

LA COMISIÓN DE DERECHO AMBIENTAL (CEL)
DE LA UNIÓN MUNDIAL PARA LA NATURALEZA – UICN PROMOVE EL
I CONCURSO DE MONOGRAFÍAS PARA JUECES
(ENFOQUE EN DERECHO AMBIENTAL)

EL ACCESO Y LA EFECTIVIDAD DE LA JUSTICIA AMBIENTAL

ORIANA PISKE DE AZEVEDO MAGALHÃES PINTO

BRASIL - Brasília- DF, marzo de 2008

RESUMEN

Hace mucho se percibió que de nada vale el establecimiento de derechos y garantías en las constituciones, si no hay un efectivo acceso a la Justicia no sólo formalmente sino también, materialmente. La ciencia del proceso judicial está evolucionando, por lo que la estructura judicial debe acompañar también esta evolución. De hecho, estamos pasando por una revolución en la forma de hacer Justicia, en vías de una modificación estructural y funcional de lo Judicial en sí. La incesante búsqueda de un modelo Judicial que cumpla sus variados papeles de modo que atienda las expectativas de sus usuarios revela el inmenso desafío de la magistratura moderna en hacer efectivos los nuevos Derechos Fundamentales presentes en la posmodernidad, entre ellos – el Derecho Ambiental.

La Constitución brasileña de 1988 al declarar, en su preámbulo, que un Estado Democrático de Derecho toma como principio fundamental la dignidad de la persona humana, asume, con coherencia, la idea de la objetivación de la responsabilidad en relación al daño ambiental. Conforme a ese principio mayor, la citada Carta Constitucional destacó el medio ambiente en capítulo propio (Capítulo VI), integrándolo en el Título VIII – del Orden Social – , el cual tiene como objetivo el bienestar y la Justicia sociales, salvaguardando el derecho de todos al medio ambiente en equilibrio, garantizando a los individuos y a la colectividad una vida saludable, en sintonía con la naturaleza.

Es preciso considerar, también, los valores éticos dirigido a un consumo y un desarrollo sustentables. En este sentido, es imprescindible que se lleve en cuenta: a) la prevención y control de la contaminación y sus efectos; b) el aprovechamiento y administración racional de los recursos naturales; c) la concienciación de que los recursos de la biosfera son finitos, debiendo ser protegidos con vistas a la manutención de la vida y diversidad de la Tierra. En suma, el medio ambiente, por ser un bien de uso común del pueblo, como está previsto en el art. 225 de la Constitución Federal brasileña, es indispensable al Estado. Por tanto, este reglamento constitucional establece la responsabilidad del Estado en obstar cualquier degradación ambiental que pueda ocasionarse por individuos, empresas, o, incluso, entidades de Derecho Público.

SUMARIO

Introducción.....	1
1 Consideraciones iniciales.....	2
1.1 La necesaria conciencia ambiental.....	2
1.2 El indispensable “consumo sustentable” y “desarrollo sustentable”.....	3
2 Internacionalización de la Economía y el medio ambiente.....	5
2.1 Internacionalización de los Derechos Humanos y de la Economía.....	6
2.2 Los cambios sociales y económicos, la producción legislativa y el reflejo en la actividad judicial.....	8
3 Responsabilidad por la degradación ambiental.....	9
3.1 Influencia del Código de Defensa del Consumidor brasileño en la tutela ambiental	11
3.2 El Juzgado Especial Criminal y los crímenes ambientales.....	13
3.3 Puntos de tangencia de las tres vías de responsabilidad por la degradación ambiental.....	17
Conclusión.....	23
Referencias.....	26

EL ACCESO Y LA EFECTIVIDAD DE LA JUSTICIA AMBIENTAL

Introducción

El objetivo de la presente monografía es tejer reflexiones sobre “El acceso y la efectividad de la Justicia Ambiental”, para ello, abordaremos la necesaria conciencia ambiental; el indispensable “consumo sustentable” y “desarrollo sustentable”; la Internacionalización de la Economía y el medio ambiente; y la responsabilidad por la degradación ambiental. Al final, presentaremos algunas soluciones para el desarrollo de la Justicia Ambiental.

Adentraremos en el campo de actuación de los Derechos Humanos con el breve examen del concepto moderno de ciudadanía, analizando los desdoblamientos de los procesos de Internacionalización de los Derechos Humanos, de la Economía y el medio ambiente; presentaremos el fenómeno de la globalización de los mercados y su consecuencia en el contexto legislativo y judicial ambiental, demostrando la necesidad de obtener nuevos abordajes por la vía multidisciplinar. Presentaremos un análisis crítico de las tres vías de responsabilidad por la degradación ambiental, realizando el aspecto civil, administrativo y penal de la responsabilidad en presencia de la depredación del medio ambiente, aquí está lo que se muestra indispensable promover a la adecuada reparación de los daños sufridos en consecuencia de actividades degradantes de los recursos naturales.

En este sentido, se constata la necesidad de la implementación de acciones y políticas públicas y privadas dirigidas al desarrollo sustentable en todo el planeta, a través de medidas como: tecnologías no degradantes del medio ambiente (las tecnologías limpias); incremento de alternativas sustentables e incentivo a la investigación en ese campo; administración racional de los recursos naturales y culturales; estímulo de socios entre todos los segmentos de la sociedad. Procuramos, en fin, delinear los desafíos de la magistratura moderna, destacando entre ellos la necesidad de la concretización de los Derechos de ciudadanía, del fortalecimiento de la cultura de Derechos Humanos y del debate sobre la propia actuación del juez en la implementación de los Derechos Fundamentales, especialmente, en la efectividad de la Justicia Ambiental.

1 Consideraciones iniciales

La sociedad industrial, surgida en el siglo XIX, se estructuró sobre la ideología del liberalismo, teniendo como principio fundamental la libre competencia – la libertad de empresa, — cuyos modelos de producción y consumo vienen generando una notable depredación ambiental como consecuencia de: el aumento de la contaminación por las fábricas y vehículos automotores; empleo desordenado de sustancias tóxicas en la producción agrícola; consumismo desmedido; uso irracional de los recursos naturales; acumulación de basura no deseable. En efecto, a partir de la Revolución Industrial hubo una creciente demanda por energía que dio origen a una intensa explotación de las reservas de petróleo y carbón. La quema de estos combustibles aumentó la emisión y concentración de gas carbónico en la atmósfera, lo que viene generando diversas alteraciones climáticas, siendo este el más grave problema ambiental, pues no afecta apenas a los países industrializados, sino a todo el globo.

El alucinante progreso económico del siglo XX tuvo como fundamento el uso indiscriminado de los recursos naturales, antes considerados inagotables. Por otro lado, la polémica generada por la cuestión de la energía nuclear, en los años 60, y el aumento inesperado de los precios del petróleo, en los años 70, suscitaron los primeros debates sobre la escasez de recursos naturales y llevaron a la percepción de la finitud de la biosfera. Esta preocupación ambientalista se hizo sensible, desde los años 60, con la aparición de un movimiento social encajado en hacerle frente a la cuestión nuclear en varios países europeos y en los Estados Unidos. La sociedad civil y sus movimientos activistas pasaron a volver su mirada para el problema de la degradación del medio ambiente, que ya amenaza la continuidad de la supervivencia en la Tierra. (SAMPAIO, 1998).

1.1 La necesaria conciencia ambiental

La realización de la I Conferencia Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo, en Estocolmo, del 5 al 16 de junio de 1972, promovida por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), trajo el reconocimiento mundial para la importancia de la discusión y movilización dirigido a la preservación ambiental y al equilibrio ecológico global. (SAMPAIO, 1998). En este momento, la humanidad está reflexionando sobre la necesidad de la tutela de los recursos ambientales.

En Brasil, la Constitución de 1988 al declarar, en su preámbulo, un Estado Democrático de Derecho, tomó como principio fundamental la Dignidad de la persona humana, asumiendo, con coherencia, la idea de la objetivación de la responsabilidad en relación al daño ambiental, sea en los casos de daños nucleares (art. 21, XXIII, “c”), sea en cuanto a las personas jurídicas que, notada y notoriamente, a veces, se han revelado las más degradantes del medio ambiente. El medio ambiente, por ser un bien de uso común del pueblo, como está previsto en el art. 225 de la Carta Constitucional brasileña, es indispensable al Estado. Por tanto, este reglamento constitucional establece la responsabilidad del Estado en obstar cualquier degradación ambiental que pueda hacerse por individuos, empresas, o, incluso, entidades de Derecho Público.

De esta forma, en consonancia con el referido artículo, competen al Poder Público, con el objetivo de asegurar la efectividad de ese Derecho, los preceptos de: a) preservar los ecosistemas, las especies, la integridad del patrimonio genético del País; b) definir los espacios territoriales que serán protegidos en las unidades de la Federación; c) exigir un estudio previo de impacto ambiental, para la instalación de la obra o actividad potencialmente causante de la significativa degradación ambiental, debiendo ser dada la publicidad; d) controlar la producción, la comercialización y el empleo de técnicas, métodos y sustancias que comporten riesgo para la vida, para la calidad de vida y para el medio ambiente; e) promover la educación ambiental en todos los niveles de enseñanza; f) proteger la fauna y la flora.

Se registra que la Constitución Ciudadana de 1988, en el referido art. 225, fue más allá al determinar, específicamente, en los §§ 2º y 3º, aquél que explote los recursos minerales la obligación de recuperar el medio ambiente degradado, conforme a la solución técnica que exige el órgano público competente, en la forma de la ley; y, constreñir con sanciones penales y administrativas a los infractores de conductas y actividades lesivas al medio ambiente, sean personas físicas o jurídicas, independientemente de la obligación de reparación civil. Por consiguiente, la persona jurídica asumió, en este caso, una responsabilidad funcional.

1.2 El indispensable “consumo sustentable” y “desarrollo sustentable”

La exigencia de mayor capacitación y dominio para lidiar con la inseguridad e inestabilidad de los nuevos tiempos, en todos los campos de la actividad económica, lleva al ciudadano a tener que enfrentar los desafíos decurrentes de la necesidad de “consumo sustentable” y “desarrollo sustentable”. El “consumo sustentable” es uno de los temas

fundamentales de la modernidad, considerado por la ONU, a través de la Resolución n° 1.995-53, de junio de 1995, como uno de los Derechos-deberes de los consumidores, distinguiéndolo como el sexto Derecho universal del consumidor.

La imprescindible necesidad de desarrollar una toma de conciencia de todos en cuanto a un consumo responsable de los bienes y servicios es una consecuencia del hecho de que “mientras las necesidades humanas son en principio ilimitadas, sobretodo si se tuviera en cuenta la ciencia de *marketing* y la publicidad, además del proceso tecnológico, los recursos naturales disponibles son limitados”. (FILOMENO, 1999, p. 120-121). Tanto la cuestión del derecho del consumidor como del medio ambiente están ligadas al “desarrollo sustentable”.

En la primera Conferencia Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo, que ocurrió en junio de 1972, en Estocolmo, se firmó la Declaración sobre el Ambiente Humano, emanada de la Asamblea General de las Naciones Unidas, con el objetivo de atender “... la necesidad de un punto de vista y de principios comunes, para inspirar y guiar los pueblos del mundo en la preservación y en la mejora del ambiente...”. (SAMPAIO, 1998, p. 3). Entre los principios destacados en la referida Declaración Ambientalista, se encuentra el siguiente:

4 - El Hombre tiene la responsabilidad especial de preservar y administrar con mucho juicio el patrimonio representado por la flora y la fauna silvestres así como su *habitat*, que se encuentran actualmente en grave peligro, por una combinación de factores adversos. Como consecuencia, al planificar el desarrollo económico, se debe atribuir la importancia a la conservación de la naturaleza, incluidas la flora y la fauna silvestres. (SAMPAIO, 1998, p. 3). (Grifo nosso)

Ese principio refleja el punto de partida para la concienciación global dirigido a la preservación de los recursos naturales de forma equilibrada, como una tarea en la que todos se deben enfrascar. Por tanto, en ese evento se dieron los primeros pasos para despertar la necesidad de un desarrollo sustentable.

En 1983, la Asamblea General de las Naciones Unidas requirió a la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo “una agenda global” objetivando, en apretada síntesis: estrategias ambientales a largo plazo dirigidas al desarrollo sustentable; el perfeccionamiento de las interrelaciones entre los países con prácticas diferenciadas de desarrollo; auxiliar en la definición de soluciones comunes para resolver los problemas ambientales mediante una agenda a largo plazo que sería practicada en los próximos decenios aliando objetivos y aspiraciones de la comunidad mundial. (SAMPAIO, 1998, p. 4).

En 1992, se realizó en Brasil, en Rio de Janeiro, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo (ECO-92), que posibilitó el debate de la

comunidad internacional sobre la urgencia de la implementación de un desarrollo sustentable. Entre los principales documentos firmados en “Rio 92”, destaca la Agenda 21. Se trata de un programa de la sociedad global envolviendo Estados nacionales, agencias de desarrollo, organismos de las Naciones Unidas y grupos sectoriales atinentes a cada actividad económica ligada al medio ambiente, dirigido al aumento de la producción de alimentos de manera sustentable, con una mayor seguridad alimentar, a fin de generar empleos y renta para reducir las desigualdades sociales, la pobreza y el hambre; bien como el manejo de los recursos de la naturaleza conjugados con la defensa de un medio ambiente ecológicamente equilibrado.

La Agenda 21, a pesar de no tener fuerza vinculativa, por tratarse tan sólo de una declaración de intenciones, constituye un instrumento de planificación racional de acciones para diversos países, desempeñando un papel extraordinario para la concretización de una cultura de consumo y desarrollo sustentable. De tal modo, se verifica que el gran desafío de la humanidad en el siglo XXI está en desarrollar estrategias que garanticen la sustentabilidad requerida, sea en el ámbito social, económico, ecológico y cultural.

2 Internacionalización de la Economía y el medio ambiente

La internacionalización de la economía puede ser definida como globalización económica. Es un proceso que se acentuó a lo largo de la 2ª mitad del siglo XX. Aunque la globalización económica sea responsable por el desarrollo de las relaciones internacionales, por actuar bajo la dirección de las fuerzas libres, muchas veces, acaba comprometiendo los recursos naturales y el medio ambiente como un todo. Aparejado a esa trágica realidad generada por la globalización económica, se verificó también la creciente degradación del medio ambiente y el uso descontrolado de los recursos naturales. Bajo ese enfoque, con la evolución del concepto de soberanía estatal, los capitales y los inversores emigraron de un lugar a otro del globo y extraen lo máximo que pueden de los locales adonde aportan, saliendo la primera señal del agotamiento de las fuentes que les propiciaron ganancias extravagantes.

La preocupación con la degradación ambiental provocada por el crecimiento económico desordenado ocasionó el término “desarrollo sustentable”, que surgió cuando se percibió que la referida degradación está íntimamente relacionada con la disminución en la calidad de vida. Esta relación entre el medio ambiente y el desarrollo económico se convirtió, entonces, en motivo de preocupación internacional. El desarrollo económico de una nación es el proceso – o el resultado – de transformaciones interrelacionadas con variaciones en el campo político, y mediante ese desarrollo es que se consigue producir mayor cantidad de

bienes y servicios destinados a satisfacer las crecientes y diversificadas necesidades humanas. Viene acompañado, básicamente, de continuos cambios de orden cuantitativo y cualitativo en el contexto social, político y económico de una nación.

Esos continuos cambios para atender las necesidades humanas deberán hacerse con osadía y, al mismo tiempo, con extrema cautela para que resulten en desarrollo sustentable, cual sea, prosperar sin dejar consecuencias negativas a largo plazo, desarrollarse de forma que las futuras generaciones no padezcan más para suplir sus necesidades. Por tanto, se debe primar para crecer económicamente, haciendo del avance tecnológico, y de todas sus características, un instrumento de preservación ambiental.

2.1 Internacionalización de los Derechos Humanos y de la Economía

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos se viene consolidando después de la Segunda Guerra Mundial (1939-1945), oriundo de los horrores del nazismo, se construyó a partir de una normativa internacional, hasta entonces inexistente. La estructura normativa de protección internacional a los Derechos Humanos, además de los instrumentos de protección global, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, abarca, además, los instrumentos de protección regional, pertenecientes a los sistemas europeo, americano, asiático y africano. Los referidos sistemas son complementarios, siendo que queda al libre albedrío del ciudadano que sufrió vulneración de derechos a opción del aparato que lo beneficie más. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos se afirma cada día como una nueva rama del derecho, dotado de principios y reglas, teniendo como objetivo mayor la protección de la dignidad de la persona humana en el ámbito nacional e internacional.

El “Derecho a tener Derechos”, según Hannah Arendt (2000), pasó a ser la referencia fundamental de todo el proceso de internacionalización, y no sería diferente con relación al proceso de globalización de los mercados. La internacionalización de la economía es un proceso que se acentuó a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, teniendo como características sobresalientes la instantaneidad de las informaciones y de la comunicación, la estandarización de los medios técnicos y la interconexión de las economías de diferentes países. Cuando se habló en globalización económica por la primera vez, la idea fue colocada como una panacea: nuevas tecnologías y métodos gerenciales promoverían, por sí sólo, el

aumento general de la productividad, el bienestar de todos y la reducción del abismo social dentro y fuera de las naciones. Sin embargo, pasados pocos años, se verificó una situación diversa, con la acumulación de riqueza en las manos de pocos y el aumento de las desigualdades sociales.

La globalización propicia, en tesis, un dinamismo económico, del cual resulta la aceleración del progreso debido al intercambio de conocimiento y a las tecnologías. Sin embargo, aún existen países que se rehúsan a cumplir protocolos firmados para la preservación del medio ambiente. En ese contexto, ¿cómo regular los derechos civiles y políticos frente a la globalización de los mercados? En la regulación de esos derechos es preciso adoptar el pensamiento de que la protección de los derechos humanos, sean civiles o políticos, en la actualidad, envuelve un examen multidisciplinar, “concita o intérprete a armonizar fuentes nacionales y supranacionales, reformula, en definitivo, el concepto de orden pública, que se expande para los dominios de la actividad económica privada” (TEPEDINO, 1988, p. 107).

Se verifican dos tendencias contradictorias:

de un lado, el intervencionismo supranacional sobre el derecho interno de la mayor parte de los países europeos y americanos, a implicar riguroso planeamiento y poquísimo espacio para la soberanía, valiéndose de los centros de decisión de prácticas notadamente autoritarias, en la fijación de las metas a alcanzar por cada país; y, de otro, un excesivo liberalismo entre las transferencias de tecnología, mano de obra e inversiones, con el derrumbe de las barreras aduaneras en las relaciones internacionales, como una manera de formar mercados supranacionales. De ahí derivan diversas consecuencias en términos hermenéuticos, en lo que atañe a los derechos humanos en la actividad económica privada. (TEPEDINO, 1988, p. 114).

Por tanto, hay un choque entre las fuentes del ordenamiento interno y las fuentes externas. Gustavo Tepedino (1988), ratifica que ese contraste normativo no puede aniquilar los valores internos que garantizan la estabilidad social y el respeto a los principios constitucionales nacionales. Recuerda, que “prevalece, en todo ese complejo proceso, la óptica y la lógica de la maximización de los resultados y de la minimización de los costes.” En ese cuadrante, se nota que los derechos civiles, políticos y sociales de los países subdesarrollados pasan a ser vistos como “coste económico de la producción, en el panorama de la competición internacional” (TEPEDINO, 1988, p. 115).

Hay dos grandes desafíos: la implementación de inversiones en factores que traigan competitividad internacional y las inversiones sociales, que garanticen el ejercicio de

la ciudadanía y una cultura de derechos humanos. Ratifica Gustavo Tepedino (1988, p.115) que la búsqueda de la competitividad

acaba por significar una importación de productos ya elaborados – a mejores precios de producción – y la exportación de los empleos necesarios que lo producen, ya que otros países se encuentran más preparados tecnológicamente para la competición, resultando en ulteriores factores de desempleo, exclusión social, atentados a valores existenciales, siendo cierto que, en el caso brasileño, los modelos de proteccionismo interno anteriormente adoptados no trajeron competitividad, sino a consolidación de grandes carteles y monopolios.

Es imperioso reconocer la necesidad de que se construya un modelo económico que genere, al mismo tiempo, riqueza y bienestar, concomitantemente a la promoción de la cohesión social y de la preservación de la naturaleza. El gran desafío de la humanidad en el siglo XXI está en desarrollar estrategias que garanticen la sustentabilidad requerida, sea en el ámbito social, económico, jurídico, ecológico y cultural, a fin de resguardar los derechos de ciudadanía y obtener Justicia social.

2.2 Los cambios sociales y económicos, la producción legislativa y el reflejo en la actividad judicial

La humanidad se viene enfrentando con diversos problemas típicos de la sociedad pos-industrial, entre ellos la dificultad en compatibilizar el crecimiento económico con la protección del medio ambiente. Se verifica que no hay una división equitativa de los beneficios del desarrollo tecnológico y económico-financiero entre las naciones. En verdad, hay una asustadora concentración de capital en los países desarrollados en detrimento de los demás, lo que conlleva a un desequilibrio socioeconómico y tecnológico. Trayendo como resultado la miseria, la pobreza, el subdesarrollo, las graves injusticias sociales, la corrupción, las epidemias. Esos problemas afectan todo el globo, generando efectos que se reflejan en todas las direcciones, sintiéndose más en el ámbito del consumidor y del ambiente, despertando la consciencia de que urge implementar un consumo y un desarrollo sustentables. En esa trayectoria de divergencias económicas y sociales, los derechos del consumidor y del medio ambiente se elevaron, a la categoría de nuevos derechos humanos fundamentales. De esta forma, se indaga: ¿cómo es posible la producción legislativa en contextos marcados por la velocidad e intensidad de las transformaciones económicas y por la proliferación de

situaciones sociales nuevas y aún no estructuradas? La producción legislativa no consigue atender a esas exigencias de la sociedad contemporánea.

Actualmente, se observa que, además del control de la constitucionalidad, a los tribunales, en general, compete, la garantía directa contra lesiones de los derechos fundamentales, la defensa de intereses difusos y el enfrentamiento de la oscuridad y ambigüedad de los textos legislativos, a veces deliberada, debido a los difíciles procesos de negociación. El juez, como agente político (no partidario), es llamado a contribuir para la efectucción de los derechos sociales, procurando darles su real densidad. Se verifica que la politización del juez deriva del hecho de que él soluciona litigios aplicando normas, que son conductoras de valores y expresiones de un poder político. No existe, así, norma neutra. Luego, si el juez es quien aplica las normas, no existe juez neutro. En verdad, en el marco del Estado Constitucional de Derecho, la actividad política y la actividad judicial están estrechamente unidas por el imperio del Derecho.

Otro aspecto de la politización del juez está en el hecho de que las constituciones modernas contemplan normas de contenido poroso, que se van a complementar por la práctica. Y el Poder Legislativo derivado, a su vez, en muchas situaciones, no sólo no se esfuerza para rellenar el vacío, sino que prima por seguir la misma técnica de la legislación abierta, indeterminada. Incapaz de solucionar algunos mega-conflictos modernos, donde muchas veces el legislador acaba atribuyendo al Judiciario la responsabilidad de moldear la norma final aplicable. El Judiciario no sólo pasó a solucionar los conflictos privados de intereses, según el modelo liberal individualista, sino también a actuar como órgano calibrador de tensiones sociales, solucionando conflictos de contenido social, político y jurídico, además de implementar el contenido promocional del Derecho contenido en las normas constitucionales y en las leyes que consagran derechos sociales. (GOMES, 1997).

3 Responsabilidad por daño ambiental

El daño es la abreviación de *damnum iniuria datum* de los romanos, o sea, consiste en causar perjuicio en cosa ajena, animada o inanimada.(ALVES, 1960). Los estudios sobre los daños ambientales tratan, en regla, casos concretos y la manera de repararlos. Con todo el daño ambiental va más allá de la reparación patrimonial, siendo más compleja no sólo a su conceptualización sino la propia reparación. (FREITAS, 2000). El daño ambiental origina una o más especies de responsabilidad para el infractor, sea civil, penal o administrativa.

En Brasil, la primera ley que dispuso sobre la responsabilidad civil objetiva por daños ambientales fue la Ley n° 6.453, de 17.10.1977, que trata, en el art. 4º, de la responsabilidad por daño nuclear. El referido diploma fue sancionado en la época en que se instalaba la Central Nuclear de Angra dos Reis (RJ). Después Brasil celebró la Convención Internacional sobre Responsabilidad Civil en Daños Causados por la Contaminación de Aceite, de 1969, promulgada por el Decreto n° 79.347, de 28.03.1981, que trata de la Política Nacional del Medio Ambiente. En ese texto legal así se trata de la responsabilidad:

Art. 14 - Sin perjuicio de las penalidades definidas por la legislación federal, estadual y municipal, el no-cumplimiento de las medidas necesarias a la preservación o corrección de los inconvenientes y daños causados por la degradación de la calidad ambiental sujetará a los transgresores:

(...)

§ 1º Sin obstáculo la aplicación de las penalidades previstas en este artículo, el contaminante, independientemente de que haya existencia de culpa, se ve obligado a reparar los daños causados al medio ambiente y a terceros, afectados por su actividad. La fiscalía de la Unión y de los Estados tendrá legitimidad para proponer la acción de responsabilidad civil y criminal por daños causados al medio ambiente.

Por tanto, restó consagrada la responsabilidad objetiva, a través de la mencionada legislación, surgiendo la vía necesaria para el reconocimiento de la responsabilidad por daño ambiental. Por otro lado, la Constitución Federal de 1988, en el art. 225, § 3º, atribuyó al contaminador, persona física o jurídica, responsabilidad administrativa y penal, además del deber de reparar el daño causado. Su redacción no está implícita, como la de la Ley n° 6.938, de 31.08.1981. Pero, mantuvo la responsabilidad objetiva, una vez que hubo recepción de la ley de la Política Nacional Ambiental, que no posee incompatibilidad con la Carta Fundamental.

En atención a los principios constitucionales brasileños, surgieron varios diplomas legales con el fin de implementar la legislación ambiental. Vale destacar las siguientes innovaciones legislativas: Ley n° 7.802, de 11.07.1989, que penalizó el uso indebido de agrotóxicos; Ley n° 7.804, de 18.07.1989, que criminalizó la contaminación bajo cualquier forma, introduciendo un tipo penal en la Ley de la Política Nacional del Medio Ambiente (Ley n° 6.938, de 31.08.1981); Ley n° 7.805, de 18.07.1989, que creó el delito de practicar la búsqueda de metales y piedras preciosas sin autorización del órgano competente, introduciendo el art. 21 en el Decreto-ley n° 227, de 28.02.1967. (FREITAS, 2000).

La anhelada tutela del medio ambiente, consagrada en la Constitución brasileña de 1988, fue instituida con la promulgación de la Ley de la Vida – Ley nº 9.605, de 12.02.1998 –, siendo que esta ley no es sólo de naturaleza penal, pues tiene prescripciones administrativas, lo que viene posibilitando, también, mayor eficacia en la actuación del órgano ambiental federal. (FREITAS, 2000). En este paso, se nota que la Ley nº 9.605, de 12.02.1998, fue innovadora, visto que, además de crear nuevos tipos penales, posibilitó alcanzar y sancionar a las personas jurídicas, dando mayor eficacia y eficiencia a las sanciones penales y administrativas, con el objetivo de resguardar la tan necesaria y urgente tutela ambiental.

3.1 Influencia del Código de Defensa del Consumidor en la tutela ambiental

La protección al consumidor y al medio ambiente posee, ante todo, base Constitucional, presentándose como Derechos de tercera generación, salvaguardados como Derechos y Garantías Fundamentales insertados en el art. 5º, inciso XXXII, de la Carta Ciudadana brasileña de 1988, que dispone que “el Estado promoverá, en forma de ley, la defensa del consumidor” y en el art. 5º, *caput*, al proclamar la inviolabilidad del Derecho a la vida. La Constitución Federal brasileña de 1988 no solo erige la protección al consumidor como Derecho Fundamental de la persona, sino también, viabiliza la concretización de tal protección mediante la previsión de interponer el mandado de seguridad colectiva (art. 5º, LXX) y acción civil pública por la fiscalía – Acusador Público – (art. 129, III) – como instrumentos para la defensa de los Derechos de los consumidores.

Se verifica, la influencia del Código de Protección y Defensa del Consumidor brasileño (CDC) en la tutela del medio ambiente, a ejemplo del art. 28 de la Ley nº 8.078/90, que prevé la posibilidad de la desconsideración de la personalidad jurídica, específicamente, en su § 5º, que dispone que podrá ser desconsiderada la persona jurídica cuando su personalidad fuera, de algún modo, obstáculo al resarcimiento de perdidas causadas a consumidores, de la misma forma el art. 4º de la Ley nº 9.605 del 12 de febrero de 1998 (Ley de los Crímenes Ambientales – Ley de la Vida), que posibilita, también, la desconsideración de la persona jurídica siempre que su personalidad fuera un obstáculo al resarcimiento de perjuicios causados a la calidad del medio ambiente. En efecto, el aludido artículo del Código de Protección y Defensa del Consumidor, inspiró el art. 4º, de la Ley de los crímenes ambientales. Por otro lado, se nota una importante correlación entre la responsabilidad decurrente de daño ambiental y al consumidor, cuando un mismo error de conducta provoca, simultáneamente, daños al consumidor y al medio ambiente.

En lo que concierne a la tutela de Derechos individuales homogéneos por intermedio de acción civil pública, vale observar algunos aspectos. El artículo 117 del CDC introdujo en la Ley n° 7.347/85 el artículo 21, que determina la aplicación, en lo que fuera admisible, de las disposiciones del Título III del referido Código, a la defensa de los Derechos e intereses difusos, colectivos e individuales. El artículo 90 del CDC dispone sobre la aplicación a las acciones previstas en su Título III – De la defensa del consumidor en juicio – de las normas del Código de Proceso Civil y de la Ley n° 7.347/85, en aquello que no contraríe sus disposiciones. El artículo 83 de la Ley n° 8.078/90, insertado en el aludido Título III, determinó que para la defensa de los Derechos e intereses protegidos por el CDC se admiten todas las especies de acciones aptas a propiciar su efectiva tutela. El artículo 110 del referido diploma legal, añadió el inciso IV al artículo 1° de la ley que disciplina la acción civil pública, para determinar que se rigen por las disposiciones de la mencionada ley, sin perjuicio de la acción popular, las acciones de responsabilidad por daños causados “a cualquier otro interés difuso o colectivo.” (SAMPAIO, 1998, p. 63).

Según Francisco José Marques Sampaio (1998, p. 63-64), “Doctrina y jurisprudencia, al interpretar los referidos dispositivos, no presentan posiciones uniformes en cuanto a tener la Ley n° 8.078/90 ampliado el rol de los intereses que pueden ser objeto de acción civil pública, para incluir Derechos individuales homogéneos de cualquier naturaleza; o en cuanto a tener el mencionado diploma legal operado tal ampliación tan solo para agregar Derechos individuales homogéneos de consumidores. Hay los que prefieren, todavía, diferenciar la acción civil pública prevista en la Ley n° 7.347/85 de las acciones colectivas creadas por el artículo 91 do CDC, para entonces, divergir en cuanto a limitarse, o no, el objeto de tales acciones colectivas a Derechos individuales homogéneos de consumidores. En cualquiera de los casos, la controversia consiste en que se admita que el artículo 91 combinado con el artículo 117 del CDC generó la posibilidad de tutela colectiva de cualesquiera de los Derechos individuales homogéneos, o apenas de aquellos de los que se sea titular en la condición de consumidor.”

Para Francisco José Marques Sampaio (1998, p. 64), “Al admitirse que las acciones colectivas previstas en el artículo 91 de CDC se prestan a la tutela de cualesquier Derechos individuales homogéneos, actualmente sería posible, además de la proposición de acción civil pública de responsabilidad por daños causados al medio ambiente – bien de carácter difuso – la proposición de acción colectiva con vista a la reparación no apenas de daños ambientales, sino también de los perjuicios causados a particulares, cuyo “origen común”, a lo que se refiere el inciso III del párrafo único del artículo 81 del CDC, haya sido la

degradación ambiental. Ese es el entendimiento de Édís Milaré. El autor observa que el daño ambiental, como regla, integra la categoría de los Derechos difusos, pero que, paralelamente al daño ambiental difuso, puede ocurrir el daño ambiental individual, el cual, viene alcanzando una pluralidad de víctimas, configurará interés individual homogéneo.”

Vale registrar que la Ley n° 7.913 de 7 de diciembre de 1989, previó a tutela colectiva de Derechos individuales de origen común, consagrando, en el ordenamiento jurídico brasileño, por primera vez, a *class action for damages*. (SAMPAIO, 1998). Cabe destacar, que fueron emprendidas alteraciones en la Ley n° 7.347/85 por fuerza del CDC, bien como la Ley Orgánica Nacional de la fiscalía (Acusador Público), n° 8.625, del 12.02.93, atribuyó a la institución, en su artículo 25, inciso IV, línea a), la función de

promover la averiguación civil y la acción civil pública para la protección, prevención y reparación de los daños causados al medio ambiente, al consumidor, a los bienes y Derechos de valor artístico, estético, histórico, turístico y paisajístico, y a otros intereses difusos, colectivos e individuales indisponibles y homogéneos. (SAMPAIO, 1998, p. 67).

De esta forma, se verifica la ascendencia del Código de Protección y Defensa del Consumidor en la tutela del medio ambiente.

3.2 El Juzgado Especial Criminal y los crímenes ambientales

Los crímenes contra el medio ambiente o crímenes ambientales, sólo existen en la forma definida en ley. Recuerda José Afonso da Silva (2000, p. 272) que “El Código Penal y otras leyes definían crímenes o contravenciones penales contra el medio ambiente. Todas esas leyes fueron revocadas por la Ley n° 9.605, de 12.2.1998, que dispuso sobre las sanciones penales y administrativas derivadas de conductas y actividades lesivas al medio ambiente. Esa ley separó los crímenes según los objetos de tutela, así: crímenes contra la fauna (arts. 29-37), crímenes contra la flora (arts. 38-53), contaminación y otros crímenes (arts. 54-61) y crímenes contra la Administración Ambiental (arts. 66-69)”.

Según Vladimir Passos de Freitas (2000, p. 198) “el medio ambiente es un bien jurídico de difícil, a veces imposible, reparación. El sujeto pasivo no es un individuo, como en el estelionato o en las lesiones corporales. Es toda la colectividad y el alcance es mayor. Debe hacerse todo para criminalizar las conductas nocivas, a fin de que pueda protegerse el bien jurídico, que, la mayoría de las veces, es de valor incalculable.” Con efecto, se verifica en el ordenamiento jurídico patrio, que las infracciones penales contra el medio ambiente son de naturaleza pública incondicionada. Así, cabe al Ministerio Público proponer la acción penal

pertinente, en la forma prevista en el Código de Proceso Penal. Se aplican, entretanto, las disposiciones previstas en el art. 89 de la Ley nº 9.099/95, a los crímenes de menor potencial ofensivo, en los términos expresos de los artículos. 27 y 28 de la Ley nº 9.605, de 1998.

El art. 225, § 3º, de la Constitución Federal brasileña, llega a la conclusión de que el constituyente deseó sancionar criminalmente, inclusive, la persona jurídica que practique crímenes contra el medio ambiente. La Carta Constitucional Brasileña atribuyó responsabilidad a la persona jurídica conforme art. 225, § 3º, en razón de dar relevancia excepcional a los delitos ambientales. De esta forma, la Ley nº 9.605, de 12.02.1998, en el art. 3º, declaró las personas jurídicas pasibles de responsabilidad penal, en cumplimiento al comando de la Ley Mayor. (FREITAS, 2000). El legislador hizo expresa la responsabilidad penal de las personas jurídicas, conforme a lo que se verifica en el art. 3º de la Ley nº 9.605, de 12.02.1998, si no veamos:

Art. 3º Las personas jurídicas serán responsables administrativa, civil y penalmente conforme lo dispuesto en esta Ley, en los casos en que se cometa alguna infracción por decisión de su representante legal o contractual, o de su órgano colegiado, en el interés o beneficio de su entidad. Párrafo único. la responsabilidad de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas, autoras, coautoras o partícipes del mismo hecho.

Esta modificación rompe con la tradición del Derecho Penal brasileño, fundada en el carácter subjetivo de la responsabilidad. Su justificación está en el hecho de que, en los crímenes ambientales más graves, jamás se llega a identificar el verdadero responsable. Sin embargo, los países más adelantados del mundo pasaron a sancionar penalmente las personas jurídicas en los crímenes contra el orden económico y en los practicados contra el medio ambiente.

Vale destacar el siguiente precedente, en Brasil, donde hubo acuerdo, en primera instancia, presentado por Vladimir Passos de Freitas (2000, p. 209): “En 19.06.1998, la fiscalía (Acusadora Pública) Ana Paula F. N. Cruz ofreció una denuncia al Juez de Derecho de la Comarca de Jacareí (SP), contra persona jurídica, atribuyéndole el crimen previsto en el art. 55 de la Ley nº 9.605, del 12.02.1998. Según la inicial acusación, la empresa, a través de prepuestos, ejecutó la extracción de minerales en la estrada de la Hacienda Conceição, en las proximidades del Rio Paraíba do Sul, por el método de apertura de cavas y dragas, sin poseer la necesaria licencia de funcionamiento emitida por la Cetesb, Órgano ambiental del Estado de São Paulo. El proceso fue extinto con acuerdo entre las partes (Ley nº 9.099, de septiembre

de 1995, art. 76), comprometiéndose la persona jurídica a recuperar el área degradada, en tres etapas, en el plazo de 135 días.¹ Están surgiendo otras denuncias en todo el territorio brasileño, dando efectividad al dispositivo penal.”

En lo que atañe a las infracciones penales ambientales, se verifica que varias de esas están sujetas a la ley n° 9.099, del 26.09.1995 (con ampliación de la competencia por la Ley n° 10.259/01), visto que muchas de ellas tiene pena máxima no superior a dos años, o multa. De esta forma, o son pasibles de acuerdo, o admiten la suspensión del proceso (arts. 76 y 89). Se observa que la Ley de los Juzgados Especiales alteró por completo el sistema procesal penal en Brasil. Se estima que en torno de 70 % de los crímenes previstos en el Código Penal ahora estén regulados por ella. La propia distribución de la Justicia se modificó por demás, una vez que se resuelven las controversias y los litigios más en términos de conciliación que de represión. (FREITAS, 2000).

En los crímenes ambientales de menor potencial ofensivo, la aplicación de la Ley de los Juzgados Especiales está prevista en el art. 27, de la Ley de los crímenes ambientales (Ley n° 9.605, de 12.02.1998). En estos casos, la propuesta de aplicación inmediata de pena restrictiva de Derechos o multa, prevista en el art. 76 (acuerdo penal) de la Ley n° 9.099, de 26.09.95, sólo podrá ser formulada siempre que haya habido previa composición del daño ambiental, del que trata el art. 74 de la misma ley, salvo en caso de comprobada imposibilidad.

El art. 28 de la Ley n° 9.605, del 12.02.98, también prevé la suspensión del proceso, de tales crímenes ambientales, a los moldes del art. 89 de la Ley n° 9.099/95, siendo que la declaración de extinción de punición dependerá del laudo de constatación de reparación del daño ambiental, salvo en caso de comprobada imposibilidad. Por tanto, si el infractor se compromete a hacer algo, la punición será extinta después de verificado que él procedió conforme se había comprometido. Por ejemplo, si él se obliga a replantar un área degradada, pasado el tiempo de suspensión del proceso (art. 89) será verificado si él honró el compromiso. En caso positivo, la punición será extinta; en caso negativo, el proceso proseguirá, pero pudiendo haber prorrogación del plazo, si fuera el caso. Es importante que las condiciones para gozar de los referidos beneficios de la ley especial sólo se concedan, si el infractor procura reparar el mal. Por tanto, si por ejemplo, él contamina un río, la suspensión del proceso tendrá como condición alguna actividad relacionada directamente con la acción reprobable (por ejemplo, prestar servicios en un parque).

¹ 2ª Vara de la Comarca de Jacaré, SP, Proceso Criminal n° 248/98, fiscalía contra Porto de Areia Itapeva Ltda., j. 25.11.1998.

Lecciona Vladimir Passos de Freitas (2000) que el estudio de la posición de los tribunales no puede realizarse apenas llevando en consideración la Constitución Federal de 1988, puesto que el daño ambiental ya estaba previsto en la Ley nº 6.938, de 31.08.1981, cuyo art. 14, § 1º, expresamente atribuía la obligación de indemnizar al contaminador. Por otro lado, la vía para hacer efectiva esa protección al medio ambiente fue posibilitada por la Ley nº 7.347, del 24.07.1985, que trata de la acción civil pública. Luego, los diplomas legales antecedieron la Carta Constitucional en el tratamiento del tema. Entretanto, fueron acogidos por la nueva Constitución. La Ley Mayor, por lo abarcador del art. 225, complementado por otros dispositivos atinentes al medio ambiente, vino a realzar la noción de la necesidad del deber de indemnizar.

Para Vladimir Passos de Freitas (2000, p. 190), el Superior Tribunal de Justicia enfrentó uno de los aspectos más importantes de la materia, cual sea el de atribuir responsabilidad solidaria a personas diversas. Añade además, el mencionado autor que, en sede de medio ambiente, “los daños a veces son causados por diferentes contaminadores. Muchas veces es difícil, casi imposible, delimitar la conducta de cada uno. En estos casos, siempre que se demuestre la responsabilidad civil de uno o de más contaminadores (...) el acreedor – en el caso la colectividad – tiene el derecho de exigir de uno o de algunos de los deudores la reparación por el daño ambiental.”

Vale destacar importante precedente, oriundo de la Comarca de Cubatão, SP, donde la contaminación decurrente de actividades industriales se ha convertido en una situación extraordinariamente grave. Según Vladimir Passos de Freitas (2000, p. 190-191), “La fiscalía del Estado y la Unión de los Defensores de la Tierra (Oikos) propusieron una acción civil pública contra diversas personas jurídicas atribuyéndoles acciones contaminantes. (...*omissis*). Las res invocaron ilegitimidad de parte, porque la inicial no especificaba la conducta de cada una aisladamente. La preliminar fue rehusada y el proceso saneado. Hubo recurso al Tribunal de Justicia del Estado, el que le fue negado por la Séptima Cámara Civil. Sobrevino Recurso Especial al Superior Tribunal de Justicia,² que recibió decisión denegatoria. El fallo (sentencia) fue de gran importancia, pues, de forma pionera, reconoció la posibilidad de adicionar diferentes personas acusadas de daño ambiental, incluso sin saber la específica responsabilidad de cada una.” Para resarcimiento de eventuales daños causados por el arrojamiento de contaminantes en la atmósfera y en los ríos, no habiendo ninguna decisión sobre el mérito del pedido, el proceso debe tener su curso normal. Si buscamos otros ejemplos, se

² Superior Tribunal de Justicia, Recurso Especial 11.074-0/SP, 2ª Turma, Relator Min. Hélio Mosimann, j. 06.09.1993.

verifica que, actualmente, los jueces y tribunales se vienen sensibilizando cada vez más delante de la degradación ambiental. Los referidos ejemplos demuestran la atención que el Poder Judicial viene dando a las cuestiones referentes al daño ambiental.

3.3 Puntos de tangencia de las tres vías de responsabilidad por la degradación ambiental

El incumplimiento de una obligación o de un deber jurídico puede ocasionar diversos tipos de responsabilidad. El tipo de responsabilidad a que está sujeto el infractor variará conforme la naturaleza jurídica de la sanción prevista en el ordenamiento jurídico para ser aplicada a cada caso. De esta forma, la responsabilidad podrá ser civil, penal, administrativa, conforme haya previsión de sanciones de cada uno de esos tipos para el mismo comportamiento a ser apenado. Eso ocurre porque las diversas especies de responsabilidad están dirigidas a finalidades distintas y, por eso, son autónomas: la aplicación de una no depende de la aplicación de la otra.

A pesar de que las vías civil, administrativa y penal son distintas entre sí, la doctrina, la jurisprudencia y el propio derecho objetivo reconocen que estas vías de responsabilidad poseen áreas de intersección. Una de esas áreas consiste exactamente en la hipótesis en que una misma conducta, activa o pasiva, viola normas de derecho penal y de derecho privado, causando daño a una persona, física o jurídica, de, origen, así, acumulativamente, a la responsabilidad civil y a la responsabilidad penal, como ocurre, por ejemplo, en los casos de crímenes contra el patrimonio.

El derecho positivo merece especial destaque, en el ámbito de la responsabilidad por daños al medio ambiente, la Ley n° 9.605, del 12 de febrero de 1998 (Ley de los crímenes ambientales). La mencionada norma, instituyó varias infracciones penales en materia de medio ambiente, denotando preocupación con la responsabilidad con la reparación del daño, creando nuevos puntos de intersección entre las mencionadas vías de responsabilidad. La ley n° 9.605/98, prioriza la aplicación de penas restrictivas de derecho en lugar de penas privativas de libertad, siempre que estén presentes las condiciones previstas en el art. 7°. Entre las penas restrictivas de Derechos, la Ley n° 9.605/98 prevé, en el inciso IV del art. 8°, prestación pecuniaria, definida en el art. 12 como “pago en dinero, a la víctima o la entidad pública o privada con fin social, de importancia, fijada por el juez, no inferior a un salario mínimo ni superior a trescientos sesenta salarios mínimos”. El citado dispositivo determina, incluso, que el valor pago se deduzca del montante de eventual reparación civil a que fuera condenado el infractor. Cabe destacar, que el mencionado dispositivo prevé apenas la

deducción del valor efectivamente pago, no del valor fijado en sentencia penal. Prevé, también, condena civil a la integral reparación del daño, de manera que el momento de la referida deducción es posterior a la condenación civil y a la fijación del total de la indemnización eventualmente debida, lo que es fundamental para la independencia entre proceso civil y penal que tramiten contra el infractor.

Francisco José Marques Sampaio (1998, p. 20) enseña que “como destinatarios de la prestación pecuniaria, la Ley n° 9.605/98, prevé genéricamente, la víctima o entidad pública o privada con fin social. El mejor destino que se le puede dar a la referida prestación, entretanto, caso en que revierta a favor de víctimas de daños reflejos de los daños ambientales propiamente dichos, son los fondos especialmente constituidos para recaudar los recursos destinados a la reconstitución de bienes damnificados. La destinación a un fondo de conservación ambiental se justifica por el carácter reparador de la prestación pecuniaria, que será deducible de eventual reparación civil debido a alguno de los mencionados fondos por fuerza del artículo 13 de la Ley n° 7.347/85.” El referido autor sostiene, que “deducir importancia no destinada a algunos de los mencionados fondos, fijada en sentencia penal, del total de indemnización debida para la reparación del daño choca con el artículo 225, § 3º, de la Constitución de la República, que dispone expresamente la obligación de reparar integralmente daños ambientales, independientemente de las sanciones penales.”

“La expresión “entidad pública con fin social”, utilizada por la ley, debe ser conferida, como la más amplia interpretación, para que en ella se encuadren los fondos federal y estatales de conservación ambiental. No obstante la imprecisión técnica de la referida interpretación – decurrente del término “entidad” presupone la existencia de personalidad jurídica, con la que no cuentan los fondos – se trata de la mejor forma de compatibilizar el artículo 12 de la Ley n° 9.605/98 con la garantía constitucional de integral reparación de los daños ambientales.” (SAMPAIO, 1998, p. 20-21).

El artículo 12 de la Ley n° 9.605/98 dispone que “el valor pago será deducido del montante de eventual reparación civil a la que fuera condenado el infractor”. Según Francisco José Marques Sampaio (1998, p. 21), si se supera la referida cuestión constitucional, la prestación pecuniaria paga a la víctima de daños reflejos de los daños ambientales propiamente dichos solamente podrá deducirse del total de indemnización debida para reparación de daños ambientales propiamente dichos – bajo pena de negarse integral reparación del daño como garantía de la responsabilidad civil.

La ley n° 9.605/98 confirió a la pena pecuniaria, la reparación *in natura* de daños ambientales, en la responsabilidad civil del infractor. Aunque haya condena penal a la

prestación pecuniaria, la reparación natural no deberá sufrir cualquier deducción, bajo pena de la sanción penal perjudicar la reparación del daño, lo que estaría en desacuerdo con el referido precepto constitucional. Se añade que, el artículo 12 de la Ley nº 9.605/98 no distingue las dos modalidades de responsabilidad civil – pecuniaria y en especie – pero utiliza la expresión “montante”, la cual condice con la idea de indemnización.

Para Francisco José Marques Sampaio (1998, p. 22), “La Ley nº 9.605/98 consideró la reparación natural de daños como modalidad de pena de prestación de servicios a la comunidad, consistente, de acuerdo con el artículo 9º, en la “atribución, al condenado, de tareas gratuitas junto a parques y jardines públicos y unidades de conservación, y, en caso de daño de la cosa particular, pública o patrimonio, en la restauración de esta, de ser posible.” Entretanto, se indaga si las medidas necesarias a la reparación en especie de daños se determinarán en sentencia penal, transfiriéndose para la esfera penal lo que, normalmente, se procesaría en liquidación civil de sentencia; o si la referida determinación se dará en liquidación civil de sentencia, con la novedad de que la sentencia penal ya habrá determinado que la reparación o parte de ella, se dé por la recuperación ambiental propiamente dicha.

Se destaca, entretanto, que la condena penal a la prestación de servicios a la comunidad que incluya obligación de restaurar bienes danificados, no podrá obstar acción civil de reparación de daños, pues la aludida restauración puede no ser suficiente para la integral reparación garantizada en el § 3º del artículo 255 de la Constitución Federal.

Según Francisco José Marques Sampaio (1998, p. 23), “la importancia atribuida a la reparación por la Ley 9.605/88 acentúa, otrosí, en el artículo 28, inciso I, que condiciona la extinción de la punición, en caso de suspensión condicional del proceso, a la comprobación, por laudo, de integral reparación del daño, salvo imposibilidad de hacerlo. En caso de que el laudo demuestre que no haya habido una reparación integral, no se declarará extinta la punición, siendo tolerada la prorrogación de la suspensión del proceso para que la reparación se haga efectiva en el plazo máximo de cuatro años, previsto en el *caput* del artículo 89 de la Ley nº 9.099, del 26.9.95, acrecentados de un año más, conforme el inciso II del artículo 28 de la Ley nº 9.605/98. Agotado el plazo máximo de prorrogación, con todo, será suficiente que el laudo compruebe tener el denunciado tomado las providencias necesarias a la integral reparación del daño, para que se declare extinta la punición.”

El artículo 17 de la Ley nº 9.605/98 dispone sobre la exigencia análoga al determinar que dependerá de laudo de reparación del daño ambiental la sustitución, prevista en el § 2º, del artículo 78, del Código Penal brasileño, de las condiciones impuestas por el § 1º del citado dispositivo, referentes al período de suspensión de ejecución de pena privativa de

libertad. El artículo 27 de la Ley nº 9.605/98, condiciona propuesta de aplicación inmediata de penas restrictivas de Derechos o multa, prevista en el artículo 76 de la Ley nº 9.099/95, a la previa composición del daño ambiental, en los términos del artículo 74 de la Ley que dispone sobre Juzgados Especiales, salvo comprobada imposibilidad.

Sin embargo, los daños ambientales propiamente dichos, alcanzan bienes de naturaleza difusa, de personas indeterminadas, que pertenecen a la colectividad. Para que haya “composición del daño ambiental”, en la forma del artículo 27 de la Ley nº 9.605/98, la conciliación debe darse entre la fiscalía y el acusado, no entre la víctima y el acusado, como en los casos de crímenes que alcanzan patrimonios individuales. Caso la composición se dé entre la víctima y el acusado, no habrá habido “composición del daño ambiental”, sino composición de daños individuales reflejos a daños ambientales propiamente dichos. La composición de daños ambientales entre la fiscalía y el acusado, no obstante, conduce al polémico debate con relación a la disponibilidad de Derechos difusos. (SAMPAIO, 1998).

La Constitución brasileña estableció en el inciso I, del artículo 98, junto a la creación de los Juzgados Especiales, la posibilidad de creación, por ley, de hipótesis de acuerdos en causas de infracciones penales de menor potencial ofensivo. La Ley nº 9.099/95, que regulamentó el inciso I del artículo 98 de la Constitución de 1988, posibilitó al Ministerio Público dejar de proponer la acción penal pública, condicionada o no, caso el infractor, voluntariamente, acepte la propuesta de acuerdo penal formulada por la fiscalía, sea en la forma de prestación de servicio a la comunidad, o de pago de canastas básicas en entidades necesitadas fiscalizadas por el Juzgado Especial, siendo homologada por el juez ese acuerdo penal. Se verifica, así, en estos casos, que el principio de la discrecionalidad reglada vino a sustituir al de la obligatoriedad de la acción penal pública. (SAMPAIO, 1998).

El acuerdo penal previsto en el inciso I del artículo 98 de la Constitución, dispuesta en el artículo 76 de la Ley nº 9.099/95, y la composición civil de daños establecida en los artículos 72 y 74 de la Ley nº 9.099/95, no se confunden. La composición civil de daños es anterior al eventual ajuste y debe ocurrir entre la víctima y el acusado, tanto es así que importa en renuncia a derecho de queja o representación. “Además, al contrario del acuerdo penal, que no surte ningún efecto en la esfera civil, la composición de daños, homologada por el juez mediante sentencia no apelable, tiene eficacia de título para ser ejecutado en el juicio civil competente.” (SAMPAIO, 1998, p. 25).

Francisco José Marques Sampaio (1998, p. 25) enseña que “La Ley nº 9.099/95, en materia de Derechos indisponibles, innovó al posibilitar que la fiscalía deje de proponer acción penal, atendidas determinadas condiciones, con excepción, en tales casos, el principio

de la obligatoriedad de la acción penal pública.” Añade el mencionado autor que “La composición del daño ambiental”, del que trata el artículo 27 de la Ley n° 9.605/98, por tanto, sólo puede ser validamente firmada entre el supuesto infractor y la fiscalía, caso no importe en cualquier concesión a favor del sospechoso que perjudique la integral reparación del daño, porque no se puede disponer de Derechos difusos sin expresa previsión legal que lo permita. Además, acuerdo que contuviese reducción de medidas compensatorias o de indemnización debida para reparación de daños ambientales violaría el artículo 255 de la Constitución Federal. La norma constitucional prevé la obligación de reparar “los daños”, es decir, todos los danos.”

Según Francisco José Marques Sampaio (1998, p. 25-26), es importante examinar si, por fuerza del § 6° introducido en el artículo 5° de la Ley n° 7.347/85, Derechos difusos y colectivos se habrían convertido disponibles por el artículo 113 del Código de Defensa del Consumidor. “El mencionado § 6° permite que los órganos públicos legitimados para proponer la acción civil pública tomen de los interesados un “compromiso de acuerdo de conducta a las exigencias legales, mediante conminaciones, que tendrá eficacia de título ejecutivo judicial”. Podría haber “compromiso de acuerdo de conducta a las exigencias legales” que contuviese concesiones en perjuicio de la integral reparación de daños ambientales?”

También, es importante analizar si el artículo 27 de la Ley n° 9.605/98 habría creado una hipótesis de disponibilidad de Derechos difusos relativos al medio ambiente, en la búsqueda de la composición de la que tratan los artículos 72 y 74 de la Ley n° 9.099/95. “La nueva ley lo habría, así, hecho disponible, los Derechos difusos relacionados a la integral reparación de daños ambientales decurrentes de infracciones penales de menor potencial ofensivo.” A pesar de que tal interpretación se coloque aparentemente en oposición a la noción de integral reparación de daños expresa en el aludido artículo 225, § 3°, de la Constitución Federal, se iba a argumentar que encuentra amparo en el inciso I del artículo 98 de la propia Carta Constitucional, que prevé la creación, por ley, de hipótesis de acuerdo en procesos que tramiten ante Juzgados Especiales. (SAMPAIO, 1998, p. 26).

Para Francisco José Marques Sampaio (1998, p. 26-27) “Otra forma de compatibilizar el artículo 27 de la Ley n° 9.605/98 y el trámite de procesos ante los Juzgados Especiales Criminales con la integral reparación de daños ambientales, sería buscar la composición de la que tratan los artículos 72 y 74 de la Ley n° 9.099/95, no en relación a daños ambientales propiamente dichos, sino para daños individuales que de aquellos resulten.” De esta forma, la composición podría darse normalmente, entre víctima y autor del

daño, superándose las dificultades en obtenerse la anuencia del acusado para proceder a la integral reparación de daños cuya dimensión, en el momento de la audiencia preliminar, no fuera siquiera estimada y cuya evaluación, necesariamente dependería de pericia, resultando la complejidad de la materia, situación absolutamente incompatible con los principios basilares de los Juzgados Especiales. Por tanto, las acciones que demanden evaluación de *expert*, y que no estén previstas como de la competencia del Juzgado Especial, no pueden ser procesadas ni juzgadas allí. Necesariamente tendrán que ir para la vía propia.

En lo que concierne a las innovaciones traídas por la Ley nº 9.605/98, de la que pueden resultar puntos de contacto entre las responsabilidades civil y penal, se nota que el artículo 19, previó la realización de pericia de constatación de daño ambiental, la cual, siempre que sea posible, deberá fijar el monto del perjuicio causado para fines de prestación de fianza y cálculo de multa penal. “La citada pericia, de acuerdo con el párrafo único del artículo 19, podrá ser substituida por la que fuera realizada en la averiguación civil o en la entrña del proceso civil de reparación de daños, mediante contradictorio. El artículo subsiguiente prevé fijación, en sentencia penal de condena, de “valor mínimo para la reparación de daños causados por la infracción, considerando los perjuicios sufridos por el ofendido o por el medio ambiente.” El valor mínimo así determinado, podrá ser ejecutado inmediatamente después del tránsito en el juzgado de la sentencia penal de condena, sin perjuicio, afirma el párrafo único del artículo 20, de procederse a la liquidación para el cómputo de los perjuicios efectivamente causados.” (SAMPAIO, 1998, p. 27).

Vale registrar que, “no obstante la idea de alternatividad transmitida por la expresión “o”, insertada en el art. 20 de la Ley nº 9.605/98, es inequívoco que el responsable debe reparar daños al medio ambiente y a terceros, si tales daños hubiesen ocurrido de modo cumulativo. La reparación debe ser integral y satisfactoria para todos los lesionados, inclusive la sociedad, en caso de daño ambiental propiamente dicho.” (SAMPAIO, 1998, p. 27-28).

Francisco José Marques Sampaio (1998, p. 28) recuerda que “otro aspecto que podrá generar dudas se refiere a la posibilidad de que el juicio criminal determine medidas de reparación natural, o de carácter mitigador, o, incluso, compensatorias, en vez de fijar una cuantía mínima para la indemnización. Ese aspecto adquiere relevancia porque, como se sabe, la reparación de daños, especialmente ecológicos, debe ser primordialmente efectuada mediante recomposición del medio ambiente lesionado.” Sin embargo, la determinación de medidas puede exigir previa producción de prueba técnica de naturaleza distinta de la que interesa al juicio criminal, la solución, que parece ser la más acertada para los casos en que se cogite de reparación natural “es transferir, para el proceso civil de liquidación, la

determinación de tales medidas o su eventual conversión, como un todo o en parte, de ser necesario, en pecunia, sea para la transferencia a los fondos federal o estadual de recuperación de bienes lesionados, al lesado o para costear los procedimientos de recuperación ambiental por terceros, siguiéndose, en ese caso lo dispuesto en los artículos 634 a 637 del Código de Proceso Civil.” (SAMPAIO, 1998, p. 28).

En materia de daños al medio ambiente, la Ley nº 9.605/98 dispuso respecto a la responsabilidad administrativa, en el Capítulo VI, artículos 70 al 76, alterando aspectos establecidos en la Ley nº 6.938/81. Llevando en consideración todas las áreas de intersección citadas entre la responsabilidad civil y penal, se verifica que puede haber un desdoblamiento, en cada una de ellas, también, de la vía administrativa, y con otras formas de sanciones, debido a su naturaleza específica, sea como forma de advertencia, multa simple, multa diaria, aprehensión de animales, productos, suspensión de venta, embargo o demolición de obra, suspensión parcial o total de actividades, e incluso, restrictiva de derechos.

Por tanto, acreditamos que estos diversos puntos de contacto entre estas vías de responsabilidad por degradación ambiental, deben observarse con prudencia, equilibrio, ponderación y razonabilidad a fin de que se dé una respuesta eficiente y en la justa medida, para que efectivamente se repare el daño ambiental, si no en toda su integral extensión, lo más próximo posible, por ser una forma represiva, pero también educativa y pedagógica para evitar otras depredaciones. En virtud de ello, es preciso que no se cometan excesos, ni mucho menos distorsiones en esta responsabilidad, como se verifica, normalmente, en los grandes desastres ambientales o descaso de las autoridades que serían competentes, en las referidas vías de responsabilidad, para hacer valer la ley de los crímenes ambientales (Ley nº 9.605/98).

La gravedad de los hechos así como de los desastres ecológicos sometidos por la negligencia, imprudencia e impericia de varias empresas públicas o no, viene generando consecuencias nefastas para la salud pública y para el medio ambiente, imponiendo a todos la concienciación de que las personas jurídicas causadoras de tales desastres son responsable administrativa, civil y penalmente, en los términos del art. 3º y 4º (desconsideración de la personalidad jurídica) de la Ley nº 9.605/98, y demás diplomas legales.

Conclusiones

La Constitución brasileña de 1988 dejó de lado el neutralismo del Estado de “Derecho”, evolucionando para ser “Estado Social” y de “Justicia”, cuyos principios sólo están declarados en la Carta Magna, asumiendo los más elevados valores de la naturaleza

humana, cuyos postulados son acordes a la tradición romano-cristiana. En armonía con el principio del respeto a la Dignidad humana, la Carta de 1988 desenvuelve la idea de la responsabilidad objetiva en sede de daños ambientales.

La responsabilidad en los daños ambientales, además de objetiva, es integral y solidaria. Cualquier medida que tienda a alejar las reglas de la responsabilidad objetiva y de la reparación integral es adversa al ordenamiento jurídico patrio. La no admisión del principio del riesgo integral va contra el ordenamiento ambiental. En ese sentido, la responsabilidad civil debe verse a la luz del Derecho Ambiental y como instrumento de realización de ese Derecho.

No siempre es fácil identificar el responsable por la degradación ambiental, de ahí que se justifique la “atenuación del relevo del nexo causal”, bastando que la actividad del agente sea potencialmente degradante para su implicación en las mallas de la responsabilidad. Además, en esa área se aplica la regla de la solidaridad entre los responsables, “pudiendo exigirse la reparación de todos y de cualquiera de los responsables.” (SILVA, 2000, p. 215)

Entre los tipos de reparación, se encuentran la indemnización (para lo que se cogita la creación de fondos especiales) y la recomposición o reconstitución del medio ambiente degradado (Constitución Federal brasileña, art. 224, § 2º). A propósito de los fondos de indemnización, Michel Prieur (1991, p. 736), afirma que las experiencias extranjeras han mostrado el gran interés de tal mecanismo para la protección ambiental. En efecto, según el ambientalista francés, “*l’existence d’un tel fonds facilite l’indemnisation ou la restauration de l’environnement dans les cas où le pollueur ne peut pas être identifié ou en l’absence d’un droit patrimonial privé lésé*”.³

En lo que concierne, a la objetivación de la responsabilidad civil por daños ecológicos, se asistió una continua evolución en Francia y en la Unión Europea, que llevó al consenso de los Estados europeos en firmar, en la Convención de Lugano, un régimen especial de responsabilidad por actividades peligrosas al medio ambiente. Vale registrar que en la referida Convención los Estados europeos reconocieron la especificidad del daño al medio ambiente, así como la aplicación de responsabilidad objetiva y solidaria. Por otro lado, se observa actualmente, que el mundo de la globalización económica se muestra poco sensible a los asuntos ambientales, parece que no perciben que dependemos de nuestros sistemas naturales para sobrevivir. De esta forma, comulgamos con el entendimiento de Lester Brown

³ Traducción: “La existencia de un tal fondo facilita la indemnización o la restauración del medio ambiente, sobretudo en los casos en que el contaminante no puede ser identificado o en la falta de un derecho patrimonial privado, que fue motivo de leso.”

(2001, p. 11), fundador del Instituto Worldwatch, al responder la siguiente indagación de la revista VEJA:

hasta qué punto podemos establecer un control ambiental en la economía sin inhibir el crecimiento económico? Brown – La cuestión es otra. Si no se hiciera nada, a largo plazo no habrá ningún crecimiento. La pregunta más relevante es cuanto cuesta la devastación. la respuesta: tan caro que llevará a la decadencia de la economía. Fue lo que sucedió con antiguas civilizaciones. Se convirtieron en desastres ambientales y desaparecieron.

Y, aún, al sustentar que:

quien destruye la naturaleza sólo entiende un lenguaje: la punición económica.

Así, se verifica que la protección ambiental no puede ser una tarea exclusiva del Estado, sea a través de los Órganos del Poder Ejecutivo, sea a través del Poder Judicial, pero de todos, o sea, los individuos, la sociedad civil, tiene la obligación de garantizar, con responsabilidad, el derecho de las generaciones presentes y futuras a disfrutar de un medio ambiente ecológicamente equilibrado. En este contexto las tres vías de responsabilidad por degradación ambiental pasan a tener una dimensión de extrema relevancia, en el escenario económico, político y jurídico mundial por denotar, también, una cuestión de sobrevivencia humana.

Acreditamos que, para descifrar la ecuación de la problemática de la degradación ambiental, se deben llevar en consideración diversos factores, entre ellos destacamos los siguientes:

1) concienciación ecológica y ambientalista, desde los primeros años de vida del ciudadano, o sea, comenzar por la infancia, a través de una instrucción y formación educacional dirigida a los valores ambientales, su importancia, prevención y preservación;

2) desarrollo de políticas públicas más comprometidas y una efectiva fiscalización por los órganos de control de las actividades depredadoras ambientales, a través de la mejoría de las condiciones materiales, instrumentales y perfeccionamiento de los recursos humanos de estos órganos de la administración;

3) incentivo a la participación de la sociedad en todos sus sectores, tales como: técnico-científico, político, económico, jurídico y social, en eventos que puedan discutir y presentar alternativas para solucionar los factores que puedan llevar a la depredación ambiental y sus consecuencias, como ejemplo de la situación que actualmente vivenciamos – la crisis energética, que está en la pauta del día, pero con la que tendremos que convivir, tal

vez, por tiempo indeterminado; la próxima crisis, posiblemente, será la del agua, nuevamente por falta de dirección de la actividad político-administrativa;

4) participación de las poblaciones que sufrieron problemas resultantes de la degradación ambiental, pronunciándose cívicamente, junto a sus gobernantes, parlamentares y administradores en los tres niveles de la federación en el sentido que tales autoridades presenten mayor rigor en las exigencias técnicas como a licenciamientos y control de la fiscalización de las actividades depredadoras; cobro de impuestos y tasas en virtud de la actividad depredadora de los recursos naturales;

5) exigencia legal, como ocurre en otros países, de seguro obligatorio en función de actividades que potencialmente causen daños al medio ambiente, con el establecimiento de valores indemnizatorios mínimos.

Verificamos que la responsabilidad por la degradación ambiental cabe a cada uno de nosotros – adultos, jóvenes y niños – porque es un problema que afecta a todos los habitantes de este planeta. Es imperioso reconocer, también, la necesidad de que se construya un modelo económico que genere, al mismo tiempo, riqueza y bienestar, concomitantemente a la promoción de la cohesión social y de la preservación de la naturaleza. Ese modelo debe, pues, utilizar los recursos naturales sin comprometer su producción, explotando la naturaleza, sin destruirla. Al final, lejos de ser incompatibles, como ya se cogitó antiguamente, los intereses económicos y la preservación ambiental son fundamentales para la sociedad y deben convivir en armonía para que haya un mayor equilibrio y Justicia social entre los pueblos.

Finalmente, se observa que la sociedad viene clamando una postura cada vez más activa del Judiciario, no pudiendo quedar distanciado de los debates sociales, debiendo asumir su papel de partícipe en el proceso evolutivo de las naciones. He aquí su responsabilidad por el bien común, notadamente en temas como la dignidad de la persona humana, la reducción de las desigualdades sociales, la defensa de los derechos de ciudadanía y el derecho al acceso y la efectividad de la Justicia Ambiental.

Referencias

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, v. 2.

ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

- BENJAMIN, Antonio Herman V. Crimes contra o meio ambiente: uma visão geral. In: CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Ministério Público e democracia*. Fortaleza, 1998. Livro de teses, t. 2, p. 391.
- BRASIL. Constituição, 1988. *Texto constitucional de 5 de outubro de 1988 com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº 1/1992 a 30/2000 e Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/1994*. Ed. atual. Brasília: Senado Federal, 2000.
- BROWN, Lester. [Entrevista]. *Veja*, edição 1699, v. 34, n. 18, 9 maio 2001.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. *Dos Direitos básicos do consumidor*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- GOMES, Luis Flávio. Proteção penal do meio ambiente. *RT*, São Paulo, 1991, v. 673, p. 390. _____ . *A dimensão da magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- IANNI, Octávio. *Teorias da Globalização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995.
- LANFREDI, Geraldo Ferreira. A objetivação da teoria da responsabilidade civil e seus reflexos nos danos ambientais ou no uso anti-social da propriedade. *Revista Justitia*, v. 178, p. 53, 1997.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- MILARÉ, Édis. Ação civil pública em defesa do meio ambiente. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/85 – reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 237-238.
- PRIEUR, Michel. *Droit de l'environnement*. Paris: Ed. Dalloz, 1991.
- SAMPAIO, Francisco José Marques, *Responsabilidade civil e reparação de danos ao meio ambiente*. 2. ed. rev. e atualizada com a Lei 9.605/98. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998.
- SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.
- TEPEDINO, Gustavo. Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro, v. 4, n.7, jan./jun., p. 103-116, 1998.