conflictos entre ellas al momento de su aplicación. El fundamento tras esta época es la toma de consciencia, tanto del gobierno como de la sociedad civil, de que la regulación sectorial con fines puramente productivos no es suficiente, dada la necesidad de un entorno equilibrado, sustento de la vida humana. La regulación sectorial por sí sola no soluciona los conflictos entre sectores productivos, ni las mermas que la explotación de un recurso puede generar en otra actividad, ni en la vida de las personas⁴⁰.

En esta fase, por primera vez, se considera de manera consistente al entorno como un bien jurídico a ser protegido por el derecho. De esta época data la política del medio ambiente de 1981, la que introdujo avances tales como la responsabilidad civil objetiva en materia ambiental, el sistema de evaluación de impacto ambiental, además de principios, objetivos e instrumentos básicos en materia normativo-ambiental. También, y como culminación, en 1988 es dictada la nueva Constitución de la República, la que contiene el ya mencionado art. 225⁴¹.

Así, y para cerrar esta parte introductoria, podemos aseverar que la situación ambiental del Brasil está determinada por una rica diversidad biológica, la que es, en los hechos, una de las más relevantes del planeta. Las amenazas antrópicas más fuertes que se ejercen sobre estos ecosistemas biodiversos son la expansión urbana, y la modificación de terrenos para expandir la actividad silvoagropecuaria. En este contexto, la evolución de la normativa ambiental brasileña ha intentado hacerse cargo de la cuestión ambiental, primero desde un modelo netamente sectorial y productivista para pasar luego a un modelo integral y sustentable, ambos, sin embargo, en el marco del antropocentrismo. En la aplicación del derecho, de entre los tribunales superiores de justicia la competencia para conocer de las cuestiones ambientales es el Tribunal Superior de Justicia, pudiendo, conforme al sistema de recursos de Brasil, pronunciarse sobre los conflictos ambientales de relevancia jurídica, sin embargo no le cabe pronunciarse sobre los hechos, por regla general, pues esos recursos no constituyen instancia y sirven para discutir puntos de derecho. En ese orden de cosas, y bajo un sistema de recursos principalmente dispositivo, la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia ha intentado innovar y dar pasos más allá. En la próximas secciones, estudiaremos cómo ha intentado hacerlo, revisando diversos aspectos destacados en la jurisprudencia, a saber: la función ecológica de la propiedad, la protección de vida silvestre, los recursos hídricos, la contaminación, la no indemnización de las limitaciones administrativas por causa ambiental, aspectos urbanísticos, la acción popular pública y acción civil pública, el daño ambiental, el sistema de evaluación de impacto ambiental, y la temporalidad de los derechos ambientales en el patrimonio.

⁴⁰ Benjamín, Antonio Herman, "Introdução ao direito ambiental brasileiro", cit., p. 52.

⁴¹ Benjamín, Antonio Herman, "Introdução ao direito ambiental brasileiro", cit., p. 52.

³⁸ En este sentido: Benjamín, Antonio Herman, "Introdução ao direito ambiental brasileiro". *Revista de Direito Ambiental*, nro. 4, vol. 14, Editora dos Tribunais, Brasil, 1999, ps. 50-51. En el mismo sentido: Bryner, Nicholas. "Brazil's Green Court: Environmental Law in the 'Superior Tribunal de Justiça' (High Court of Brazil)", en *Pace Environmental Law Review*, vol. 29, Estados Unidos, 2012 [En línea], <<http://digitalcommons.pace.edu/pelr/>> [Consultada el 21/3/2013], p. 8

³⁹ Benjamín, Antonio Herman, "Introdução ao direito ambiental brasileiro", cit. p. 51.

V. FUNCIÓN ECOLÓGICA DE LA PROPIEDAD

Es posible aseverar que el principal fundamento de la jurisprudencia de principios de derecho ambiental, desarrollada por el Tribunal Superior de Justicia de Brasil, es la función ecológica de la propiedad. Según ella, la interpretación de normas jurídicas ambientales debe considerar la solidaridad intergeneracional propia del desarrollo sustentable, pensando en las generaciones venideras. De este modo, la interpretación no sólo debe enfocarse en proteger a los titulares de derechos fundamentales que existen, o que se espera que existan de forma individual, sino que repara en un conjunto de titulares de derechos fundamentales, considerados colectivamente, que habitarán en el mismo entorno que hoy debemos que cuidar para que la calidad de vida de ellos fuere, por lo menos, igual a la que hoy disfrutamos.

Para estos efectos, podemos citar al recurso especial 948.921. En este caso, la parte recurrente pretende que no se le apliquen las normas del Código Forestal sobre reforestación de cobertura boscosa en un terreno que compró, pese a estar este terreno calificado como área de protección permanente según el Código Forestal brasileño. La razón otorgada por ésta es que, malamente, se le puede dar una destinación distinta a un terreno que, *de facto* e históricamente, ha tenido vocación para la caña de azúcar, y que la recurrente adquirió sin cobertura forestal alguna. Contrariando esta tesis de hechos consumados, el voto del ministro Herman Benjamín señala que:

"...Las áreas de protección permanente y la reserva legal dan cuerpo y concretan la *función ecológica de la propiedad*... Se presentan como imposiciones genéricas, provenientes directamente de la ley. Son, por causa de ese enfoque, presupuestos intrínsecos o límites internos del derecho de propiedad y de la posesión. Consecuencialmente, *las obligaciones de ahí derivadas tienen una clara naturaleza propter rem* (en razón de la cosa), esto es, se adhieren al titular del derecho real y acompañan a los nuevos propietarios y poseedores hasta el infinito, independientemente de su manifestación de voluntad, expresa o tácita..."⁴².

A mayor abundamiento, el sumario de la sentencia señala que:

"...*Décadas de uso ilícito de la propiedad rural no dan salvoconducto al propietario o poseedor para que continúe ejecutando actos prohibidos o tornan legales prácticas prohibidas por el legislador, sobre todo en el ámbito de los derechos indisponibles, que todos aprovechan, incluso generaciones futuras, como es el caso de la protección del medio ambiente...*"⁴³.

El razonamiento que existe en este fallo es de suyo interesante, reconociendo una función ecológica de la propiedad en expresa reseña y en consideración de las futuras generaciones, haciendo eco del concepto de desarrollo sustentable en la aplicación e interpretación concreta de normas ambientales, y en este caso en particular, del Código Forestal de 1965. Así, la obligación de recuperar la masa boscosa perdida se traduce en una interpretación que atribuye a ese deber un carácter de obligación *propter rem* al propietario, en consideración de titulares de un derecho que se espera que existan, considerados colectivamente.

⁴² Tribunal Superior de Justicia, Recurso Especial 948.921 de 2005, p. 10.

⁴³ Tribunal Superior de Justicia, Recurso Especial 948.921 de 2005, p. 10.

Igualmente, y también en referencia al Código Forestal de 1965, en el recurso especial 1.240.122 de 2011, el voto del ministro Herman Benjamín, asevera de forma contundente que:

"Específicamente, al respecto de la flora, el propio Código Forestal de 1965 se encarga de decir que 'los bosques existentes en el territorio nacional y las demás formas de vegetación, reconocidas con utilidad que revisten para la tierra, *son bienes de interés común a todos los habitantes del país*, ejerciéndose los derechos de propiedad con las limitaciones que la legislación general y especial de este país establecen' (art. 1º, encabezado). *He ahí uno de los ejemplos más expresivos de la densificación, en el ordenamiento jurídico brasileño, de la función ecológica de la propiedad y del principio de la solidaridad intra e intergeneracional...*"⁴⁴.

En el argumento, a propósito de las disposiciones del Código Forestal, y de las obligaciones que impone, la función ecológica de la propiedad desarrolla el principio de solidaridad intergeneracional.

Esta limitación tiene un fundamento constitucional explícito en la Constitución Brasileña de 1988. En ese sentido, la ministra Calmon en los *embargos de divergencia* sobre el recurso especial 628.588, asevera que:

"Es consabido que en el campo del Derecho Constitucional no hay más lugar para hablar [del derecho de propiedad], en sentido absoluto, ya que, según el principio de razonabilidad, los derechos previstos en la Carta Magna encuentran su fundamento y su límite en el propio texto constitucional... Así, se observa que el derecho de propiedad estará garantizado, desde que la propiedad cumpla su función social, definida por el art. 186 de la Constitución Federal de 1988 de la siguiente forma: *la función social es cumplida cuando la propiedad rural atiende*, simultáneamente, según los criterios y grados de exigencia establecidos en la ley, a los siguientes requisitos... II) *utilización adecuada de los recursos naturales disponibles para la preservación del medio ambiente...* [También el] art. 225: Todos tienen derecho al *medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común* del pueblo y esencial para la sana calidad de vida, imponiéndose al Poder Público y a la colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las futuras generaciones..."⁴⁵.

En la jurisprudencia más reciente, a propósito de los *embargos de declaración*⁴⁶ 1.223.092 de 2013, el voto del ministro vencedor del Castro Meira ha reconocido explícitamente la función socioambiental de la propiedad, añadiendo ade-

⁴⁴ Tribunal Superior de Justicia, Recurso Especial 1.240.122 de 2011, p. 12. También se ha reconocido la limitación de la propiedad a propósito de la prohibición y comercialización de especies protegidas. Enfático fue así el voto del ministro Martins en Tribunal Superior de Justicia, Agravo Regimental sobre el Recurso Especial 1.183.279 de 2013, ps. 17/18.

⁴⁵ Tribunal Superior de Justicia, Embargos de Divergencia en el Recurso Especial 628.588 de 2005, ps. 6/7.

⁴⁶ En el sistema jurídico brasileño, este medio de impugnación opera para la aclaración, rectificación o enmienda de las resoluciones judiciales, y está establecido en la ley 9099 de 1995 sobre "juzgados especiales civiles, criminales y de otras providencias", en su art. 48. He decidido no traducir esta expresión.

más un enfoque precautorio para la toma de decisiones que puedan afectar derechos socioambientales⁴⁷.

De esta forma, la función ecológica de la propiedad encuentra su fundamento elemental en los arts. 186 y 225 de la Constitución brasileña. Desde esa cobertura constitucional, interpretativamente se construye ésta, que abarca no sólo a los sujetos que existen, sino a los que se espera que existan colectivamente considerados. Esa visión prospectiva está determinada, justamente, por un principio jurídico del derecho ambiental: la solidaridad intergeneracional. De esta forma, se puede concluir que la jurisprudencia ambiental del Tribunal Superior de Justicia innova en la consideración colectiva de los sujetos que están por existir, tradicionalmente considerados individualmente a propósito de figuras como la obligaciones sujetas a la condición de que exista un sujeto en derecho civil, o en el delito de aborto en materia penal. Esa consideración tiene como correlato concreto las obligaciones del Código Forestal de 1965, caracterizadas como *propter rem*.

VI. PROTECCIÓN DE VIDA SILVESTRE

El deber de protección del art. 225 de la Constitución tiene otras consecuencias en la interpretación de normas ambientales. Respecto de la vida silvestre, es particularmente significativo denotar que se ha desarrollado un principio de integridad, en el que la protección no es respecto de una forma de vida en particular, sino que es una protección integral, que procura proteger el entorno por completo, y no solamente a una especie o población determinada.

Un buen ejemplo en la jurisprudencia, sobre las características de integridad y protección diferenciada de otros derechos, la encontramos en el recurso especial 650.728 de 2003. En esta sentencia, la parte recurrente intentó introducir nuevos medios probatorios, fuera de la oportunidad procesal correspondiente, por causa de haber depositado residuos en un manglar de modo ilícito, creando una hipótesis de daño ambiental. En esta causa, el tribunal desechó la petición del recurrente en atención a que los hechos que pretendía probar no eran nuevos, y de paso se pronunció sobre la importancia de cuidar la vida silvestre de los manglares. Al respecto, consta en el voto del ministro Herman Benjamín.

“...Acabar con los manglares, sobre todo en períodos de epidemias, era un favor otorgado a los particulares y un deber del Estado, percepción incorporada simultáneamente en el sentimiento del pueblo y de las leyes sanitarias creadas en varios niveles del Gobierno. Bajo el dominio de ese espíritu, el adversario del manglar se convertía en benefactor-modernizador, era incentivado por la Administración y contaba con la venia del Estado... Destruir manglares se establecía, entonces, como una recuperación y cura de una anomalía de la naturaleza... Resultado de la evolución del conocimiento científico y de cambios en la postura ética del ser humano frente a la Naturaleza, actualmente se reconocen a los manglares varias funciones: a) ecológicas, como lecho marino, pieza central en los procesos reproductivos de un gran número

⁴⁷ Tribunal Superior de Justicia, Embargos de Declaración 1.223.092 de 2013, ps. 6/7. Esto fallo es particularmente relevante, porque además reconoce la función social de la propiedad y la precaución.

de especies, filtro biológico que retiene nutrientes, sedimentos y hasta contaminantes, zona de amortiguamiento de tempestades y barrera con la erosión costera; b) económicas (fuente de alimento y de actividades tradicionales, como la pesca artesanal); c) sociales (ambiente vital para poblaciones tradicionales, cuya sobrevivencia depende de la explotación de crustáceos, moluscos y peces ya existentes)...”⁴⁸.

Como se puede leer del texto, es un fallo interesante, en el sentido de que además de reconocer el valor de la vida silvestre, reconoce el valor del ecosistema completo, las interacciones entre sus componentes, y de servicios ambientales que brinda, ampliando la lógica tradicional de protección de la vida silvestre de cautelar especies individualmente consideradas. También se verifica un giro en el valor de los ecosistemas que no son considerados popularmente como relevantes o como “estandartes” de mejoras ambientales. Muy por el contrario, los manglares, tal como lo asevera el fragmento, son tradicionalmente considerados como focos infecciosos e improductivos. También resulta interesante que explícitamente reconoce servicios ecosistémicos en razón de las funciones que prestan los manglares en el literal “a” del fragmento citado.

Respecto del deber constitucional del art. 225 de la Constitución brasileña, la protección de la vida silvestre tiene un alcance amplio. En la misma sentencia, el ministro Herman Benjamín en su voto asevera que:

“...El juez no crea obligaciones de protección del medio ambiente. Ellas emanan de la ley, después de haber pasado por el cedazo del poder legislativo. De ahí que no necesitamos de jueces activistas, pues el activismo es de la ley y del texto constitucional. Al contrario de otros países, nuestro Poder Judicial no está sumido en un océano de lagunas o en un festival de términos legales a medias. Si la laguna existe, no es por falta de ley, ni tampoco por defecto de la ley; es por ausencia o deficiencia de la implementación administrativa y judicial de los inequívocos deberes ambientales establecidos por el legislador...”⁴⁹.

La argumentación seguida es de un tenor tal que el deber de protección del medio ambiente tiene un alcance total a todos los poderes y funciones del Estado, sin que nadie pueda abstraerse de éste, configurando a partir del art. 225 de la Constitución Brasileña la posibilidad de intervenir en este tipo de decisiones en favor de la protección de un ecosistema. Además de eso, si consideramos a los manglares como parte de las zonas costeras, son conforme al art. 225, parág. 4º, son patrimonio nacional del Brasil.

También se ha reconocido otro servicio ecosistémico de los bosques en otro precedente, a saber, la protección de cuencas hidrológicas. En el recurso especial 176.753 de 2009, se discute sobre el alcance de la protección de los bosques de galerías, esto es, aquellos que son aledaños a la ribera de un curso de agua, a propósito del Código Forestal de 1965. En el caso en cuestión, en la prefectura de Joinville, estado de Santa Catarina, el Instituto Brasileño del Medio Ambiente y de Recursos Naturales (IBAMA), autorizó un proyecto que implicaba la deforestación de bosques y vegetación de galerías en pequeños cursos de agua, los cuales se encuentran ubicados dentro de un área de protección permanente. En la prohibición de tala del Código Forestal de

⁴⁸ Tribunal Superior de Justicia, Recurso Especial 650.728 de 2003, p. 11.

⁴⁹ Tribunal Superior de Justicia, Recurso Especial 650.728 de 2003, p. 15

1965, contenida su art. 2º, no se distingue si la prohibición afecta o no a vegetación de galería en cursos de agua, ya fueren menores o mayores. Ante esta duda interpretativa, el voto del Ministro Benjamín es del siguiente tenor:

"...La Constitución Federal ampara los procesos ecológicos esenciales, entre ellos las áreas de preservación permanente de bosques en galería. Su esencialidad deviene de las funciones ecológicas que desempeñan, sobre todo en la conservación del suelo y de las aguas. Entre ellas cabe citar: a) la protección de la disponibilidad y calidad de agua, facilitando tanto su infiltración y almacenamiento en la napa freática, como al salvaguardar la integridad físico-química de los cuerpos de agua desde la desembocadura hasta la naciente, como tapón y filtro, y por sobre todo por dificultar la erosión y la sedimentación y por retener contaminantes y detritos, y b) manutención del hábitat para la fauna y la formación de corredores biológicos, cada vez más valiosos de cara a la fragmentación del territorio aledaño a la ocupación humana. Es un hecho incontrovertido que hubo canalización y supresión de bosque en galería de los arroyos que cruzan el área, sin que para esos efectos se demostrase la utilidad pública o interés social, lo que en tesis sería posible que la Prefectura hiciera, considerando la naturaleza de la obra en cuestión..."⁵⁰.

Ante esto, este voto recalca la importancia de cuidar de los bosques de galería en razón de su función ecosistémica, en los siguientes términos:

"...La protección legal como Área de Preservación Permanente de Bosque de Galería se entiende no sólo de los márgenes de los 'ríos' sino también de las que se encuentran a lo largo de cualquier 'curso de agua' (Código Forestal, art. 2º, 'a'), ahí incluidos los riachuelos, arroyos, hilos de agua, pantanos y vegas, lagos, represas, en fin, todo el complejo mosaico hidrológico que compone la cuenca. El régimen jurídico de las áreas de preservación permanente de bosques de galería es universal, en el doble sentido de ser aplicable a la totalidad de los cursos de agua existentes en el territorio nacional, independientemente de su flujo de agua o de sus características hidrológicas, y de la incidencia tanto en las riberas como en la cobertura vegetal... Al juez no le cabe alejar la exigencia legal de respecto a la mantención del bosque de galería, bajo el argumento de que se está simplemente ante de un 'hilo de agua', raciocinio que, llevado a sus últimas consecuencias, acabaría por impedir también la tutela de las nacientes y múltiples afluentes, incluso los menores y más tenués, cuya estrechez no reduce su esencialidad en la mantención de la integridad del sistema como un todo. Por eso, ha de ser refutada la posibilidad de supresión de los bosques de galería emplazados a lo largo del curso de agua..."⁵¹.

Si bien en este precedente no se trata literalmente a la protección de cuencas hidrográficas como un servicio ecosistémico, sabemos que es uno de los cuatro más destacados, junto a la captura de carbono, la protección de biodiversidad, y la belleza escénica⁵². Este fallo es de suyo relevante, en considerar como objeto de protección

⁵⁰ Tribunal Superior de Justicia. Recurso Especial 176.753 de 2008, ps. 6/7.

⁵¹ Tribunal Superior de Justicia, Recurso Especial 176.753 de 2008, ps. 9/10.

⁵² Wunder, Sven, "Pagos por servicios ambientales: Principios básicos esenciales", Ocasional Paper nro. 42. CIFOR. Indonesia. 2006 [en línea], <http://www.cifor.org/publications/pdf_files/OccPapers/OP-42S.pdf> [visitada el 6/5/2013], p. 2.

no sólo bienes particularmente considerados, sino también procesos ecológicos, reforzando el carácter dinámico medio ambiente del bien jurídico protegido.

De esta forma, y según el ejemplo de la sentencia, podemos aseverar que la vida silvestre tiene una protección diferenciada, bajo un fundamento ético ecológico especial; es considerada íntegramente bajo un enfoque ecosistémico, y considera a los servicios ecosistémicos como un elemento relevante, tanto para la preservación del ecosistema mismo como para la mejoría de la vida de los seres humanos.

Por otra parte, es digno de destacar que áreas boscosas urbanas también han sido protegidas por la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia. Por ejemplo, podemos revisar el *agravo regimental*⁵³ sobre el recurso especial 664.886 de 2012, en el estado de Santa Catarina, en el Municipio de Camboriú, en el cual se pretendía emplazar un supermercado sobre un bosque urbano, no habiendo suficiente regulación municipal al respecto para protegerlo. Así, el voto del divergente y vencedor del ministro Benjamín, haciendo referencia a las normas comunes y generales versa:

"...[Según lo dispuesto en el] art. 2º [del Código Forestal de 1965] se considerarán de áreas preservación permanente, por el sólo efecto de esta Ley, los bosques y demás formas de vegetación natural situadas: a) a lo largo de ríos o de cualquier curso de agua desde su nivel más alto en faja marginal cuyo ancho mínimo será de... Parágrafo único: En el caso de las áreas urbanas, así entendidas las comprendidas en los perímetros urbanos definidos por la ley municipal, y en las regiones metropolitanas y aglomeraciones urbanas, en todo el territorio abarcado, observándose lo dispuesto en los respectivos planos reguladores y leyes de uso de suelo, respetados los principios límites a que se refiere este artículo... Como se nota, el dispositivo del Código Forestal es expreso al determinar que, incluso en las áreas urbanas, deben ser 'respetados los principios y límites a que se refiere este artículo'. Pero, aunque tal referencia legal inequívoca no exista en el texto legal, seguramente toda la legislación ambiental federal se aplica en los Estados y Municipalidades, pues no hay 'inmueble' o 'propiedad' (la base territorial de la ley) que no se inserte en el dominio de uno o más municipios..."⁵⁴.

De esta forma, pese a las posibles insuficiencias o contradicciones de la normativa municipal respecto de la federal, deberá prevalecer esta última. Esto, en el caso particular, fue el argumento para permitir la protección de un bosque urbano, como se ha leído.

VII. RECURSOS HÍDRICOS

Es interesante señalar que en el derecho brasileño las aguas son consideradas simultáneamente recursos de dominio público por una parte y recursos ambientales. Esta doble consideración tiene efectos jurídicos en la interpretación de las normas relacionadas sobre recursos hídricos, siendo dos: primero, que no son susceptibles de apropiación; y segundo, que la interpretación de estas normas debe considerar, además de las vicisitudes sectoriales, elementos ambientales para su interpretación.

⁵³ Este tipo de "agravo" se interpone, por regla general, ante una resolución que infringe el reglamento interno del Tribunal. He mantenido esta expresión en su versión portuguesa original.

⁵⁴ Tribunal Superior de Justicia, Agravo Regimental sobre el Recurso Especial 664.886 de 2012, p. 32.

Respecto del carácter de dominio público, podemos revisar la sentencia del recurso especial 1.184.624. En este fallo, se discute la posible apropiación de una franja ribereña del río Tieté en el estado de San Pablo, dada la ocupación que han ejercido unos particulares, reclamando un justo título de dominio previa inscripción registral de los inmuebles. El Tribunal de Justicia de San Paulo, que es el tribunal de instancia, ha fallado en favor de los particulares, pero el Municipio de San Pablo ha recurrido contra la sentencia, aduciendo la tesis de que las aguas, los cauces, y las riberas, son de dominio público. El ministro Herman Benjamín, en su voto, ha señalado:

"...No podría un particular adquirir [la propiedad sobre las riberas de un río], ni ser objeto de privatización administrativa o judicial. Cualquier manifestación que abrigue tal pretensión es un acto inexistente, tanto respecto del registro inmobiliario de una franja de mar o de un predio en la luna. Tal adquisición sería un negocio con un objeto legalmente imposible... Por consiguiente, sólo existe una interpretación del encabezado del art. 11 del Código de Aguas... Que teóricamente se concilia con el sistema constitucional actual y con la Ley de la Política Nacional de Recursos Hídricos (ley 9433 de 1997): el 'título legítimo' en favor del particular, se alejaría del dominio público pleno del Poder Público..."⁵⁵.

De lo expuesto, podemos determinar que las aguas, cauces, y riberas en Brasil son de dominio público y, por ende, no podría operar una desapropiación de éstos en favor del Estado, siendo aquel acto carente de valor. Así, dado el carácter de bien público que se atribuye, es de interés del Poder Público el resguardo del debido uso de estos bienes.

Respecto del valor ambiental de las aguas, y de su interpretación armónica con las normas ambientales, podemos revisar el recurso especial 994.120. En este caso, se ventila la posibilidad que tiene un municipio de fiscalizar la creación y explotación de pozos artesianos sin la debida autorización administrativa, o si debe ser competencia dicha fiscalización de otro organismo competente. En este caso, el Municipio de Erechim en el estado de Río Grande del Sur cegó un pozo artesiano que no contaba con los debidos permisos administrativos. El tribunal de instancia determinó que los permisos son de competencia de la administración federal, y no de la local. Ante ello, el voto del Ministro Herman Benjamín asevera:

"...Es evidente que la perforación indiscriminada y desordenada de pozos artesianos tiene impacto directo en el medio ambiente y en la disponibilidad de recursos hídricos para el resto de la población, de hoy y de mañana... Es bueno recordar que las aguas subterráneas son recursos ambientales por disposición legal expresa (ley 6938 de 1981), Art. 3º... La ley 9433 de 1997 [Ley de la Política de Recursos Hídricos] se apoya en una serie de Principios fundamentales, cabiendo citar, entre los que inciden directamente en este litigio, el principio del dominio público (el agua, dispone la ley expresamente, es un bien de dominio público), el principio de la finitud (el agua es un recurso natural limitado) y el principio de la gestión descentralizada y democrática... Por tanto, la adecuada interpretación de la Ley de la Política Nacional de Recursos Hídricos, en diálogo de las fuentes con la Ley de la Política Nacional de Medio Ambiente, el Municipio tiene competencia para fiscalizar la exploración de aguas subterráneas..."⁵⁶.

⁵⁵ Tribunal Superior de Justicia, Recurso especial 1.184.624 de 2010, ps. 7/8.

⁵⁶ Tribunal Superior de Justicia, Recurso Especial 994.120 de 2007, ps. 8/9.

Del fallo se colige que los recursos hídricos, pese a tener una normativa especial y sectorial, ésta debe ser interpretada de modo armónico con la normativa ambiental, no pudiendo haber primacía de la norma sectorial por sobre la norma ambiental aduciendo un argumento de *lex specialis derogat legi generali*. Por lo mismo, como el deber de protección estatal recae sobre todos los órganos del Estado, ninguno podría abstenerse de actuar en favor del entorno.

Finalmente, la intervención del Poder Judicial en materia de recursos hídricos, pese a esta doble consideración de bien de dominio público y bien ambientalmente protegido, está limitada a la revisión de las decisiones de los otros órganos del poder público, y no a reemplazarlos. Por ejemplo, en el recurso de amparo⁵⁷ 20.765, el recurrente pretende que el tribunal de instancia acoja su petición y se le otorgue una concesión de explotación de recursos hídricos, la cual no fue otorgada debidamente por el Poder Público, conforme lo señala el tenor del art. 12, ley 9433 de 1997 que estatuje la Política Nacional de Recursos Hídricos. En este sentido, el Tribunal, según el voto de la ministra Eliana Calmon, aseveró:

"...La concesión no puede ser otorgada por el Poder Judicial, en sede del recurso de amparo, pues, en los términos del art. 14 de la citada ley, la competencia de tal acto es atribuida exclusivamente a la autoridad del Poder Ejecutivo federal, estatal, o distrital. Además, los requisitos para esa concesión no pueden ser cotejados en esta sede procesal, lo que siquiera admite un término de prueba..."⁵⁸.

La importancia de esta resolución respecto de la gestión de recursos hídricos es que, sin perjuicio del deber constitucional del art. 225 de la Constitución de la República de Brasil, el Poder Judicial respeta la separación de poderes y la respectiva división de funciones. De este modo, el límite del ejercicio de dicho deber de protección del entorno se encuentra en el respeto de las funciones de la Administración, lo que, conforme al fallo estudiado con antelación, no quiere decir que ésta no pueda ser revisada por el Poder Judicial. Dicho en términos más simples: la posibilidad de revisión judicial de una función pública no implica la sustitución de esa función pública.

Así, el rol del Tribunal Superior de Justicia en la protección obedece a una doble consideración: al que sea un bien de dominio público, y al que sea un bien ambientalmente relevante. Igualmente, el Poder Judicial, en el ejercicio del deber de protección de las aguas, no puede reemplazar al rol de la administración sectorial del recurso, sin perjuicio de la ya estudiada revisión judicial.

VIII. CONTAMINACIÓN

Respecto de la contaminación, la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia la ha tratado como un interés difuso, sin importar si necesariamente responde a un concepto normativo, determinado en normas ambientales, las cuales deben ser sobrepasadas. Por ejemplo, respecto de la contaminación como en concepto normativo, en el agravo sobre el recurso especial de 2004, en el voto del ministro Franciulli Netto

⁵⁷ Ésta no es una traducción literal del portugués. En el original es "*mandado de segurança*"; éste es un dispositivo procesal configurado para el amparo de derechos en un procedimiento de urgencia.

⁵⁸ Tribunal Superior de Justicia, Recurso en Recurso de Amparo 20.765 de 2005, p. 1.

se reconoce a la contaminación un explícito carácter normativo, en referencia a una norma ambiental, y un carácter de interés difuso. A saber:

"...La ley 6938 de 1981 de la política nacional de medio ambiente, establece, en su art. 3º, los conceptos de medio ambiente y contaminación, *in verbis*: I – Medio ambiente: [es] el conjunto de condiciones, leyes, influencias e interacciones de orden física, química, y biológica, que permite, abriga, y rige la vida en todas sus formas... III Contaminación, la degradación de la calidad ambiental resultante de actividades que directa o indirectamente... d) afecten las condiciones estéticas o sanitarias del medio ambiente; lancen elementos o energía en disconformidad con los padrones ambientales establecidos" ... La ley 6803 de 1980, art. 9º, inc. I, prevé como causa de la contaminación la emisión de ruidos, sobre zonificación en la áreas críticas de contaminación... En la presente hipótesis, el Municipio de San Pablo, por medio de la Ley Municipal 3551 de 1968 y del instructivo 01 de 1990, de la CONAMA, autorizó la emisión del sonido dentro de los límites previstos, hasta 50 decibeles... *No cabe duda que la contaminación sonora puede causar la degradación del medio ambiente. Además, 'una de las características de la contaminación es afectar a varias personas, que, en la mayoría de las veces, son indeterminadas* (Machado, Paulo Affonso Leme, *Derecho Ambiental Brasileño*, 10ª ed. revisada, actualizada, y ampliada, San Paulo, Malheiros, 2002, p. 620)...⁵⁹.

En el voto del ministro Franciulli Netto, está claro que la contaminación acústica está determinada por un parámetro normativo de 50 decibeles, esto es, existe claramente una limitación que, una vez sobrepasada, se verifica contaminación en términos jurídicos en razón de un interés difuso a resguardar.

En el mismo sentido, y dando un paso más allá, el ministro Herman Benjamín, en votación divergente y que fue mayoritaria en el recurso especial 1.051.306, ante la impugnación efectuada por una empresa que emitía contaminación acústica en desmedro de los moradores que circundaban la fuente de emisión, señala:

"...El sonido es energía en circulación. Si sobrepasa los límites máximos fijados por el legislador o por la administración, se transforma en contaminación. Y si es contaminación, se verifica la legitimación del Ministerio Público *in re ipsa*... No es porque vivimos en centros urbanos bulliciosos que vamos a perder, por inacción, el derecho al silencio, garantizado doblemente por la Constitución de 1998, no sólo como un componente inseparable del 'medio ambiente ecológicamente equilibrado', considerado como un bien 'esencial para la sana calidad de vida' (encabezado del art. 225), sino también por constituir una derivación del propio derecho a la salud, que incluye la 'reducción del riesgo de enfermedades y otros agravios' (art. 196)...⁶⁰.

En el caso en comento, además de reconocer explícitamente el límite normativo, señala que se vulnera el llamado "derecho al silencio", que es tanto un derecho socioambiental como un derecho a la salud. Esta construcción, de suyo interesante, llama la atención por ser una consecuencia mixta de dos derechos fundamentales.

Sin embargo, la contaminación no necesariamente ha respondido en la jurisprudencia a un carácter eminentemente normativo, existiendo casos en que se ha afirmado que existe sin referencia un parámetro en particular. En este sentido, resulta

⁵⁹ Tribunal Superior de Justicia, Agravo en el Recurso Especial 170.958 de 2004, ps. 7/8.

⁶⁰ Tribunal Superior de Justicia, Recurso Especial 1.051.306 de 2010, p. 11.

interesante el recurso especial 439.456 de 2002. En este caso, en el municipio de Riberão Preto, estado de San Pablo, se condena al recurrente por la quema de cinco hectáreas de rastrojos de caña de azúcar, para despejar el terreno con fines agrícolas. En este caso, el voto del ministro João Otávio de Noronha afirma:

"...Evidentemente que las quemas, procedimiento antinatural, constituyen una actividad contaminante, pues no hay necesidad de ser un experto para entender que tal práctica —bastante utilizada en Brasil, principalmente porque es de bajísimo costo, además de requerir una técnica simple de ejecución— es responsable de la liberación de gases contaminantes. Lo que se busca, y ahora me atengo al aspecto legal que implica la cuestión, es fomentar un desarrollo sustentable, conciliándose los intereses del sector productivo con los de la población, que tiene derecho a un medio ambiente equilibrado. El art. 27 del Código Forestal dispone: '*Está prohibido el uso del fuego en los bosques y demás formas de vegetación...*'. Si las peculiaridades locales justificaren el empleo del fuego en prácticas agropastoriles o forestales, la permisión sería establecida en acto del Poder Público, circunscribiendo las áreas y estableciendo las normas de precaución... La expresión '*demás formas de vegetación*' no pueden ser interpretadas restrictivamente, por el contrario, debe ser comprendida de modo tal que abarque todas las formas de vegetación, sean ellas permanentes o renovables..."⁶¹.

En este caso, si bien se condena al recurrente por infracción a la prohibición de quema contenida en el Código Forestal, se hace referencia al motivo de dicha prohibición, a saber, procurar un desarrollo sustentable que evite la contaminación atmosférica por quema de rastrojos de caña de azúcar. El concepto de desarrollo sustentable, como ya se estudió, contiene el deber de solidaridad intergeneracional, elemento interpretativo que permite un entendimiento amplio de la expresión "demás formas de vegetación". Es interesante cómo, gracias a este recurso interpretativo, se condena la contaminación atmosférica sin que exista una norma de emisión o de calidad vulnerada, sino que se procura la finalidad de la prohibición de quema. Esta interpretación progresiva reconoce a la contaminación como amenaza intergeneracional más allá de parámetros normativos que determinen qué es y qué no es contaminación.

Sin embargo, sobre el particular punto de la quema de restos y rastrojos de caña de azúcar, esta actividad, según una decisión de la primera sección, a propósito de los embargos de divergencia 439.456, para efectos de uniformas jurisprudencia, estimó que no se encuentra, *prima facie*, prohibida esta práctica. Por el contrario, puede ser lícita, y consecuentemente contaminar, siempre que cuente con una autorización ambiental para esos efectos. Así, la decisión redactada por el ministro José Delgado versa:

"...La cuestión puesta en debate no se restringe a la posibilidad de la quema de restos de caña de azúcar, ni tampoco a la acepción de la expresión '*demás formas de vegetación*', puesta en el encabezado del art. 27 de la ley 4771 de 1965. Ninguna de las sentencias confrontadas disponen que las quemas están prohibidas, por el contrario, todas aseveran la posibilidad de esa práctica precedida de autorizaciones previas, según lo dispuesto por la legislación vigente. La decisión impugnada... Partió de

⁶¹ Tribunal Superior de Justicia, Recurso Especial 439.456 de 2002, p. 4. También, y manteniendo esta tendencia y sentido la jurisprudencia reciente, se refiere el voto del ministro Castro Meira en Tribunal Superior de Justicia, Recurso Especial 996.352 de 2013, p. 6.

la premisa de que *las quemas de restos de caña de azúcar fueran realizadas sin previa autorización ambiental, lo que se caracterizó como ilícito... Nada afirmó que sea pueda ser autorizada la quema de restos de caña de azúcar desprovista de autorización ambiental...*⁶².

De esta sentencia, podemos deducir, la contaminación en Brasil, al igual que en la mayoría de los sistemas jurídicos que cuentan con un sistema de evaluación de impactos ambientales, puede ser lícita siempre que se cuente con una autorización administrativa, a no ser que expresamente se prohíba, a todo evento, dicha práctica contaminante.

IX. LA NO INDEMNIZACIÓN DE LAS LIMITACIONES ADMINISTRATIVAS POR CAUSA AMBIENTAL

En la jurisprudencia de los tribunales brasileños, la indemnización por la prohibición de explotación de ciertos recursos es restringida. Esta limitación está determinada por la posibilidad de efectuar esa explotación, conforme a la ley y a las autorizaciones administrativas vigentes. La razón es que, sin una habilitación legal, la explotación está prohibida, por lo que los productos generados no son comerciables, careciendo así, *prima facie*, de valor económico. Así, de no mediar una autorización que permita la explotación, no debería haber una indemnización al particular que se le prohíbe ejecutar una actividad económica.

En ese sentido, y a modo de ejemplo, en el recurso especial 608.324 de 2007, el voto vencedor del ministro João Otávio de Noronha, contraviniendo al voto minoritario del ministro relator Francisco Peçanha Martins, determina:

*"...La indemnización de la cobertura forestal por separado depende de la efectiva comprobación de que el expropiado esté explotando económicamente los recursos vegetales en los términos de la autorización expedida, eso porque tales recursos poseen un precio propio; el precio de una actividad económica de extracción de madera, de la cual se obtiene lucro... Las áreas protegidas de que trata el párr. 2º del art. 16 del Código Forestal es una restricción impuesta al área susceptible de explotación, de modo que no es en el área de preservación permanente. Así, esa área puede ser indemnizable, aunque en un valor inferior al del área de utilización que no tiene restricciones, siempre que exista un plan de manejo debidamente confirmado por la autoridad competente..."*⁶³.

En este caso, sólo se cuestiona la indemnización posible por el valor de la madera en razón de existir o no un plan de manejo, que es la autorización administrativa sectorial que permite la explotación maderera. Luego, siempre que la administración haya emitido un plan de manejo, habrá indemnización al titular del proyecto. En caso contrario, ésta será negada por existir sólo la potencialidad de la explotación maderera, y no una habilitación administrativa que constituya derechos en favor del recurrente.

⁶² Tribunal Superior de Justicia, Embargos de Divergencia en Recurso Especial 439.456 de 2007, ps. 3/4.

⁶³ Tribunal Superior de Justicia, Recurso Especial 608.324 de 2007, p. 11.

Esta idea de limitar las posibilidades de explotación económica también fue afirmada por una decisión de la primera sección, a propósito de los *embargos de divergencia* 610.158. En este caso, se discute la indemnización posible que recibiría la recurrente por la creación, en terrenos que le fueron expropiados, del parque Sierra del Mar, para la preservación del bioma de Mata Atlántica. El ministro relator Castro Meira, en su voto adoptado por los demás miembros, señaló:

*"...La primera sala entendió que la creación del Parque Estadual de la Sierra del Mar no genera derecho a indemnización pura y simplemente, ya que la limitaciones administrativas previstas en el decreto de utilidad pública ya estaban anteriormente dispuestas en el Código Forestal [limitación de orden legal], siendo debida la indemnización solamente en el caso de quedar demostrada una limitación administrativa más extensa que las ya existentes en el área antes del decreto... Así, la indemnización solamente será debida si hubiere prueba específica de que las limitaciones nuevas son más extensas que las anteriores, bien como de que la parte recurrente experimentó un perjuicio por causa de la imposibilidad de explotación económica del área..."*⁶⁴.

En el mismo sentido, el recurso especial 789.481, el voto del ministro Herman Benjamín da más profundidad a ese razonamiento:

*"...En el análisis del potencial económico maderero, se deben, considerar las restricciones legales y administrativas a la utilización de la propiedad, excluyéndose de la base de cálculo las Áreas de Preservación Permanente (arts. 2º y 3º del Código Forestal), las masas boscosas de la Reserva Legal y de inclinación media (art. 10 del Código Forestal) que no contiene con Plan de Manejo válidamente aprobado por el órgano ambiental competente, así como las áreas que, por sus características naturales o de acuerdo a su estatuto jurídico propio, no pueden ser explotadas, caso de las especies consideradas con prohibición de tala... Tenemos del art. 14, literal 'b', y de otras sometidas a régimen especial (vegetación de mata atlántica, primaria o secundaria en estado de regeneración, en los términos de la ley 11.428 de 2006, entre otros ejemplos)... En la zona rural no basta, para hacer una justa indemnización simplemente alegar y hasta comprobar—incluso contando individualmente cada árbol— la existencia de cobertura forestal de orden arbóreo... El valor comercial, como aptitud maderera, de esos árboles depende directamente de la posibilidad de ser explotados, que es un concepto al mismo tiempo jurídico (condición legal de corta) y técnico (posibilidad material de acceso, transporte, y mercado). En rigor, en el modelo jurídico ambiental adoptado por Brasil hoy, ningún bosque, sea Reserva Legal o no, puede ser explotado sin Plan de Manejo y previa autorización ambiental. Ante la falta de autorización ambiental y Plan de Manejo, la explotación de bosques no es un derecho o interés indemnizable; al contrario, de ocurrir, sería un ilícito ambiental (ley 9605 de 1998) sujeto a sanciones administrativas y penales, sin perjuicio del deber de reparar, bajo responsabilidad objetiva, el daño causado, en los términos de la ley 6938 de 1981..."*⁶⁵.

Es interesante cómo este fallo, además de reconocer el rol jurídico del plan de manejo, señala la viabilidad técnica de la explotación que dicha habilitación administrativa debe tener. Así, en el caso de especies que no sean susceptibles de ser taladas, no

⁶⁴ Tribunal Superior de Justicia, Embargos de Divergencia en Recurso Especial 610.158 de 2008, p. 5.

⁶⁵ Tribunal Superior de Justicia, Recurso Especial 789.481 de 2009.

cabría indemnización alguna, y en aquellas que la prohibición sea sobreviviente, deben contar con un plan de manejo a esa fecha, pues sólo en virtud de esta autorización administrativa el predio en cuestión sería considerado productivo.

En relación con el criterio de la indemnización, llama la atención que en ambas sentencias sólo consideran como valor a indemnizar los productos maderables de las masas boscosas. Además de la madera misma, existen productos no maderables que reportan utilidades al dueño, como por ejemplo, la extracción de hongos, cortezas, frutos, u otro tipo de productos que pueden llegar a tener un valor de venta considerable.

Sobre lo anterior, cabe agregar que el dueño de un predio sometido a reserva legal o a restricciones de explotación puede, por medio de su propiedad, generar servicios ecosistémicos, tal como los menciona el fallo del recurso especial 650.728 sobre los manglares⁶⁶. Éstos, según la Constitución brasileña, al ser un elemento esencial del goce de un medio ambiente ecológicamente equilibrado, se entiende que son bienes de uso común del pueblo, según el art. 225 del texto constitucional.

X. ASPECTOS URBANÍSTICOS

Respecto de las consideraciones ambientales urbanísticas, el Tribunal Superior de Justicia ha desarrollado una interesante jurisprudencia al respecto, destacando tres ideas: primero, que su intervención en caso alguno interfiere a la administración del Estado en materias urbanísticas; la segunda, que el patrimonio urbanístico-cultural responde a un principio de integridad; y finalmente la tercera idea es que en materia de protección del patrimonio urbano existe un principio de no regreso, esto es, que cada nueva reforma no puede restringir los derechos ambientales consagrados por legislaciones anteriores.

Respecto de la separación de la función judicial de la administrativa en materia urbanística, es interesante el recurso especial 1.184.194 de 2010. En este caso, en el Municipio de Pelotas, en el estado de Río Grande del Sur, a propósito de la reparación de una estructura declarada patrimonio cultural, el del Instituto de Patrimonio Histórico y Artístico Nacional de Brasil recurre contra una decisión que le condena asumir las expensas de la reparación de dicha estructura. Aquí, el recurrente alega que se está interfiriendo en el desarrollo de una política pública al tener que asumir una carga que, en principio, le corresponde al propietario del bien. En este caso, el voto de la ministra Eliana Calmon señala:

“...En desmedro de la argumentación llevada a cabo por la autarquía recurrente en el recurso especial (Instituto del Patrimonio Histórico y Artístico Nacional), en el sentido de que el Poder Judicial no puede inmiscuirse en la conducción de políticas públicas, en este caso concreto no guarda pertinencia con la actuación jurisdiccional en la concreción de tales políticas, sino con la necesidad de resolución de un litigio verificado por el riesgo de daños a la población, que devienen de la omisión del instituto responsable de la fiscalización, conservación, reparación, aunque sea esta subsidiaria, del patrimonio en mal estado... El art. 19 del dec. 25/1937 es claro al establecer la responsabilidad del Instituto del Patrimonio Histórico y Artístico Nacional en la

⁶⁶ Ver nota al pie 48.

protección del patrimonio en mal estado... *La legislación prevé la hipótesis de la imposibilidad económica del propietario del bien en mal estado de conservarlo y eventualmente repararlo, atribuyendo al Instituto del Patrimonio Histórico y Artístico Nacional el deber de conservación y reparación de la cosa en esa hipótesis...* Es el caso de estos autos... Hay necesidad de reparar la copa de agua del inmueble con daños, bajo el riesgo de dañar a la propiedad en mal estado y a la población en general. El propietario descuidó la conservación de la propiedad en mal estado y el Instituto del Patrimonio Histórico y Artístico Nacional de su deber de fiscalización del patrimonio público. El art. 19 del dec. 25/1937 es didáctico en la solución de la querrela: *ante la imposibilidad de la realización de las obras de conservación y reparación del patrimonio en mal estado por parte del propietario, compete al Instituto del Patrimonio Histórico y Artístico Nacional proceder a las obras de reparación y conservación urgentes, penalizando al propietario que incurrió en la omisión con una multa y la desapropiación del bien en mal estado...*⁶⁷.

Sin embargo, la responsabilidad primaria de conservación es del propietario del bien. Esto, al menos, fue aseverado por una decisión de la primera sección, en los embargos de divergencia 290.460. En este voto, a propósito de la carga de conservación de patrimonio histórico en el Plano Piloto de Brasilia, en el Distrito Federal, el voto redactado por el ministro Albino Zavascki señala:

“...No hay similitud fáctica y jurídica entre las resoluciones confrontadas, pues la sentencia paradigma en momento alguno disiente sobre la obligatoriedad de la autorización del instituto de del Patrimonio Histórico y Artístico Nacional, para concluirse que *la carga de la conservación de la cosa en mal estado es del propietario en su condición de administrador...*”⁶⁸.

En estos casos, sin perjuicio de las sanciones que puedan recaer en el particular, se pueden desprender dos elementos clave: el tribunal, ante todo, debe velar por el interés público, tanto de una obra ruinoso que puede causar daños a la población alemana, tanto como al patrimonio urbano. El segundo elemento, es que en caso alguno una sustitución de la administración del Estado en la protección del patrimonio público, sino que, por el contrario, reconoce el rol de implementador de políticas públicas que detenta la Administración, y la impulsa a actuar en ese sentido. En razón de estas dos ideas, la jurisprudencia desarrolla una protección del interés público sin vulnerar la división de funciones del Estado.

Otro caso que sigue la misma línea de respeto de la división de funciones, y que además incorpora el principio de no retorno, es el recurso especial 302.906. En el caso de autos, la parte recurrente es una constructora que impugna una sentencia del juez de instancia, según la cual se le impide desarrollar un proyecto inmobiliario en dos áreas verdes en la ciudad de San Pablo, pese a contar con una autorización administrativa. La razón por la que se le impide a la constructora desarrollar el proyecto es la existencia de una limitación a la edificación en esas áreas, pactada entre particulares, según los términos del art. 26 de la ley 6766 de 1979, que dispone sobre las divisiones del suelo urbano y de otras providencias. El voto vencedor del mi-

⁶⁷ Tribunal Superior de Justicia, Recurso Especial 1.184.194 de 2005, p. 5.

⁶⁸ Tribunal Superior de Justicia. Embargos de Divergencia en Recurso Especial de 2005, p. 5.

nistro Herman Benjamín, que fue divergente al de la ministra relatora Eliana Calmon, asevera para tales efectos:

"...El ejercicio del *ius variandi*, para flexibilizar restricciones urbanístico-ambientales contractuales, deberá respetar el acto jurídico perfecto y el licenciamiento del emprendimiento, presupuesto general que, tanto en el Derecho Urbanístico, como en el Derecho Ambiental, deviene de la creciente escasez de áreas verdes y dilapidación de la calidad de vida en las ciudades. Por eso mismo, se somete al principio de no retorno (o, por otra terminología, principio de prohibición de regreso), *garantía de que los avances urbanístico-ambientales conquistados en el pasado no serán diluidos, destruidos o negados por la generación actual o por las siguientes... El acto del funcionario responsable de las autorizaciones de construcción no puede, evidentemente, suplantarse la legislación urbanística que consagra una regla de mayor restricción. A la luz de los principios y normas prevalentes en el Estado Democrático de Derecho, es imposible admitir que un funcionario, contrariando la legislación federal (Ley Lehmann), pueda dejar sin efecto, por la puerta trasera y de modo casuista, según lo pida el cliente, las limitaciones particulares que constan en los registros inmobiliarios... El Poder Judicial no planifica, construye, ni administra ciudades, lo que no quiere decir que no pueda hacer nada en favor de ellas.* Ningún juez, por mucho que sea su interés, conocimiento, o habilidad en las artes de planificación urbana, de arquitectura, y de paisajismo, se reservará algo más allá del simple papel de ingeniero del discurso jurídico. Y, sabemos, las ciudades no se levantan, ni evolucionan, sobre palabras. Pero las palabras dichas por los jueces pueden, sí, estimular la destrucción o legitimar la conservación, apoyar la especulación o garantizar la calidad urbanístico ambiental, consolidar errores del pasado, repetirlos en el presente, o viabilizar un futuro sustentable..."⁶⁹

En la sentencia se aprecia que el Tribunal Superior de Justicia deja sin efecto un acto de la administración en resguardo de una ley federal que habilita a los vecinos a establecer restricciones al uso del suelo de áreas verdes. Si bien el Tribunal tiene claridad en que no debe sobrepasar y reemplazar las decisiones de la administración, es el principio de prohibición de regreso, que tal como se señala, es la prohibición de retrotraer las mejoras ambientales obtenidas por la población, en una suerte de correlación a la prohibición de la *reformatio in peius*. Este principio puede entenderse, en mi opinión, relacionado con el principio de gradualidad, según el cual, a las actividades que generan impactos ambientales no se les puede exigir que cambien completamente, en un lapso de tiempo excesivamente breve, sus prácticas productivas a una menor contaminación, debiendo ser estas mudanzas graduales. Así, de la misma forma que los titulares de proyectos requieren de una gradualidad en la implementación de tecnologías más limpias, tampoco se puede retroceder en los avances obtenidos.

También es importante revisar cómo la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia ha avanzado en la consideración integral del patrimonio cultural, más allá de los elementos individualmente considerados. En ese sentido, en el recurso especial 840.918, se discute la posibilidad de que en Brasilia, en el Plano Piloto, los edificios de apartamentos residenciales se puedan cercar, considerando que la ciudad tiene restricciones administrativas para la construcción de nuevas estructuras, dado que

⁶⁹ Tribunal Superior de Justicia, Recurso Especial 302.906 de 2010, ps. 3/4.

es considerada patrimonio de la humanidad según la UNESCO. Triunfa voto divergente de Herman Benjamín, que versa:

"...El art. 17, dec.-ley 25 de 1937 contiene dos núcleos de protección de los bienes a ser conservados. Por un lado, la prohibición absoluta de obras o actividades que los expongan en riesgo de destrucción, demolición, o mutilación. Por otro, una prohibición relativa, ya que intervenciones de reparación, pintura, o restauración —esto es, acciones tendientes a conservar el bien— pueden ser realizadas si se cuenta con una autorización previa, expresa, e inequívoca del Instituto del Patrimonio Histórico y Artístico Nacional... En el art. 18, que también contiene una prohibición relativa, se encuentran prohibidas, excepto por previa, expresa e inequívoca autorización del Instituto del Patrimonio Histórico y Artístico Nacional, tanto construcciones en vecindad del bien derribado que le impidan o reduzcan su visibilidad (protección del entorno), como la colocación, en el mismo, de anuncios o carteles... No obstante la variedad de numerosos bienes individuales que integran el patrimonio cultural a ser conservado o protegido como conjunto (que es el caso de Brasilia) asume, en diversos sistemas jurídicos la forma de *universitas rerum*. O sea, las cualidades históricas, artísticas, naturales o paisajísticas del todo —como *patrimonio común e intangible de los ciudadanos del País y hasta de la humanidad*— son vistas y reconocidas unitariamente por el derecho, en una entidad real y compleja, que trasciende la individualidad de cada uno de sus elementos componentes. En el derecho brasileño, el Código Civil (art. 91) disciplina tal figura como *universalidad de derecho o universitas iuris*... En esos conjuntos, los términos 'mutilar' y 'destruir', utilizados por el art. 17, dec.-ley 25 de 1937, no sólo tienen el sentido estricto de salvaguardar edificios y construcciones aisladas, sino también de proteger la globalidad arquitectónica y urbanístico-paisajística, esto es, de los bienes agregados en una universalidad de derecho. Se trata de una salvaguarda que se hace, de una sola vez, de todo a partir de sus elementos y éstos a partir que aquél..."⁷⁰

Según el tenor del fragmento citado, resulta interesante cómo se considera al patrimonio urbano como una universalidad jurídica, de orden complejo, donde el valor conjunto de todos los componentes es el principal objeto de protección del dispositivo legal. Esa consideración de integridad ya se estudió a propósito de la vida silvestre, en la que se considera al ecosistema completo, y no a especies individualmente. Este subyacente principio de integridad en la consideración de valores ambientales y culturales resulta digno de destacar.

También, y en referencia al levantamiento de cercas, es común en Brasil que se cierren áreas comunes mediante éstas, práctica que se ha querido evitar por la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia. Así, por ejemplo, en el recurso sobre la acción de amparo 18.107, en el estado de Río de Janeiro, el voto del ministro Benjamín es conclusivo al señalar que conforme al art. 4º de la ley 6766 de 1979 y a la normativa del Municipio, las áreas comunes, en este caso particular caminos y calles, no pueden ser apropiados ni cerrados por los vecinos, velándose siempre por el acceso al patrimonio común por razones de interés público⁷¹.

⁷⁰ Tribunal Superior de Justicia, Recurso Especial 840.918 de 2010, p. 2.

⁷¹ Tribunal Superior de Justicia, Recurso sobre la Acción de Amparo 18.107 de 2011, ps. 9/10.

Con todo, no es absoluta la prohibición de efectuar obras en áreas de patrimonio urbano protegido. Para poder hacerlo, se deberá requerir de la autorización especial del Instituto de Patrimonio Histórico y Artístico Nacional de Brasil. En caso contrario, estará infringiendo el estatuto de protección de estos bienes de patrimonio intangible común e interés público. Por ejemplo, en Brasilia, a propósito del emplazamiento de carteles publicitarios, el voto del ministro Benjamín en el recurso especial 1.127.633 de 2011, señala:

“...Sin la autorización del Instituto de Patrimonio Histórico y Artístico Nacional de Brasil, ‘no se podrá, en la vecindad de la cosa derribada, hacer construcciones que impidan o reduzcan la visibilidad, ni colocar en ella anuncios o carteles, bajo la pena de ser mandada a destruir la obra o a retirar el objeto, imponiéndose en este caso la multa de 50% del valor del mismo objeto’ (dec.-ley 25 de 1937)...”⁷². “...El concepto del daño no se restringe o se resume en la simple lesión física (desfigurada y estructural) al bien protegido, pues incluye agresiones difusas y hasta interferencias fugaces en la misma, en el conjunto y en su entorno (daño directo), que ofendan o alteren los valores globales intangibles, las características, las funciones, la estética, y la armonía, lo bucólico o la visibilidad de sus variadas dimensiones que justifican la especial salvaguarda legal y administrativa...”⁷³.

En un sentido similar, también encontramos el recurso especial 808.708 de 2011, en que el voto del ministro Benjamín señala que pese a que se levanten obras y se usen, en este caso en el jardín botánico de Río de Janeiro, ni el paso del tiempo consolida esta situación, requiriéndose siempre de la debida autorización administrativa. Literalmente señala:

“...Siendo uno de los primeros bienes protegidos, incluso en 1937, por el Instituto de Patrimonio Histórico y Artístico Nacional de Brasil, bajo el palio del entonces recién promulgado dec.-ley 25 de 1937...”⁷⁴, “...La ocupación, la explotación y el uso de un bien público —sobre todo los de interés ambiental-cultural y, con mayor razón, aquellos bajo protección— sólo se admiten si contaren con expreso, inequívoco, válido y actual asentimiento del Poder Público, exigencia que no puede ser obviada tanto por el poder público, como por el Juez, la cual se mantiene incólume, independientemente de la antigüedad, finalidad (residencial, comercial o agrícola) o grado de interferencia en los atributos que justifican su protección. Datar la ocupación, construcción o explotación desde largo tiempo, o el hecho de tenerse, en el origen, constituido legalmente y después transformándose en indebida, no purifica su ilegalidad, ni fragiliza o aleja los mecanismos que el legislador instituyó para salvaguardar los bienes públicos. Irregular es tanto la ocupación, explotación y uso que un día fueran regulares, pero que dejaran de serlo, como los que, por nunca han sido, ni pueden serlo ahora. En lo que atañe específicamente al Jardín Botánico de Río, ante una nueva o vieja ocupación, la realidad es una sola: el bien es público, protegido, y cualquier ocupación, construcción o explotación en sus dominios demanda un riguroso procedimiento, el que en este caso no fue observado...”⁷⁵.

⁷² Tribunal Superior de Justicia, Recurso Especial 1.127.633 de 2011, p. 1.

⁷³ Tribunal Superior de Justicia, Recurso Especial 1.127.633 de 2011, p. 8.

⁷⁴ Tribunal Superior de Justicia, Recurso Especial 808.708 de 2011, p. 1.

⁷⁵ Tribunal Superior de Justicia, Recurso Especial 808.708 de 2011, p. 11.

De ambos precedentes podemos concluir que siempre se requerirá de la autorización administrativa para la ejecución de obras, y que pese a que inclusive la propiedad protegida sea de dominio privado, lo que se protege es tanto el valor inmaterial del patrimonio cultural como la materialidad que lo sustenta.

XI. ACCIÓN POPULAR PÚBLICA Y ACCIÓN CIVIL PÚBLICA

En consideración de que el deber de protección del entorno en el art. 225 de la Constitución brasileña es amplio, y particularmente en consideración de que la protección ambiental responde a un interés difuso, existe como mecanismo procesal afín para estos efectos la acción popular pública. Ésta puede ser interpuesta por cualquier ciudadano en defensa de los intereses ambientales perjudicados, de modo de obtener el goce de este derecho lo antes posible, evitando un mayor detrimento.

Literalmente, esto se contempla en la Constitución Brasileña de 1988 en el art. 5º, num. LXXIII, que versa: “...cualquier ciudadano es parte legítima para interponer una acción popular que apunte a anular un acto lesivo al patrimonio público o de una entidad en que el Estado participe, a la moralidad administrativa, al medio ambiente y al patrimonio histórico y cultural, quedando el interponente, salvo que se compruebe mala fe, liberado de las costas judiciales y de la carga de pagar las costas personales a la contraparte en caso de ser derrotado...”.

Así, se entiende que la titularidad es amplia, y que una de las hipótesis expresas de acción popular pública es la protección del medio ambiente, dado que es un interés difuso.

Sobre el particular, la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia ha reconocido ampliamente la posibilidad que tiene cualquier ciudadano de impetrar una acción en defensa del medio ambiente. Por ejemplo, en el recurso especial 853.713, se discute la retrocesión de unos predios expropiados por el municipio de Cubatão en el estado de San Pablo, solicitada por los antiguos dueños. La razón de la expropiación fue que el municipio deseaba proteger a los dueños de los altos niveles de contaminación en la zona, y crear un parque ecológico que lograra amortiguar los impactos ambientales. Con el devenir del tiempo, no se realizó tal parque, por lo que el motivo de la expropiación perdió sentido. Ante ello, el voto del ministro Herman Benjamín, señaló:

“...No obstante se niegue a los recurrentes el derecho de recuperar el bien o de recibir las pérdidas o daños (litigio en que se enfrentan la municipalidad y los particulares, ex propietarios del inmueble), cabe consignar que, en otro plano, la supuesta implantación de nuevas actividades contaminantes en el área expropiada configura, en tesis, un inaceptable incentivo municipal a la degradación ambiental, precisamente por el hecho que dio oportunidad a la expropiación. Consecuentemente, nada impide que cualquier legitimado pueda ingresar con una acción civil pública o popular a dar al área la exacta destinación ambiental que, originariamente, justificó su incorporación al patrimonio público... El reconocimiento de la imposibilidad de retrocesión no obsta el deber del municipio de dar al inmueble público una destinación ambientalmente sustentable...”⁷⁶.

⁷⁶ Tribunal Superior de Justicia, Recurso Especial 853.713 de 2011, p. 10.

Según el voto, si bien niega la retrocesión por poner en peligro la vida de los antiguos habitantes dado los altos índices de contaminación, abre camino a un remedio más adecuado a la protección del interés público, a saber, la interposición de una acción popular para exigir al Municipio el cumplimiento de los compromisos ambientales contraídos por causa de la expropiación, la que puede ser interpuesta por cualquiera.

En Brasil, sin perjuicio de la acción popular pública, existe la acción civil pública para efectos de la protección del medio ambiente. Esta acción, ejercida en favor de todos los ciudadanos, es promovida por el Ministerio Público, según el art. 129 numeral III de la Constitución de Brasil de 1988⁷⁷, y según el art. 5° numeral I de la ley 7347 de 1985 que disciplina la Acción Civil Pública⁷⁸.

XII. DAÑO AMBIENTAL

En la normativa ambiental brasileña, la responsabilidad por daño ambiental es objetiva, esto es, que el elemento culpa está excluido en la configuración de la responsabilidad, siendo irrelevante si el autor del hecho dañino actuó con ella o no⁷⁹. Así, la discusión en el Tribunal Superior de Justicia, es acerca del alcance de la indemnización por daño ambiental y cómo debe ser efectuada. En líneas generales, el Tribunal ha entendido cinco aspectos que deseo remarcar: el Estado cuando concurre al daño es responsable subsidiariamente; la obligación generada del juicio de responsabilidad ambiental es el restablecimiento *in integrum* de todo daño socio-ambiental; se incluye en la indemnización, acumulativamente, la indemnización por perjuicios morales, y también, respecto de aspectos procesales, se acepta la carga dinámica de la prueba, y se ha entendido que la obligación de indemnizar es imprescriptible.

1. Responsabilidad subsidiaria del Estado

Por regla general, en Brasil los ilícitos civiles generan responsabilidad extracontractual solidaria respecto de todos los que han participado en el hecho dañoso. Sin embargo, la jurisprudencia ha determinado que en caso de que el Estado concorra al hecho dañoso, éste sería subsidiariamente responsable. Así, el voto del ministro Herman Benjamín, en el recurso especial 1.071.741, que trata sobre la responsabilidad que le cabe al estado de San Pablo en el entorpecimiento para la creación y funcionamiento del Parque Estadual Jacupiranga, asevera:

"...La responsabilidad solidaria y de ejecución subsidiaria significa que el Estado detenta el título ejecutivo bajo la condición de, como deudor subsidiario, *sólo si fuere convocado a pagar la deuda si el degradador original, directo o material (deudor*

⁷⁷ Literalmente, versa: "Art. 129. Son funciones del Ministerio Público: III. Promover la investigación civil y la acción civil pública, para la protección del patrimonio público y social, del medio ambiente y de otros intereses difusos y colectivos".

⁷⁸ A saber: "Art. 5°. Tienen legitimidad para interponer la acción principal y la acción cautelar: I. el Ministerio Público...".

⁷⁹ Código Civil brasileño. Art. 927, parágrafo único: "...Habrá obligación de reparar el daño, independientemente de la culpa, en los casos especificados en la ley, o cuando la actividad normalmente desarrollada por el autor del daño, implique, por su naturaleza, riesgo para los derechos de otros...".

principal) no lo hiciere, sea por falta total o parcial de bienes en su patrimonio o insolvencia total o parcial... sea por incapacidad, inclusive técnica, para el cumplimiento de la prestación judicialmente impuesta, asegurando, siempre, el derecho de repetir (art. 934 del Cód. Civil), con desconsideración de la personalidad jurídica (art. 50 del Cód. Civil)... Al cautelar la plena solvencia financiera y técnica del crédito ambiental, no se interfiere entre las aspiraciones de la responsabilidad solidaria y de ejecución subsidiaria del Estado—bajo pena de cobrar dos veces a la sociedad, rompiendo el principio contaminador— pagador y así inviabilizar la internalización de externalidades negativas—sustituir, mitigar, postergar o dificultar el deber, a cargo del degradador material o principal, de recuperación integral de los perjuicios causados...—. Como consecuencia de la solidaridad y por tratarse de un litisconsorcio facultativo, cabe al autor de la acción optar o no por incluir al ente público en la petición inicial..."⁸⁰.

La base del razonamiento expuesto considera al Estado como un garante de la reparación, principalmente en casos de omisión de actuar, como podría ser el caso de no haber fiscalizado oportunamente. En caso contrario, si el Estado estuviera obligado solidariamente, y no subsidiariamente, como se plantea en esta sentencia, fácilmente terminaría convirtiéndose, de modo indirecto y virtualmente, en una aseguradora de daños ambientales operando a favor de cualquier privado que infrinja normas ambientales y que logre una demostrar una omisión de la Administración.

2. Indemnización íntegra, tanto en dinero como en la obligación de reparar el entorno

Como estudiamos anteriormente, no hay duda alguna de que el Ministerio Público Federal es el encargado de ejercer la acción civil pública por daños al medio ambiente. Sin embargo, el aspecto a discutir es que se puede demandar mediante ésta, dado que literalmente el art. 3° de la ley 7347 señala:

"La *acción civil pública* podrá tener por objeto la condena en dinero o el cumplimiento de una obligación de hacer o de no hacer".

La pregunta interesante acá es si es posible sólo pagar una indemnización que compense los daños ambientales, o si se debe proceder a una obligación de hacer que restablezca el medio ambiente al estado anterior del los perjuicios en la mayor medida posible. La jurisprudencia ha entendido que tanto la condena en dinero como la obligación de reparar el entorno mediante una obligación son conjuntivas. Podemos, para esos efectos, revisar el recurso especial 605.323, en el cual se discute si la pretensión esgrimida por el Ministerio Público, mediante la acción civil pública. El voto vencedor del ministro Teori Alvinio Zavascki, en contraposición al voto disidente del ministro relator José Delgado, fue del siguiente tenor:

"...La *acción civil pública* es el instrumento procesal destinado a propiciar la tutela del medio ambiente (Constitución Federal, art. 129, III). Como todo instrumento, se somete al *principio de adecuación*, lo que significa que debe tener aptitud suficiente para hacer operativa, en el plano jurisdiccional, la debida e integral protección del derecho material. Solamente así será un instrumento adecuado e útil... Es por eso que, en la interpretación del art. 3° de la ley 7347 de 1985 (*la acción civil podrá tener por*

⁸⁰ Tribunal Superior de Justicia, Recurso Especial 1.071.741 de 2010, ps. 3/4.

objeto la condena en dinero o el cumplimiento de la obligación de hacer o no hacer), la conjunción 'o' debe ser considerada con el sentido de adición (permitiendo, con la acumulación de las peticiones, la tutela integral del medio ambiente) y no el de alternativo e excluyente, lo que tornaría a la acción pública un instrumento inadecuado para sus fines). Es la conclusión impuesta, del mismo modo, por la interpretación sistemática del art. 21 de la misma ley, combinado con el art. 83 del Código de Defensa del Consumidor ("art. 83. Para la defensa de los derechos de los derechos e intereses protegidos por este código son admisibles todas las especies de acciones capaces de propiciar su adecuada y efectiva tutela") y, todavía, por la del art. 25 de la ley 8635 de 1993, según la cual incumbe al Ministerio Público "IV - promover la investigación civil y la acción civil pública: a) para la protección, prevención y reparación de los daños causados al medio ambiente..."⁸¹.

En un fallo de tenor similar, en el recurso especial 625.249, el Municipio de Curitiba intenta impugnar una sentencia del tribunal de instancia que lo condenaba simultáneamente a pagar por los daños ambientales, además de tener que cumplir con el deber de reparar. Al respecto, el voto del ministro relator Luiz Fux señala que

"...Concluir por la interpretación literal [el art. 3° de la ley 7347] sería dar a la interpretación gramatical un contenido absoluto que no posee, olvidando los métodos lógico-sistemático, histórico y teleológico, más allá de abandonar por completo la voluntad del constituyente derivado, haciéndose triunfar así al fetiche de la palabra por sobre el contenido de la norma..."⁸².

Si bien podría argumentarse que la conjunción de las diferentes obligaciones sería una hipótesis de enriquecimiento sin causa, en razón de los variados aspectos del daño ambiental, además de considerar los efectos temporales extendidos en el tiempo, en razón de la solidaridad intergeneracional, es que el Tribunal ha perseverado en ello esta doctrina. Por ejemplo, el voto del ministro Herman Benjamín en el recurso especial 1.198.727, a propósito de una hipótesis de deforestación en el estado de Minas Gerais, fue enfático:

"...El daño ambiental es multifacético (ética, moral, temporal, ecológica y patrimonialmente hablando, sensible aún a la diversidad del vasto universo de víctimas, que van del individuo aislado a la colectividad, a las generaciones futuras y a los propios procesos ecológicos considerados en sí mismos). En suma, se equivoca, jurídica y metodológicamente, quien confunde la prioridad de la recuperación in natura del bien degradado con la imposibilidad de acumulación simultánea de los deberes de reparación natural (obligación de hacer), compensación ambiental e indemnización en dinero (obligación de dar), y abstención de uso y nueva lesión (obligación de hacer)...⁸³. La acumulación de la obligación de hacer, no hacer y pagar no configura *bis in idem*, por cuanto la indemnización, en lugar de considerar la lesión específica ya ecológicamente restaurada o a ser restaurada, pone el foco en la parcela del daño que, aunque causada por el mismo comportamiento pretérito del agente, presenta efectos deletéreos de cuño futuro, irreparable o intangible..."⁸⁴. No bastasen todos esos argumentos,

⁸¹ Tribunal Superior de Justicia, Recurso Especial 605.323 de 2005, ps. 1/2.

⁸² Tribunal Superior de Justicia, Recurso Especial 625.249, ps. 9/10.

⁸³ Tribunal Superior de Justicia, Recurso Especial 1.198.727 de 2013, p. 8.

⁸⁴ Tribunal Superior de Justicia, Recurso Especial 1.198.727 de 2013, p. 9.

al juez, ante las normas de Derecho Ambiental, enriquecidas que son de contenido ético intergeneracional atado a las presentes y futuras generaciones, incumbe llevar en cuenta el comando del art. 5° de la Ley de Introducción al Código Civil, que dispone que, al aplicar la ley, se debe atender "a los fines sociales a que ella se dirige y a las exigencias del bien común". El corolario de esa regla es la constatación de que, en caso de duda u otra anomalía técnica de redacción, la norma ambiental demanda una interpretación e integración de acuerdo con el principio 'in dubio pro natura'..."⁸⁵.

Con ello, se consagra, en virtud del principio de integridad de la reparación, una conjunción de la condena a pagar por el daño ambiental conjuntamente con la obligación de hacer consistente en reparar, en virtud del mecanismo de la acción civil pública. Llama la atención la utilización del principio "in dubio pro natura", que es una expresión del principio precautorio.

3. Indemnización de daños morales

Respecto de la responsabilidad objetiva, y de la indemnización del daño moral en la sede individual, podemos revisar los embargos de declaración en el recurso especial 1.114.398. En esta sentencia, se discute la acumulación de indemnizaciones que deben pagársele a un pescador artesanal que quedó privado de ejercer su trabajo por causa de un derrame de petróleo en la costa del estado de Paraná. La recurrente, cuestionando la sentencia del tribunal de instancia, intenta disminuir la cuantía de la indemnización, excluyendo el daño moral, por considerarlo una categoría diferente al daño ambiental, teniendo este último una regulación diferente. En este sentido, el voto del ministro Sydney Beneti:

"...El daño ambiental, cuyas consecuencias se propagan a la víctima... es, por expresa previsión de la ley, de responsabilidad objetiva... imponiéndose, pues, al contaminador indemnizar, para, posteriormente, repetir contra el tercero que por las circunstancias sustente tener responsabilidad en el hecho... [Así] El sufrimiento acentuado, diferente de la mera incomodidad, es verdaderamente irrecusable, en el caso del trabajador profesional de la pesca que queda, en virtud del hecho, sin posibilidad de realizar su trabajo..."⁸⁶.

En este fallo, además de consolidar la responsabilidad objetiva en materia ambiental, el voto señala que dado que la reparación deber ser íntegra, incluyendo al daño moral para efectos de reparación del daño causado por la destrucción del entorno, al impedir el desarrollo de una actividad pesquera.

Ahora bien, si mediante la idea de integridad en la reparación del daño causado puede ser considerada una indemnización en favor de un pescador individualmente considerado, cabe preguntarse si es posible considerar al daño moral en material ambiental de modo colectivo, en consideración del carácter difuso del derecho en cuestión. En este sentido, el recurso especial 1.248.214 da luces sobre cómo se debe efectuar dicha consideración colectiva. Así, en este caso, en el estado de Minas Ge-

⁸⁵ Tribunal Superior de Justicia, Recurso Especial 1.198.727 de 2013, p. 12.

⁸⁶ Tribunal Superior de Justicia, Embargos de Declaración en el Recurso Especial 1.114.398 de 2012, ps. 14/16. Este argumento se reitera y cita en el voto vencedor del ministro Luis Felipe Salomão en: Tribunal Superior de Justicia, Embargos de Declaración en el Recurso Especial 1.346.430 de 2013, ps. 8/9.

rais, el Ministerio Público recurre contra la resolución del tribunal de instancia que condenó sólo a la indemnización del daño ambiental, y no a la reparación *in natura*, por considerar que ésta es no era posible. El daño ambiental causado fue por la utilización del fuego en la agricultura, para efectos de remover los rastrojos de plantas de caña de azúcar en los terrenos. En ese contexto, la relación efectuada por el ministro Herman Benjamín es concluyente:

“...*Mayor paradoja tecnológica, y también ética, imposible: abandonamos la matriz de la fuerza humana hacia la mecanización del hacha y del arado, nos hicimos de un arsenal de recursos químicos, de biotecnología y de avanzado conocimiento científico multidisciplinario, todo para sucumbir ante el fácil auxilio de la fuerza natural extrema, que nada respeta en su camino, indistintamente quemando flora, fauna y suelo. El uso extendido del fuego en la agricultura y la ganadería brasileña mancha una actividad que quiere ser moderna, necesita ser moderna...*”⁸⁷.

El argumento implícito es el de recurrir a las mejores tecnologías disponibles para prevenir daños en el desarrollo de la agroindustria. Así, el uso de la mejor tecnología disponible implica que los daños ambientales pueden ser evitados en cumplimiento del deber contenido en el art. 225 de la Constitución, en una expresión concreta del principio de prevención.

Respecto de la conjunción de la sanción y la indemnización, y en especial sobre la posibilidad de considerar colectivamente al daño moral, en su voto, el ministro Herman Benjamín señala:

“...*La interpretación sistemática de las normas y principios ambientales no obsta la restricción [a la reparación in natura] impuesta en la resolución recurrida. La reparación ambiental debe ser hecha de la forma más completa posible, de modo que la condena a recuperar el área degradada no excluya el deber de indemnizar, sobre todo por el daño que permanece entre su ocurrencia y la plena recuperación del medio ambiente degradado (lo que se entiende como daño interino o intermediario), bien como daño moral colectivo...* En efecto, está en vigor en nuestro ordenamiento jurídico el principio de reparación integral del daño ambiental, del cual es corolario el principio contaminador-pagador, el que impone la responsabilidad por todos los efectos resultantes de la conducta lesiva, incluyendo el perjuicio soportado por la sociedad hasta que haya una fundamental y absoluta recuperación *in natura* del bien lesionado...”⁸⁸.

Es interesante cómo se consagra de modo expreso el principio de reparación integral del daño ambiental, como concretización del mandato constitucional brasileño del art. 225 y su relación con el principio contaminador pagador. De ahí devienen dos consecuencias: la integridad se expresa en que se debe reparar *in natura*, mediante una concreta obligación de hacer, y la de reparar el daño moral sufrido colectivamente.

Finalmente, estimo que es menester revisar el recurso especial 1.248.214, para efectos de estudiar la influencia de la solidaridad intergeneracional en materia de responsabilidad por daño ambiental. En este caso, que ocurrió en el estado de Río Grande del Sur, un buque derramó mezclas de ácidos en un canal que une la Laguna de Los Patos con el Océano Atlántico, generando daños ambientales por causa de la

⁸⁷ Tribunal Superior de Justicia, Recurso Especial 1.248.214 de 2012, p. 6.

⁸⁸ Tribunal Superior de Justicia, Recurso Especial 1.248.214 de 2012, p. 10.

contaminación de estos vertidos. Se discute en el asunto la responsabilidad solidaria de la empresa de rescate y de la aseguradora, junto a la empresa de navegación. Ante esta situación, los solidariamente demandados alegan que no responderán hasta más allá de la responsabilidad que les compete por causa de sus deberes de cuidado establecidos por contrato, a saber, cubrir los daños generados, punto que se ve reflejado en el voto del ministro Herman Benjamín:

“...*In casu*, la legitimidad pasiva no está asociada a una eventual responsabilidad por el daño ambiental... No está de más recordar que el medio ambiente equilibrado es derecho de todos, también *siendo de todos el deber de cuidar de su preservación para las futuras generaciones en los términos del art. 225 de la Constitución de la República. En la hipótesis, medida considerada esencial fue impuesta a quien poseía condiciones de, en aquel momento, impedir el agravamiento del daño causado...*”⁸⁹.

Así, según este razonamiento, seguido por los demás miembros de la sala, el deber de cuidado se extiende más allá de evitar el daño, existiendo un deber de repararlo para quien tiene las mayores probabilidades de actuar, siendo, la omisión verificada, dañina para el medio ambiente. Así, el deber del art. 225 no sólo incumbe al Poder Público, sino a toda la sociedad. También, y de modo implícito, se podría exigir un estándar de conducta a quien tiene mayores posibilidades de reparar el daño, siendo, en este caso concreto, la empresa aseguradora, pues su omisión en la reparación acrecentó los perjuicios ambientales causados.

4. Imprescriptibilidad de la acción

La jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia ha entendido que no existe plazo para demandar el daño ambiental. En ese sentido, es relevante la jurisprudencia del recurso especial 647.493, en el que el ministro relator Joao Otávio de Noronha se pronuncia sobre el daño ambiental que causa la extracción de carbón mineral en el sur del estado de Santa Catarina. A saber, su voto señala:

“...Con relación a la prescripción, tratándose de la pretensión que busca la recuperación del medio ambiente degradado, es *imprescriptible la acción colectiva*. En ese sentido, es relevante transcribir la doctrina de Hugo Nigro Mazzalli: ‘*Tratándose de un derecho fundamental, indisponible, común a toda la humanidad, no se puede someter a la prescripción, pues una generación no puede imponer a las siguientes generaciones la eterna carga de soportar la práctica de comportamientos que pueden destruir el propio hábitat de los seres humanos. También la actividad degradadora continua no se sujeta a la prescripción: la permanencia de la causación del daño también repugna a la prescripción, pues los daños pasados acrecientan los actuales (La defensa de los intereses difusos en juicio, 17ª ed., p. 515)*’... En el presente caso, el Tribunal a quo manifestó en su entendimiento de que *el daño apuntado por el Ministerio Público tiene la característica de continuidad, hecho que, inequívocamente, aleja la hipótesis de que corra cualquier plazo de prescripción...*”⁹⁰.

Acá podemos observar que el fundamento de la imprescriptibilidad es doble: por un lado, es por la continuidad de los daños causados; por el otro, en consideración de

⁸⁹ Tribunal Superior de Justicia, Recurso Especial 891.512 de 2011, p. 9

⁹⁰ Tribunal Superior de Justicia, Recurso Especial 647.493 de 2007, ps. 14/15

la solidaridad transgeneracional. En ese sentido, el voto es consecuente, y no permite que los daños que se vienen generando desde hace muchos años queden sin una debida reparación.

En adición, además de la imprescriptibilidad, la determinación de la oportunidad procesal para poder demandar el daño ambiental. Así, en el recurso especial 1.236.863 de 2012, el voto del ministro Benjamín, respecto de un caso de daños ambientales por uso de pesticidas en el estado de Espíritu Santo, versa:

"...La hipótesis, como bien ha sido demostrado por las instancias ordinarias, es de responsabilidad objetiva, por acto comisivo. Pero, aunque se tratase de un comportamiento, la responsabilidad del Poder Público sería ineludible..."⁹¹. "...La aplicación de insecticida o la utilización de sustancias tóxicas no caracterizan, consideradas aisladamente, el hecho dañoso. En la responsabilidad civil sanitario-ambiental el daño solamente se verifica, en general, con el surgimiento e identificación de las lesiones o patologías alegadas. Antes de eso, no existe pretensión indemnizatoria propiamente dicha y, consecuentemente, no cabe hablar de prescripción..."⁹².

En la sentencia en comento, además de reafirmar la responsabilidad objetiva del Estado, también, como se dijo, se determina la oportunidad procesal para demandar el daño ambiental desde que se verifican los efectos perniciosos

5. Carga de la prueba

La jurisprudencia ambiental brasileña del Superior Tribunal de Justicia, también ha efectuado esfuerzos interpretativos para aplicar y reforzar la institución de la carga dinámica de la prueba, generando una excepción a la regla general establecida en el art. 333 del Código de Proceso Civil brasileño, el que, conforme a las reglas generales del derecho común, coloca la carga de la prueba de los hechos sobre la parte que obtiene una ventaja procesal de la demostración de éstos⁹³. Así, podemos observar el voto del ministro Herman Benjamín en el recurso especial 883.656 de 2012, a propósito de una contaminación por mercurio acontecida en el estado de Río Grande del Sur, por actividades industriales asociadas a hidrocarburos:

"...En el proceso civil, la técnica de la carga dinámica de la prueba concreta y aglutina los cánones de solidaridad, de facilitar el acceso a la Justicia, de la efectividad de la prestación jurisdiccional e del combate a las desigualdades, bien como de un renovado debido proceso, todo para exigir una genuina y sincera cooperación entre los sujetos en la demanda, teniendo por aspiración final alejar la *probatio diabólica* del camino de los sujetos vulnerables... modifica la incidencia del *onus probandi*, transfiriéndolo para la parte en mejores condiciones de soportarlo o cumplirlo eficientemente, tanto más en relaciones jurídicas ora que claudiquen derechos indisponibles o intergeneracionales... El legislador, la doctrina y la jurisprudencia convergen en la suavización de la inflexibilidad del régimen del art. 333 del Código de Proceso Ci-

⁹¹ Tribunal Superior de Justicia, Recurso Especial, 1.236.863 de 2012, p. 7.

⁹² Tribunal Superior de Justicia, Recurso Especial, 1.236.863 de 2012, ps. 9/10.

⁹³ República Federativa de Brasil, Código de Proceso Civil, 1973. Art. 333: "La carga de la prueba incumbe: I. Al demandante, respecto del hecho constitutivo de su derecho; II. Al demandado, respecto de la existencia de un hecho que impide, modifica, o extingue el derecho del demandante".

vil particularmente en los procesos colectivos... En el campo el Derecho Ambiental, son aplicables con mayor razón los fundamentos teórico-dogmáticos de la carga de la prueba dinámica, anteriormente aludidos. Pero no es sólo eso. *La propia naturaleza indisponible del bien jurídico protegido (medio ambiente), de proyección intergeneracional, ciertamente favorece una actuación más incisiva y proactiva del juez, que sea para salvaguardar los intereses de los incontables sujetos ausentes, por jueces, a saber, toda la humanidad y las generaciones futuras...* La incidencia el principio de precaución, *el propio transmisor por excelencia de la inversión de la carga de la prueba, en base del principio in dubio pro natura, induce a un igual resultado en la dinámica de la prueba...* La manifestación jurídica de la complejidad de los procesos ecológicos y de la creciente estima ética, política y legal de la garantía de calidad ambiental, el principio *in dubio pro natura*, en su acepción procesal, *encuentra orígenes remotos en el tradicional principio in dubio pro damnatio* (en caso de duda, a favor del perjudicado o víctima), utilizado principalmente en la tutela de la integridad física de las personas. *Nadie cuestiona que, como derecho fundamental de las presentes y futuras generaciones, el medio ambiente ecológicamente equilibrado reclama tutela judicial comprensiva, eficaz y eficiente, no contentándose con iniciativas materiales y procesales retóricas, cosméticas, teatrales o de fantasía.* Consecuentemente, el Derecho Procesal Civil debe ser compatibilizado con esa prioridad, constitucional y legal, dado su carácter instrumental, pero no por eso menos poderoso y decisivo en hacer viable o negando el mayor deseo del legislador -una genuina y objetiva facilitación del acceso a la Justicia para los litigios ambientales...-"⁹⁴.

Esta interpretación, de suyo interesante, basa la aplicación de la carga dinámica de la prueba en el principio precautorio y en la solidaridad intergeneracional. En razón de la utilización de la idea *in dubio pro natura*, como expresión del principio precautorio, establece que ante la duda de que la alta complejidad de carga de la prueba, recaída sobre el afectado por la contaminación, finalmente haría ilusoria su reparación. Por el contrario, una carga dinámica permitiría que la obligación de probar recayera sobre aquel que estuviere en mejores condiciones de hacerlo.

XIII. SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

En la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia se ha discutido hasta qué punto le corresponde inmiscuirse en la revisión de las autorizaciones de calificación ambiental que la administración del Estado autoriza. Así, *prima facie*, la jurisprudencia ha determinado que no puede reemplazar a la Administración en la toma de decisiones de gestión ambiental. Por ejemplo, podemos revisar el recurso especial 1.227.328. En este caso, se requiere vía recurso especial la anulación de una autorización que permite construir un proyecto inmobiliario. El proyecto fue sometido a todos los requisitos de evaluación ambiental. Ante esta revisión, el voto del ministro Benedito Gonçalves señala que

"...No se puede admitir, por lo tanto, que, siendo otorgada al particular la autorización para la construcción, con base en el ordenamiento jurídico entonces existente, sea posteriormente determinada la paralización de la obra causando perjuicios

⁹⁴ Tribunal Superior de Justicia, Recurso Especial 883.656 de 2012, ps. 10/11.

inmensurables al propietario, sin que haya comprobación de que el proyecto haya sido aprobado en desacuerdo con las normas ambientales vigentes... En el caso en análisis, no hay en los autos información alguna de que la construcción se encuentre en disconformidad con el proyecto presentado al momento de la autorización o de cualquier otra irregularidad que obste el desarrollo de la obra... En ese orden de raciocinio, no cabe al Poder Judicial, bajo pena de violar el art. 10 de la ley 6938 de 1981, determinar la paralización de la obra, anulando, de esta forma, los actos administrativos que concedieran la autorización de construcción, aprobado rigurosamente de acuerdo a todas las exigencias legales, incluso más, cuando la prueba pericial realizada en juicio constató que respecto del proceso de licenciamiento 'indicios de que el Departamento Estadual de Protección de Recursos Naturales se haya basado en falsas premisas para decidir sobre la emisión y contenido de la autorización'..."⁹⁵.

De lo expuesto, el límite de la revisión es el respeto por el mérito técnico de la Administración en la aprobación ambiental de proyectos. En caso contrario, cuando el tribunal desarrolla una opinión, debe ceñirse a las pruebas presentadas en juicio, y no sustituir en caso alguno el mérito técnico de la administración.

Lo actos administrativos de contenido ambiental, si bien deben ceñirse al mérito técnico, bajo ningún punto de vista pueden vulnerar la legalidad vigente. Así, y por ejemplo, en el recurso especial 1.245.149, en el estado de Mato Grosso del Sur, la autoridad administrativa permitió la construcción de un rancho de turismo en un área de preservación permanente, esto es, un área protegida. Ante esta situación, se impugnó el licenciamiento, señalando el voto del ministro Herman Benjamín que:

"...[A ninguna autoridad administrativa compete] de modo directo o indirecto, mucho menos con subterfugios o bajo pretexto de medidas de mitigación o compensación vacías, opacas o inútiles dispensar exigencias legales, reglamentarias o de pura sabiduría ecológica, bajo la pena, al proceder así, de fulminar con la nulidad absoluta e insalvable al acto administrativo practicado, bien como de hacer incidir, personalmente, sobre los funcionarios involucrados, las sanciones de la Ley de los Crímenes contra el Medio Ambiente (arts. 66, 67 y 69-A) y de la Ley de Probidad Administrativa, a las cuales se agrega su responsabilidad civil en régimen de solidaridad con los autores directos del eventual daño causado..."⁹⁶.

Es ese sentido, la falta de apego a la legalidad no es sólo causal de la nulidad del acto, sino también de las responsabilidades penales y civiles de los sujetos involucrados.

Así, en caso de vulnerar normas jurídicas, y sin perjuicio del mérito técnico, el Tribunal Superior de Justicia ha sido enfático, y ha desarrollado una interesante jurisprudencia en orden a permitir una amplia revisión de los fundamentos jurídicos de las autorizaciones ambientales. Es clave, en este caso, los embargos de declaración sobre el recurso especial 1.011.581. En este caso, se discute la edificación de una estructura, en contravención a normas ambientales. El voto del ministro Teori Alvaro Zbascki señala que

"...Aprobado y autorizado un proyecto para la construcción de un edificio por el Poder Público Municipal, en obediencia a la legislación correspondiente y a las normas

⁹⁵ Tribunal Superior de Justicia, Recurso Especial 1.227.328 de 2011, p. 18.

⁹⁶ Tribunal Superior de Justicia, Recurso Especial 1.245.149 de 2013, p. 24.

técnicas aplicables, la autorización así concedida tendrá una presunción de legitimidad y definitiva, y solamente podrá ser: a) casada, cuando comprobado que el proyecto está en desacuerdo con los límites y términos del sistema jurídico en su aprobación; b) revocada cuando sobreviniese un interés público relevante, hipótesis en la cual quedará el municipio obligado a indemnizar los perjuicios generados por la paralización y demolición de la obra; o c) anulada, en la hipótesis de verificarse que el proyecto fue aprobado en desacuerdo con las normas municipales vigentes..."⁹⁷.

Este fallo señala y aclara los límites y causales de la nulidad de la autorización de funcionamiento. En principio, la vulneración de cualquier norma jurídica, ya fuere norma o principio, puede significar una revisión judicial del acto. Así, si contraviene principios, la sanción es la casación, y si contraviene reglas es la nulidad. La revocación, en cambio, sobreviene en caso de cambio de las circunstancias que motivaron el acto administrativo.

De este modo, se ha desarrollado un campo amplio de posibilidades de poder dejar sin efecto autorizaciones de calificación ambiental vía casación. Por ejemplo, en el recurso especial 938.484, los recurrentes desean impedir el emplazamiento de una central hidroeléctrica en un área de preservación permanente, contando esta central con una resolución de calificación ambiental que permite dicho emplazamiento, contraviniendo una prohibición legal. Ante esta situación, el voto del ministro Herman Benjamín señala:

"...El lugar donde se pretende implantar la central hidroeléctrica constituye uno de los últimos remanentes del bioma de Mata Atlántica, tratándose de un área de preservación permanente, de acuerdo con el art. 2º de la ley 4771 de 1965; fue constatada la existencia de tres especies de avifauna amenazadas en peligro de extinción (la penélope obscura o pava de monte, el cuielao, y el yacú toro), tres especies de mamíferos también amenazados en peligro de extinción (el puma, el armadillo, y el oso mielero), tres especies raras de mamíferos (la paca, la irará, y la corzuela colorada) y una nueva especie de anfibio desconocida para la ciencia; existencia de una especie vegetal amenazada en peligro de extinción (jacarandá del cerrado)..."⁹⁸. Además, la resolución recurrida se encuentra en sintonía con la tendencia actual de la doctrina y de la jurisprudencia, que reconoce la posibilidad de control de legalidad judicial amplio de los actos administrativos. Como bien ha sido decidido por el Tribunal, 'tratándose de derechos tercera generación, en consideración de intereses difusos y colectivos, como ocurre con la afectación negativa del medio ambiente, el control de legalidad debe ser amplio', o sea, si el acto administrativo (en el caso de la calificación ambiental) contraviene el sistema jurídico, sus valores fundamentales y sus principios básicos, no puede prevalecer..."⁹⁹.

De lo acá expuesto, primero, se cumple con la protección patrimonial ambiental del Brasil al resguardar al bioma especial de la Mata Atlántica consagrado en el art. 225 parágrafo 4º, además de dejar sin efecto el acto administrativo que autoriza la ejecución del proyecto. La amplitud de la revisión no está centrada en contravenir el mérito técnico, sino que está determinada por el tipo de normas contravenida

⁹⁷ Tribunal Superior de Justicia, Recurso Especial 1.011.581, p. 1.

⁹⁸ Tribunal Superior de Justicia, Recurso Especial 938.484, p. 6.

⁹⁹ Tribunal Superior de Justicia, Recurso Especial 938.484, ps. 10/11.

y que pueden configurar la anulación del acto administrativo, pudiendo ser tanto reglas de orden ambiental, como principios, siguiendo la doctrina del recurso especial 1.011.581.

Adicionalmente, y gracias a que, *prima facie*, los actos administrativos de licenciamiento gozan de juridicidad, es que constituyen un pequeño micro-ordenamiento jurídico de carácter técnico, al que deben ceñirse los titulares de proyecto en la ejecución de la actividad productiva, no pudiendo contravenir la autorización. Podemos revisar así el voto del ministro Benjamín en el recurso especial 941.110 de 2009, sobre una farmacia que se excedió en su giro en el Municipio de Vitoria, conforme a lo que se le había autorizado en su licencia de funcionamiento. Esta sentencia señala que:

"...Cumplida y aceptada fielmente, no sólo por el particular, sino igualmente por el Poder Judicial, que no puede atribuirse el papel de órgano licenciador, distribuyendo, al sabor y conveniencias de cada juez, licencias y autorizaciones en hipótesis en que el Administrador se recusó de hacerlo o imponiendo condiciones para hacerlo... *Implica decir que la interpretación judicial (y administrativa también) de los términos de la licencia debe ser hecha de modo de asegurar los intereses mayores establecidos por la ley.* En el Estado Social Brasileño, en el que la actividad económica debe observar un rol de principios establecidos en la Constitución y someterse a los 'dictámenes de la justicia social' (Constitución Federal, art. 170), no cabe, en caso de duda u omisión, interpretar o integrar la licencia ambiental automáticamente a favor del interés individual-comercial del agente económico, desvalorizándose o despreciándose los objetivos públicos del microsistema normativo aplicable a la hipótesis... La licencia es para el licenciado y no del licenciado. En vez de ser dueño de la licencia, el sujeto licenciado es su vasallo, lo que hace con que sus términos, exigencias mínimas en la forma de piso, sólo puedan ser alterados con el previo y expreso consentimiento de Administración, bajo pena de abuso de la licencia..."¹⁰⁰.

Lo expuesto es de sumo interés, ya que además de diferenciar el rol de la administración como ente licenciador del rol revisor de los tribunales de justicia, señala que un titular de proyecto debe actuar apegado fielmente a su licencia ambiental, no pudiendo variarla.

XIV. TEMPORALIDAD DE DERECHOS AMBIENTALES EN EL PATRIMONIO

Cabe preguntarse también si los derechos obtenidos en razón del derecho fundamental a vivir en un medio ambiente equilibrado, ya fuere para desarrollar actividades contaminantes o para prohibir actividades lesivas al entorno, tienen persistencia en el tiempo. En este caso, el Tribunal Superior de Justicia ha desarrollado una jurisprudencia interesante: los derechos a contaminar no están dotados de permanencia, mientras que, al contrario, los derechos que aseguran el goce social del derecho fundamental a un medio ambiente ecológicamente equilibrado si tienen esa permanencia.

Respecto de los derechos obtenidos en razón del derecho fundamental a vivir en un medio ecológicamente equilibrado, podemos observar el recurso especial 1.240.122 de 2012. En esta sentencia, se discute si existe ultraactividad del Código Forestal de 1965, respecto del Código Forestal de 2012, en relación con las infrac-

¹⁰⁰ Tribunal Superior de Justicia, Recurso Especial 941.110 de 2009, p. 7.

ciones ocurridas antes de la vigencia del nuevo código, dado que éste les da un tratamiento más benigno. El voto del ministro Herman Benjamín, señala que

"...En el ámbito de la credibilidad y de la efectividad de la transformación normativa por la que pasó la Teoría General de los sujetos (generaciones futuras) y de los bienes (autonomización del medio ambiente ecológicamente equilibrado) a partir de 1981 (con la Ley de la Política Nacional del Medio Ambiente) y 1985 (con la Ley de Acción Civil Pública), llegando al ápice en 1988 (con la Constitución ciudadana). En esa materia, incumbe al juez no perder de vista que la Constitución, en el encabezado de su art. 225, de modo expreso, reconoció a las generaciones futuras como titulares del derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado. En paralelo, legislación de disciplina de la acción civil pública (específicamente el art. 81 del Código de Defensa del Consumidor) contempla la categorización cuádruple de los derechos subjetivos en individuales, individuales homogéneos, colectivos *stricto sensu*, y difusos. Es evidente, por lo tanto, que el ordenamiento brasileño otorgó a las generaciones futuras (y a la propia colectividad actual) la posibilidad, en su condición de titular de derecho subjetivo transindividual, de beneficiarse de la protección constitucional, en la integridad, conferida a los derechos adquiridos; de ser diferente, tendríamos en el encabezado del art. 225, un 'derecho-a-medias', con nombre y apellido de derecho, pero sin la eficacia temporal que todos los derechos, patrimoniales o no, tradicionalmente tienen y que de ellos devienen. Según esa óptica, tanto al individuo (visión individualista-intrageneracional) como a la colectividad presente y futura (visión colectiva intrageneracional y colectiva intergeneracional) se garantizan contra la retroactividad de la ley posterior los derechos adquiridos bajo el régimen anterior que se incorporaron a su patrimonio. Ambos son sujetos, ambos cuentan con un patrimonio constitucional e legalmente inamovible, que además de material y moral en el enfoque clásico, es también ecológico. En suma, podemos y debemos considerar la existencia de derechos ambientales adquiridos, que emergen a partir y bajo el imperio de un ordenamiento jurídico pretérito, derogado o sustituido por otro, en la línea de los clásicos derechos adquiridos al Estado, al régimen de los vienes en el matrimonio, a la posesión y dominio, a la jubilación, a la posición contractual, etcétera"¹⁰¹.

El razonamiento seguido en el voto entiende que los derechos socioambientales no pueden ser afectados por modificaciones legales posteriores, teniendo éstos la característica de derechos adquiridos, plenamente oponibles a terceros, inclusive al Estado. En el caso en estudio, se verifica una ultraactividad del Código Forestal de 1965.

Por el contrario, los derechos a contaminar no tienen fijeza en el patrimonio de los sujetos, pudiendo ser revocados. Así, en el recurso especial 1.222.723 se discute la subsistencia de un permiso para construir en una franja de playa de mar en el Municipio de Bombiñas, estado de Santa Catarina, que contrarió a la ley 7661 de 1988 sobre ordenamiento territorial costero. Los recurrentes basan su argumento en que el acto administrativo de autorización es por causa de una norma especial, anterior a 1988, la que les confiere un derecho adquirido a desarrollar el proyecto. El voto del ministro relator Mauro Campbell es concluyente:

"...Ya en lo que dije respecto de la alegación de contrariedad al art. 6º, parágs. 1º y 2º de la ley introductoria al Código Civil, bajo el fundamento de que el reglamento re-

¹⁰¹ Tribunal Superior de Justicia, Petición en el Recurso Especial 1.240.122, ps. 14/15.

lativo a los arts. 3º, inc. I, 6º, 11 y otros de la ley 7661 de 1988 son posteriores al emprendimiento en cuestión y a los permisos y licencias respectivos, ésta no prospera. Esta Corte es pacífica en el sentido de *que no hay derecho adquirido a contaminar o degradar el medio ambiente...*¹⁰².

En este sentido, se entiende que no hay derechos adquiridos a contaminar, ni bajo autorización administrativa, ni por la práctica de actividades, por lo que son esencialmente revocables.

XV. REFLEXIONES FINALES

En la presente revisión de sentencias del Tribunal Superior de Justicia, es posible extraer algunas ideas sobre su jurisprudencia reciente, y reflexionar sobre ellas. Cabe destacar la creación de una jurisprudencia de principios, los eventuales conflictos que pueden llegar a existir entre posibles interpretaciones basadas en éstos respecto de interpretaciones basadas en principios de otras disciplinas jurídicas de antiguo cuño, y la posibilidad de que estos principios se tornen vinculantes por mandato legal.

La más evidente de las cuestiones denotadas es la construcción de una jurisprudencia de principios de derecho ambiental, basándose en el mandato constitucional del art. 225 de la Constitución brasileña de proteger el entorno, cabiendo al Poder Público en general, y al Poder Judicial en particular, adoptar todas las medidas posibles para que éste no sufra detrimentos. Justamente, el desarrollo de una jurisprudencia de principios puede ser considerado como una importante medida, en el plano jurídico, para cumplir dicha misión. Ese mandato, así entendido, ha permitido que los principios de derecho ambiental operen con un rol interpretativo de la normativa ambiental brasileña en casos difíciles.

Es posible reconocer menciones explícitas o implícitas a los principios de derecho ambiental comúnmente estudiados, tales como el principio preventivo y el contaminador pagador en el recurso especial 1.248.214 estudiado acá a propósito de la indemnización del daño moral; el principio precautorio en el recurso especial 1.198.727 a propósito del daño ambiental; del recurso especial 883.656 a propósito de la carga de la prueba, y en el recurso especial 439.456 citado a propósito de la contaminación por quema de rastrojos. También hay referencias al principio de solidaridad intergeneracional en los recursos especiales 948.921 y 1.240.122 tratados a propósito de la función ecológica de la propiedad. Sin embargo, el Tribunal ha dado cabida a otros principios de vanguardia, y que han sido desarrollados por la jurisprudencia, tales como la prohibición de regreso en la protección ambiental en el recurso especial 302.906, a propósito de la protección del patrimonio urbano, o el principio de integridad en sus dos subvertientes: 1) Integridad del bien jurídico protegido en el recurso especial 650.728 para efectos de la integridad de los ecosistemas, y también en el ya citado 840.918 para efectos de la integridad del patrimonio urbano. 2) Integridad en la reparación del daño ambiental en los recursos especiales 605.323 y 625.249. En el caso particular del principio de integridad, en mi opinión, éste es una especificación del principio de reparación, desarrollando vicisitudes propias tanto del objeto protegido como de la reparación de éste.

La innovación en estos principios, considerados creados y desarrollados por el tribunal, demuestra, entre otras cosas, la reafirmación de una disciplina autónoma de estudio, diferenciada de otras ramas jurídicas. En ese sentido, en Brasil, el derecho ambiental consigue diferenciarse más allá de los textos doctrinales, y obtiene un valioso reconocimiento jurisprudencial concreto, en el derecho vivo, en el seno del Tribunal Superior de Justicia.

Con todo, la expresión de estos principios de derecho ambiental conlleva un *germen de discusión*: la aplicación de un principio, en la interpretación de un caso difícil puede generar diferencias en las concepciones más tradicionales en la cultura jurídica de una disciplina más antigua, creando, para unos, avances en la protección del entorno, mientras que para otros se facilitan distorsiones en categorías jurídicas firmemente arraigadas. Por ejemplo, en los recursos especiales 605.323 y 625.249, al considerar conjuntamente, en el fallo condenatorio, la obligación de hacer de reparar el medio ambiente con la obligación de dar de pagar una indemnización, se podría señalar un conflicto con el principio de enriquecimiento sin causa, no debiendo pagarse más allá de la indemnización que es debida, debiendo optarse o por la obligación de dar o por la obligación de hacer. Cosa similar ocurre en el fallo que recae sobre la petición en el recurso especial 1.222.723, en el que la ultraactividad del Código Forestal de 1965 puede resultar contraria al principio de aplicación de la ley más favorable, según el cual una sanción ulterior de menor cuantía debería reemplazar a la más gravosa en los estatutos sancionadores, especialmente en el derecho penal.

Esas contradicciones pueden ser abordadas desde distintos puntos de vista, ya sea desde el punto de vista de avances jurisprudenciales a favor de la consolidación del derecho ambiental, o desde el punto opuesto, como un proceso de "vulgarización" de instituciones tradicionales, mal interpretadas y distorsionadas. Desde mi opinión, las jurisprudencias basadas en principios dependen de procesos jurídico-dialécticos, en los que, argumentativamente, un principio deberá prevalecer sobre otro en la interpretación de normas jurídicas en casos difíciles, por lo que ese tipo de discusiones, más que ser valoradas como benévolas o malignas, simplemente existen, y son parte del derecho de nuestros tiempos. No debemos recaer, *prima facie* y tal como lo señala el voto del ministro Benjamín en el recurso especial 650.728, en acusaciones tales como las de llamar a un tribunal de activista. Simplemente, los tribunales desarrollan, dentro de sus posibilidades de actuación, roles más activos o pasivos dependiendo de si los procedimientos que los rigen son más próximos a un modelo dispositivo o inquisitivo.

Otra importante consecuencia, desde mi opinión, es el eventual desarrollo de una jurisprudencia de principios en la revisión de los actos de la administración, en los que se ven desplegados buena parte de los esfuerzos del Poder Público en la protección del medio ambiente. Así, el recurso especial 1.011.581 establece como causal de invalidación del acto administrativo la vulneración de principios de derecho ambiental, llamándola de casación. En ese sentido, al menos en el ámbito jurídico brasileño, la consideración de un principio jurídico en un embargo de divergencia, por ejemplo, puede conllevar a la consolidación de un principio jurídico de derecho ambiental como precedente obligatorio para uniformar la jurisprudencia interna del tribunal. Esto, sin duda, puede generar un baremo de control de actos de la administración en materia ambiental, otorgándole la posibilidad de ser aplicado directamente.

¹⁰² Tribunal Superior de Justicia, Recurso Especial 1.222.723 de 2012, ps. 9/10.

Para terminar, el caso brasileño del Tribunal Superior de Justicia es un ejemplo de cómo los principios jurídicos se tornan necesarios en la persecución de una finalidad socialmente deseable, a saber, la protección del medio ambiente. Éstos, en una sociedad democrática, tienen un valor argumentativo y discursivo frente a posiciones contrarias a estos fines, propiciando el debate necesario que caracteriza a la libertad de expresión en democracia. Así, de las discusiones proyectadas, y de las interpretaciones acá revisadas, una reflexión final inevitable es que el cuidado del medio ambiente requiere y requerirá una readecuación de categorías jurídicas de otras ramas del derecho, lo que no es sino un llamado de atención a quienes crean, interpretan y aplican normas jurídicas. Indudablemente, de las interpretaciones que den los operadores jurídicos, devendrán consecuencias para la subsistencia de la vida en el planeta, cuestión que, así presentada, puede ser exagerada para muchos. Sin embargo, al menos entiendo, a título personal, que somos la primera generación de intérpretes legales enfrentados al dilema del devenir de la vida, debiendo enfocarnos a pensar en nuestra actividad no sólo como el entendimiento y simplificación de trámites para la ejecución de proyectos productivos, sino que, muy por el contrario, debemos pensar en llevar nuestra labor un paso más allá, a un foco común y trascendente, que no es sino la supervivencia de la vida en este planeta.

DERECHO INTERNACIONAL COMPARADO

INJUSTICIA Y SEGREGACIÓN AMBIENTAL POR LA CONTAMINACIÓN. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE BRASIL*

por GUSTAVO RINALDI

I. INTRODUCCIÓN

No es la primera vez que llegan a nuestras manos decisiones dictadas por el Superior Tribunal del Brasil, y en particular con el voto del ministro Antonio Herman Benjamin, que merezcan la pena ser resaltadas¹.

Si bien, la presente se trata de una sentencia extranjera, los destacados y progresistas razonamientos socio-ambientales que utiliza como fundamento revisten una innegable relevancia como líneas rectoras para el desarrollo de un Estado que otorgue efectiva protección al derecho a la salud y al ambiente.

Néstor Cafferatta, en su trabajo titulado "El tiempo de las Cortes Verdes", publicado ya hace casi siete años², afirmaba el liderazgo de los Superiores Tribunales de la región en la tarea de desarrollar el Derecho Ambiental.

El Supremo Tribunal de Justicia de Brasil, con sentencias como la presente, sin duda le da la razón.

II. ANTECEDENTES

La decisión del Tribunal tiene origen en una impugnación judicial ante una Sanción Administrativa impuesta por el estado de San Pablo, a la firma Ajax, una de las mayo-

* Ver fallo a texto completo en la sección Material Exclusivo en Proview.

¹ Ver también Cafferatta, Néstor A., "Daño moral colectivo ambiental. Fallo del Superior Tribunal de Justicia RF Brasil", La Ley del 12/12/2013, p. 4; AR/DOC/4405/2013.

² La Ley del 21/3/2007, p. 8.